

The logo for CEUB (Centro de Estudos em Educação e Políticas) is displayed in a stylized white font on a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' and 'B' having a distinctive shape.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The background of the cover features a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, light-colored stone statue of a seated female figure is prominent. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. Behind her, a long, low building with a series of white, curved, cantilevered balconies or walkways extends across the frame. In the background, a tall, multi-story building with a grid-like facade stands against a blue sky with scattered white clouds. A small yellow car is visible on a road in the middle ground. The overall scene is bright and clear, suggesting a sunny day.

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

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

---

# 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

Jéffson Menezes de Sousa

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 12	n. 2	p. 1-531	Ago	2022
--	----------	-------	------	----------	-----	------

## **REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Brazilian Journal of Public Policy*

### **Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB**

Centro Universitário de Brasília

#### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

#### **Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

#### **Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

#### **Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

#### **Linha editorial**

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

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

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

#### **CONSELHO EDITORIAL**

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

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

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

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

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

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

#### **EDITOR**

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

#### **EDITORES ADJUNTOS**

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

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

Jéffson Menezes de Sousa, doutorando pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

#### **EQUIPE TÉCNICA**

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

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

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

#### **Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

#### **Diagramação**

S2 Books

#### **Disponível em:**

<http://www.rbpp.uniceub.br>

#### **Circulação**

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.  
– vol. 12, n. 2 (ago. 2022) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

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

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

CDU 34+338.26

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

# Sumário

<b>POLÍTICAS DE PROTEÇÃO A GRUPOS VULNERÁVEIS .....</b>	<b>13</b>
<b>O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA REGIÃO AMAZÔNICA BRASILEIRA.....</b>	<b>15</b>
Beatriz Souza Costa e Camilla de Freitas Pereira	
1 Introdução .....	16
2 O trabalho escravo no Brasil.....	17
3 O trabalho escravo contemporâneo na Amazônia brasileira.....	21
4 Das medidas para erradicação da prática na região.....	25
Referências.....	29
<b>“PROGRAMA HOSPEDAGEM PARA IDOSOS” E ENFRENTAMENTO AO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE DE POLÍTICA PÚBLICA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA AGENDA.....</b>	<b>34</b>
Fabiana Rodrigues Barletta e Carolina Silvino de Sá Palmeira	
1 Introdução .....	35
2 Desenvolvimento.....	36
2.1 Histórico da proteção da pessoa idosa na legislação internacional .....	36
2.2 A proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro e os processos constituintes latino-americanos: breve análise comparativa .....	40
2.3 A pandemia do coronavírus e o “programa hospedagem para idosos”: obstáculos para a formulação e implementação à luz da Teoria da Agenda .....	45
3 Considerações finais .....	50
Referências.....	51
<b>MULHERES, COTA DE GÊNERO E PODER LEGISLATIVO: UMA ABORDAGEM DAS JUSTIFICATIVAS DO PROJETO DE LEI N.º 1.256/2019 À LUZ DO LIBERALISMO IGUALITÁRIO DE JOHN RAWLS .....</b>	<b>58</b>
Victória Taglialegna Salles, Rainer Bomfim e Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia	
1 Introdução .....	59
2 Razão pública e igualdade de oportunidades em John Rawls .....	62
3 Razoabilidade e o Projeto de Lei n.º 1.256/2019.....	64
4 Considerações (provisórias e pretensamente) finais .....	69
Referências.....	70
<b>PROTECTION OF PEOPLE LIVING WITH HIV/AIDS IN IRAN: CHALLENGES AND RESPONSIBILITIES .....</b>	<b>74</b>
Arian Petoft e Mahmoud Abbasi	
1 Introduction .....	75

1.1 The main problems .....	76
1.2 Health Policy and Government's Responsibilities .....	79
<b>2 Conclusion .....</b>	<b>93</b>
<b>References.....</b>	<b>94</b>

**FACILITADOR INTERCULTURAL SORDO EN SALUD PARA CHILE: ANÁLISIS DE LA AGENDA POLÍTICA A PROPÓSITO DE LA POLÍTICA DE SALUD DE MIGRANTES INTERNACIONALES.....97**

Valeria Campos e Ricardo Cartes-Velásquez

<b>1 Introducción.....</b>	<b>98</b>
<b>2 Metodología .....</b>	<b>100</b>
<b>3 Resultados.....</b>	<b>103</b>
3.1 Facilitador Intercultural Internacional en salud para población migrante.....	103
3.1.1 Contexto político .....	103
3.1.2 Corriente de problemas .....	103
3.1.3 Corriente de políticas públicas.....	105
3.1.4 Corriente de la Política.....	107
3.1.5 Ventana de oportunidad .....	107
3.2 Facilitador Intercultural Sordo .....	108
3.2.1 Contexto.....	108
3.2.2 Corriente de problemas .....	108
3.2.3 Corriente de Políticas Públicas .....	110
3.2.4 Corriente de Política.....	112
<b>4 Discusión .....</b>	<b>112</b>
<b>5 Conclusiones .....</b>	<b>114</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>114</b>
<b>Agradecimientos .....</b>	<b>122</b>
<b>Anexo A – Resoluciones y leyes .....</b>	<b>122</b>

**POLÍTICAS PÚBLICAS E AMBIENTE DIGITAL ..... 124**

**¿UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD? PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA EN UNA NUEVA CONSTITUCIÓN CHILENA ..... 126**

Pablo Contreras

<b>1 Introducción.....</b>	<b>127</b>
<b>2 La reciente inclusión de la autodeterminación informativa en la Constitución de 1980 .....</b>	<b>130</b>
<b>3 Precaviendo tres problemas: invisibilización, titularidad y objeto del derecho en la práctica jurisprudencial .....</b>	<b>133</b>
3.1 El problema de la invisibilización del derecho a la protección de datos personales.....	133
3.1.1 La jurisprudencia sobre el “derecho al olvido”.....	133

3.1.2 La jurisprudencia sobre “funas” en redes sociales .....	134
3.2 La incorrecta ampliación de la titularidad de las reglas de protección de datos personales .....	135
3.3 El problema del objeto del derecho a la protección de datos personales.....	137
3.4 Balance .....	138
<b>4 Autodeterminación informativa y garantías del derecho .....</b>	<b>139</b>
<b>4.1 Garantía jurisdiccional: entre el recurso de protección y el habeas data .....</b>	<b>139</b>
4.2 Garantía no jurisdiccional: una autoridad de control.....	141
<b>5 Conclusiones y propuestas .....</b>	<b>143</b>
<b>Referências.....</b>	<b>144</b>

**BRECHA DIGITAL Y EXCLUSIÓN SOCIAL: ¿PUEDEN LAS TIC CAMBIAR EL STATUS QUO? .....** 151  
 Andrés Cernadas Ramos, Bran Barral Buceta e Ángela Fernández Da Silva

<b>1 Introducción.....</b>	<b>152</b>
1.1 Que entendemos por exclusión social.....	154
1.2 Las principales causas de exclusión .....	156
1.3 Ámbitos en los que se manifiesta la exclusión social.....	157
<b>2 Exclusión social y TIC.....</b>	<b>158</b>
2.1 La brecha digital y sus consecuencias.....	160
<b>3 El uso de las TIC para romper el status quo en favor de la inclusión social .....</b>	<b>162</b>
3.1 Algunas experiencias .....	166
<b>4 Algunas conclusiones.....</b>	<b>168</b>
4.1 Limitaciones del estudio y futuras investigaciones.....	169
<b>Financiación .....</b>	<b>169</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>170</b>

**CONSTITUCIONALISMO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAIS: INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E  
 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O DESENVOLVIMENTO NO BRASIL.....** 177  
 José Sérgio da Silva Cristóvam, Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Thanderson Pereira de Sousa

<b>1 Introdução .....</b>	<b>178</b>
<b>2 Para uma noção de constitucionalismo digital.....</b>	<b>179</b>
<b>3 Do constitucionalismo à Administração Pública digital: incentivos jurídicos de inovação para    direitos sociais e serviços públicos no Brasil .....</b>	<b>183</b>
<b>4 Desenvolvimento, tecnologias e políticas públicas: desafios do Brasil e Agenda Digital para a    América Latina e o Caribe (eLAC2022).....</b>	<b>187</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>190</b>
<b>Referências.....</b>	<b>191</b>

<b>TEMAS DIVERSOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>195</b>
<b>QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO: A PERCEPÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS .....</b>	<b>197</b>
Michelle Araújo Luz Cilli, Waldecy Rodrigues e Alex Pizzio	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>198</b>
<b>2 Abordagem metodológica .....</b>	<b>199</b>
2.1 Qualidade de Vida no Trabalho .....	199
<b>3 Resultados e discussão .....</b>	<b>205</b>
3.1 Significado de QVT para os Magistrados .....	205
3.2 Organização e condições estruturais do Trabalho .....	206
3.3 Acompanhamento dos órgãos de controle .....	207
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>210</b>
<b>Referências.....</b>	<b>211</b>
<b>PROPOSTA DE UM ÍNDICE SÍNTESE PARA O MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO .....</b>	<b>214</b>
Andreia Pereira de Freitas e Gustavo Inácio de Moraes	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>214</b>
<b>2 Evolução do mercado de trabalho e as diferentes dimensões do mercado de trabalho .....</b>	<b>215</b>
<b>3 Metodologia .....</b>	<b>218</b>
<b>4 Resultados e discussão .....</b>	<b>224</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>230</b>
<b>Referências.....</b>	<b>231</b>
<b>A FUNÇÃO DO JURISTA NA DEFESA DA SEGURIDADE SOCIAL E O ARGUMENTO DO COST OF RIGHTS .....</b>	<b>234</b>
João Paulo Mansur	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>235</b>
<b>2 Forjando o mito do déficit da seguridade social com “manobras jurídico-contábeis” .....</b>	<b>237</b>
<b>3 O desmonte das receitas da seguridade social: sonegação, renúncias fiscais, refinanciamentos tributários e reformas em legislações trabalhistas .....</b>	<b>242</b>
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>246</b>
<b>Referências .....</b>	<b>247</b>
<b>O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL FINLANDÊS E SEU MODELO EDUCACIONAL .....</b>	<b>251</b>
André Augusto P. Brandão e Andrea Bello	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>252</b>
<b>2 A construção e a evolução do conceito de Estado de Bem Estar Social.....</b>	<b>252</b>
2.1 Duas experiências pioneiras do Estado de Bem Estar Social contemporâneo.....	253
2.2 Os três modelos do Estado de Bem Estar Social de Esping-Andersen .....	256



2.2.1 As causas do Welfare State .....	257
2.2.2 Os regimes de Welfare State.....	258
<b>4 O “caso finlandês” .....</b>	<b>262</b>
4.1 Breve histórico .....	263
4.2 As “Lições finlandesas” .....	264
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>265</b>
<b>Referências .....</b>	<b>266</b>

**LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL EN RELACIÓN A LA POLÍTICA PÚBLICA EDUCATIVA DE LAS ORGANIZACIONES ASOCIATIVAS AGROPECUARIAS .....270**

Jhon Jairo Mosquera Rodas

<b>1 Introducción.....</b>	<b>271</b>
<b>2 Método .....</b>	<b>272</b>
2.1 Muestra.....	272
2.2 Hipótesis .....	272
2.2.1 Hipótesis nula.....	272
2.2.2 Hipótesis alternativa .....	272
2.3 Instrumentos .....	272
<b>3 La necesidad de una epistemología y una educación para el sur .....</b>	<b>273</b>
<b>4 Características generales de la población colombiana.....</b>	<b>275</b>
<b>5 Colombia ante el mundo.....</b>	<b>276</b>
<b>6 Resultados.....</b>	<b>276</b>
<b>7 Enfoque de análisis y políticas públicas educativas relacionadas con las asociaciones agropecuarias en algunos municipios de la nación .....</b>	<b>278</b>
7.1 Enfoque desde la norma .....	279
7.2 Enfoque pluralista .....	279
<b>8 Equilibrio de Nash determinado por la situación del contexto.....</b>	<b>280</b>
<b>8.1 Los jugadores .....</b>	<b>280</b>
8.2 ¿Cuáles son los enunciados que permiten lograr el equilibrio entre ambos grupos? .....	281
<b>9 Proceso para encontrar el equilibrio de Nash .....</b>	<b>281</b>
9.1 Resultado del equilibrio de Nash .....	281
9.1.1 Decisión 1: no actuar .....	281
9.1.2 Decisión 2: actuar.....	281
9.1.3 Prueba de hipótesis nula .....	282
9.1.3.1 Hipótesis nula.....	282
9.1.3.2 Hipótesis alternativa .....	282
9.1.3.3 Prueba de la Hipótesis .....	282
<b>10 Conclusiones .....</b>	<b>283</b>

<b>Referencias.....</b>	<b>284</b>
-------------------------	------------

## **DIRETRIZES PARA A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DAS COMPRAS PÚBLICAS .....288**

Ednaldo Silva Ferreira Júnior

<b>1 Introdução .....</b>	<b>289</b>
<b>2 Meios de efetivação de políticas públicas nos procedimentos licitatórios e contratos .....</b>	<b>290</b>
2.1 Meios relacionados à decisão de comprar .....	290
2.1.1 A própria decisão de contratar ou não contratar.....	290
2.1.2 A decisão sobre o que comprar.....	290
2.1.3 A decisão de como comprar .....	291
2.2 Meios relacionados ao procedimento de contratação.....	293
2.2.1 Critério de julgamento das propostas.....	293
2.2.2 Concessão de vantagens no procedimento de contratação.....	294
2.2.3 Divisão do objeto contratual em lotes.....	295
2.2.4 Requisitos mínimos e exclusão de concorrentes.....	296
2.3 Meios relacionados à execução do contrato.....	296
2.3.1 Obrigações contratuais .....	296
2.3.2 Contrapartidas .....	297
2.3.3 Remuneração variável.....	298
2.4 Diretrizes para inclusão de políticas públicas nas compras governamentais .....	299
2.4.1 Preferência por parâmetros de sustentabilidade ao alcance do mercado .....	299
2.4.2 Foco em pontos de estrangulamento e potenciais externalidades positivas.....	300
2.4.3 Sujeição permanente a uma lógica de eficiência .....	301
2.4.4 Qualificação dos recursos humanos e digitalização dos procedimentos.....	301
<b>3 Considerações finais .....</b>	<b>302</b>
<b>Referências.....</b>	<b>302</b>

## **A QUEM SE DESTINAM AS CHAMADAS PÚBLICAS?: OS DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO DOS AGRICULTORES FAMILIARES NO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO .....308**

Raquel Hunger, Flávia Milagres Campos e Susana Moreira Padrão

<b>1 Introdução .....</b>	<b>309</b>
<b>2 Método .....</b>	<b>311</b>
<b>3 Os desafios da adesão de agricultores familiares às chamadas públicas para aquisição de gêneros alimentícios para a alimentação escolar no município do Rio de Janeiro .....</b>	<b>311</b>
3.1 Acesso ao mercado institucional.....	312
3.2 Condições de comercialização.....	314
3.3 As mudanças nos critérios e requisitos das chamadas públicas lançadas pelo município do Rio de Janeiro entre 2017 e 2019.....	317

3.4 A não adesão dos agricultores familiares às chamadas públicas lançadas pelo município do Rio de Janeiro entre 2017 a 2019.....	320
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>322</b>
<b>Referências.....</b>	<b>323</b>

**BIENES COMUNES URBANOS, DOMINIO PÚBLICO Y AUTONOMÍAS TERRITORIALES: ALGUNAS PROPUESTAS PARA CHILE, A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ITALIANA DE LOS BENI COMUNI.....327**  
Benoît Delooz Brochet

<b>1 Introducción.....</b>	<b>328</b>
<b>2 Diversidad de aproximaciones de la noción de bienes comunes.....</b>	<b>329</b>
<b>3 Aproximación a los beni comuni en Italia.....</b>	<b>330</b>
3.1 La comisión Rodotà (2007-2008).....	330
3.2 El Decreto Ronchi (DL. 135/2009) y el referéndum abrogativo de junio de 2011.....	331
3.3 Dos experiencias de regulación de los bienes comunes urbanos en Italia .....	332
3.3.1 El caso napolitano y los usi civici (usos cívicos).....	332
3.3.2 El modelo Labsus – Laboratorio per la Sussidiarietà.....	334
<b>4 Algunas pistas de reflexión para Chile para reforzar la autonomía de las comunidades locales y de los entes territoriales sobre bienes abandonados y/o inutilizados .....</b>	<b>335</b>
4.1 Recuperar la función social de la propiedad pública y privada.....	335
4.2 Bienes comunes y gestión del dominio público .....	336
4.3 Los bienes comunes pueden favorecer la autonomía de los territorios.....	338
<b>5 Conclusión .....</b>	<b>339</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>340</b>

**REPENSAR A DEMOCRACIA: A HIPÓTESE DA DEMOCRACIA ALEATÓRIA REVISITADA .....344**  
Deo Campos Dutra e Eduardo F. de Oliveira Jr.

<b>1 Introdução .....</b>	<b>345</b>
<b>2 Democracia representativa eleitoral e os seus óbices contemporâneos.....</b>	<b>346</b>
<b>3 Democracia aleatória: uma possibilidade?.....</b>	<b>353</b>
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>359</b>
<b>Referências.....</b>	<b>360</b>
<b>Agradecimentos .....</b>	<b>362</b>

**ANÁLISE DO RESP. N.º 975.834/RS: O STJ NA ENCRUZILHADA ENTRE OS DIREITOS DO CONSUMIDOR, SOCIETÁRIO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....364**  
João Manoel de Lima Junior e Thaíse Zacchi Pimentel

<b>1 Introdução.....</b>	<b>365</b>
<b>2 Breve histórico das sociedades de telecomunicações no Brasil.....</b>	<b>367</b>
<b>3 Síntese do processo judicial.....</b>	<b>369</b>
3.2 Recurso de apelação.....	369

3.3 Do recurso especial.....	370
<b>4 Análise da decisão.....</b>	<b>371</b>
4.1 Momento de emissão das ações e a forma de apuração do seu valor patrimonial.....	372
4.2 Conteúdo do contrato e posição jurídica das partes no contrato de participação financeira.....	374
3.3 Natureza Jurídica dos Contratos de Participação Financeira.....	378
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>380</b>
<b>Referências.....</b>	<b>382</b>

**RELAÇÕES JURÍDICAS DAS FUNDAÇÕES DE APOIO COM INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR, CENTROS DE PESQUISA PÚBLICOS E TERCEIROS: PARCERIAS ESTRATÉGICAS NO MARCO LEGAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO .....385**

Ricardo Silveira Ribeiro

<b>1 Introdução .....</b>	<b>386</b>
<b>2 Convênios e contratos nas relações entre fundações de apoio e instituições apoiadas.....</b>	<b>388</b>
2.1 Critérios tradicionais: interesse, comutatividade e características do objeto.....	388
2.2 O critério da forma ou modo de execução do objeto do ajuste: execução singular e execução compartilhada.....	391
<b>3 Relações jurídicas com outras instituições públicas e privadas: triangulação, intermediação e captação direta.....</b>	<b>396</b>
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>401</b>
<b>Referências.....</b>	<b>402</b>

**A SUSTENTABILIDADE À LUZ DA PERSPECTIVA JURISDICIONAL “À BRASILEIRA”: UM ESTUDO DE CASO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....408**

Francieli lung Izolani, Frederico Thaddeu Pedroso, Jerônimo Siqueira Tybusch e Francielle Benini Agne Tybusch

<b>1 Introdução .....</b>	<b>409</b>
<b>2 Os fundamentos e limitações do processo e da jurisdição brasileira para a tutela da sustentabilidade .....</b>	<b>410</b>
<b>3 Limitações e peculiaridades: a tutela de direitos transindividuais na Ação Civil Pública 5118121-39.2020.8.21.0001/RS .....</b>	<b>415</b>
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>420</b>
<b>Referências.....</b>	<b>422</b>

**APORTES DA ANÁLISE ECONÔMICA NO ESTUDO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O RISCO DA PROMOÇÃO DESIGUAL DE DIREITOS.....426**

Daniel Castanha de Freitas, Vivian Lopez Valle e Gustavo Martinelli Tanganelli Gazotto

<b>1 Introdução .....</b>	<b>427</b>
<b>2 A análise econômica do direito e sua pertinência para com o direito à saúde .....</b>	<b>428</b>
<b>3 Os resultados da pesquisa sobre o número de demandas que pleiteiam medicamentos e tratamentos .....</b>	<b>431</b>

4 A judicialização da saúde atual e o risco da promoção desigual de direitos .....	436
5 Considerações finais .....	442
Referências.....	443

**AVANÇOS NO DEBATE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO: UM OLHAR PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA .....** 449

Jorge Leal Hanai, Suely de Fátima Ramos Silveira e Nina Rosa da Silveira Cunha

1 Introdução .....	450
2 Implementação de Políticas Públicas.....	454
3 Percurso metodológico .....	455
4 Discussão e análise dos resultados .....	456
4.1 O papel do poder judiciário vis-à-vis à judicialização da saúde: o aquecimento para uma postura de transição de interventor, invasor ou mero cooperador para colaborador.....	461
4.2 De interventor para colaborador: a arena internacional latino-americana enquanto espaço de soluções “outras” possíveis .....	463
5 Considerações finais .....	469
Referências.....	470

**OUTROS TEMAS .....** 476

**ASPECTOS GERAIS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS PELA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) E PELA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) .....** 478

Antônio Márcio da Cunha Guimarães e Miguel Souza Dantas Neto

1 Introdução .....	479
2 Questões propedêuticas .....	480
2.1 Dimensões dos direitos humanos.....	480
2.2 As origens do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a classificação dos direitos humanos quanto ao conteúdo .....	481
3 A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito global .....	483
3.1 O PIDESC: estrutura principiológica dos direitos econômicos, sociais e culturais?.....	483
3.2 A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais na estrutura da ONU .....	485
4 A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no sistema interamericano .....	487
5 Crise de efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais (desc) e o posicionamento da corte interamericana de direitos humanos.....	488
6 Considerações finais .....	492
Referências.....	493

**A ESTRUTURA LINGUÍSTICO-DISCURSIVA DO VOTO DO MINISTRO BARROSO NA ADO 26 E NO MI 4733: UMA REFLEXÃO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO CONTRA-HEGEMÔNICO...496**

Maria Eugenia Bunchaft

<b>1 Introdução .....</b>	<b>497</b>
<b>2 Contextualizando a teoria do Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel.....</b>	<b>500</b>
<b>3 A Teoria da Democracia de Nancy Fraser.....</b>	<b>502</b>
<b>4 Contribuições atuais do Constitucionalismo Democrático-Paritário e do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico .....</b>	<b>504</b>
4.1 A fusão dialógica contra-hegemônica .....	505
4.2 A releitura de Fraser sobre a ideia gramsciana de hegemonia.....	507
4.3 A categoria dos contrapúblicos interpretativos .....	509
<b>5 Síntese dos votos dos ministros e análise da estratégia linguístico-discursiva no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADO 26 e do MI 4733 .....</b>	<b>513</b>
5.1 Resumo dos votos dos ministros na ADO 26 e no MI 4733.....	513
5.2 Tendências discursivas no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733 .....	514
<b>6 Considerações finais .....</b>	<b>519</b>
<b>Referências .....</b>	<b>520</b>
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>526</b>
Envio dos trabalhos:.....	528

**POLÍTICAS DE PROTEÇÃO A GRUPOS VULNERÁVEIS**

The logo for CEUB (Centro de Educação Universitária Brasileira) features the letters 'CEUB' in a bold, white, sans-serif font. The letter 'B' is stylized with a vertical line through its center, resembling a Greek letter beta. The logo is set against a dark red background with a subtle, repeating pattern of white floral or scrollwork motifs.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated female figure is the central focus. The sculpture is made of a textured material and has a minimalist, almost faceless appearance. Behind it, a long, white building with a series of cantilevered balconies and large windows stretches across the frame. In the background, a tall, white, rectangular tower rises against a blue sky with scattered white clouds. The overall scene is bright and clear, suggesting a sunny day. The image is framed by a dark red border on the right and bottom, which contains text and decorative elements.

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

**O trabalho escravo  
contemporâneo na Região  
Amazônica brasileira**

**The slave labor in the brazilian  
Amazon**

Beatriz Souza Costa

Camilla de Freitas Pereira

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022



# O trabalho escravo contemporâneo na Região Amazônica brasileira\*

## The slave labor in the Brazilian Amazon

Beatriz Souza Costa\*\*

Camilla de Freitas Pereira\*\*\*

### Resumo

A presente pesquisa investigou a ocorrência do trabalho escravo contemporâneo nas atividades econômicas desenvolvidas na região amazônica, especialmente no agronegócio. Dessa forma, este estudo analisa se há possibilidade de solução para eliminação do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia. Além disso, averigua se o Estado brasileiro investiu em políticas públicas suficientes para a sua erradicação. Para alcançar o objetivo proposto, serão analisados, primeiramente, os aspectos históricos do trabalho escravo contemporâneo no Brasil. No segundo tópico, serão avaliadas essas práticas na região amazônica, e as principais atividades econômicas que utilizam esse método. No último tópico serão examinadas as políticas públicas implementadas pelo estado brasileiro para extirpar o trabalho escravo. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se a metodologia jurídico-teórica, bem como um raciocínio dedutivo e a pesquisa doutrinária. O artigo utiliza autores com vasta pesquisa no tema como Leonardo Sakamoto. Concluiu-se que na Amazônia há uma diversidade de atividades econômicas que se utilizam da mão de obra escrava moderna, e que as políticas públicas do estado brasileiro, ainda, são insuficientes.

**Palavras-chave:** Amazônia; Desenvolvimento econômico; Políticas públicas; Trabalho escravo contemporâneo.

### Abstract

The Brazilian Amazon is very important actually for Brazil, considering that the economic activities developed in the region is responsible for the exports and growth of the country's economy. However, complaints about the use slave labor in these enterprises over the years are frequent, without there being a definitive solution with the provision of decent work. This research aims investigate the occurrence of contemporary slave labor in economic activities developed in the Amazon region, especially agribusiness. In addition, it seeks to investigate whether the Brazilian State has invested in sufficient public policies for eradication. To solve the problem, the present research understands that the State should invest in the creation of plans for eradication, inspection, rescue and punishment. To achieve the proposed objective, legal-theoretical methodology was used, as well as deductive reasoning and doctrinal research. The investigation will use Report No. 95/03,

\* Recebido em 23/05/2021  
Aprovado em 06/12/2021

\*\* Pós-doutora em Castilla-La Mancha/Espanha. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professora na Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara e Pró-reitora de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara.  
E-mail: biaambiental@yahoo.com.br

\*\*\* Doutoranda e mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Público Global em Castilla-La Mancha/ Espanha. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Docência com Ênfase em Educação Jurídica pela Faculdade Arnaldo. Advogada.  
E-mail: mila.frepe@gmail.com

Case 11.289 of the Inter-American Commission on Human Rights as a theoretical reference, which represented a milestone in the international recognition of the practice in the Brazilian State. It was concluded that in the Amazon there is a diversity of economic activities that use modern slave labor, which requires the implementation of urgent measures by the State.

**Keywords:** Amazon; Economic development; Public policy; Contemporary slave labor.

## 1 Introdução

A Amazônia é uma região privilegiada em recursos naturais, e ocupa extensa parte do território brasileiro. As políticas de ocupação amazônica, iniciadas no século XIX, levaram ao povoamento da região no regime militar após o golpe de 1964, considerando-se a baixa densidade populacional da região. Essa política agrária também estabeleceu mazelas que, até os tempos atuais, são difíceis de sanar pelo Estado brasileiro. Dentre esses impasses, estão a degradação ambiental e a utilização de mão de obra escrava.

A escravidão na Amazônia é fenômeno vinculado ao modelo de desenvolvimento proposto na região, com práticas extrativistas. Esse meio de exploração de mão de obra estigmatiza a região desde a colonização brasileira, à época interessada na extração das drogas do sertão, que tinham grande valor mercadológico. Após a abolição da escravatura, as práticas perpetuaram alimentadas pelas desigualdades sociais e a injusta concentração de terras. Essas realidades impulsionaram trabalhadores, em busca de sobrevivência, mesmo que indigna, a se submeterem a qualquer tipo de trabalho. Contemporaneamente, a exploração da mão de obra na região tem raízes na cultura extrativista, principalmente com o ciclo da borracha. Esse ciclo foi caracterizado pela informalidade, baixas remunerações e o pagamento realizado pela produtividade. Além disso, pelo fornecimento dispendioso de materiais de trabalho e itens básicos de subsistência assinalado pela servidão por dívidas.

O trabalho escravo contemporâneo na Amazônia não está concentrado em um ramo específico de atividade, mas em diversas, como a mineração, carvoarias, agricultura, pecuária, trabalho infantil e até mesmo a exploração sexual de mulheres, crianças, adolescentes e travestis, destinadas ao mercado nacional e internacional.

O estado brasileiro reconheceu, tardiamente, a ocorrência do trabalho escravo contemporâneo, após ser denunciado na década de 90, no decorrer de sessões da ONU. Todavia, o reconhecimento formal pelo chefe do Poder Executivo apenas ocorreu em 1995 quando o Brasil foi demandado, pela primeira vez, na Corte Interamericana de Direitos Humanos pela existência de trabalho escravo, no “caso José Pereira”.<sup>1</sup>

O presente artigo analisa se haveria solução para a eliminação do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia. O artigo, também, buscará compreender se o Estado brasileiro investiu em políticas públicas suficientes para a sua erradicação. Para uma possível solução do problema de pesquisa, serão examinados, no primeiro tópico, os aspectos históricos do trabalho escravo contemporâneo no Brasil. No segundo tema, serão analisadas essas práticas na região amazônica, e as principais atividades econômicas que as utilizam. Por derradeiro, serão estudadas as políticas públicas implementadas pelo estado brasileiro com o intuito de erradicar essa forma de trabalho degradante.

Para alcançar o objetivo desse trabalho, utilizou-se a metodologia jurídico-teórica, bem como um raciocínio dedutivo e pesquisa doutrinária.

<sup>1</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório n. 95/03*: Caso 11.289. Solução Amistosa José Pereira VS. Brasil. São José, Costa Rica. 24 out. 2003. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm> Acesso em: 21 dez. 2020.

## 2 O trabalho escravo no Brasil

O Brasil é um país que conservou seu acervo histórico desde o período colonial, que faz parte do seu patrimônio. Todavia, esse patrimônio foi construído também com base na exploração latifundiária, mineral e utilização de trabalho escravo o que macula, neste sentido, a história brasileira.

Como afirmam Silva, Rodrigues e Tibaldi, atualmente “submeter alguém a trabalho em condição análoga à de escravo é conduta vedada pelo ordenamento jurídico doméstico, com consequência nas esferas penal, civil e administrativa e trabalhista”, como se verá adiante<sup>2</sup>.

No entanto, o Brasil demorou muito para reconhecer a existência de trabalho escravo contemporâneo. As primeiras denúncias de trabalho escravo, em sua forma contemporânea, ocorreram, nos anos de 1970, pelo relatório intitulado “Uma igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social”. Esse relatório foi elaborado por Dom Pedro Casaldáliga, bispo católico e defensor dos Direitos Humanos na Amazônia. No referido documento, o bispo faz críticas à prática de aliciamento de trabalhadores submetidos à servidão por dívida, peonagem ou *truck system*<sup>3</sup> e, assim como na escravidão antiga, aduz à transformação do trabalhador em objeto, sem direitos e sem personalidade:

As condições de trabalho são as mais precárias possíveis. [...] Por tudo isso, os peões trabalham meses, e ao contrair malária ou outra qualquer doença, todo seu saldo é devorado, ficando mesmo endividados com a fazenda. [...] Esse trabalho pesado, e nestas condições, é executado por gente de toda idade, inclusive menores (13, 14, 15, 17 anos). [...] O peão depois de suportar esse tipo de tratamento perde a sua personalidade. Vive, sem sentir que está em condições infra-humana. Peão já virou conotação depreciativa pelo povo das vilas, como sendo uma pessoa sem direito e sem responsabilidade. Os fazendeiros mesmo consideram o peão uma raça inferior, com o único dever de servir a eles, “os desbravadores”. Nada fazem pela promoção humana dessa gente. O peão não tem direito à terra, à cultura, à assistência, à família, a nada. É incrível a resignação, a apatia e paciência destes homens, que só se explica pelo fatalismo sedimentado através de gerações de brasileiros sem pátria, dessas massas desperdadas de semiescravos que se sucederam desde as Capitanias Hereditárias<sup>4</sup>.

A partir desse momento, na década de 1970 e 1980, começaram as denúncias, lideradas pela Comissão Pastoral da Terra (CPT), formada por um conjunto de bispos e agentes pastorais oriundos da Amazônia Legal e vinculados à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB)<sup>5</sup> com a finalidade de atuar, juntamente, aos trabalhadores rurais em todas as regiões do Brasil<sup>6</sup>.

Nos anos de 1992 a 1994, no decorrer de sessões das Nações Unidas (ONU), na Suíça, o Brasil foi denunciado pela existência de trabalho forçado e escravo por meio da CPT e da Ordem dos Advogados do Brasil, que compareceram a convite da Federação Internacional dos Direitos Humanos, responsabilizando,

<sup>2</sup> SILVA, Amanda Carolina Souza; RODRIGUES, Débhora Renata Nunes; TIBALDI, Saul Duarte. Nudges e políticas públicas: um mecanismo de combate ao trabalho em condição análoga à de escravo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 266-286, 2018. Disponível em: <https://www.jus.uniceub.br/RBPP/article/view/5317> Acesso em: 29 jun. 2021.

<sup>3</sup> A expressão tem origem no século XV, com a Revolução Industrial, particularmente na Inglaterra e Alemanha. Os empregados à época tinham o salário adiantado para adquirir bens de primeira necessidade, uma vez que as indústrias precisavam ser instaladas em locais afastados da cidade, mas perto de recursos naturais como rios e florestas. Dessa forma, os empregadores instalavam vendas para aquisição desses bens essenciais, para que os obreiros os adquirissem, surgindo assim o vocábulo *truck system*. Essa prática culminou em uma forma de exploração forçada do empregado, uma vez que este estava constantemente preso a uma dívida com seu empregador, pois não recebia o suficiente para saldá-la. RIEGER, Bruno Mahlmann. *Aspectos peculiares de salário e remuneração*. 2012. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

<sup>4</sup> CASALDÁLIGA, Dom Pedro. *Uma igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social*. 1971. Disponível em: <http://servicioskoinonia.org/Casaldaliga/cartas/1971CartaPastoral.pdf> Acesso em: 21 nov. 2020.

<sup>5</sup> A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) é a instituição permanente que congrega os bispos da igreja católica no país, que desenvolvem funções pastorais em favor de seus fiéis para melhor promover a vida eclesial, enfrentar desafios contemporâneos, por meio dos ensinamentos cristãos promover uma sociedade justa, fraterna e solidária. CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. *Igreja Apostólica Romana*. 2020. Disponível em: <https://www.cnbb.org.br/> Acesso em: 21 nov. 2020.

<sup>6</sup> PLASSAT, Xavier. Abolida a escravidão. In: CERQUEIRA, G. C.; FIGUEIRA, R. R.; PRADO, A. A.; COSTA, C. M. L. (org.) *Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: contribuições críticas para a sua análise e denúncia*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 331-346.

inclusive, o governo por descumprimento de tratados e recomendações internacionais. O embaixador do Brasil na ONU, Celso Amorim, admitiu a questão e, então, foi criado o Programa de Erradicação do Trabalho Forçado e do Aliciamento do Trabalhador (PERFOR) pelo governo federal<sup>7</sup>.

No ano de 1995, o Brasil foi demandado, pela primeira vez, na Corte Interamericana de Direitos Humanos pela existência de trabalho escravo, no “caso José Pereira”<sup>8</sup>. No caso em questão, a vítima, José Pereira, juntamente a outros sessenta trabalhadores, no ano de 1989, eram aliciados para trabalhar na corte de Jujuira, vivendo sem remuneração e em condições degradantes. Ao tentar fugir, juntamente a um companheiro, José Pereira foi gravemente ferido e seu colega foi morto, ambos vítimas de pistoleiros contratados pelo patrão para impedir a fuga de seus trabalhadores.

A situação foi denunciada pelas organizações não governamentais *Human Rights Watch* e o Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL), alegando a violação dos artigos I e XXV da Declaração Americana sobre Direitos e Obrigações do Homem que dizem respeito ao direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade pessoal, e o direito contra a prisão arbitrária. Consta, ainda, a denúncia à violação dos artigos 6, 8 e 25 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, os quais se referem à proibição de escravidão e servidão; garantias judiciais e proteção judicial. Os denunciadores, ainda, apontaram o país como coniventes com a grave situação, uma vez que o estado brasileiro teria total desinteresse em investigar as situações de exploração laboral, e facilitando a impunidade em casos semelhantes ao de José Pereira<sup>9</sup>.

Em decorrência desse fato, em 18 de setembro de 2003, as peticionárias e o Estado brasileiro assinaram um termo de solução amistosa. Logo, o Brasil reconheceu sua responsabilidade internacional, ainda que as violações tivessem sido praticadas por particulares, uma vez que os órgãos estatais não conseguiram prevenir, tampouco punir, tais práticas no país<sup>10</sup>.

Com as pressões nacionais e internacionais, em 1995, o Presidente do Brasil à época, Fernando Henrique Cardoso, reconheceu, em uma entrevista em rádio, que o trabalho escravo era uma realidade brasileira.

Esse reconhecimento tornou-se um problema político, culminando na implementação de algumas políticas públicas para erradicação dessa prática. Desde então, até o ano de 2019, foram encontradas mais de cinquenta e quatro mil pessoas em situação de trabalho escravo em atividades diversas como fazendas de gado, cultivo de soja, algodão, café, laranja e cana-de-açúcar. Também se apuraram os trabalhos forçados em carvoarias, canteiros de obras, oficinas de costura, bordéis, entre outras<sup>11</sup>. Dentre esses trabalhadores, em sua maioria homens (94,88%), negros e pardos (49,80%), com baixo grau de escolaridade (40,14%) e com frequente reincidência, uma vez que esses trabalhadores relatam conhecer, apenas, aquela realidade desde a sua infância<sup>12</sup>.

Até o ano de 2003, a redação do tipo penal, no artigo 149 do Código Penal, se limitava a “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”, cuja pena era de 2 a 8 anos de prisão. Tratava-se da proteção ao direito de

<sup>7</sup> FIGUEIRA, Ricardo Resende. A persistência da escravidão ilegal no Brasil. *Lugar Comum*, Rio de Janeiro, n. 33-34, p. 105-121, jan./ago. 2011.

<sup>8</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório n. 95/03: Caso 11.289. Solução Amistosa José Pereira VS. Brasil*. São José, Costa Rica. 24 out. 2003. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm> Acesso em: 21 dez. 2020.

<sup>9</sup> COSTA, Patrícia Trindade M. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo Brasil*. 2010. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_227300.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227300.pdf) Acesso em: 2 dez. 2020.

<sup>10</sup> COSTA, Patrícia Trindade M. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo Brasil*. 2010. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_227300.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227300.pdf) Acesso em: 2 dez. 2020.

<sup>11</sup> SAKAMOTO, Leonardo. O trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *A escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020.

<sup>12</sup> DELGADO, Gabriela Neves; MIRÁGLIA, Livia Mendes Moreira. 130 anos da Lei Áurea no Brasil: a regulamentação de uma representação simbólica de liberdade humana. In: MIRÁGLIA, Livia Mendes Moreira et al. (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2018. p. 11-14.

liberdade, considerando-se o combate a condições análogas a de escravo, haja vista o entendimento de que a escravidão teria sido abolida pela Lei Áurea em 1888. O tipo penal, até esse momento aberto, oportunizava ampla interpretação. Assim, o intérprete da lei no caso concreto deveria definir o que seria “condição análoga à de escravo”, uma vez que o tipo trazia maior flexibilidade hermenêutica<sup>13</sup>. No entanto, com o advento da Lei n. 10.803/2003<sup>14</sup>, o legislador detalhou um rol de situações factuais que seriam consideradas “análogas à escravo”. Portanto, a mudança legislativa significa uma evolução do tema no Brasil, a qual considera não apenas o cerceamento de liberdade, mas também situações de indignidade como nos casos de jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho<sup>15</sup>.

Com as alterações do Código penal, são arrolados quatro tipos penais para a condição de análoga à de escravo que são a submissão a trabalhos forçados, a jornada exaustiva, a sujeição a trabalhos em condições degradantes, e as práticas de servidão por dívida em que o indivíduo se submete ao trabalho em decorrência de dívidas ilegítimas<sup>16</sup>.

Nesse sentido, todas as modalidades representam formas de controle e repressão do trabalhador, tendo como propósito a manutenção do trabalhador no local onde desenvolve sua atividade, em que pese constituírem formas autônomas<sup>17</sup>. Assim, trata-se de um crime que, para ocorrer, sua materialização prescinde da essencialidade da ofensa à liberdade de locomoção da vítima, uma vez que objetiva a proteção da dignidade humana, podendo desenrolar-se em conjunto ou isoladamente<sup>18</sup>.

Trabalhadores homens, pobres, negros, jovens (entre 18 e 40 anos) representam as vítimas de trabalho escravo contemporâneo. Essas pessoas são recrutadas em seus estados de origem por “gatos” para desenvolver seu laboro em estados distantes, com a promessa de salários atrativos<sup>19</sup>. Um estudo detalhado do perfil das vítimas resgatadas propicia a identificação tanto dos riscos específicos existentes em determinadas atividades econômicas e cadeias produtivas quanto das vulnerabilidades relacionadas a padrões sociodemográficos e identitários — averiguados por meio da consideração de idade, sexo, escolaridade, ocupações, setores econômicos, raça/cor e nacionalidade.

Segundo dados do observatório digital da Plataforma SmartLab<sup>20</sup>, que monitora o trabalho escravo e o tráfico de pessoas, entre os anos de 2003 e 2018, foram resgatadas 45.028 pessoas em situação de trabalho

<sup>13</sup> RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho degradante e jornadas exaustivas: crime e castigo nas relações de trabalho neo-escravistas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/213> Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>14</sup> BRASIL. *Lei 10.803 de 11 de dezembro de 2003*. Altera o art. 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.803.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.803.htm) Acesso em: 28 jun. 2021.

<sup>15</sup> CARVALHO, José Lucas Santos. *Trabalho escravo contemporâneo em disputa: direitos humanos, vida nua e biopolítica*. Curitiba: Appris, 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em: 22 jun. 2021.

<sup>17</sup> CAVALCANTI, Tiago Muniz. Como o Brasil enfrenta o trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo. *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 67-84.

<sup>18</sup> SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Trabalho escravo contemporâneo: série histórica dos 25 anos de Grupo Especial de Fiscalização Móvel no Brasil e na Amazônia Legal (1995- 2019). *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, 2020.

<sup>19</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde VS. Brasil*. São José, Costa Rica, Sentença de 20 out. 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf) Acesso em: 02 dez. 2020.

<sup>20</sup> O Observatório digital do trabalho escravo encontra-se na plataforma digital Smartlab. Trata-se de uma iniciativa conjunta do MPT e da OIT Brasil fundando a Plataforma SmartLab, que tem fortalecido a cooperação com organizações governamentais, não-governamentais e internacionais que atuam na promoção do trabalho decente disponibilizando informações para tomar decisões sobre as ações que desenvolvem. Por meio de Observatórios Digitais, a plataforma beneficia também a comunidade científica, que passa a ter acesso a informações com facilidade sem precedentes para pesquisa. Além disso, o fluxo público de informações para tomada de decisões baseadas em evidências e orientadas para resultados beneficia a sociedade civil em geral. SMARTLAB. *Observatório da erradicação do trabalho escravo e do tráfico de pessoas*. 2019. Disponível em <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo> Acesso em: 02 jun. 2021

forçado. Essa informação equivale a uma média de 2.814,3 trabalhadores resgatados por ano. Quanto às atividades exercidas pelas vítimas, apurou-se que 73% delas trabalhavam na atividade agropecuária, sendo as atividades que mais empregam trabalhadores em condição análoga à escravidão: a criação de bovinos para corte, o cultivo de arroz, a fabricação de álcool e cultivo de cana-de-açúcar<sup>21</sup>.

Essas vítimas, geralmente, são recrutadas em municípios carentes, de baixíssimo IDH. Elas são pessoas analfabetas, semianalfabetas ou com a escolaridade incompleta e, predominantemente, são do gênero masculino entre 18 e 24 anos. Observa-se que a maioria dos trabalhadores resgatados em condições análogas à de escravo são naturais das regiões Norte e Nordeste, sobretudo no Maranhão, Piauí e Tocantins. Assim, essas pessoas são deslocadas para estados com maior demanda de trabalho rural e com ignóbeis índices de fiscalização, como Pará, Mato Grosso, Maranhão e Tocantins<sup>22</sup>. Segundo a Organização Internacional do Trabalho, as vítimas tomam conhecimento do trabalho por meio de relações pessoais, com amigos, conhecidos ou até mesmo pelo aliciador em locais próximos às suas residências, locais públicos ou nas ruas das cidades em que circulam procurando emprego<sup>23</sup>.

Por outro lado, Jardim<sup>24</sup> esclarece que os casos práticos de trabalho escravo contemporâneo, tanto no meio rural quanto no urbano, guardam características sempre muito semelhantes, como a forma de arrematação da mão de obra, de execução do trabalho e da relação estabelecida com o trabalhador. O aliciamento é feito pelo chamado “gato”, pessoa intermediária e estrategista que recruta obreiros para o trabalho escravo por meio da sedução com ilusórias condições vantajosas de laboro em locais longínquos de suas cidades de origem. A prática, também, é comum no meio urbano, principalmente por intermédio da terceirização, como nos serviços de confecção e da construção civil<sup>25</sup>. Viana<sup>26</sup> descreve a jornada sofrida dos trabalhadores aliciados:

os percursos mais frequentes da escravidão já são bem conhecidos: primeiro, a cidade pequena, a falta de trabalho, as barrigas vazias; depois, o gato que chega, as promessas de dinheiro, a sensação de aventura; então, a mãe que implora, o pai que abençoa, o orgulho de se aventurar no mundo; depois o caminhão, o ônibus ou o trem, a cachaça alegrando a viagem, a noite escondendo os caminhos, a dívida subindo a cada prato de comida; por fim, a fazenda, o fiscal, a arma, e às vezes a fuga, a volta e o recomeço<sup>27</sup>.

A razão da persistência dessa prática por parte do patrão é a financeira. Uma pesquisa realizada pelo Centro Carr de Políticas de Direitos Humanos, da Universidade de Harvard, atestou que a escravidão contemporânea é trinta vezes mais rentável em comparação àquelas praticadas nos séculos XVIII e XIX. Além disso, a mesma pesquisa comprovou que o lucro anual, obtido pela exploração da escravidão contemporânea, é de 467 bilhões de reais<sup>28</sup>. Trata-se, pois, de negócio lucrativo que diminui os custos do empregador, e utiliza

<sup>21</sup> SMARTLAB. *Observatório da erradicação do trabalho escravo e do tráfico de pessoas*. 2019. Disponível em <https://smartlabbr.org/trabalho-escravo> Acesso em: 02 jun. 2021.

<sup>22</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde VS. Brasil*. São José, Costa Rica, Sentença de 20 out. 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf) Acesso em: 02 dez. 2020.

<sup>23</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/content/perfil-dos-principais-atores-envolvidos-no-trabalho-escravo-rural-no-brasil> Acesso em: 28 jun. 2021.

<sup>24</sup> JARDIM, Phillippe Gomes. *Para uma crítica ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil: dos direitos humanos à neoescravidão*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2007.

<sup>25</sup> CONFORTI, Luciana Paula. *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo: um olhar além da restrição da liberdade*. 2014. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/images/uploads/article/erradicacao-do-trabalho-escravo-anamatra-resumido.pdf> Acesso em: 16 nov. 2020.

<sup>26</sup> VIANA, Márcio Túlio. Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 189-215, jul./dez. 2006.

<sup>27</sup> VIANA, Márcio Túlio. Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 189-215, jul./dez. 2006. p. 201.

<sup>28</sup> MACIEL, Emanuella Ribeiro Halfeld Maciel; STURM, João Pedro Nunes. Dificuldades institucionais no combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil. In: MIRÁGLIA, Livia Mendes Moreira *et al.* (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2018. p. 95-99.

diferentes formas de ludibriar tanto a fiscalização quanto os próprios trabalhadores, como será tratado conforme será apresentado no Capítulo 3.

### 3 O trabalho escravo contemporâneo na Amazônia brasileira

No ano de 1640, com a separação de Portugal e Espanha, a Amazônia se tornou propriedade Lusitana. Nesse desenrolar da história, os colonizadores portugueses iniciaram a exploração das “drogas do Sertão”<sup>29</sup>, com a colonização da região norte<sup>30</sup>, considerando-se que o português inadmitia o trabalho braçal, foi utilizada mão de obra escrava, inicialmente indígena e, posteriormente, africana<sup>31</sup>.

A fertilidade do solo e a abundância de terras e riquezas naturais eram atrativas para a ocupação dos colonos que se interessavam em obter altos ganhos com a exploração e colheita de produtos como algodão, tabaco, canafístula<sup>32</sup>, salsaparrilha, gengibre, pimenta, cravo, canela, puxuri<sup>33</sup>, madeiras odoríferas, óleo de copaíba e cacau<sup>34</sup>, não desenvolvendo na região, nessa época, a atividade da agroindústria, como a lavoura. Isto não ocorreu por conta das condições naturais da região, como mata espessa e semiaquática e ainda pelos altos custos que deveriam ser investidos<sup>35</sup>.

Entretanto, na metade do século XVIII, com o desenvolvimento das políticas pombalinas, que o trabalho escravo se potencializou, a partir da atuação monopolista da Companhia Geral de Comércio do Grão-Pará e Maranhão (1755-1778), crescendo, substancialmente, em número até 1820<sup>36</sup>. Com a abundância de terras, rapidamente constituíram-se imensos latifúndios e se desenvolveu a atividade agropecuária, complementar à mineração, utilizando o trabalho escravo de índios e negros<sup>37</sup>.

Mesmo com a abolição da escravatura em 1888, essas práticas nunca tiveram fim na região. Para Sakamoto<sup>38</sup>, as naturezas legal e econômica do cativo na contemporaneidade divergem daquelas do trabalho escravo

<sup>29</sup> As “drogas do sertão” seriam, então, basicamente um conjunto de produtos extraídos da floresta visando a exportação. Nesse grupo estavam inclusos frutos, folhas, raízes, resinas e óleos com origem vegetal, que poderiam ser empregados em diversas utilidades: medicina, alimentação, tinturaria, cordoaria, construção naval e em outros empregos. Os principais produtos contidos nessa classificação de “drogas do sertão” eram: baunilha, breu, cacau, canela-do-mato, castanha-do-Pará, cravo (fino ou grosso), madeiras, óleos vegetais (andiropa, copaíba, cumaru, umeri), piaçaba, puxuri, gengibre, anil, salsaparrilha e urucum. MATOS, Frederik Luiz de. *O comércio das “drogas do sertão” sob o monopólio da companhia geral do Grão-Pará e Maranhão (1755-1778)*. 2019. Tese (Doutorado História Social da Amazônia) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

<sup>30</sup> MORAES, Francisco Américo Martins. Sob a lei do cão: o trabalho escravo nos principais ciclos econômicos da Amazônia. *Revista Margens Interdisciplinar*, v. 13, n. 20, set. 2020.

<sup>31</sup> SOUSA, James O. Mão-de-obra indígena na Amazônia Colonial. *Tempo de histórias*, n. 6, p. 1-18, 2002.

<sup>32</sup> A canafístula é uma espécie comum da floresta estacional semidecidual. Por ser uma planta rústica e de rápido crescimento, normalmente é encontrada colonizando pastagens, em clareiras e bordas de matas, e é muito usada para a composição de reflorestamentos mistos de áreas degradadas e de preservação permanente. PIROLI, Edson Luís *et al.* Germinação de sementes de canafístula *Peltophorum dubium* (Spreng.) Taub. tratadas para superação da dormência. *Colloquium Agrariae*, v. 1, n. 1, p. 13-18, set. 2005.

<sup>33</sup> A espécie *Licaria puchury-major* (Lauraceae) é conhecida na Amazônia como “puxuri”. Popularmente suas sementes aromáticas são utilizadas na medicina folclórica como carminativas estomáquicas e, ainda, no tratamento de insônia e irritabilidade em adultos e crianças. O chá da planta é preparado utilizando uma semente que pesa aproximadamente cinco gramas, trituradas em um copo de água fervente. Popularmente o remédio assim elaborado é conhecido como “abafado”. MAIA, J. G.; RAMOS, L. Scott; LUZ, A. I. Estudo do óleo essencial do puxuri por cromatografia de gás/espectrometria de massa (CG/EM). *Acta Amazonica*, v. 15, n. 1-2, p. 179-184, 1985.

<sup>34</sup> MATOS, Frederik Luiz de. *O comércio das “drogas do sertão” sob o monopólio da companhia geral do Grão-Pará e Maranhão (1755-1778)*. 2019. Tese (Doutorado História Social da Amazônia) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

<sup>35</sup> SOUSA, James O. Mão-de-obra indígena na Amazônia Colonial. *Tempo de histórias*, n. 6, p. 1-18, 2002.

<sup>36</sup> LAURINDO JUNIOR, Luiz Carlos; BEZERRA NETO, José Maia. Alguns vêm de lá, outros de cá: a Amazônia no tráfico interno brasileiro de escravos (século XIX). *História*, São Paulo, v. 37, 2018.

<sup>37</sup> BARROZO, João Carlos. *Exploração e escravidão nas agropecuárias da Amazônia Mato Grossense*. 1992. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP, 1992.

<sup>38</sup> SAKAMOTO, Leonardo. O trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *A escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020.

na antiguidade e das existentes na Colônia e Império. Entretanto, o tratamento desumano, indigno, com provação da liberdade e “coisificação” do ser humano permanece o mesmo.

No século XIX, com o ciclo da borracha, o látex tinha grande valor comercial, sendo considerado o “ouro negro”. O sistema consolidou à época a prática do aviamento<sup>39</sup> na região, facilitada pela sua situação geográfica, pelo isolamento das populações tradicionais (o que dificultava o acesso dos mesmos aos produtos que necessitavam), pela escassez da moeda, pela ausência de oferta de crédito aos trabalhadores por meio do sistema bancário nacional e pela injusta concentração de terras nas mãos das minorias<sup>40</sup>.

Entre as décadas de 1920 a 1940, houve o declínio da atividade nos seringais, haja vista a descoberta de que o produto seria mais barato na Ásia, dando ensejo, então, à expansão da atividade de extração da Castanha do Pará, aproveitando-se de toda infraestrutura herdada das atividades em borracharia<sup>41</sup>.

Na Era Vargas, o incentivo à atividade foi intensificado, com a criação da “Marcha para a Amazônia”, incentivando a população nordestina ao trabalho na região para abastecer a indústria bélica americana. Em três meses, 50 mil trabalhadores deslocaram para a região que se aventuravam na região, para a “Batalha da Borracha”, trabalhando em sistema de aviamento<sup>42</sup>.

Esse sistema integratório prosseguiu com o governo militar e se estendeu ao longo dos anos, trazendo, ainda, para região a instalação de grandes empresas nacionais e internacionais agropecuárias e minero-metalúrgicas, a construção de rodovias, com a conseqüente concentração intensa de terras destinadas à pecuária extensiva, ao agronegócio e à exploração madeireira e minerária, gerando desigualdade econômica e a perpetuação do trabalho escravo<sup>43</sup>.

O panorama atual amazônico é de uma região rica em recursos naturais, mas também abundante em trabalho escravo. Apesar das equipes de fiscalização brasileiras já terem flagrado situações de trabalho escravo em todo o país, é justamente na região amazônica que os casos se concentram; mais precisamente no sul e no sudeste do Pará, no norte do Mato Grosso e na região conhecida como Bico do Papagaio, localizada no estado do Tocantins. Essas regiões reúnem os maiores casos desde os primeiros anos de resgates, ou seja, entre 1993 e 2003 até os dias atuais.<sup>44</sup> Para Nagasaki e Silva, essa ocorrência justifica-se pela grande extensão de terras produtivas em áreas isoladas que favorecem o desenvolvimento da pecuária, o plantio de cana-de-açúcar, a mineração, as carvoarias, o extrativismo e práticas de desmatamento com alta utilização de trabalho escravo<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> Aviamento, servidão por dívidas ou truck system se caracteriza quando o aviador ou patrão cria um sistema de crédito em que fornece bens de consumo (alimentos, produtos de higiene pessoal ou munição) e também de produção (instrumentos de trabalho) para o produtor/trabalhador, em troca de trabalho, criando-se uma situação perpétua de dívidas. Esse sistema existe há aproximadamente 300 anos na região amazônica. ROSTON, André Espósito; KALIL, Renan Bernardi. Servidão por dívida de trabalhadores extrativistas na Amazônia: características, possibilidades e alternativas. In: PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz. *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTr, 2017. p. 312-336.

<sup>40</sup> ROSTON, André Espósito; KALIL, Renan Bernardi. Servidão por dívida de trabalhadores extrativistas na Amazônia: características, possibilidades e alternativas. In: PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz. *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTr, 2017. p. 312-336.

<sup>41</sup> SILVA, Victor Melo Fabricio; DIAS, Mônica Nazaré Picanço. O extrativismo político, econômico e social na Amazônia: o legado de exploração e marginalização democrática do povo amazônico. *Revista de Direito*, v. 12, n. 2, p. 1-20, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10780/5902> Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>42</sup> COSTA, Francisco Pereira. *Para a chuva não beber o leite: soldados da borracha: imigração, trabalho e justiça na Amazônia, 1940-1945*. 2014. Tese (Doutorado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>43</sup> SILVA, Victor Melo Fabricio; DIAS, Mônica Nazaré Picanço. O extrativismo político, econômico e social na Amazônia: o legado de exploração e marginalização democrática do povo amazônico. *Revista de Direito*, v. 12, n. 2, p. 1-20, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10780/5902> Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>44</sup> SUZUKI, Natália; PLASSAT, Xavier. O perfil dos sobreviventes. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *A escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 331-346.

<sup>45</sup> NAGASAKI, Jéssica Yume Silva; SILVA, Larissa Mascaro Gomes da. Políticas públicas: fiscalização, resgate e reinserção do trabalhador. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Escravidão contemporânea*. Brasília: MPF, 2017. v. 1. p. 104-118. Disponível em: <https://memorial.mpf.mp.br/nacional/vitrine-virtual/publicacoes/escravidao-contemporanea-coletanea-de-artigos>. Acesso



A extensão das terras brasileiras é um dos fatores determinantes da exploração do trabalho escravo. Muitas propriedades têm como atividade principal a pecuária, o plantio de cana-de-açúcar, a mineração, as carvoarias, o extrativismo e o próprio desmatamento, atividades realizadas em áreas isoladas e predominantes em determinadas regiões do país, em que se constata um alto índice de trabalho escravo.

A escravidão contemporânea continua avançando pela Amazônia, impulsionada por atividades econômicas fornecedoras de *commodities*, empregando métodos arcaicos de organização de trabalho e uso de trabalho forçado elevando as margens de lucro dos empreendedores. A estrutura manteve, então, valores patriarcais, autoritários e predatórios de exploração do trabalho que se arrastam por anos no Brasil<sup>46</sup>. Essa forma de exploração humana persistiu, até os tempos atuais, como forma de garantir vantajosos lucros e maior competitividade no sistema econômico globalizado<sup>47</sup>. Nesse sentido, a atividade em carvoaria na região dos Carajás<sup>48</sup> se desenvolve, continuamente, em situação ilegal. Mesmo com a fiscalização das autoridades fechando as dependências irregulares, elas são reinstaladas em poucos dias em áreas de difícil acesso, como áreas de desmatamento, áreas protegidas e terras indígenas.

Essa situação se agrava ainda mais pelo fato de os trabalhadores exercerem o labor em condições análogas à de escravo em fornos com altas temperaturas<sup>49</sup>. No Pará, especialmente na região de Carajás, é intensa a produção de carvão vegetal para abastecimento da indústria de ferro-gusa, que ganhou força na década de 1980, por incentivo estatal por meio de projetos como o Programa Grande Carajás<sup>50</sup>.

O agronegócio<sup>51</sup>, muito explorado na região amazônica, além de impulsionar a escravidão atualmente, é um dos setores que mais contribui para a perpetuação da escravidão contemporânea.<sup>52</sup> Verifica-se que constitui a atividade econômica que mais utiliza de trabalho em condições análogas à de escravo na Amazônia, estimando-se que 70% (setenta por cento) desses casos concentram-se na pecuária. Por outro lado, as monoculturas, em que pese a tecnologia de ponta já alcançada, exploram trabalhadores no mesmo sistema latifundiário que perpetua há anos na região, com ausência de condições sanitárias e alojamentos adequados, de alimentação e água potável<sup>53</sup>.

---

em: 22 nov. 2021.

<sup>46</sup> MESQUITA, Valéria Jacob Chaves. A utilização de mão de obra escrava na colonização e ocupação da Amazônia: os reflexos da ocupação das distintas regiões da Amazônia nas relações de trabalho que se formaram nestas localidades. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous *et al.* *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2011.

<sup>47</sup> SAKAMOTO, Leonardo. O trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *A escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020.

<sup>48</sup> A Região de Integração de Carajás, situada no Sudeste do Pará, é considerada uma das mais importantes do Estado. Ocupa uma área de 44.920 km<sup>2</sup>, englobando doze municípios. Sua economia está alicerçada principalmente nas atividades de mineração, indústria e agropecuária. BITENCOURT, Emannelen *et al.* Análise temporal do desmatamento em bacia hidrográfica na região de integração de Carajás. *Revista Geoaraguaia*, v. 10, n. 1, p. 82-99, 2020.

<sup>49</sup> GREENPEACE. *Carvoaria Amazônia: como a indústria de aço e ferro gusa está destruindo a floresta com a participação de governos*. Amsterdã: Greenpeace, 2012. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/1328/97.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 20 nov. 2020.

<sup>50</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GARCIA, Anna Marcella Mendes. Trabalho escravo na Amazônia paraense: faces da exploração do trabalhador. *Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet*, Curitiba-PR, v. 12, n. 21, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima21/Revista-Anima-21-TRABALHO-ESCRAVO-NA-AMAZO%CC%82NIA-PARAENSE-FACES-DA-EXPLORACAO-DO-TRABALHADOR.pdf> Acesso em: 28 jun. 2021.

<sup>51</sup> O conceito de agronegócio ou “Agribusiness” nasceu na Universidade de Harvard, pelos pesquisadores John Davis e Ray A. Goldberg em 1957. O conceito da palavra abrange desde a produção agrícola, armazenamento e processamento, até a sua distribuição desses produtos e aquilo que é produzido a partir deles. Trata-se, portanto, de uma grande cadeia composta por agentes econômicos envolvendo desde a produção até a distribuição desses insumos. SILVA, Alexandre da; BREITENBACH, Raquel. O debate “agricultura familiar versus agronegócio”: as jaulas ideológicas prendendo os conceitos. *Extensão Rural*, v. 20, n. 2, p. 62-85, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/extensaorural/article/view/10862/6606> Acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>52</sup> SIQUEIRA, Gilmar Wanzeller. Trabalho análogo à escravidão no estado Pará: uma violação aos direitos dos trabalhadores e a questão ambiental. In: CONGRESSO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE, 15., 2018, Poços de Caldas-MG. *Anais [...]*. Poços de Caldas-MG: UNIFAL-MG, 2018. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/328294326\\_TRABALHO\\_ANALOGO\\_A\\_ESCRAVIDAO\\_NO\\_ESTADO\\_PARA\\_UMA\\_VIOLACAO\\_AOS\\_DIREITOS\\_DOS\\_TRABALHADORES\\_E\\_A\\_QUESTAO\\_AMBIENTAL](https://www.researchgate.net/publication/328294326_TRABALHO_ANALOGO_A_ESCRAVIDAO_NO_ESTADO_PARA_UMA_VIOLACAO_AOS_DIREITOS_DOS_TRABALHADORES_E_A_QUESTAO_AMBIENTAL) Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>53</sup> BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GARCIA, Anna Marcella Mendes. Trabalho escravo na Amazônia paraense: faces da

O agronegócio avança pela Amazônia de forma ávida e veloz, principalmente na vertente oeste, na divisa com o Mato Grosso. A atividade econômica conta, ainda, com incentivos governamentais, incremento de portos, repasses em dinheiro, incentivos fiscais e créditos subsidiados, mas prevalece a utilização do trabalho forçado no seu desenvolvimento<sup>54</sup>.

Acrescenta-se, ainda, que esse cenário não se restringe à região rural amazônica. Ou seja, são comuns as cenas de exploração humana nos centros urbanos, o que ocorre não somente em consequência do êxodo rural, mas também pelas deficiências estatais em fornecer às pessoas necessidades básicas para sua sobrevivência. Assim, são inúmeras famílias marginalizadas, em situação de vulnerabilidade social, que migram para os centros urbanos em busca de uma oportunidade de trabalho<sup>55</sup>.

Além dessas modalidades descritas, a região sofre, ainda, com o tráfico de pessoas. Costumeiramente no estado do Pará, utiliza-se sob um disfarce de “fuga de lar”, desaparecimento, violência sexual ou abuso sexual, verdadeiramente tem-se homens arrebanhados para laborar em condições análogas à escravidão.<sup>56</sup>

Esses fatos acontecem em campos ou garimpos pelo país e no exterior; mulheres subjugadas a trabalhos domésticos equiparados a escravo e também prostituição no mercado internacional; crianças e adolescentes usados para trabalho análogo à escravidão e submetidos a trabalho doméstico e prostituição; além de travestis em idade adulta ou, ainda, adolescentes exploradas(os) sexualmente.

Evidencia-se, dessa forma, que a prática é comum, duradoura e difícil de ser erradicada, por fatores culturais, econômicos e geográficos. Nesse cenário, o isolamento dos trabalhadores nas áreas rurais aumenta a sua indefensabilidade diante das práticas aviltantes e exploratórias do trabalho<sup>57</sup>. Esse tipo de exploração do trabalho fere não somente direitos trabalhistas, mas também direitos humanos individuais e coletivos.

A exploração do trabalho abusiva persiste ao longo dos anos na Amazônia. Configura-se um círculo vicioso iniciado no período colonial, quando da extração das drogas do sertão, passando pelo ciclo da borracha e perdurando até os dias atuais, sem que houvesse o fomento de políticas inclusivas em todo este tempo<sup>58</sup>. No entanto, o trabalho digno, como direito fundamental, deve ser garantido pelo Estado. Assim, no capítulo seguinte serão expostas medidas já experimentadas para a erradicação do trabalho escravo na modernidade.

---

exploração do trabalhador. *Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet*, Curitiba-PR, v. 12, n. 21, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima21/Revista-Anima-21-TRABALHO-ESCRAVO-NA-AMAZO%CC%82NIA-PARAENSE-FACES-DA-EXPLORACAO-DO-TRABALHADOR.pdf> Acesso em: 28 jun. 2021.

<sup>54</sup> MESQUITA, Valéria Jacob Chaves. A utilização de mão de obra escrava na colonização e ocupação da Amazônia: os reflexos da ocupação das distintas regiões da Amazônia nas relações de trabalho que se formaram nestas localidades. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous *et al.* *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2011.

<sup>55</sup> SILVA, Victor Melo Fabricio; DIAS, Mônica Nazaré Picanço. O extrativismo político, econômico e social na Amazônia: o legado de exploração e marginalização democrática do povo amazônico. *Revista de Direito*, v. 12, n. 2, p. 1-20, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10780/5902> Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Paulo de Tarso Ribeiro *et al.* Tráfico de pessoas na Amazônia paraense: biopolítica na atualidade. In: MENDES, Neyla; MERHY, Emerson; SILVEIRA, Paulo (org.). *Extermínio dos excluídos*. Porto Alegre: Rede Unida, 2019. Disponível em: <https://livroaberto.ufpa.br/jspui/handle/prefix/670> Acesso em: 20 mar. 2021.

<sup>57</sup> SOBREIRO FILHO, José; SODRÉ, Ronaldo Barros. As naturezas do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia Oriental brasileira: do debate político à análise dos dados nos estados do Pará e Maranhão. *Caderno de Geografia*, v. 30, n. 3, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/geografia/article/view/24338> Acesso em: 28 jun. 2021.

<sup>58</sup> SILVA, Victor Melo Fabricio; DIAS, Mônica Nazaré Picanço. O extrativismo político, econômico e social na Amazônia: o legado de exploração e marginalização democrática do povo amazônico. *Revista de Direito*, v. 12, n. 2, p. 1-20, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10780/5902> Acesso em: 27 jun. 2021.

## 4 Das medidas para erradicação da prática na região

O desenvolvimento de atividades econômicas, visando a altos lucros sem observância de normas ambientais e de direito do trabalho, é prática frequente na Amazônia. Acrescenta-se a essa situação a injusta divisão agrária da região, as significativas diferenças sociais, a deficiência de fiscalização e políticas públicas, agravadas pelas características geográficas da região e deficiência econômica do governo.

A região é demasiadamente escassa em políticas públicas para impulsionar seu desenvolvimento e propiciar à população local condições dignas de moradia aos moradores e migrantes. Considerando-se as grandes diferenças econômicas, tem-se uma grande massa de desocupados, sem perspectivas, que constituem vítimas fáceis para os aliciadores dessa forma de laboro degradante.<sup>59</sup>

A negligência estatal favorece as estruturas econômicas que monopolizam a região como: pecuaristas, grandes agricultores, madeireiros e empresas mineradoras que ditam normas e subtraem o controle estatal, favorecendo abusos e impunidades, em prol de interesses privados<sup>60</sup>.

Apesar das deficiências estatais, a Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece o Brasil como país modelo no que se refere a políticas públicas para o enfrentamento do trabalho escravo. Assevera que o país utiliza técnicas avançadas que são inexistentes em outros lugares do mundo. Por outro lado, as organizações internacionais insistem nos cuidados que o Brasil deve tomar para impedir qualquer retrocesso.<sup>61</sup>

Os últimos avanços no combate ao trabalho escravo são atribuídos ao fato de o Brasil ter se comprometido, por meio da assinatura de tratados e convenções, a proteger a dignidade da pessoa humana e efetivar os direitos fundamentais sociais proclamados constitucionalmente<sup>62</sup> Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), juntamente ao Brasil, elaboram e implementam normas, políticas e programas para proteção social e projetos de combate ao trabalho escravo no país.<sup>63</sup>

Em 1992, durante o governo Collor, foi criado o primeiro plano para tentativa de erradicação do trabalho escravo, o Programa de Erradicação do Trabalho Forçado e do Aliciamento de Trabalhadores (PERFOR), sendo considerado a primeira política de combate ao problema. Essa equipe era formada por uma comissão interministerial presidida pelo Secretário Nacional do Trabalho, além dos Diretores do Departamento Nacional de Fiscalização do Trabalho e do Departamento Nacional de Relações de Trabalho; por representantes do Ministério Público Federal; do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana; da Secretaria de Polícia Federal e do Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária.<sup>64</sup>

O Brasil possui farta legislação para punir aqueles que praticam a escravidão moderna, no entanto, a efetividade dessas normas fica prejudicada dado o extenso território a ser fiscalizado.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Marcio Mosiel do nascimento; SEIBT, Cezar Luís. Grandes projetos e a precarização do trabalho na Amazônia. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 9., 2019, Maranhão. *Anais [...]*. Maranhão: UFMA, 2019. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho\\_submissaoId\\_784\\_7845cbc4e05ef88e.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissaoId_784_7845cbc4e05ef88e.pdf) Acesso em: 21 nov. 2020.

<sup>60</sup> RODRIGUES, Edmilson Brito. Política Normativa do Estado para o uso hegemônico do território: a Amazônia em questão. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 4., 2009, São Luís. *Anais [...]*. São Luís: UFMA, 2009. p. 2-20. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/mesas/politicas-publicas-e-democracia-na-amazonia\\_ok.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/mesas/politicas-publicas-e-democracia-na-amazonia_ok.pdf) Acesso em: 27 jun. 2020.

<sup>61</sup> CAVALCANTI, Tiago Muniz. Como o Brasil enfrenta o trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo. *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 67-84.

<sup>62</sup> TREVISAN, Elisaide. *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo: entre as presas da clandestinidade e as garras da exclusão*. Curitiba: Juruá, 2015.

<sup>63</sup> GOMES, Luciana Angel Lima *et al.* O trabalho escravo contemporâneo e as formas de combate para sua erradicação no Brasil. *Facit Business and Technology Journal*, v. 1, n. 18, 2020.

<sup>64</sup> MONTEIRO, Lilian Alfaia. *Políticas públicas para erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil: um estudo sobre a dinâmica das relações entre os atores governamentais e não-governamentais*. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.

Nesse sentido, em 1995, após o reconhecimento formal brasileiro da existência de escravidão contemporânea, foi criado o Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho (GEFM), por meio da Portaria Ministerial n.º 550, de 14 de junho e ainda o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF), pelo Decreto n.º 1538, de 27 de junho.

A criação desse grupo ocorreu por conta da necessidade de um comando de uma equipe centralizada para diagnosticar as questões no local de sua ocorrência, além da padronização dos procedimentos e a supervisão direta por um órgão central<sup>65</sup>.

O GEFM é uma equipe multidisciplinar composta por Auditores Fiscais do Trabalho, Procuradores do Trabalho e Policiais Federais, especializada na fiscalização do trabalho, apurando denúncias, libertando trabalhadores e autuando empregadores que incorrem nessas práticas, sendo os resultados positivos:

Apesar das dificuldades, apenas em 2003 o GEFM resgatou 4,9 mil trabalhadores e, entre 2003 e 2004, forneceu subsídios à Procuradoria Geral que permitiram instaurar 633 inquéritos administrativos para apurar alegações de trabalho escravo (Relatório Global, 2005: 24). Em reconhecimento ao papel fundamental do GEFM no combate ao trabalho escravo, o projeto da OIT-Brasil, em consonância com o Plano Nacional, estabeleceu como um dos seus objetivos o fortalecimento da atual capacidade do grupo móvel. Nesse sentido, a OIT doou, em 26/07/2004, recursos e equipamentos (notebooks, impressoras portáteis, máquinas fotográficas, e rádios de comunicação) para facilitar o deslocamento da equipe de fiscalização para locais de difícil acesso.<sup>66</sup>

Em 2003, o governo Lula implementou o primeiro Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, após o reconhecimento formal, perante a Organização das Nações Unidas (ONU), da existência de trabalho escravo no país, sendo um marco na história por firmar um compromisso envolvendo os poderes executivo, legislativo e judiciário, bem como a sociedade civil de erradicação do trabalho escravo<sup>67</sup>.

No mesmo ano, foi lançada a Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), órgão vinculado à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, com o objetivo de coordenar a implementação das ações previstas no Plano Nacional — entre outras atribuições.

Essa comissão foi formada com o objetivo de fiscalizar e implementar as ações previstas no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, além da possibilidade de propor atos normativos, acompanhar a tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional relacionados ao tema; avaliar projetos de cooperação técnica firmados entre o Governo brasileiro e os organismos internacionais; propor a elaboração de estudos e pesquisas e incentivar a realização de campanhas relacionadas à erradicação do trabalho escravo moderno<sup>68</sup>.

Em 2008 foi promulgado o II Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Essa iniciativa governamental teve por finalidade atualizar as ações de combate ao trabalho escravo já implementadas, além de reiterar os pedidos de expropriação de terras onde era utilizado trabalho forçado, que foi formalizado com a PEC n.º 438, finalmente aprovada no ano de 2014.

Além dessas medidas, foi criada uma lista — publicada no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego (criada pela Portaria n.º 540, MTE, e atualmente regulamentada pela Portaria Interministerial n.º

<sup>65</sup> MONTEIRO, Lilian Alfaia. *Políticas públicas para erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil*: um estudo sobre a dinâmica das relações entre os atores governamentais e não-governamentais. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.

<sup>66</sup> COSTA, Patrícia Trindade M. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo Brasil*. 2010. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_227300.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227300.pdf) Acesso em: 2 dez. 2020.

<sup>67</sup> BERSANI, Humberto; HERNANDES, Karina Santana. Ações governamentais e políticas públicas de combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 21, n. 34, 2020.

<sup>68</sup> MONTEIRO, Lilian Alfaia. *Políticas públicas para erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil*: um estudo sobre a dinâmica das relações entre os atores governamentais e não-governamentais. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.

4, de 11 de maio de 2016) — na qual consta, nominalmente, “todos os empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas de escravo”<sup>69</sup>.

Para Silva *et al.*, a persistência do trabalho escravo demonstra que, apesar de o Estado se munir de distintos métodos de repressão e combate à escravidão contemporânea, este não consegue erradicá-la<sup>70</sup>. Apesar das ações já desenvolvidas, entre 1995 a 2019, apesar do aumento populacional no que concerne às fiscalizações realizadas pelos Auditores Fiscais do Trabalho, houve uma diminuição do seu contingente. Também houve redução orçamentária, especialmente no ano de 2012.<sup>71</sup> A redução de 2012 pode ter influenciado a atuação das equipes responsáveis pelo combate à escravidão contemporânea, tanto nas ações promovidas pelo GEFM, como pelas regionais. Diante disso, houve uma redução nas ações repressivas e preventivas, dificultando também a aferição sobre a diminuição do uso da mão-de-obra escrava<sup>72</sup>.

Averiguou-se, ainda, que o arrefecimento do quadro de Auditores Fiscais do Trabalho foi apurado, principalmente, nos estados da Amazônia Legal. Concluiu-se, ainda, que os maiores enfoques e atenções devem ser direcionados às áreas de desmatamento e abertura de fronteiras agrícolas, uma vez que a omissão estatal tem incentivado a utilização do trabalho escravo.<sup>73</sup>

Todavia, para Sakamoto, não é suficiente a realização dos resgates dos trabalhadores explorados. Apesar da necessidade da referida ação, ela é, apenas, paliativa, e não efetiva. Para o autor, deve-se atacar o sistema em que se desenvolve o trabalho escravo. Para tanto, as políticas públicas também devem ser direcionadas para o desenvolvimento social da população pobre, com o fornecimento de emprego, educação, saúde, cultura, lazer moradia e alimentação. Isto porque são essas pessoas que vivem à margem da sociedade, portanto as maiores vítimas dessas práticas degradantes.<sup>74</sup>

Para Roston a total ausência ou ainda insuficiente prestação de serviços básicos pelo Estado alimenta essa cadeia, dada a relação de dependência entre a população carente e os exploradores de mão de obra escrava. Para o autor, o Estado não aprimorou suas políticas públicas a ponto de quebrar o círculo vicioso desse modo de exploração, que avança ao longo do tempo, por ser muito vantajoso.<sup>75</sup>

No mesmo sentido, na Amazônia, a situação de vulnerabilidade e miséria dos habitantes, a falta de qualificação, coloca-os no mercado de trabalho oferecendo apenas, a força manual. Diante da escassez de empregos formais e são submetidos aos trabalhos forçados por falta de opção para sobreviver<sup>76</sup>.

<sup>69</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria Interministerial nº 4, de 11 de maio de 2016*. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22805466/do1-2016-05-12-portaria-interministerial-n-4-de-11-de-maio-de-2016-22805411](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22805466/do1-2016-05-12-portaria-interministerial-n-4-de-11-de-maio-de-2016-22805411) Acesso em: 07 dez. 2020.

<sup>70</sup> SILVA, Amanda Carolina Souza; RODRIGUES, Débhora Renata Nunes; TIBALDI, Saul Duarte. Nudges e políticas públicas: um mecanismo de combate ao trabalho em condição análoga à de escravo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 266-286, 2018. Disponível em: <https://www.jus.uniceub.br/RBPP/article/view/5317> Acesso em: 29 jun. 2021.

<sup>71</sup> SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Trabalho escravo contemporâneo: série histórica dos 25 anos de Grupo Especial de Fiscalização Móvel no Brasil e na Amazônia Legal (1995- 2019). *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, 2020.

<sup>72</sup> SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Trabalho escravo contemporâneo: série histórica dos 25 anos de Grupo Especial de Fiscalização Móvel no Brasil e na Amazônia Legal (1995- 2019). *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, 2020.

<sup>73</sup> SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Trabalho escravo contemporâneo: série histórica dos 25 anos de Grupo Especial de Fiscalização Móvel no Brasil e na Amazônia Legal (1995- 2019). *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, 2020.

<sup>74</sup> SAKAMOTO, Leonardo. O trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *A escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020.

<sup>75</sup> ROSTON, André Esposito. Histórias de liberdade. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.) *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 17-30.

<sup>76</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/content/perfil-dos-principais-atores-envolvidos-no-trabalho-escravo-rural-no-brasil> Acesso em: 28 jun. 2021.

Um dos grandes desafios do Brasil para cumprir as metas da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas<sup>77</sup> é a eliminação do trabalho escravo, haja vista a interligação e indivisibilidade dos dezessete objetivos, concentrando as três dimensões do desenvolvimento sustentável, que são a econômica, a social e a ambiental. Dessa forma, para atingir tal objetivo, o planejamento governamental demandará maior empenho nas ações de fiscalização e planos de incentivo tendo por finalidade a adoção, pelas empresas, de melhores padrões para seu desenvolvimento e funcionamento.

## 5 Considerações finais

A Amazônia brasileira constitui, atualmente, uma das regiões economicamente e ecologicamente mais importantes para o Brasil. A riqueza em biodiversidades e suas grandes dimensões são características ideais para a exploração da agricultura, pecuária, mineração, extração de madeira, entre outras.

No entanto, apesar da realização de todas essas atividades econômicas importantes para a economia brasileira, apura-se que há alto índice de uso de mão de obra escrava no desenvolvimento desses empreendimentos. Esse fato demonstra a intenção de aumento dos lucros às custas da supressão de direitos. Além disso, a região tem forte incidência de trabalho infantil e prostituição de mulheres, crianças, adolescentes e travestis exploradas no mercado nacional e internacional do sexo.

Essas ocorrências não são atuais, pois o trabalho escravo sempre esteve presente na região amazônica. Desde a época da colonização das terras brasileiras, existiu o trabalho forçado para extração das drogas do sertão pelos índios e, depois, pelos escravos africanos. Posteriormente, mesmo após a abolição da escravatura no Brasil em 1888, o trabalho, em condições análogas à de escravo, continuou, com a superexploração de pessoas até os dias atuais.

O reconhecimento do Estado Brasileiro em 1995, pelo chefe do Poder Executivo, quando o Brasil foi demandado, pela primeira vez, na Corte Interamericana de Direitos Humanos pela existência de trabalho escravo no país, foi muito importante. Esse reconhecimento impulsionou ações concretas para fiscalização, penalização, avaliação e propostas de planos estaduais e municipais para erradicação da escravidão moderna. Em relação a esse contexto, o Brasil obteve reconhecimento internacional por ter se tornado referência em ações de combate.

A eliminação da escravidão contemporânea é um dos grandes desafios do Brasil. Na Amazônia há uma série de dificuldades para erradicar a prática. As dificuldades de acesso a áreas escondidas na floresta, a desigualdade social, que impõe a maioria da população a se submeter à exploração para sobreviver e facilita a reincidência, a fiscalização deficiente dos órgãos governamentais por falta de funcionários públicos qualificados, supostamente pela falta de recursos, são, apenas, exemplos de questões que dificultam a erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

O Brasil enfrenta grandes dificuldades para a erradicação do trabalho escravo, não somente de natureza econômica, mas também envolvendo divergências políticas, que tem prejudicado, inclusive, acordos internacionais que impõem a preservação ambiental e o não retrocesso de direitos humanos já conquistados.

A solução da questão, entretanto, envolve uma genuína vontade política e social, com o investimento financeiro em servidores para ações de fiscalização, resgate de trabalhadores, além de pesquisa para a criação de políticas públicas para a efetivação de planos estratégicos e eficazes. Outra medida importante é inserção de políticas sociais para fornecer saúde, educação, alimentação, moradia, além da capacitação dos trabalhadores resgatados, para que não retornem ao trabalho nessas condições. Na sociedade, é importante a educa-

<sup>77</sup> A Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal. O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e 169 metas, para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, dentro dos limites do planeta. AGENDA 2030. *A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20%C3%A9%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ção e conscientização do problema, principalmente do empresariado para que criem postos de trabalho que cumpram as normas trabalhistas, garantindo um meio ambiente do trabalho sadio e seguro.

## Referências

AGENDA 2030. *A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20%C3%A9%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta> Acesso em: 21 nov. 2020.

BARROZO, João Carlos. *Exploração e escravidão nas agropecuárias da Amazônia Mato Grossense*. 1992. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP, 1992.

BERSANI, Humberto; HERNANDES, Karina Santana. Ações governamentais e políticas públicas de combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, v. 21, n. 34, 2020.

BITENCOURT, Emanóelen *et al.* Análise temporal do desmatamento em bacia hidrográfica na região de integração de Carajás. *Revista Geoaraguaia*, v. 10, n. 1, p. 82-99, 2020.

BRASIL. *Lei 10.803 de 11 de dezembro de 2003*. Altera o art. 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.803.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.803.htm) Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. *Lei 13.344 de 6 de outubro de 2016*. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113344.htm) Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. *Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria Interministerial nº 4, de 11 de maio de 2016*. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22805466/do1-2016-05-12-portaria-interministerial-n-4-de-11-de-maio-de-2016-22805411](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22805466/do1-2016-05-12-portaria-interministerial-n-4-de-11-de-maio-de-2016-22805411) Acesso em: 07 dez. 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GARCIA, Anna Marcella Mendes. Trabalho escravo na Amazônia paraense: faces da exploração do trabalhador. *Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet*, Curitiba-PR, v. 12, n. 21, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima21/Revista-Anima-21-TRABALHO-ESCRAVO-NA-AMAZO%CC%82NIA-PARAENSE-FACES-DA-EXPLORACAO-DO-TRABALHADOR.pdf> Acesso em: 28 jun. 2021.

CARVALHO, José Lucas Santos. *Trabalho escravo contemporâneo em disputa: direitos humanos, vida nua e biopolítica*. Curitiba: Appris, 2020.

CASALDÁLIGA, Dom Pedro. *Uma igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social*. 1971. Disponível em: <http://servicioskoinonia.org/Casaldaliga/cartas/1971CartaPastoral.pdf> Acesso em: 21 nov. 2020.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. Como o Brasil enfrenta o trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo. *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 67-84.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório n. 95/03*: Caso 11.289. Solução Amistosa José Pereira VS. Brasil. São José, Costa Rica. 24 out. 2003. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm> Acesso em: 21 dez. 2020.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. *Igreja Apostólica Romana*. 2020. Disponível em: <https://www.cnbb.org.br/> Acesso em: 21 nov. 2020.

CONFORTI, Luciana Paula. *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo: um olhar além da restrição da liberdade*. 2014. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/images/uploads/article/erradicacao-do-trabalho-escravo-anamatra-resumido.pdf> Acesso em: 16 nov. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde VS. Brasil*. São José, Costa Rica, Sentença de 20 out. 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf) Acesso em: 02 dez. 2020.

COSTA, Francisco Pereira. *Para a chuva não beber o leite: soldados da borracha: imigração, trabalho e justiça na Amazônia, 1940-1945*. 2014. Tese (Doutorado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COSTA, Patrícia Trindade M. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo Brasil*. 2010. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_227300.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227300.pdf) Acesso em: 2 dez. 2020.

DELGADO, Gabriela Neves; MIRÁGLIA, Lívia Mendes Moreira. 130 anos da Lei Áurea no Brasil: a regulamentação de uma representação simbólica de liberdade humana. In: MIRÁGLIA, Lívia Mendes Moreira *et al.* (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2018. p. 11-14.

FIGUEIRA, Ricardo Resende. A persistência da escravidão ilegal no Brasil. *Lugar Comum*, Rio de Janeiro, n. 33-34, p. 105-121, jan./ago. 2011.

GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. v. 1.

GOMES, Luciana Angel Lima *et al.* O trabalho escravo contemporâneo e as formas de combate para sua erradicação no Brasil. *Facit Business and Technology Journal*, v. 1, n. 18, 2020.

GREENPEACE. *Carvoaria Amazônia: como a indústria de aço e ferro gusa está destruindo a floresta com a participação de governos*. Amsterdã: Greenpeace, 2012. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.abong.org.br/bitstream/handle/11465/1328/97.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 20 nov. 2020.

JARDIM, Phillippe Gomes. *Para uma crítica ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil: dos direitos humanos à neoescravidão*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2007.

MACIEL, Emanuella Ribeiro Halfeld Maciel; STURM, João Pedro Nunes. Dificuldades institucionais no combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil. In: MIRÁGLIA, Lívia Mendes Moreira *et al.* (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2018. p. 95-99.

MAIA, J. G.; RAMOS, L. Scott; LUZ, A. I. Estudo do óleo essencial do puxuri por cromatografia de gás/espectrometria de massa (CG/EM). *Acta Amazonica*, v. 15, n. 1-2, p. 179-184, 1985.

MATOS, Frederik Luiz Andrade de. *O comércio das “drogas do sertão” sob o monopólio da companhia geral do Grão-Pará e Maranhão (1755-1778)*. 2019. Tese (Doutorado História Social da Amazônia) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

MESQUITA, Valéria Jacob Chaves. A utilização de mão de obra escrava na colonização e ocupação da Amazônia: os reflexos da ocupação das distintas regiões da Amazônia nas relações de trabalho que se formaram nestas localidades. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous *et al.* *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2011.



MONTEIRO, Lilian Alfaia. *Políticas públicas para erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil: um estudo sobre a dinâmica das relações entre os atores governamentais e não-governamentais*. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.

MORAES, Francisco Américo Martins. Sob a lei do cão: o trabalho escravo nos principais ciclos econômicos da Amazônia. *Revista Margens Interdisciplinar*, v. 13, n. 20, set. 2020.

NAGASAKI, Jéssica Yume Silva; SILVA, Larissa Mascaro Gomes da. Políticas públicas: fiscalização, resgate e reinserção do trabalhador. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Escravidão contemporânea*. Brasília: MPF, 2017. v. 1. p. 104-118.

OLIVEIRA, Marcio Mosiel do nascimento; SEIBT, Cezar Luís. Grandes projetos e a precarização do trabalho na Amazônia. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 9., 2019, Maranhão. *Anais [...]*. Maranhão: UFMA, 2019. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho\\_submissaoId\\_784\\_7845cbc4e05ef88e.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissaoId_784_7845cbc4e05ef88e.pdf) Acesso em: 21 nov. 2020.

OLIVEIRA, Paulo de Tarso Ribeiro *et al.* Tráfico de pessoas na Amazônia paraense: biopolítica na atualidade. In: MENDES, Neyla; MERHY, Emerson; SILVEIRA, Paulo (org.). *Extermínio dos excluídos*. Porto Alegre: Rede Unida, 2019. Disponível em: <https://livroaberto.ufpa.br/jspui/handle/prefix/670> Acesso em: 20 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/content/perfil-dos-principais-atores-envolvidos-no-trabalho-escravo-rural-no-brasil> Acesso em: 28 jun. 2021.

PIROLI, Edson Luís *et al.* Germinação de sementes de canafístula *Peltophorum dubium* (Spreng.) Taub. tratadas para superação da dormência. *Colloquium Agrariae*, v. 1, n. 1, p. 13-18, set. 2005.

PLASSAT, Xavier. Abolida a escravidão. In: CERQUEIRA, G. C.; FIGUEIRA, R. R.; PRADO, A. A.; COSTA, C. M. L. (org.) *Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: contribuições críticas para a sua análise e denúncia*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 331-346.

RAMOS FILHO, Wilson. Trabalho degradante e jornadas exaustivas: crime e castigo nas relações de trabalho neo-escravistas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <http://revista-eletronica.dfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/213> Acesso em: 25 jun. 2021.

RIEGER, Bruno Mahlmann. *Aspectos peculiares de salário e remuneração*. 2012. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

RODRIGUES, Edmilson Brito. Política Normativa do Estado para o uso hegemônico do território: a Amazônia em questão. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 4., 2009, São Luís. *Anais [...]*. São Luís: UFMA, 2009. p. 2-20. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/mesas/politicas-publicas-e-democracia-na-amazonia\\_ok.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/mesas/politicas-publicas-e-democracia-na-amazonia_ok.pdf) Acesso em: 27 jun. 2020.

ROSTON, André Espósito; KALIL, Renan Bernardi. Servidão por dívida de trabalhadores extrativistas na Amazônia: características, possibilidades e alternativas. In: PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz. *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTr, 2017. p. 312-336.

ROSTON, André Espósito. Histórias de liberdade. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.) *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 17-30.

SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Trabalho escravo contemporâneo: série histórica dos 25 anos de Grupo Especial de Fiscalização Móvel no Brasil e na Amazônia Legal (1995- 2019). *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, 2020.

SAKAMOTO, Leonardo. O trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *A escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020.

SAKAMOTO, Leonardo. Por que o Brasil está desistindo de combater o trabalho escravo. In: PAIXÃO, Cristiano; CAVALCANTI, Tiago Muniz (org.). *Combate ao trabalho escravo: conquistas, estratégias e desafios*. São Paulo: LTR, 2017. p. 191-199.

SILVA, Alexandre da; BREITENBACH, Raquel. O debate “agricultura familiar versus agronegócio”: as jaulas ideológicas prendendo os conceitos. *Extensão Rural*, v. 20, n. 2, p. 62-85, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/extensaorural/article/view/10862/6606> Acesso em: 25 jun. 2021.

SILVA, Amanda Carolina Souza; RODRIGUES, Débhora Renata Nunes; TIBALDI, Saul Duarte. Nudges e políticas públicas: um mecanismo de combate ao trabalho em condição análoga à de escravo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 266-286, 2018. Disponível em: <https://www.jus.uniceub.br/RBPP/article/view/5317> Acesso em: 29 jun. 2021.

SILVA, Maicon Cláudio da; MATTEI, Lauro Francisco. A transição do trabalho escravo para o trabalho livre no Brasil: Um processo de acumulação primitiva em uma economia dependente. *Rebela*, v. 5, n. 2, 2015.

SILVA, Victor Melo Fabricio; DIAS, Mônica Nazaré Picanço. O extrativismo político, econômico e social na Amazônia: o legado de exploração e marginalização democrática do povo amazônico. *Revista de Direito*, v. 12, n. 2, p. 1-20, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10780/5902> Acesso em: 27 jun. 2021.

SIQUEIRA, Gilmar Wanzeller. Trabalho análogo à escravidão no estado Pará: uma violação aos direitos dos trabalhadores e a questão ambiental. In: CONGRESSO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE, 15., 2018, Poços de Caldas-MG. *Anais [...]*. Poços de Caldas-MG: UNIFAL-MG, 2018. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/328294326\\_TRABALHO\\_ANALOGO\\_A\\_ESCRAVIDAO\\_NO\\_ESTADO\\_PARA\\_UMA\\_VIOLACAO\\_AOS\\_DIREITOS\\_DOS\\_TRABALHADORES\\_E\\_A\\_QUESTAO\\_AMBIENTAL](https://www.researchgate.net/publication/328294326_TRABALHO_ANALOGO_A_ESCRAVIDAO_NO_ESTADO_PARA_UMA_VIOLACAO_AOS_DIREITOS_DOS_TRABALHADORES_E_A_QUESTAO_AMBIENTAL) Acesso em: 27 jun. 2021.

SMARTLAB. *Observatório da erradicação do trabalho escravo e do tráfico de pessoas*. 2019. Disponível em <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo> Acesso em: 02 jun. 2021.

SOBREIRO FILHO, José; SODRÉ, Ronaldo Barros. As naturezas do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia Oriental brasileira: do debate político à análise dos dados nos estados do Pará e Maranhão. *Caderno de Geografia*, v. 30, n. 3, 2020. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/geografia/article/view/24338> Acesso em: 28 jun. 2021.

SOUSA, James O. Mão-de-obra indígena na Amazônia Colonial. *Tempo de histórias*, n. 6, p. 1-18, 2002.

SUZUKI, Natália; PLASSAT, Xavier. O perfil dos sobreviventes. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *A escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 331-346.

TREVISAN, Elisaide. *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo: entre as presas da clandestinidade e as garras da exclusão*. Curitiba: Juruá, 2015.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 189-215, jul./dez. 2006.

The background of the cover is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, seated female statue is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. Behind her is a long, low building with a series of white, curved, cantilevered balconies. In the background, a tall, white, rectangular skyscraper rises against a blue sky with scattered white clouds. A body of water is visible between the statue and the building.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**“Programa Hospedagem Para Idosos” e enfrentamento ao coronavírus: uma análise de política pública na perspectiva da teoria da agenda**

**Hosting Program for the Elderly” and the fight against the coronavirus: an analysis of public policy from the perspective of agenda theory**

Fabiana Rodrigues Barletta

Carolina Silvino de Sá Palmeira

# “Programa Hospedagem Para Idosos” e enfrentamento ao coronavírus: uma análise de política pública na perspectiva da teoria da agenda\*

## Hosting Program for the Elderly” and the fight against the coronavirus: an analysis of public policy from the perspective of agenda theory

Fabiana Rodrigues Barletta\*\*

Carolina Silvino de Sá Palmeira\*\*\*

### Resumo

O objetivo deste trabalho é analisar o “programa hospedagem para idosos”, como medida de enfrentamento à pandemia do coronavírus, com base na Teoria da Agenda. Primeiramente, apresentou-se o histórico da tutela da pessoa idosa em relação à legislação internacional. Em seguida, estabeleceu-se uma análise comparativa entre a legislação brasileira e as constituições latino-americanas, no que tange à tutela do idoso. Para tanto, utilizou-se o método de resenha bibliográfica, por meio do qual se problematizou o arcabouço jurídico que construiu o referido programa, qual seja, o Decreto 47.296 de 24 de março de 2020, expedido pelo município do Rio de Janeiro e a Resolução Conjunta 65 de 18 de maio de 2020, promulgadas pela Secretaria Municipal de Saúde e pela Secretaria Municipal de Assistência Social do Rio de Janeiro, à luz da Teoria da Agenda, elaborada por Kingdon. Concluiu-se que o encerramento das atividades do Programa de Hospedagem teve como principais causas a falta de diálogo interinstitucional com os órgãos que compõem o Sistema Único de Assistência Social, apesar da existência de um sistema relativamente estruturado desde 1993 e da ausência de articulação do programa com os serviços socioassistenciais previstos na legislação específica, voltada para a assistência social. A baixa adesão observada, no entanto, evidenciou o desconhecimento pelo Poder Executivo das necessidades específicas da população idosa na dinâmica da Política de Assistência Social. Não obstante, o programa de hospedagem, assim como as demais medidas de tutela do idoso, durante o período de calamidade pública, não foram adequadamente problematizadas por nenhum estudo acadêmico. Desse modo, recomendou-se que a execução dos serviços socioassistenciais fosse realizada de forma articulada, com objetivo de garantir a qualidade de vida dos grupos vulneráveis, de modo a promover-lhes uma vida digna.

**Palavras-chave:** Hospedagem; idosos; coronavírus; política pública; teoria da agenda.

\* Recebido em 31/05/2021  
Aprovado em 19/11/2021

\*\* Professora Associada II da UFRJ na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito. Possui estágio pós-doutoral em Direito Público e Filosofia do Direito/Direito do Consumidor pela UFRGS. Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Mestre em Direito Civil pela UERJ.  
E-mail: fabianabarletta2@gmail.com.

\*\*\* Residente Jurídico na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). Advogada. Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.  
E-mail: carolina.silvino1987@gmail.com.

## Abstract

The objective of this paper is analyze “the hosting for the elderly program”, as a measure to face the coronavirus disease, under the agenda theory. First, it was presented the history of the protection of the elderly in international law. Then, a comparative analysis was established between brazilian legislation and Latin American constitutions, referring to the protection of the elderly. For this purpose, the deductive method was used, through which the legal framework that built the program was questioned, which is the implementing Decree 47.296 and Resolution 65 of 2020, in the light of the agenda theory, elaborated by Kingdon. It was concluded that the closure of the activities of the hosting program had as main causes the lack of interinstitutional dialogue with the authorities that make up the Unified Social Assistance System, despite the existence of a relatively structured system since 1993 and the lack of articulation of the program with social assistance services regulated in the specific legislation focused on social assistance. The low adherence observed, however, evidenced the Executive Branch’s lack of knowledge of the specific needs of the elderly population in the dynamics of the Social Assistance Policy. Nevertheless, the accommodation program, as well as the other measures to protect the elderly during the period of public calamity, were not adequately treated by any research. Thus, it was recommended that the execution of social assistance services was organized in a coherent structure, with the objective of guaranteeing the quality of life of vulnerable groups, in order to promote the guarantee of a dignified life.

**Keywords:** Hosting; elderly; coronavirus; public policy; agenda theory.

## 1 Introdução

A pandemia do coronavírus instaurou, no Brasil, uma crise sanitária com precedentes comparáveis à gripe espanhola ocorrida entre 1917 e 1918. Estima-se que, àquela época, entre 20 e 40 milhões de pessoas faleceram em decorrência da doença<sup>1</sup>. Segundo as estimativas do Instituto de Métricas e Avaliação da Saúde da Universidade de Washington, 6,9 milhões de pessoas morreram em virtude do coronavírus<sup>2</sup>. A crise sanitária instalada evidenciou as fragilidades das políticas públicas destinadas aos mais vulneráveis, dentre estes, os idosos, grupo de maior risco para o desenvolvimento do coronavírus. Nesse contexto, o Decreto 47.296 de 24 de março de 2020, promulgado pelo município do Rio de Janeiro, criou o “programa hospedagem para idosos” como medida temporária para conter a disseminação do coronavírus, com base na Resolução Conjunta n. 65 da Secretaria Municipal de Saúde e da Secretaria Municipal de Direitos Humanos, promulgada em 18 de maio de 2020. O programa consistia em conceder abrigo temporário a idosos em situação de vulnerabilidade social, em hotéis cadastrados pelo Prefeitura do Rio de Janeiro, de modo a evitar a disseminação do coronavírus entre os idosos, integrantes de grupo prioritário de políticas públicas de governo, na forma do Estatuto do Idoso e da legislação internacional. A urgência que acompanhou a formulação e a implementação do referido programa levou, contudo, à sua prematura extinção ainda em 2021, quando o país já enfrentava as consequências de uma mutação do referido vírus.

O presente artigo tem como problema discutir a efetividade do “programa hospedagem para idosos” como política pública de combate à pandemia do coronavírus. Essa celeuma vem em confronto com as tipologias socioassistenciais promovidas pela normativa do Sistema Único de Assistência Social (SUAS),

<sup>1</sup> STANFORD UNIVERSITY. *The influenza pandemic of 1918*. Disponível em: <http://virus.stanford.edu/uda/>. Acesso em: 08 maio 2021.

<sup>2</sup> WASHINGTON UNIVERSITY. *Institute of Health and Metrics Evaluation*. COVID-19 has caused 6.9 million deaths globally, more than double what official reports show. Disponível em: <http://www.healthdata.org/news-release/covid-19-has-caused-69-million-deaths-globally-more-double-what-official-reports-show>. Acesso em: 08 maio 2021.

em consonância com os princípios estabelecidos na legislação internacional comparada e no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição da República brasileira de 1988 foi a primeira a tratar da promoção do bem comum sem preconceito em razão da idade, nos termos do artigo 3º, inciso IV, com vistas à erradicação da pobreza e da marginalização social. Nesse sentido, a vulnerabilidade da pessoa idosa determina o amparo da pessoa idosa pela família, pela sociedade e pelo Estado, nos termos do artigo 230 da Constituição da República. Aliás, o parágrafo primeiro do artigo 230 entende que os programas de amparo à pessoa idosa devem ser executados, preferencialmente, em seus lares, em consonância com a tipificação socioassistencial do Sistema Único de Assistência Social. Após 1988, a proteção da pessoa idosa ganhou novos contornos com a instituição da Política Nacional do Idoso pela lei 8.842 de 1994 e, alguns anos mais tarde, com a promulgação da lei 10.741 de 2003 que criou o Estatuto do Idoso, no qual o envelhecimento é tratado como direito fundamental personalíssimo e que sua proteção configura um direito social, nos termos do artigo 8º.

Não obstante, até então, nenhum estudo foi feito a respeito do “programa hospedagem para idosos” e não houve preocupação do poder público em garantir a tutela da pessoa idosa durante a pandemia, o que violou a norma do artigo 230, parágrafo primeiro, da Constituição da República de 1988. Ao contrário, observa-se que não houve articulação do citado programa com as políticas existentes no Sistema Único de Assistência Social, conforme determina a Resolução 109 de 11 de novembro de 2009, editada pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), o que, em parte, contribuiu para a extinção do programa. Por outro lado, a falta de participação do idoso na construção da política justificou a baixa adesão e a aleatória escolha dos beneficiários da hospedagem concedida pelo município do Rio de Janeiro. Desse modo, o amparo do Estado se limitou à assistência por meio de benefícios sociais, nos termos do artigo 203, inciso V da Carta de 1988, a exemplo do auxílio emergencial, que possui caráter transitório e não alcançou, de forma plena, a população mais carente.

Para tratar do tema, elegeu-se como hipótese a Teoria da Agenda. Essa proposição tem por objetivo o estudo da formulação e implementação de política pública, como diretriz teórica voltada para a população idosa. Em seguida, procedeu-se a uma análise crítica do Decreto municipal 47.296 de 2020, que cria o programa de hospedagem, em face das políticas públicas estabelecidas na Resolução n. 109 de 2009 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) e das convenções e tratados que visam à promoção dos direitos da pessoa idosa no sistema internacional.

Nesse sentido, o trabalho defende a tese de que o êxito do programa de hospedagem dependia de um cadastro unificado de identificação de idosos em situação de vulnerabilidade e de uma compreensão prévia a respeito dos serviços de alta complexidade social desenvolvidos pelo Sistema Único de Assistência Social, com a consulta às respectivas vagas ofertadas nas unidades residenciais que se prestam a acolher idosos, que não possuem famílias ou necessitem de atendimento especializado, nos termos da Resolução 109 de 2009. Tais medidas contribuiriam para um atendimento mais adequado da população idosa economicamente mais vulnerável e despenderia menos recursos com alocação de vagas em hotéis particulares, proposta estabelecida no Decreto municipal 47.296 de 2020.

## 2 Desenvolvimento

### 2.1 Histórico da proteção da pessoa idosa na legislação internacional

Em uma perspectiva histórica, a proteção de grupos vulneráveis perpassa pelo estudo dos direitos humanos ao longo dos séculos. Desse modo, nos séculos XVII e XVIII, as doutrinas jusnaturalistas influenciaram

o reconhecimento dos direitos humanos<sup>3</sup>. A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 são as primeiras a marcar a transição dos direitos de liberdade para os direitos fundamentais constitucionais<sup>4</sup>.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 não resgatava, apenas, liberdades individuais inglesas do século XVIII, mas também rechaçava a escravidão e estabelecia o sufrágio universal<sup>5</sup>. Trata-se do marco da construção da universalidade de direitos humanos, cunhada como universalismo de partida, nas palavras de Herrera Flores<sup>6</sup>. A referida Declaração não abarcou, explicitamente, os interesses de grupos específicos, dentre os quais os referentes à pessoa idosa. Contudo, o artigo 2º, parágrafo primeiro, dispôs a respeito da capacidade para gozar de direitos e liberdades estabelecidas na declaração, sem distinção de qualquer condição ou natureza, no que se pode inserir o idoso<sup>7</sup>.

Entretanto, não obstante a tendência demográfica de envelhecimento populacional, os direitos humanos das pessoas idosas foram praticamente invisibilizados nos documentos internacionais, sem que haja legislação voltada às questões específicas dessa população<sup>8</sup>. A primeira iniciativa no que concerne à tutela do idoso se deu em 14 de dezembro de 1978, quando a Resolução 33/52 da Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu por convocar uma Assembleia Mundial, ocasião em que foi concebido um Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, considerado um marco na proteção dos idosos<sup>9</sup>. A percepção tardia da necessidade de tutela dos idosos deveu-se, em parte, ao aumento da expectativa de vida observado pelos países europeus<sup>10</sup>. Estima-se que, na década de 60, a expectativa de vida nos países europeus estava entre 50 e 60 anos de idade, conforme dados do Banco Mundial<sup>11</sup>. O aumento da expectativa de vida, aliado à queda da natalidade, fez com que o envelhecimento se tornasse pauta na Conferência Mundial que criou o Plano de Ação para o Envelhecimento<sup>12</sup>. Somente em 1982 a Assembleia Geral da ONU endossou o Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento, com o objetivo de debater as necessidades específicas das pessoas idosas<sup>13</sup>.

Em 16 de dezembro de 1991, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 46/91, aprovou os Princípios das Nações Unidas para a Pessoa Idosa, dentre os quais o princípio 14 que permite à pessoa idosa desfrutar de direitos e liberdades fundamentais e o princípio 18, que estabelece o direito do idoso de ser tratado com justiça, independentemente da idade ou de condições econômicas<sup>14</sup>. Em 25 de junho de 1993, a Declaração de Viena reconhece a responsabilidade da comunidade internacional na promoção de

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 38.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 43.

<sup>5</sup> HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 206.

<sup>6</sup> HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução: GARCIA, Carlos Roberto Diogo; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano, DIAS, Jefferson Aparecido. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 92-96 e 151 a 159.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 504.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 504-505.

<sup>9</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Plano de Ação Internacional Contra O Envelhecimento*. Tradução de Arlene Santos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. Disponível em: [http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/\\_manual/5.pdf](http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_manual/5.pdf). Acesso em: 19 abr. 2021.

<sup>10</sup> WORLD BANK. *Life expectancy at birth*. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN?end=2018&start=2018&view=map&year=1960>. Acesso em: 20 abr. 2021.

<sup>11</sup> WORLD BANK. *Life expectancy at birth*. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN?end=2018&start=2018&view=map&year=1960>. Acesso em: 20 abr. 2021.

<sup>12</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Plano de ação internacional contra o envelhecimento*. Tradução de Arlene Santos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 506.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 507-508.

direitos humanos, com ênfase na proteção de setores que tenham se tornado vulneráveis, pelo fortalecimento das instituições que trabalham com direitos humanos. Em 1999, os países foram incentivados a aplicar os princípios básicos estabelecidos em 1991, dentre os quais, a autorrealização, independência, cuidados e dignidade das pessoas idosas<sup>15</sup>.

Em 2002, a Comissão Econômica dos Países da América Latina (CEPAL), mediante a Resolução 590 (XXIX) de 2002, endossou o mandato do Plano de Ação Internacional de Madri para o Envelhecimento<sup>16</sup>. Em 2007, com o fim de identificar as prioridades futuras de aplicação da Estratégia Regional de Implementação para a América Latina e Caribe do Plano Internacional de Envelhecimento, realizou-se a Segunda Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e no Caribe, que deu origem à Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Nessa ocasião, foram feitas recomendações de toda ordem, com objetivo de tutelar a pessoa idosa de forma plena e reafirmar os compromissos de conferir prioridade ao tema do envelhecimento, de modo a promover o acesso à justiça das pessoas mais vulneráveis. Contudo, é cediço que Barboza reconhece a dificuldade de definir os contornos da vulnerabilidade jurídica do idoso<sup>17</sup>, já que, até então, o estudo do tema esteve restrito ao direito do consumidor, no qual a vulnerabilidade é presumida, nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor<sup>18</sup>. Em 2009, o Comitê Consultivo do Conselho de Direitos Humanos enfatizou a necessidade de adoção de mecanismos efetivos em favor da proteção da pessoa idosa, embora se reconheça que essa população não constitui um grupo homogêneo<sup>19</sup>, mormente em países de acentuada desigualdade social, a exemplo das nações latino-americanas.

Em 2015, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos que traz princípios gerais de tutela da população idosa e elenca direitos protegidos pela Convenção. Além disso, é o primeiro documento a vedar a discriminação por razões de idade<sup>20</sup>. No sistema OEA, a referida Convenção Interamericana realçou o direito à moradia como parte integrante de um sistema de proteção integral, com destaque ao direito da pessoa idosa de permanecer em seu lar e manter sua autonomia e independência<sup>21</sup>. A Convenção Interamericana de Proteção à Pessoa Idosa estabeleceu, ainda, outros princípios aplicáveis a essa população, dentre os quais, o direito à participação na sociedade e ao protagonismo<sup>22</sup>, com destaque para a interseccionalidade pela perspectiva de gênero, ao definir como princípio a equidade e igualdade de gênero, destacada na Recomendação Geral n. 27/2010 adotada pelo Decreto 4.377 de 13 de setembro de 2002, que traz a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher<sup>23</sup>.

No Brasil, contudo, o trâmite de internalização da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos não foi concluído, o que motivou a Recomendação n. 22 de 2020, que sugeriu

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 508.

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 509.

<sup>17</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da pessoa idosa: efetividade e desafios. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues. ALMEIDA, Vitor (Org). *A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso*. São Paulo: Foco, 2020. p. 13.

<sup>18</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 155-157.

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 509 e 523.

<sup>20</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 520-521.

<sup>21</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 522.

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 518.

<sup>23</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 518.



a aprovação do Projeto de Lei 863/2017, para ampliar a proteção da pessoa idosa, frente à atual ameaça representada pelo coronavírus. Nessa ocasião, destacou, ainda, a importância da internalização da Convenção Interamericana para assegurar direitos à população idosa, tendo como norteador o princípio da prioridade absoluta do idoso.

Nesse contexto, a população idosa ganhou o *status* de “grupos em situação de especial vulnerabilidade” na Resolução 1 de 2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, aprovada em 10 de abril de 2020, intitulada “Pandemia e Direitos Humanos na América”. O documento ressaltou a necessidade de adoção de políticas para prevenir o contágio, de modo a proporcionar a esses grupos vulneráveis o acesso integral à saúde. Reconheceu, ainda, a necessidade de monitoramento de impactos das medidas de emergência e contenção nos direitos humanos das pessoas idosas e estabeleceu recomendações aos Estados, dentre as quais, a recomendação 41. Essa recomendação reconhece a necessidade de adoção de medidas a fim de prevenir o contágio pelo coronavírus, com espaços de acolhida para pessoas em situação de pobreza extrema, de rua ou de abandono e pessoas com deficiência. A condição de sujeitos de especial vulnerabilidade atribuída às pessoas idosas concretiza o direito à diferença, pretendido pelo direito pós-moderno, que reconhece o idoso como mais fraco e, portanto, detentor de tratamento especial<sup>24</sup>.

Embora de grande relevância, tais recomendações não possuem a mesma força normativa que a Convenção Interamericana de Proteção da Pessoa Idosa, que ainda não foi ratificada pelo Brasil, o que vai de encontro ao parágrafo 26 da Declaração de Viena, que determina a adesão dos Estados aos instrumentos internacionais, de forma que os idosos possam recorrer às instâncias internacionais para defender seus direitos<sup>25</sup>. Desse modo, para que essa categoria de sujeitos vulneráveis exerça o direito à diferença, é necessário não somente o tratamento individualizado, mas ainda que ocorra a socialização da tutela da pessoa idosa e a internacionalização, como parte da solução do problema<sup>26</sup>. Nesse sentido, a evolução na tutela de direitos das minorias e a participação e grupos minoritários nas decisões políticas motivaram a substituição do direito à diferença pelo direito à diversidade em tratados internacionais<sup>27</sup>.

Embora haja controvérsia sobre a hierarquia de tratados e convenções internacionais em face do direito interno, o artigo 5º, §2º, da Constituição da República brasileira dispôs que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os princípios por ela adotados ou outros princípios adotados pelos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Tal dispositivo propiciou uma ampliação do catálogo de direitos fundamentais<sup>28</sup> por tratados e convenções não equiparados às emendas constitucionais, na forma do artigo 5º, §3º, da Constituição da República, que dispõe que: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”<sup>29</sup> Na posição de alguns estudiosos, o Princípio Hermenêutico da Máxima Efetividade norteia a análise do artigo 5º, §2º da Constituição de 1988. Tal princípio estabelece que deve ser conferida, aos direitos fundamentais constantes nos tratados, a mesma força estabelecida para os direitos do catálogo da Constituição da República<sup>30</sup>. Desse modo, torna-se defensável a possibilidade de aplicação direta das normas constantes dos tratados, nos

<sup>24</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 127.

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. *Os direitos humanos e direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 412-413.

<sup>26</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 211.

<sup>27</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 179-181.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 121-122 e 126.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 128-129.

<sup>30</sup> PIOVESAN, Flávia. *Os direitos humanos e direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 136-137.

termos do artigo 5º, §1º, que dispôs que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata<sup>31</sup>.

Observa-se que os tratados e convenções internacionais, em alguma medida, visam à proteção do idoso e, como tal, buscam assegurar direitos humanos fundamentais de forma não taxativa, com base no princípio da não discriminação. Desse modo, a proteção do idoso como vulnerável não está circunscrito à legislação interna. A legislação internacional reconhece o envelhecimento como processo natural, a demandar assistência específica dos Estados-partes, na forma de políticas públicas de assistência social

## **2.2 A proteção do idoso no ordenamento jurídico brasileiro e os processos constituintes latino-americanos: breve análise comparativa**

As Constituições de 1824 e 1891 não dispuseram sobre a pessoa idosa em nenhum momento<sup>32</sup>, sendo omissas, aliás, no que tange à tutela de grupos vulneráveis. Cumpre salientar, como já sustentado, subsiste a possibilidade de se tratar de omissão involuntária, uma vez que era incomum que o sujeito chegasse aos 60 anos, até a metade do século XX<sup>33</sup>. Na Constituição de 1934, por sua vez, a menção à velhice foi feita tão somente no que tange a direitos previdenciários, fenômeno que se reproduziu nas Constituições de 1937, 1946 e 1967<sup>34</sup>, o que, de certo modo, não acompanhava o aumento de expectativa de vida que já se observava no referido período<sup>35</sup>.

Com o advento da Constituição da República de 1988, a tutela da pessoa idosa obteve destaque em mais de um capítulo. O artigo 3º, inciso IV da Constituição da República, dispõe que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O título VIII, que trata da ordem social, assegura ao idoso uma plêiade de direitos, dentre os quais o benefício de prestação continuada nos termos do artigo 203, inciso V e o dever de assistência à pessoa idosa pela família, pela sociedade e pelo Estado, nos termos dos artigos 229 e 230<sup>36</sup>. Embora a Constituição da República de 1988 tenha sido um grande marco na tutela da pessoa idosa, a proteção do idoso não é considerada um direito social, nos termos do artigo 6º. Entende-se, contudo, que o dever de amparo à pessoa idosa está inserto no catálogo de direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, §2º da Constituição da República, nos citados artigos 229 e 230.<sup>37</sup>

Em 1994, a lei 8.842 criou o Conselho Nacional da Pessoa Idosa e estabeleceu diretrizes para a Política Nacional do Idoso, que é tida como instrumento para assegurar a eficácia social de direitos da pessoa idosa, que tem por objetivo proporcionar igualdade substancial a minorias populacionais, normalmente identificadas em um contexto de vulnerabilidade concreta<sup>38</sup>. A lei 8.842 de 1994 foi pioneira na fixação de diretrizes para o poder público, de modo a assegurar os direitos fundamentais à pessoa idosa, dentre os quais, o direito à autonomia e sua participação efetiva na sociedade<sup>39</sup>.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 126.

<sup>32</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.79.

<sup>33</sup> OUR WORLD IN DATA. *Differences in life expectancy across the world*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/life-expectancy#differences-in-life-expectancy-across-the-world>. Acesso em: 20 abr. 2021.

<sup>34</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.80.

<sup>35</sup> É de se notar que, entre os anos de 1890 e 1934, o Brasil experimentou um aumento de dez anos na expectativa de vida, ao passo que entre 1937 e 1967, a expectativa de vida aumentou em vinte anos. OUR WORLD IN DATA. *Differences in life expectancy across the world*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/life-expectancy#differences-in-life-expectancy-across-the-world>. Acesso em: 20 abr. 2021.

<sup>36</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.81-83.

<sup>37</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83.

<sup>38</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 285-289.

<sup>39</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da pessoa idosa: efetividade e desafios. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues. ALMEIDA, Vitor (Org). *A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso*. São Paulo: Foco, 2020. p. 12.

Em 1997, o deputado Paulo Paim propôs o projeto de lei 3.561, que criou o Estatuto do Idoso. A justificativa do projeto teve por base a constatação do desconhecimento de direitos afetos à pessoa idosa e como objetivo o necessário reconhecimento do processo de envelhecimento da população brasileira como fenômeno natural e necessário à construção da memória nacional. O projeto foi transformado na lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. A legislação infraconstitucional tratou, pela primeira vez, de subprincípios destinados à tutela da pessoa idosa, dentre os quais, a proteção integral do idoso e a absoluta prioridade do idoso, que compõe o Princípio do Melhor Interesse do Idoso<sup>40</sup>. Para assegurar a eficácia de tais princípios, estabeleceu-se metas para o poder público, no artigo 3º, parágrafo único, inciso II, com base na preferência na formulação e execução de políticas específicas voltadas para a população idosa<sup>41</sup>. Nesse sentido, a tutela de direitos fundamentais do idoso permanece como obrigação do Estado, nos termos do artigo 9º e 10 do Estatuto do Idoso, *in verbis*:

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Pode-se dizer que o Conselho Nacional da Pessoa Idosa foi um dos responsáveis pelo cumprimento dos direitos de idosos previstos no Título II do Estatuto do Idoso (lei 10.741 de 1º de outubro de 2003), conforme dispôs o artigo 7º do mesmo diploma legal. O Conselho Nacional da Pessoa Idosa conta, atualmente, com representação paritária, nos termos do artigo 3º, do Decreto 9.893 de 27 de junho de 2019, sendo certo que a metade dos integrantes é composta por representantes da sociedade civil organizada, conforme os ditames do artigo 3º do Estatuto do Idoso. Esse dispositivo previu como obrigação da sociedade assegurar aos idosos os direitos fundamentais previstos no referido Estatuto, sem prejuízo da atuação da família e do Poder Público.

Além disso, o artigo 8º consagrou o envelhecimento como direito personalíssimo e alçou a proteção da pessoa idosa ao *status* de direito social<sup>42</sup>. Saliente-se, ainda, que as políticas sociais básicas definidas na lei 8.842 de 4 de janeiro de 1994 são linhas de ação da política de atendimento, nos termos do artigo 47, inciso I, do Estatuto do Idoso que dispõe que “são linhas de ação da política de atendimento às políticas sociais básicas, previstas na Lei no 8.842, de 4 de janeiro de 1994”. Segundo Marques: “a proteção da vulnerabilidade do idoso faz nascer um direito subjetivo personalíssimo e indisponível ao envelhecimento sadio, ao qual corresponde uma multiplicidade de direitos e deveres para assegurá-lo”<sup>43</sup>. Desse modo, a proteção do idoso como vulnerável reconhece uma situação de desigualdade que impõe a correção de normas que privilegiam a igualdade formal e não consideram a diferença como fator de análise das políticas públicas voltadas para idosos<sup>44</sup>. Mais ainda, o reconhecimento de vulnerabilidade da pessoa idosa nas relações sociais, de um modo geral, pode servir como

<sup>40</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

<sup>41</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102.

<sup>42</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39.

<sup>43</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 146.

<sup>44</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125.

fator de desestímulo à violação de direitos a esse grupo, calcada na discriminação por idade, mormente se os danos que lhe forem causados forem passíveis de indenização<sup>45</sup>.

Embora a participação da pessoa idosa nos processos de formulação de políticas públicas não seja prevista expressamente no ordenamento jurídico pátrio, é certo que o Decreto 10.643 de 3 de março de 2021, que prevê a participação da sociedade civil no Conselho Nacional da Pessoa Idosa, representou um inegável avanço em relação à assistência voltada à pessoa idosa. Esse decreto privilegia o consenso, que traduz a democracia na forma da participação direta como preconiza o artigo 1º, parágrafo único da Constituição da República de 1988. O risco que se verifica, contudo, é que a participação da pessoa idosa seja diluída no processo de eleição para os cargos do Conselho Nacional, uma vez que a expressão “sociedade civil” abrange a população como um todo, sem discriminação por raça, cor, origem ou idade. Não obstante, a lei 10.741 de 1º de outubro de 2003, que traz o Estatuto do Idoso, foi o primeiro marco legislativo sul-americano a tratar do envelhecimento digno como direito da personalidade, promovido por políticas públicas de assistência social, o qual deve ser lido à luz dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais de proteção aos idosos<sup>46</sup>.

Em uma análise comparativa, o novo constitucionalismo latino-americano, comprometido com o movimento de descolonização, e com a participação direta dos cidadãos e da sociedade civil<sup>47</sup>, compreende a pessoa idosa como sujeito de direitos e lhes assegura direitos fundamentais, por meio de políticas públicas. O reconhecimento da pessoa idosa como sujeito de direitos no ordenamento jurídico pátrio se harmoniza com promoção da dignidade de minorias vulneráveis por meio da integração social, um dos objetivos do fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano. O artigo 306 da Constituição da Bolívia de 2009, aliás, assegura a melhoria da qualidade de vida e o bem estar de todos os cidadãos<sup>48</sup> e reconhece direitos da população indígena por meio de processos participativos<sup>49</sup>.

Na América Latina, o novo constitucionalismo latino-americano se traduz pela perspectiva de integração regional e efetivação de direitos sociais em favor de grupos vulneráveis. A Constituições do Equador, promulgada em 2008, e da Bolívia, promulgada em 2009, se caracterizaram pela inclusão social e pelo pluralismo jurídico, por meio da participação de minorias sociais e a integração de setores marginalizados, por exemplo das comunidades indígenas, que compõem o terceiro ciclo do horizonte do constitucionalismo pluralista do final do século XX<sup>50</sup>. Em 2009, o Estado Plurinacional da Bolívia ressignificou o dia do idoso, ocasião em que se destacou o protagonismo das pessoas de idade na reprodução de conhecimentos tradicionais de povos originários<sup>51</sup>. Noticia-se que a Bolívia envida esforços para construir políticas públicas em favor da população idosa, sendo certo que alguns estudiosos compreendem que o país é referência na

<sup>45</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 193-194.

<sup>46</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 145-146.

<sup>47</sup> MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília: Ministério da Justiça, v. 4, p. 147-149, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/bitstream/192/1092/1/2011revistaanistia04.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>48</sup> MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília: Ministério da Justiça, v. 4, p. 149, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/bitstream/192/1092/1/2011revistaanistia04.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>49</sup> WOLKMER, Antonio Carlos, RONCHI, Maria Laura. Processos constituintes latino-americanos e a presença dos movimentos sociais no Brasil e na Bolívia. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 3, n. 6, p. 164-168, 2016. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturas-juridicas/article/view/44711/28765>. Acesso em: 06 mai. 2021.

<sup>50</sup> FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, César Augusto. *Aprender Desde O Sul*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 37, 46-47. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1340>. Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>51</sup> COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA. *Boletín 8 Envejecimiento y desarrollo en América Latina y Caribe*. Chile, 2010. p. 02-07. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36676/1/BoletinEnvejecimiento8\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36676/1/BoletinEnvejecimiento8_es.pdf). Acesso em: 14 out. 2021.

América Latina, em relação à tutela da pessoa idosa<sup>52</sup>. A Lei 1886 de 1998 — que cria um regime de descontos para idosos em serviços públicos como distribuição de água e energia elétrica, nos termos do artigo 3º<sup>53</sup> — e a lei 3.791 de 2007 — que cria uma espécie de auxílio universal para proteção dos idosos, de caráter vitalício e não contributivo, inserido no sistema de seguridade social, que inclui prestações mensais e auxílio funeral<sup>54</sup> — são exemplos de legislação que tutela o direito fundamental do idoso à vida digna. Nesse sentido, destaca-se a atuação da *Asociación Nacional de Adultos Mayores de Bolivia (ANAMBO)*, que tem obtido êxito não apenas a respeito da aprovação de leis em favor dos idosos, mas de denúncias de abusos de autoridade contra idosos, no tocante às ações de despejo, cujo objeto são propriedades familiares<sup>55</sup> e inadequação de informações a respeito da vacinação de pessoas idosas<sup>56</sup>. Em contrapartida, a Defensoria Pública, ao priorizar os programas de direitos humanos voltados para a população idosa, destacou a desigualdade na distribuição de políticas públicas relativas à oferta para os povos originários de maior idade, em especial em relação às políticas de saúde comunitária<sup>57</sup>. Destaca-se que a alta mobilidade dos jovens em idade produtiva para o meio urbano representa uma das causas para o empobrecimento da população campesina, em especial da mulher idosa, que não consegue aceder a melhores oportunidades. Para mulheres indígenas e campesinas, em situação de maior vulnerabilidade, a solução encontrada refere-se à redistribuição natural de terras abandonadas, as quais o acesso é livre, nos casos de descapitalização<sup>58</sup>.

Outra conquista dos povos originários, a respeito da garantia de direitos, refere-se à inclusão dos conceitos de “*sumay kamsay*” e “*Suma Qamaña aymara*”, expressões que foram livremente traduzidas como “bem viver”, sobre os quais estão assentados o direito à diversidade, o direito à administração da própria justiça, o aproveitamento sustentável dos recursos naturais. Nesse sentido, a base do “bem viver”, construído pelos povos originários, supera as expectativas individuais, e almeja a transformação social pela construção de um senso de comunidade e de partilha, o que se confronta, diretamente, com o estilo de vida ocidental<sup>59</sup>. O modelo boliviano construiu a ideia do “bem viver” como princípio ético, numa ótica não centralista, que envolve organizações de base e agentes estatais<sup>60</sup>. Nesse sentido, a Constituição da Bolívia cria o Tribunal Agroambiental, cujo objetivo é solucionar questões que envolvam aproveitamento de recursos naturais e demandas sobre danos ambientais e preservação de espécies<sup>61</sup> e que tem implantado medidas de cooperação

<sup>52</sup> CLARK, Fiona; JITTON, Rolando. Prólogo. In: *Personas Adultas Mayores: desiguales y diversas. Políticas Públicas y envejecimiento in Bolivia*. Org. Cecilia Salazar de la Torre; María Dolores Castro Mantilla; Mauricio Medinaceli Monrroy. *Cuaderno de Futuro*, n. 29, p. 07-10. 2011. Disponível em: <https://www.bivica.org/files/personas-adultas-mayores.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

<sup>53</sup> BOLÍVIA. *Ley n. 1.886 de 14 de agosto de 1998*. Disponível em: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/ley-n%C2%BA-1886-de-derechos-y-privilegios-para-personas-adultas-mayores.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

<sup>54</sup> BOLÍVIA. *Ley n. 3.791 de 28 de noviembre de 2007*. Disponível em: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/ley-n%C2%BA-3791-renta-universal-de-vejez-renta-dignidad-.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

<sup>55</sup> RC NOTÍCIAS BOLÍVIA. *ANAMBO identifica 6 medidas para mejorar calidad de vida de adultos mayores*. 14 jun. 2017. Disponível em: <https://rcbolivia.com/anambo-identifica-6-medidas-para-mejorar-calidad-de-vida-de-adultos-mayores/>. Acesso em: 14 out. 2021.

<sup>56</sup> EL POTOSÍ. *Anambo: Lamentamos falta de organización e información en vacunación de adultos mayores*. 07 abr. 2021. Disponível em: [https://elpotosi.net/nacional/20210407\\_anambo-lamentamos-falta-de-organizacion-e-informacion-en-vacunacion-de-adultos-mayores.html](https://elpotosi.net/nacional/20210407_anambo-lamentamos-falta-de-organizacion-e-informacion-en-vacunacion-de-adultos-mayores.html). Acesso em: 14 out. 2021.

<sup>57</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Cartilla de Derechos humanos de las personas adultas mayores en el Estado Plurinacional*. Disponível em: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/derechos-de-las-personas-adultas-mayores-en-el-estado-plurinacional-cartilla.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

<sup>58</sup> DE LA TORRE, Cecilia Salazar. *Vejez, envejecimiento y desigualdad in Bolivia*. *Personas Adultas Mayores: desiguales y diversas. Políticas Públicas y envejecimiento in Bolivia*. Org. Cecilia Salazar de la Torre; María Dolores Castro Mantilla; Mauricio Medinaceli Monrroy. *Cuaderno de Futuro*, n. 29, 2011.p. 41-44. Disponível em: <https://www.bivica.org/files/personas-adultas-mayores.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

<sup>59</sup> TORRES-SOLÍS, Mauricio. RAMÍREZ- VALVERDE, Benito. *Buen vivir y vivir bien: alternativas al desarrollo en Latinoamérica*. *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, n. 69, v. 2, 2019. p. 77-79. Disponível em: <http://latinoamerica.unam.mx/index.php/latino/article/view/57106/50899>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>60</sup> BARIÉ, Cletus Gregor. *Nuevas narrativas constitucionales em Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza*. *Temas y problemas de Nuestra America. Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*. n. 59. 2014. p. 24-27. Disponível em: <http://latinoamerica.unam.mx/index.php/latino/article/view/51760/46194>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>61</sup> Op. cit. p. 25.

e coordenação para resolver conflitos em matéria de recursos naturais<sup>62</sup>. No Equador, a incorporação da população campesina está explicitada na Constituição, ao tratar do direito à seguridade social. Nesse país, o Estado tem papel central para a efetivação de direitos sociais, econômicos, culturais e direitos de terceira geração, ou seja, atua de maneira a definir e implantar o bem-viver, competindo aos cidadãos e às comunidades acompanhá-lo e apoiá-lo<sup>63</sup>. Nesse sentido, o artigo 401 da Constituição do Equador estabeleceu que o país está livre de cultivos e sementes transgênicas, guardadas as ressalvas expressas da própria Constituição. A questão ganhou notoriedade no caso n. 1551-19, ajuizado na Corte Constitucional do Equador, no qual duas organizações camponesas da Costa do Equador se insurgiram contra as medidas tomadas pelo Ministério da Agricultura e Agropecuária que permitiu o cultivo de soja transgênica em fazendas da Província de Los Rios<sup>64</sup>. O caso foi selecionado em maio de 2020 pela Câmara de Seleção do Tribunal Constitucional do Equador como paradigma, pelo alcance nacional da matéria. O referido processo beneficiou as organizações campesinas e se aliou às lutas dos povos originários contra a exploração não sustentável da terra. A decisão foi fundamentada no direito à saúde, no direito à alimentação e no direito à natureza<sup>65</sup>, o que, por consequência, beneficiou a população idosa, reconhecida como merecedora de proteção específica, no que tange especialmente ao direito à saúde, nos termos do artigo 36 a 38 da Constituição do Equador<sup>66</sup>. Tal caso se assenta na lógica intergeracional que acompanha a proteção da biodiversidade, nos moldes estabelecidos pelo artigo 400 da Constituição do Equador. Ainda no tocante à tutela da pessoa idosa, a Ley Organica de las Personas Adultas Mayores foi promulgada em 2018 com o objetivo de garantir o envelhecimento digno, por meio da efetivação de direitos fundamentais como a saúde<sup>67</sup>. A referida lei foi objeto de diálogo por organizações da sociedade civil e por conselhos consultivos e usuários de políticas públicas voltadas para a população idosa, a exemplo do programa “Misión Mis Mejores Años”<sup>68</sup>. O programa “Misión Mis Mejores Años” é uma política pública que visa assegurar o envelhecimento ativo e saudável de pessoas idosas em condições de vulnerabilidade, e que fora ampliado em 2019, por meio de convênios de cooperação, para acolher idosos em situação de pobreza e extrema pobreza, uma vez que o Ministério da Inclusão e Econômica e Social do Equador apurou que 57% dos idosos residentes no país viviam em situação de pobreza ou extrema pobreza<sup>69</sup>. Em 2020, noticiou-se que o Equador ofertou teleassistência durante o estado de

<sup>62</sup> TRIBUNAL AGROAMBIENTAL ÓRGANO JUDICIAL DE BOLÍVIA. *Tribunal Agroambiental y autoridades originarias de los Cuatro Suyus del departamento de Oruro dialogan Sobre la Defensa de la Madre Tierra en el marco del pluralismo jurídico*. 15 out. 2021. Disponível em: <https://www.tribunalagroambiental.bo/index.php/2021/10/15/tribunal-agroambiental-y-autoridades-originarias-de-los-cuatro-suyus-del-departamento-de-oruro-dialogan-sobre-la-defensa-de-la-madre-tierra-en-el-marco-del-pluralismo-juridico/>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>63</sup> BARIÉ, Cletus Gregor. Nuevas narrativas constitucionales em Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza. Temas y problemas de Nuestra America. Latinoamérica. *Revista de Estudios Latinoamericanos*. n. 59. 2014. p. 24-27. Disponível em: <http://latinoamerica.unam.mx/index.php/la-tino/article/view/51760/46194>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>64</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO EQUADOR. *Causa n° 1551-19-JP. Sala Multicompetente De La Corte Provincial De Los Rios Con Sede En El Cantón Quevedo*. 29 out. 2019. Disponível em: [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6452892f-6f6e-45b8-a94e-ad0eb7960bef/sentencia\\_1551-19-jp.pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6452892f-6f6e-45b8-a94e-ad0eb7960bef/sentencia_1551-19-jp.pdf?guest=true). Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>65</sup> NATURALEZA CON DERECHOS. *La Corte Constitucional del Ecuador selecciona caso a favor de un Ecuador libre de transgénicos para crear jurisprudencia*. 31 mai. 2020. Disponível em: <https://www.naturalezaconderechos.org/2020/06/01/la-corte-constitucional-del-ecuador-selecciona-caso-a-favor-de-un-%E2%80%A8ecuador-libre-de-transgenicos-para-crear-jurisprudencia/>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>66</sup> ECUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. 2008. Disponível em: [https://sital.eiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/sital\\_ecuador\\_6002.pdf](https://sital.eiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/sital_ecuador_6002.pdf). Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>67</sup> ECUADOR. *Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores*. 24 abr. 2019. Disponível em: [https://www.gob.ec/sites/default/files/regulaciones/2019-06/Documento\\_%20LEY%20ORGANICA\\_%20DE%20LAS%20PERSONAS%20ADULTAS%20MAYORES.pdf](https://www.gob.ec/sites/default/files/regulaciones/2019-06/Documento_%20LEY%20ORGANICA_%20DE%20LAS%20PERSONAS%20ADULTAS%20MAYORES.pdf). Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>68</sup> RED LATINOAMERICANA DE GERONTOLOGÍA. *Ecuador: Adultos mayores de los Consejos Consultivos dialogan sobre la Ley del Adulto Mayor*. 29 out. 2018. Disponível em: <https://www.gerontologia.org/portal/information/showInformation.php?idinfo=4140>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>69</sup> RED LATINOAMERICANA DE GERONTOLOGÍA. *Ecuador: Amplían la atención y cuidados para las personas adultas mayores*. 07. Mar. 2019. Disponível em: <https://www.gerontologia.org/portal/information/showInformation.php?idinfo=4223>. Acesso em: 15 out. 2021.

emergência provocado pelo coronavírus à população idosa, por meio do Ministério da Inclusão Econômica e Social, o que incluía, ainda, a modalidade de atendimento domiciliar<sup>70</sup>.

Pode-se concluir que o novo constitucionalismo latino-americano, ao efetivar direitos a grupos vulneráveis, provou, na prática, a relação existente entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos<sup>71</sup>, nos termos do que já preconizava a Declaração de Viena de 1993, no item 14, que entende que a pobreza extrema generalizada é obstáculo à efetivação dos direitos humanos, e que a eliminação ou redução da pobreza deve ser prioridade da comunidade internacional, em especial a pobreza da população idosa, que é tutelada de forma especial pela legislação interna e pela legislação internacional.

### 2.3 A pandemia do coronavírus e o “programa hospedagem para idosos”: obstáculos para a formulação e implementação à luz da Teoria da Agenda

A crise sanitária global, provocada pela pandemia do coronavírus, impôs a decretação do estado de calamidade pública por meio do decreto legislativo n. 6 de 2020. A lei 13.979 de 2020 estabeleceu medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública, dentre as quais a quarentena, o isolamento e o uso de máscaras. O surgimento de uma doença, cujas causas e efeitos, até pouco tempo, eram desconhecidos pela medicina, impôs maiores adversidades à população idosa, considerada grupo de risco para a contaminação pela COVID-19<sup>72</sup>. Em virtude de fragilidade psíquica e motora, fenômenos comuns à população mais idosa<sup>73</sup>, as novas medidas sanitárias acabaram por afetar o cotidiano dos idosos que passaram a se isolar em seus lares. No Rio de Janeiro, contudo, a maioria da população reside em habitações precárias, que não permitiam que as medidas recomendadas pelas autoridades sanitárias fossem cumpridas com eficácia<sup>74</sup>. Noticiou-se, ainda, que a perda do trabalho e da renda fixa contribuiu para o aumento da vulnerabilidade de idosos, o que comprometeu a eficácia das medidas recomendadas pelos órgãos de saúde e aumentou o isolamento de idosos, o que agravou, por conseguinte, os problemas de saúde mental e física<sup>75</sup>. Nesse contexto, o município do Rio de Janeiro editou o Decreto 47.296 de 24 de março de 2020, que criou o “programa hospedagem para idosos”, que consistia em abrigar, temporariamente, a população idosa assintomática, residente em comunidades carentes, e fornecer-lhe alimentação, limpeza e lavanderia<sup>76</sup>.

Contudo, o programa de hospedagem não obteve o êxito esperado pelas autoridades municipais. Do total de vagas disponibilizadas por hotéis credenciados pelo município, nem 25% foram ocupadas, já que muitos idosos não aderiram ao programa e aqueles que se deslocaram para esses hotéis sofreram ameaças de despejo<sup>77</sup>. Algumas outras causas como o distanciamento físico da família, a necessidade de cuidados

<sup>70</sup> RED LATINOAMERICANA DE GERONTOLOGÍA. *Ecuador: Personas mayores reciben teleasistencia durante la emergencia*. 17 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gerontologia.org/portal/information/showInformation.php?idinfo=4568>. Acesso em: 15 out. 2021.

<sup>71</sup> DALMAU, Rubén Martínez. As Constituições do novo constitucionalismo americano funcionaram? *Revista Culturas Jurídicas*, v. 5, n. 12, p. 46-49, set./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45176/28848>. Acesso em: 06 mai. 2021.

<sup>72</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Supporting older people during the COVID-19 pandemic is everyone's business*. Disponível em: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/4/supporting-older-people-during-the-covid-19-pandemic-is-everyones-business>. Acesso em: 23 mar. 2021.

<sup>73</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

<sup>74</sup> RODRIGUES, Rute Imanishi. *A Covid-19, a falta de água nas favelas e o direito à moradia no Brasil*. Brasília: livraria IPEA, 2020. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10109/1/NT\\_39DiestA%20Covid19%20a%20falta%20de%20agua%20nas%20favelas.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10109/1/NT_39DiestA%20Covid19%20a%20falta%20de%20agua%20nas%20favelas.pdf). Acesso em: 23 mar. 2021.

<sup>75</sup> ROMERO, Dalia Elena *et al.* Idosos no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil: efeitos nas condições de saúde, renda e trabalho. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 3, 2021. p.11-12.

<sup>76</sup> Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. *Coronavírus: Prefeitura vai hospedar idosos em hotéis credenciados*. 24 mar. 2020. Disponível em: <https://prefeitura.rio/assistencia-social-direitos-humanos/prefeitura-vai-hospedar-idosos-em-hotéis-credenciados/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

<sup>77</sup> O GLOBO. Idosos do programa de hospedagem da Prefeitura do Rio durante a pandemia dizem que estão sendo despejados. Publicado em: 24 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/08/21/idosos-do-programa->

específicos de outros membros da família, a preocupação com perdas de benefícios, foram determinantes para a baixa adesão ao programa<sup>78</sup>. A ocorrência de erros cadastrais e ausência de política pública prevista no Sistema Único de Assistência Social<sup>79</sup>, que recebe recursos da seguridade social, foram também apontadas como causas para a descontinuidade do programa<sup>80</sup>.

Nota-se, então, que, antes mesmo da incorporação da Convenção Interamericana sobre a Proteção da Pessoa Idosa pelo ordenamento jurídico brasileiro, foi violado o dever de respeito às escolhas dos idosos que, na elaboração do programa de hospedagem, não foram questionados acerca da possibilidade de permanecer em seus lares, se melhor lhes conviesse<sup>81</sup>. A falta de participação dos idosos no processo de construção da referida política pública, embora haja controvérsia a respeito da natureza do programa de hospedagem, em especial por ter sido abruptamente extinto pelo poder público<sup>82</sup>, foi um fator que contribuiu para o fim do referido programa. Nesse sentido, destaca-se a autodeterminação, que é a própria construção da vontade sem pressões externas e de forma esclarecida, o que representa a liberdade do outro de exercer o direito de escolha<sup>83</sup>, dentre os quais, o de ser assistido em sua residência, como dispõe o artigo 230, parágrafo único da Constituição Federal de 1988. No caso, porém, preponderou a construção cultural subjacente à pessoa idosa que retrata a velhice como o fenômeno no qual o sujeito não mais detém poder de escolha, devendo se submeter à tutela estatal ou familiar<sup>84</sup>. Tal construção, contudo, compromete a autonomia privada do idoso e reduz a sua dignidade, de modo que suas escolhas ficam restritas às determinações de terceiros, sem levar em consideração os desejos e interesses da pessoa idosa, comumente infantilizada<sup>85</sup>. A ausência de participação dos idosos para a construção de políticas públicas, voltadas para esse grupo vulnerável, é criticada pela doutrina, pois é um sintoma do tratamento infantilizado a que os idosos são comumente submetidos<sup>86</sup> e viola, ainda, o direito à independência e autonomia estabelecido nos tratados internacionais<sup>87</sup>. Marques entende que o reconhecimento da vulnerabilidade do idoso, nas relações familiares e na sociedade, gera um risco de marginalização, uma vez que, conforme o avançar da idade, o idoso se retira do mercado de trabalho o que reduz e compromete a renda e a capacidade física<sup>88</sup>.

A questão conflita com o próprio conceito e etapas de construção de uma política pública<sup>89</sup>, o que impacta as decisões dos próprios agentes políticos. A construção de política pública depende de um fluxo de

---

de-hospedagem-da-prefeitura-do-rio-durante-a-pandemia-dizem-que-estao-sendo-despejados. ghtml. Acesso em 23. Mar. 2021.

<sup>78</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Crivella estuda 'hospedagem compulsória' contra coronavírus para idosos de favela e Copacabana: medida, que visa resolver baixa adesão à programa de isolamento, dependeria de medida judicial*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/crivella-estuda-hospedagem-compulsoria-contra-coronavirus-para-idosos-de-favela-e-copacabana.shtml>. Acesso em: 23 mar. 2021.

<sup>79</sup> O GLOBO. *Covid-19: 42% dos acolhidos por programa da Prefeitura do Rio para proteger idosos de favelas eram do asfalto*. 02 mar. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/covid-19-42-dos-acolhidos-por-programa-da-prefeitura-do-rio-para-proteger-idosos-de-favelas-eram-do-asfalto-24905187>. Acesso em: 23 mar. 2021.

<sup>80</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3. p. 791 e 818-820. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430/447>. Acesso em: 06 mai. 2021.

<sup>81</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70-71.

<sup>82</sup> PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. In: *Políticas Públicas: coletânea*. v.1. Org. Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006. p. 72-73.

<sup>83</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 196.

<sup>84</sup> ALMEIDA, Vitor, DOS SANTOS, Deborah Pereira Pintos. Reflexões sobre o direito à autodeterminação existencial da pessoa idosa. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (Org). *A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso*. Coord. Fabiana Barletta e Vitor Almeida. São Paulo: Foco, 2020. p. 149-150.

<sup>85</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256.

<sup>86</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 270.

<sup>87</sup> PIOVESAN, Flávia; KAMIKURA, Akemi. Proteção internacional dos direitos humanos das pessoas idosas. In: TEMAS de Direitos Humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 519-521.

<sup>88</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 145.

<sup>89</sup> PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. In: *Políticas Públicas: coletânea*. v.1. Org. Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006. p. 74-75.



decisões orientado a corrigir distorções ou o percurso de demandas sociais<sup>90</sup>. Embora a intenção da política seja a simplificação de problemas, nas palavras de Parada, ela não está isenta de contraditoriedades, que podem vir a existir no interior das etapas de construção da política pública, como pontos de vistas diversos; falhas no desenho da política pública e gestão imperfeita<sup>91</sup>. A construção de uma política pública depende de um processo encadeado por diversas etapas, dentre as quais a elaboração da agenda. Essa elaboração, contudo, pode sofrer a influência de *focusing events*, conceito construído por John Kingdon e que representa grandes catástrofes e eventos não esperados, que trazem impacto social e que modificam o processo de política pública<sup>92</sup>. Nesse sentido, pode-se dizer que a pandemia de coronavírus é o evento focalizador que, como tal, alterou, substancialmente, a lista de problemas que se insere na construção de uma agenda. Os tipos de agenda, descritos por Kingdon, revelam o grau de prioridade dos problemas sociais atribuídos pelas autoridades governamentais, que se dividem em agenda sistêmica; governamental e de decisão, conforme análise trazida por Viana<sup>93</sup>.

A efetivação do direito social à moradia é uma preocupação histórica do país, sem, contudo, ter a atenção necessária do poder público<sup>94</sup>, o que o caracteriza um problema de agenda sistêmica. A imediata transferência do tema da pauta de agenda sistêmica para a pauta de uma agenda governamental, segundo os estudos de Viana sobre a fase da agenda elaborada por Kingdon, foi determinante para os problemas que advieram logo em seguida<sup>95</sup>. Nesse sentido, o programa de hospedagem condicionou uma agenda governamental, antes pautada em uma agenda sistêmica na forma de uma questão de déficit habitacional. O desmantelamento que se seguiu indica a ocorrência de uma falha de formulação e implementação da política pública, representada pela ausência de conhecimento sobre o papel dos implementadores e nível de conhecimento do público-alvo<sup>96</sup>, os quais não somente desconheciam o papel exercido pelo Serviço Único de Assistência Social, como também as demandas da população idosa mais carente. Tratam-se de aspectos externos que influenciaram na relação entre formulação e implementação, na análise do modelo de Hoppe, Van de Graff e Van Dijk<sup>97</sup>. No caso analisado, nota-se a ocorrência de distorções entre a atuação burocrática e a implementação de política pública. A Resolução Conjunta n. 65 da Secretaria Municipal de Saúde e da Secretaria Municipal de Direitos Humanos estabeleceu como objetivo a prevenção de contágio pelo coronavírus e a proteção da população idosa carente. Trata-se daquilo que Subirats apontou como objetivo genérico, capaz de provocar déficit de execução e seletividades involuntárias<sup>98</sup>, o que caracterizou o mencionado programa, o qual, ao fim, além de não atender sequer parcialmente a população cadastrada, selecionou, involuntariamente, idosos de melhor poder aquisitivo.

<sup>90</sup> SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: *Políticas Públicas*: coletânea. V.1. Org. Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006. p. 28-29.

<sup>91</sup> PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. In: *Políticas Públicas*: coletânea. v.1. Org. Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006. p. 71, 73-75.

<sup>92</sup> BRASIL, Felipe Gonçalves. Estudo em políticas públicas e a COVID-19: indicativos de uma agenda de pesquisa. *Interseções Revista de Estudos Interdisciplinares*, v. 22, n. 3, p. 341-342, set./dez. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/view/56785/36607>. Acesso em: 08 maio 2021.

<sup>93</sup> VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 30, n. 2. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996. p. 7. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>94</sup> BOLFE, Sandra Ana; RUBIN, Gabriela Rossatto. O desenvolvimento da habitação social no Brasil. *Revista do Centro de Ciências Naturais e Exatas*, v. 36, n. 2, maio/ago. 2014. p. 201-213. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/cienciaenatura/article/view-File/11637/pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>95</sup> VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 30, n. 2, p. 8. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>96</sup> VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 30, n. 2, p. 14. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>97</sup> VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 30, n. 2, p. 7. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>98</sup> SUBIRATS, Joan. El papel de la burocracia em el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas. In: *Políticas Públicas*: coletânea. v.2. Org. Enrique Saravia e Elisabete Ferrarezi. Brasília: ENAP, 2006. p. 120.

Além disso, deve-se destacar que o “programa hospedagem para idosos” não considerou a prévia existência de serviços públicos estabelecidos por normas do Sistema Único de Assistência Social<sup>99</sup>, que têm por objetivo o amparo de idosos em situação de vulnerabilidade. Tal situação revela, igualmente, um outro problema subjacente às questões de políticas públicas, qual seja, o desconhecimento da estrutura orgânica dos Estados e Municípios, que está no bojo da relação formulação-implementação<sup>100</sup>.

Dallari estrutura a abordagem sobre políticas públicas por meio de mapeamento dessas mesmas políticas e exame de pontos de contato entre aspectos políticos e jurídicos. Segundo a autora, a ação governamental é o objeto da abordagem direito e políticas públicas que tem como vertente a ser explorada a institucionalização de direitos<sup>101</sup>. Como exemplo desse fenômeno, tem-se a criação e estruturação dos sistemas de direitos sociais a exemplo do Sistema Único de Assistência Social, que institucionaliza práticas para além das gestões governamentais, como se observa nas ações dos Centros de Referências (CRAS), e que possibilita a construção de políticas de Estado. A institucionalização de práticas, desse modo, é tida pela autora como verdadeira garantidora de direitos<sup>102</sup>.

A tipificação dos serviços socioassistenciais foi aprovada pelo Conselho Nacional de Assistência Social, por meio da Resolução 109 de 2009, com base nos níveis de complexidade do Sistema Único de Assistência Social, a serem realizados nos Centros de Referência ou outra unidade referenciada. No tocante aos serviços de proteção básica voltados para a população idosa, há dois tipos de serviço assistencial: 1) o serviço de convivência e fortalecimento de vínculos que tem por objetivo o desenvolvimento de atividades que contribuam no desenvolvimento de autonomia e sociabilidades, caracterizada como medida preventiva à institucionalização de idosos. A medida tem por impacto social esperado a redução e prevenção de situações de isolamento social e de institucionalização, o que se revela imprescindível no momento de pandemia do coronavírus e 2) o serviço de proteção social básica no domicílio para pessoas com deficiência e idosas, que tem por objetivo atender igualmente idosos em situação de vulnerabilidade social, com objetivo de prevenir agravos que possam desencadear rompimento de vínculos familiares e sociais e incluir usuários e familiares no sistema de proteção social e serviços públicos conforme as necessidades básicas. Vale lembrar que um dos obstáculos ao êxito do programa de hospedagem foi a necessidade de afastamento dos idosos de sua rede de convívio social, que incluía familiares e amigos.

No tocante aos serviços de proteção especial de alta complexidade, a Resolução 109 de 2009 prevê o serviço de proteção em situações de calamidade pública e emergência, que engloba situações de risco ao idoso. Tal serviço engloba, dentre os seus destinatários, idosos removidos de áreas de risco, por prevenção ou determinação do Poder Judiciário. Considera-se, nesse caso, que populações residentes em favelas sofrem duplo risco, já que as moradias estão estabelecidas em áreas de risco geológico, com formação de vielas estreitas e casas sobrepostas, o que favorece a contaminação pelo vírus, como, aliás, já se alertava durante o ano de 2020<sup>103</sup>.

O Sistema Único de Assistência Social no Estado do Rio de Janeiro está estabelecido na lei estadual n. 7.966 de 16 de maio de 2018, que ainda se encontra em vigor e que estabelece a Política Estadual de Assistência Social. O referido sistema está assentado no enfrentamento da desigualdade social e da pobreza e na

<sup>99</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3. p. 818-820. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430/447>. Acesso em: 06 mai. 2021.

<sup>100</sup> VIANA, Ana Luiza Viana. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 30, n. 2. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1996. p.14. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>. Acesso em: 24 mar. 2021.

<sup>101</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3. p. 818-820. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430/447>. Acesso em: 06 mai. 2021.

<sup>102</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3. p. 818-820. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430/447>. Acesso em: 06 mai. 2021.

<sup>103</sup> FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Observatório COVID-19. 2º boletim socioepidemiológico da Covid-19 nas favelas*. Análise da frequência, incidência, mortalidade e letalidade por COVID-19 em favelas cariocas. Disponível em: [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim\\_final.pdf](https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_final.pdf). Acesso em: 06 mai. 2021.

integração às demais políticas intersetoriais, nos termos dos artigos 3º e 4º da referida lei estadual e, ainda, na execução articulada com as esferas federal e municipal, nos termos do artigo 10, o que evidencia a importância dos Centros de Referências de Assistência Social e dos Centros de Referências Especializado de Assistência Social, estabelecidos tanto no Rio de Janeiro como nos demais estados da Federação, guardadas as peculiaridades regionais. É relevante destacar que a Resolução 109 de 2009 prevê, igualmente, a articulação em rede dos serviços de proteção básica, com indicação de conexão dos serviços de proteção social básica com outros serviços, programas, projetos e organizações dos Poderes Executivo e Judiciário. Dessa forma, o “programa hospedagem para idosos” deveria estar articulado em rede com os serviços socioassistenciais já existentes no âmbito das unidades referenciadas, de modo a indicar os grupos de idosos mais vulneráveis economicamente, para prevenir o contágio pelo coronavírus. Em Minas Gerais, o Programa Maior Cuidado (PMC), implantado em 2011, foi objeto de estudo do Núcleo de Estudos em Saúde Pública e Envelhecimento (NESPE), em parceria com o Medical Research Center (MRC), sediado no Reino Unido, com período de abrangência entre agosto de 2018 e abril de 2021. O referido programa visa oferecer apoio a idosos em situação de vulnerabilidade social, por meio de cuidado domiciliar, em parceria com a Secretaria Municipal de Saúde e de Assistência Social<sup>104</sup>. O município custeia o trabalho de cuidadores, que são supervisionados por centros de saúde (CS) e por centros de referência de assistência social (CRAS). Os resultados da pesquisa foram conclusivos no sentido de que o programa poderia ser replicado para outros municípios, pela inovadora abordagem intersetorial, pouco comum em programas desse jaez<sup>105</sup>. Tal estudo demonstra que há iniciativas no Sistema de Saúde e de Assistência Social que logram êxito no sentido de conferir dignidade e qualidade de vida à população idosa, considerada mais vulnerável, em especial no que tange aos efeitos do coronavírus. Em 2020, a Fundação Oswaldo Cruz reuniu projetos de atenção e cuidado domiciliar implantados no âmbito do Sistema Único de Saúde, voltados para a promoção da saúde da população idosa<sup>106</sup>. Nesse sentido, não está justificada a ausência de diálogo interinstitucional, já que os centros de referência são, frequentemente, acessados pela população mais vulnerável que deles depende para prover necessidades básicas. Além disso, trata-se de grupos cadastrados em programas sociais, a exemplo do Programa Bolsa-Família e mesmo aqueles que auferem Benefício de Prestação Continuada (BPC), relativo à Lei 8.742/93.

A condição de vulnerável atribuída à pessoa idosa impõe a necessidade de construção de uma política pública específica voltada para esse grupo, com a possibilidade de indenização, se for o caso, por falhas na concepção e execução de programas de governo, apesar da inevitável polêmica que cerca o referido tema<sup>107</sup>. Em tempos de pandemia, aliás, essa condição se agrava, uma vez que a fragilidade física e mental da qual os idosos são acometidos dificulta o acesso a bens e serviços<sup>108</sup>. A referida conjuntura faz com que o idoso necessite de acompanhamento individual dentro de suas casas, seja por meio de acompanhantes pagos pela família ou por meio de serviços socioassistenciais promovidos pelo Estado<sup>109</sup>. Desse modo, a ausência de consulta da população idosa e a falta de articulação desse programa de hospedagem com os demais serviços previstos pelas secretarias municipais de Assistência Social e da Saúde foram determinantes para a interrupção do programa, sem o qual a pessoa idosa se torna uma vítima em potencial dos efeitos do coronavírus.

<sup>104</sup> FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Estudo avalia programa voltado a apoio domiciliar a idosos*. 15 set. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-avalia-programa-voltado-apoio-domiciliar-idosos>. Acesso em: 13 out. 2021.

<sup>105</sup> INSTITUTO RENÉ RACHOU FIOCRUZ MINAS. *Pesquisa avalia programa voltado para apoio ao cuidado domiciliar a idosos*. Disponível em: <http://www.cpqrr.fiocruz.br/pg/pesquisa-avalia-programa-voltado-para-apoio-ao-cuidado-domiciliar-a-idosos/>. Acesso em: 13 out. 2021.

<sup>106</sup> GROISMAN, Daniel. *Atenção e cuidado domiciliar no SUS: experiências bem sucedidas e necessidades de expansão da oferta*. In: *Boas práticas na gestão de saúde da pessoa idosa: políticas públicas e promoção da saúde na prática do SUS*. Org. Dalia Romero e Débora Castanheira. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Editora ICICT, Fiocruz, 2020. p. 89-110. Disponível em: [https://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/livro\\_digital\\_-\\_boas\\_praticas\\_na\\_gestao\\_de\\_saude\\_da\\_pessoa\\_idosa.pdf](https://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/livro_digital_-_boas_praticas_na_gestao_de_saude_da_pessoa_idosa.pdf). Acesso em: 13 out. 2021.

<sup>107</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1020-1025.

<sup>108</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58-61.

<sup>109</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69-71.

### 3 Considerações finais

Os documentos internacionais que versam sobre a pessoa idosa representaram uma conquista para o reconhecimento dos direitos desse grupo. Como já se destacou, o envelhecimento é fenômeno mundial, e, portanto, objeto de preocupação em todo o mundo, razão pela qual foi incluído na pauta de políticas públicas voltadas para esse grupo dotado de maior vulnerabilidade. Desse modo, a discussão sobre acolhimento da pessoa idosa e os impactos do envelhecimento sobre população economicamente vulnerável não se restringe ao sistema previdenciário e aos benefícios sociais a que fazem jus às pessoas idosas. É necessário incluir, na construção de políticas públicas, algumas metas que visem à promoção da qualidade de vida para pessoas idosas que, como regra, sofrem maiores agravos na sua saúde e, assim, demandam maior apoio do Estado.

A Constituição da República brasileira, embora não disponha expressamente sobre o envelhecimento digno como direito fundamental, tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III e tem por objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, nos termos do artigo 3º, incisos I, III e IV. Em seguida, a Lei 10.741 de 2003, que institui o Estatuto do Idoso, pretendeu conferir aos maiores de 60 anos de idade outros direitos fundamentais além daqueles expressamente dispostos na Carta de 1988, dentre os quais o envelhecimento como direito personalíssimo, nos termos do artigo 8º e sua proteção como direito social, para além dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição da República brasileira.

A pandemia do coronavírus impôs a transferência do tema da pauta de agenda sistêmica para a pauta de uma agenda governamental, o que teve consequências não somente para a construção do “programa hospedagem para idosos”, mas também para a execução do programa, que foi encerrado em 2021. Por outro lado, o programa não teve a adesão dos grupos que pretendia beneficiar, uma vez que houve falhas no acesso aos cadastros de beneficiários de auxílios governamentais, assim como não foram consultados os órgãos do Sistema Único de Assistência Social, que contam com serviços assistenciais já consolidados, inclusive no que tange a demandas de alta complexidade. É importante ressaltar que o idoso economicamente hipossuficiente, principal beneficiário do programa de hospedagem, não foi consultado a respeito de suas necessidades durante o isolamento imposto pelo vírus, razão pela qual muitos não se sentiam seguros para se deslocar de seus lares até os hotéis cadastrados pelo município do Rio de Janeiro.

Nesse sentido, embora necessária a aprovação da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, conforme a Recomendação n. 22 de 2020, qualquer medida deve considerar, precipuamente, a participação da pessoa idosa, bem como as peculiaridades inerentes a esse grupo vulnerável. Não se trata de promover a infantilização da população idosa, mas de levar em consideração que as políticas públicas construídas para os idosos devem preservar sua autonomia e independência e reconhecer que não há contradição entre tais qualidades e as vulnerabilidades inerentes às pessoas idosas.

Ao contrário, o reconhecimento da pessoa idosa como sujeito de direito demonstra que há espaço para o direito à diferença no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, o direito ao reconhecimento depende de uma mudança de paradigma, que inverta a lógica infantilizada a que o idoso é submetido e o insira no centro dos debates sobre envelhecimento e qualidade de vida, mormente em situações de crise ou *focusing events*, nas palavras de Kingdom. Nesse contexto, a população idosa foi alçada ao status de “grupos em situação de especial vulnerabilidade” na Resolução 1 de 2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que trata da pandemia e direitos humanos na América Latina, o que representa um *status* da condição do idoso mais próximo da realidade social desse mesmo grupo. Como já se afirmou, a diversidade deve ser identificada e reconhecida para, somente então, ser respeitada, uma vez que a igualdade formal, apesar de suas grandes pretensões, não foi suficiente para assegurar os direitos de populações vulneráveis, pois igualou diferenças

em situações de desigualdade. Contudo, o envelhecimento digno, na forma do que dispõe o Estatuto do Idoso, não prescinde do diálogo interinstitucional entre os serviços de assistência social previstos na Resolução 109 de 2009 criada pelo Conselho Nacional de Assistência Social e na legislação correlata.

Conclui-se que o insucesso do “programa hospedagem para idosos” se originou nas falhas de formulação e implementação, as quais dependem, como já se observou, de atores políticos com alto grau de conhecimento de política pública para idosos, a exemplo do Serviço Único de Assistência Social, e capacidade de dialogar com as informações existentes sobre a demanda por moradia digna. A eficácia de uma política pública voltada para os idosos depende, assim, da identificação dos atores políticos imprescindíveis à construção de política pública específica, com capacidade de diálogo e com metas preestabelecidas, que não se restrinjam tão somente a conter a disseminação do vírus, mas que sejam capazes de promover melhoria na qualidade de vida da população idosa. A construção de uma sociedade justa e solidária, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Constituição brasileira de 1988, perpassa pelo reconhecimento do direito à diversidade, entendido como subsídio do direito à identidade do indivíduo, que é o direito de ser o que se é.

## Referências

ALMEIDA, Vitor; SANTOS, Deborah Pereira Pintos dos. Reflexões sobre o direito à autodeterminação existencial da pessoa idosa. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; AL-MEIDA, Vitor (orgs). *A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso*. Coord. Fabiana Barletta e Vitor Almeida. São Paulo: Foco, 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. *Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade*. Brasília. DF. 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2021.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da pessoa idosa: efetividade e desafios. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (orgs). *A tutela jurídica da pessoa idosa: 15 anos do Estatuto do Idoso*. Coord. Fabiana Barletta e Vitor Almeida. São Paulo: Foco, 2020.

BARIÉ, Cletus Gregor. Nuevas narrativas constitucionales em Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza. Temas y problemas de Nuestra America. Latinoamérica. *Revista de Estudios Latinoamericanos*, n. 59, p. 24-27, 2014. Disponível em: <http://latinoamerica.unam.mx/index.php/latino/article/view/51760/46194>. Acesso em: 15 out. 2021.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOLFE, Sandra Ana; RUBIN, Gabriela Rossatto. O desenvolvimento da habitação social no Brasil. *Revista do Centro de Ciências Naturais e Exatas*, v. 36, n. 2. maio/ago. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/cienciaenatura/article/viewFile/11637/pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BOLÍVIA. *Ley n. 1.886 de 14 de agosto de 1998*. Disponível em: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/ley-n%C2%BA-1886-de-derechos-y-privilegios-para-personas-adultas-mayores.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

BOLÍVIA. *Ley n. 3.791 de 28 de novembro de 2007*. Disponível em: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/ley-n%C2%BA-3791-renta-universal-de-vejezrenta-dignidad-.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL, Felipe Gonçalves. Estudo em políticas públicas e a COVID-19: indicativos de uma agenda de pesquisa. *Interseções Revista de Estudos Interdisciplinares*, v. 22, n. 3, set./dez 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/view/56785/36607>. Acesso em: 08 mai. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. DF. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. *Decreto 10.643 de 2021*. Brasília. DF. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/decreto/D10643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10643.htm). Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. *Decreto 9.893 de 2019*. Brasília. DF. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20192022/2019/decreto/D9893.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.893%2C%20DE%2027,que%20lhe%20confere%20o%20art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/decreto/D9893.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.893%2C%20DE%2027,que%20lhe%20confere%20o%20art). Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. *Lei 10.741 de 2003*. Brasília. DF. 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. *Lei 8078 de 1990*. Brasília. DF. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. *Lei 8842 de 1994*. Brasília. DF. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm). Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. *Projeto de lei n. 863 de 2017*. Brasília. DF. Disponível em: [https://www.ca-mara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01v1689q6tf2zl19h3qkwgvxkxb10430326.node0?codteor=1629742&filename=PDC+863/2017](https://www.ca-mara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01v1689q6tf2zl19h3qkwgvxkxb10430326.node0?codteor=1629742&filename=PDC+863/2017;); Acesso em: 31 mai. 2021.

BRASIL. *Recomendação n. 22 de 2020*. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos/cndh/Recomendaon22.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

BRASIL. *Resolução CNAS 109 de 2009*. Brasília. DF. 2009. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao\\_CNAS\\_N109\\_%202009.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/resolucao_CNAS_N109_%202009.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, set./dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430/447>. Acesso em: 06 maio 2021.

CLARK, Fiona; JITTON, Rolando. Prólogo. In: *Personas Adultas Mayores: desiguales y diversas. Políticas Públicas y envejecimiento in Bolivia*. Org. Cecilia Salazar de la Torre; María Dolores Castro Mantilla; Mauricio Medinaceli Monrroy. *Cuaderno de Futuro*, n. 29, 2011. Disponível em: <https://www.bivica.org/files/personas-adultas-mayores.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA. *Boletín 8 Envejecimiento y desarrollo em América Latina y Caribe*. Chile, 2010. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36676/1/BoletinEnvejecimiento8\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36676/1/BoletinEnvejecimiento8_es.pdf). Acesso em: 14 out. 2021.

DALMAU, Rubén Martínez. As Constituições do novo constitucionalismo americano funcionaram? *Revista Culturas Jurídicas*, v.5, n. 12, set./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45176/28848>. Acesso em: 06 maio 2021.

DE LA TORRE, Cecilia Salazar. Vejez, envejecimiento y desigualdad in Bolivia. *Personas Adultas Mayores: desiguales y diversas. Políticas Públicas y envejecimiento in Bolivia*. Org. Cecilia Salazar de la Torre; María Dolores Castro Mantilla; Mauricio Medinaceli Monrroy. *Cuaderno de Futuro*, n. 29, 2011. Disponível em: <https://www.bivica.org/files/personas-adultas-mayores.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Cartilla de Derechos humanos de las personas adultas mayores en el Estado Plurinacional*. Disponível em: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/derechos-de-las-personas-adultas-mayores-en-el-estado-plurinacional-cartilla.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Recomendações Gerais adotadas pelo Comitê para Eliminação da Discriminação contra as mulheres*. São Paulo. 2020. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/Tradu%C3%A7%C3%A3o%20das%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20Gerais%20da%20ONU%20\(1\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/Tradu%C3%A7%C3%A3o%20das%20Recomenda%C3%A7%C3%B5es%20Gerais%20da%20ONU%20(1).pdf). Acesso em: 31 maio 2021.

ECUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. 2008. Disponível em: [https:// siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_ecuador\\_6002.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf). Acesso em: 15 out. 2021.

ECUADOR. *Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores*. Publicação: 24 abr. 2019. Disponível: [https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2019\\_06/Documento\\_%20LEY%20ORGANICA%20DE%20LAS%20PERSONAS%20ADULTAS%20MAYORES.pdf](https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2019_06/Documento_%20LEY%20ORGANICA%20DE%20LAS%20PERSONAS%20ADULTAS%20MAYORES.pdf). Acesso em: 15 out. 2021.

EL POTOSÍ. *Anambo*: Lamentamos falta de organización e información en vacunación de adultos mayores. 07 abr. 2021. Disponível em: [https://elpotosi.net/nacional/20210407\\_anambo-lamentamos-falta-de-organizacion-e-informacion-en-vacunacion-de-adultos-mayores.html](https://elpotosi.net/nacional/20210407_anambo-lamentamos-falta-de-organizacion-e-informacion-en-vacunacion-de-adultos-mayores.html). Acesso em: 14 out. 2021.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BALDI, César Augusto. *Aprender Desde O Sul*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: <https://www.forum.conhecimento.com.br/livro/1340>. Acesso em: 21 abr. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Crivella estuda 'hospedagem compulsória' contra corona-vírus para idosos de favela e Copacabana*: medida, que visa resolver baixa adesão à programa de isolamento, dependeria de medida judicial. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/crivella-estuda-hospedagem-compulsoria-contra-coronavirus-para-idosos-de-favela-e-copacabana.shtml>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Estudo avalia programa voltado a apoio domiciliar a idosos*. Publicação: 15 set. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-avalia-programa-voltado-apoio-domiciliar-idosos>. Acesso em: 13 out. 2021.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *Observatório COVID-19*. 2º boletim socioepidemiológico da Covid-19 nas favelas. Análise da frequência, incidência, mortalidade e letalidade por COVID-19 em favelas cariocas. Disponível em: [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim\\_final.pdf](https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_final.pdf). Acesso em: 06 mai. 2021.

GROISMAN, Daniel. Atenção e cuidado domiciliar no SUS: experiências bem sucedidas e necessidades de expansão da oferta. In: ROMERO, Dalia; CASTANHEIRA, Débora (orgs.). *Boas práticas na gestão de saúde da pessoa idosa: políticas públicas e promoção da saúde na prática do SUS*. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: ICICT, Fiocruz, 2020. p. 89-110. Disponível em: [https://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/livro\\_digital\\_boas\\_praticas\\_na\\_gestao\\_de\\_saude\\_da\\_pessoa\\_idosa.pdf](https://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/livro_digital_boas_praticas_na_gestao_de_saude_da_pessoa_idosa.pdf). Acesso em: 13 out. 2021.

HERRERA FLORES. Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INSTITUTO RENÉ RACHOU FIOCRUZ MINAS. *Pesquisa avalia programa voltado para apoio ao cuidado domiciliar a idosos*. Disponível em: <http://www.cpqrr.fiocruz.br/pg/pesquisa-avalia-programa-voltado-para-apoio-ao-cuida-do-domiciliar-a-idosos/>. Acesso em: 13 out. 2021.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 04. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/bitstream/192/1092/1/2011revistaanistia04.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

NATURALEZA CON DERECHOS. *La Corte Constitucional del Ecuador selecciona caso a favor de un Ecuador libre de transgénicos para crear jurisprudencia*. 31 maio 2020. Disponível em: <https://www.naturalezaconderechos.org/2020/06/01/la-corte-constitucional-del-ecuador-selecciona-caso-a-favor-de-un-%E2%80%A8ecuador-libre-de-transgenicos-para-crear-jurisprudencia/>. Acesso em: 15 out. 2021.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos, CIPRIANO. Rodrigo Carneiro (org). *Constituições da América Latina e Caribe*. Brasília: FUNAG, 2010. v. 1.

O GLOBO. *Covid-19: 42% dos acolhidos por programa da Prefeitura do Rio para proteger idosos de favelas eram do asfalto*. 02 mar. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/covid-19-42-dos-acolhidos-por-programa-da-prefeitura-do-rio-para-protoger-idosos-de-favelas-eram-do-asfalto-24905187>. Acesso em: 23 mar. 2021.

O GLOBO. *Idosos do programa de hospedagem da Prefeitura do Rio durante a pandemia dizem que estão sendo despejados*. 24 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/08/21/idosos-do-programa-de-hospedagem-da-prefeitura-do-rio-durante-a-pandemia-dizem-que-estao-sendo-despejados.ghtml>. Acesso em 23 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Plano de ação internacional contra o envelhecimento*. Brasília. 2003. Disponível em: [http://www.observatorionacionaldo\\_idoso.fiocruz.br/biblioteca/\\_manual/5.pdf](http://www.observatorionacionaldo_idoso.fiocruz.br/biblioteca/_manual/5.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos*. Washington. DC. 2015. Disponível em: [https://www.oas.org/en/sare/documents/CIPM\\_POR.pdf](https://www.oas.org/en/sare/documents/CIPM_POR.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Declaração e Programa de Ação de Viena*. Viena. 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Pandemia e Direitos Humanos nas Américas*: Resolução 1 de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisions/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2021.

OUR WORLD IN DATA. *Differences in life expectancy across the world*. Disponível em: <https://ourworldindata.org/life-expectancy#differences-in-life-expectancy-across-the-world>. Acesso em: 20 abr. 2021.

PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (orgs.). *Políticas Públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1.

PIOVESAN, Flávia. *Os direitos humanos e direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PREFEITURA DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. *Coronavírus: Prefeitura vai hospedar idosos em hotéis credenciados*. 24 mar. 2020. Disponível em: <https://prefeitura.rio/assistencia-social-direitos-humanos/prefeitura-vai-hospedar-idosos-em-hotéis-credenciados/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

RC NOTÍCIAS BOLÍVIA. *ANAMBO identifica 6 medidas para mejorar calidad de vida de adultos mayores*. 14 jun. 2017. Disponível em: <https://rcbolivia.com/anambo-identifica-6-medidas-para-mejorar-calidad-de-vida-de-adultos-mayores/>. Acesso em: 14 out. 2021.

RED LATINOAMERICANA DE GERONTOLOGÍA. *Ecuador: Adultos mayores de los Consejos Consultivos dialogan sobre la Ley del Adulto Mayor*. 29 out. 2018. Disponível: <https://www.gerontologia.org/portal/information/showInformation.php?idinfo=4140>. Acesso em: 15 out. 2021.

RED LATINOAMERICANA DE GERONTOLOGÍA. *Ecuador: Amplían la atención y cuidados para las personas adultas mayores*. 07. Mar. 2019. Disponível em: <https://www.gerontologia.org/portal/information/showInformation.php?idinfo=4223>. Acesso em: 15 out. 2021.



RED LATINOAMERICANA DE GERONTOLOGÍA. *Ecuador: Personas mayores reciben teleatención durante la emergencia*. 17 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gerontologia.org/portal/information/showInformation.php?idinfo=4568>. Acesso em: 15 out. 2021.

RIO DE JANEIRO (RJ). *Decreto 47.296 de 2020*. Rio de Janeiro. RJ. 2020. Disponível em: [http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis\\_consulta/61124DECRETO%2047296\\_2020.pdf](http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/61124DECRETO%2047296_2020.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.

RIO DE JANEIRO (RJ). *Lei 7.966 de 2018*. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/controllei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/9566339b2a97c9db83258295005fc26b?OpenDocument>. Acesso em: 31 maio 2021.

RIO DE JANEIRO (RJ). *Resolução Conjunta SMS/SMASDH nº 65 de 2020*. Rio de Janeiro. DOMRJ. 2020. Disponível em: <https://doweb.rio.rj.gov.br/portal/visualizacoes/pdf/4570/#/p:4/e:4570>.

RODRIGUES, Rute Imanishi. *A Covid-19, a falta de água nas favelas e o direito à moradia no Brasil*. Brasília: Livraria IPEA, 2020. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10109/1/NT\\_39\\_DiestA%20Covid19%20a%20falta%20de%20agua%20nas%20favelas.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10109/1/NT_39_DiestA%20Covid19%20a%20falta%20de%20agua%20nas%20favelas.pdf). Acesso em: 23 mar. 2021.

ROMERO, Dalia Elena *et al.* Idosos no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil: efeitos nas condições de saúde, renda e trabalho. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 3, p.11-12, 2021. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00216620>. Acesso em: 15 out. 2021.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. *In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. Políticas Públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STANFORD UNIVERSITY. *The influenza pandemic of 1918*. Disponível em: <http://virus.stanford.edu/uda/>. Acesso em: 08 maio 2021.

SUBIRATS, Joan. El papel de la burocracia em el proceso de determinación e implementación de las políticas públicas. *In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. Políticas Públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. v. 2.

TORRES-SOLÍS, Maurício. RAMÍREZ- VALVERDE, Benito. Buen vivir y vivir bien: alternativas al desarrollo en Latinoamérica. *Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos*, n. 69, v. 2, 2019. Disponível em: <http://latinoamerica.unam.mx/index.php/latino/article/view/57106/50899>. Acesso em: 15 out. 2021.

TRIBUNAL AGROAMBIENTAL ÓRGANO JUDICIAL DE BOLIVIA. *Tribunal Agroambiental y autoridades originarias de los Cuatro Suyus del departamento de Oruro dialogan Sobre la Defensa de la Madre Tierra en el marco del pluralismo jurídico*. Publicação: 15 out. 2021. Disponível em: <https://www.tribunalagroambiental.bo/index.php/2021/10/15/tribunal-agroambiental-y-autoridades-originarias-de-los-cuatro-suyus-del-departamento-de-oruro-dialogan-sobre-la-defensa-de-la-madre-tierra-en-el-marco-del-pluralismo-juridico/>. Acesso em: 15 out. 2021.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO EQUADOR. *Causa nº 1551-19-JP*. Sala Multicompetente De La Corte Provincial De Los Rios Con Sede En El Cantón Quevedo. Publicação: 29 out. 2019. Disponível em: [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6452892f-6f6e-45b8-a94e-ad0eb7960bef/sentencia\\_1551-19-jp.pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6452892f-6f6e-45b8-a94e-ad0eb7960bef/sentencia_1551-19-jp.pdf?guest=true). Acesso em: 15 out. 2021.

UNITED NATIONS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHRTranslations/por.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2021.

UNITED NATIONS. *Resolution 33/52 World Assembly on the Elderly*. New York. 1978. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/33/52>. Acesso em: 31 mai. 2021.

UNITED NATIONS. *United Nations Principles for Older Persons*. New York. 1991. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/olderpersons.aspx>. Acesso em: 31 mai. 2021.

VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. *Revista de Administração Pública*. v. 30, n. 2. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8095>. Acesso em: 24 mar. 2021.

WASHINGTON UNIVERSITY. *Institute of Health and Metrics Evaluation. COVID-19 has caused 6.9 million deaths globally, more than double what official reports show*. Disponível em: <http://www.healthdata.org/news-release/covid-19-has-caused-69-million-deaths-globally-more-double-what-official-reports-show>. Acesso em: 08 maio 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos, RONCHI, Maria Laura. Processos constituintes latino-americanos e a presença dos movimentos sociais no Brasil e na Bolívia. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 3, n. 6, 2016. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44711/28765>. Acesso em: 06 maio 2021.

WORLD BANK. *Life expectancy at birth*. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.LE00.IN?end=2018&start=2018&view=map&year=1960>. Acesso em: 20 abr. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Supporting older people during the COVID-19 pandemic is everyone's business*. Disponível em: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/4/supporting-older-people-during-the-covid-19-pandemic-is-everyones-business>. Acesso em: 23 mar. 2021.

The logo for CEUB (Centro de Estudos Universitários) is displayed in a bold, white, sans-serif font. The letters 'C', 'E', and 'U' are connected, and the 'B' is slightly larger and positioned to the right. The background of the cover features a photograph of a modern building with a tall, white, rectangular tower and a large, white, curved structure in the foreground. The sky is blue with scattered white clouds. The overall design is clean and professional, with a dark red background on the right side and a white background on the left side.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Mulheres, cota de gênero e poder legislativo:** uma abordagem das justificativas do Projeto de Lei n.º 1.256/2019 à luz do liberalismo igualitário de John Rawls

**Women, gender quota and legislative power:** one approach of the justifications of the Bill n.º 1.256/2019 under the egalitarian liberalism of John Rawls

Victória Taglialegra Salles

Rainer Bomfim

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Mulheres, cota de gênero e poder legislativo: uma abordagem das justificativas do Projeto de Lei n.º 1.256/2019 à luz do liberalismo igualitário de John Rawls\*

## Women, gender quota and legislative power: one approach of the justifications of the Bill n.º 1.256/2019 under the egalitarian liberalism of John Rawls

Victória Taglialegna Salles\*\*

Rainer Bomfim\*\*\*

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia\*\*\*\*

\* Recebido em 08/05/2021

Aprovado em 17/07/2021

Este trabalho foi desenvolvido em discussões presentes no Programa de Pós-Graduação “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). A pesquisa foi realizada com apoio de bolsa UFOP concedida à primeira autora, de bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) concedido ao segundo autor e bolsa de produtividade concedida pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) ao terceiro autor.

\*\* Mestre em Direito pelo Programa “Novos Direitos, Novos Sujeitos”, da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro dos Grupos de Pesquisa CNPq “RESSABER- Estudos Decoloniais” e “Caleidoscópio”.

E-mail: victoriataglialegna@gmail.com.

\*\*\* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa CAPES. Mestre em Direito pelo Programa “Novos Direitos, Novos Sujeitos”, da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Professor de Direito da Faculdade Doctum de João Monlevade/MG. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq “RESSABER- Estudos Decoloniais” (UFOP) e o “Retrabalhando o Direito” (RED) da PUC/MG.

E-mail: rainerbomfim@outlook.com.

\*\*\*\*Doutor em Direito pela UFMG. Professor e Coordenador do programa de mestrado “Novos Direitos, Novos sujeitos” – UFOP e da graduação em direito da UFOP e IBMEC-BH. Bolsista de produtividade CNPq.

### Resumo

Sob a vertente de interpretação jurídico-teórica, analisam-se as justificativas arguidas no Projeto de Lei n.º 1.256/2019, que tem por objeto a revogação do § 3º, do art. 10, da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que dispõe sobre a cota de gênero obrigatória nas eleições proporcionais. À luz do liberalismo igualitário de John Rawls, identifica as arguições como contrárias aos princípios de justiça, no exercício da razão pública, e como não razoáveis em face do pluralismo moral, das garantias previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Compreende o dever do poder público de promover a igualdade de oportunidades das mulheres, diante dos fundamentos constitucionais e dos direitos básicos. Verifica-se que o Poder Legislativo é o principal responsável por descumprir a cota de gênero, embora parte dele esteja comprometida com a legislação eleitoral vigente. Ao final, ressalta a importância de a sociedade em cooperação exigir seu cumprimento, de se pensar a reprodução dos papéis de gênero e o voto, para fomentar a autonomia das mulheres. Este trabalho justifica-se pela urgência de se alterar a sub-representação nos espaços de poder e pelos princípios constitucionais.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Projeto de Lei n.º 1.256/2019; Cota de gênero.

### Abstract

From the perspective of legal-theoretical interpretation, the justifications argued in Bill No. 1,256 / 2019 are analyzed, whose object is the revocation of § 3, of art. 10, of Law 9.504, of September 30, 1997, which provides for the gender quota in political parties that is mandatory in proportional elec-

tions. In the light of John Rawls' egalitarian liberalism, he identifies them as contrary to the principles of justice, in the exercise of public reason, and as unreasonable in the face of moral pluralism, the guarantees provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and the Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. It understands the duty of the public power to promote equal opportunities for women, given the constitutional foundations and basic rights. It is verified through quantitative data, that the Legislative Power is the main responsible for not complying with the gender quota, although part of it is committed to the current electoral legislation. In the end, he stresses the importance of society acting in cooperation demanding compliance with the current electoral legislation, and considering the reproduction of gender roles and voting, in order to promote women's autonomy. This work is justified by the urgency of changing under-representation in spaces of power and by constitutional principles.

**Keywords:** Constitutional Right; Bill no. 1,256/2019; Gender quota.

## 1 Introdução

Ainda que as mulheres<sup>1</sup> representem 51,5% (cinquenta e um vírgula cinco por cento) da população brasileira, sendo sua maioria composta por mulheres negras, 52,7% (cinquenta e dois vírgula sete por cento), estas não possuem uma participação política efetiva e substantiva no Poder Legislativo<sup>2</sup>. As barreiras impostas à representatividade política se encontram em um contexto social marcado por discriminação social e econômica, que impuseram padrões de gênero sexistas como forma de dominação e segregaram as mulheres dos espaços públicos.

Nesse sentido, a eleição e a análise relativas ao espectro da filosofia política são escolhas de, aos poucos, ocupar espaços estratégicos que, também, são majoritariamente masculinos, héteros, brancos e elitizados por um paradigma de conhecimento hegemônico<sup>3</sup>, especialmente quando se apresentam dentro do espaço institucional o qual se tem a disputa pelo discurso.

O principal elemento causador dessas desigualdades implica sustentar a prática de valores relativos à divisão sexual do trabalho<sup>4</sup>, que limitam, em razão da estrutura social, tanto o acesso das mulheres aos cargos políticos como sua atuação legislativa<sup>5</sup>. Isso acontece em razão de as mulheres desempenharem por mais tempo as atividades ligadas à economia do cuidado e, além disso, possuem menores rendimentos financeiros do que os homens nos trabalhos realizados fora do ambiente privado<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Considera-se o termo mulher no sentido heterogêneo e plural, enquanto autoidentificação para além da categoria de gênero e da sua criação pela classificação social moderna, que categoriza o feminino e o masculino de acordo com o sexo biológico e replica ao gênero de forma binária, criando condições de sujeição por meio de padrões naturalizados. HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo social*, v. 26, n. 1, p. 61-73, 2014.

<sup>2</sup> BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.256, de 2019. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília: Senado Federal, 27 fev. 2019.

<sup>3</sup> BIROLI, Flávia. Divisão Sexual do Trabalho e Democracia. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 3, p. 719-754, set. 2016. FapUNIFESP (SciELO).

<sup>4</sup> “Trata-se, de um lado, de uma aceção sociográfica: estuda-se a distribuição diferencial de homens e mulheres no mercado de trabalho, nos ofícios e nas profissões, e as variações no tempo e no espaço dessa distribuição; e se analisa como ela se associa à divisão desigual do trabalho doméstico entre os sexos.” HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de pesquisa*, v. 37, n. 132, p. 596.

<sup>5</sup> SANCHEZ, Beatriz R. *Teoria política feminista e representação substantiva: uma análise da bancada feminina da Câmara dos Deputados*. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

<sup>6</sup> BIROLI, Flávia. Divisão Sexual do Trabalho e Democracia. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 3, p. 719-754, set. 2016. FapUNIFESP (SciELO), p.720.

Além disso, deve-se frisar que a divisão sexual do trabalho hierarquiza as posições ocupadas pelas mulheres e pelos homens na sociedade, pois reproduz desvantagens entre gêneros e intragêneros, se levarmos em consideração a copresença das subalternizações reproduzidas não somente em razão do gênero, mas também de raça e classe<sup>7</sup>. Esse impacto ocorre de modo interseccional sobre as mulheres, ampliando, consequentemente, a desigualdade entre mulheres negras e mulheres pobres em relação às mulheres brancas e burguesas<sup>8</sup>.

Sendo assim, esse impacto reflete a ocupação da política institucional, não sendo uma simples questão de ausência de vontade, mas uma carga estrutural que impossibilita, materialmente, que as mulheres ocupem o espaço público, no caso, a política institucional.

Ademais, a própria existência de uma maioria masculina, cisgênera, branca e heterossexual, ocupando esse espaço em sua maioria e construída por eles, reproduz a uma esfera hegemônica, que impossibilita, por meio da reprodução do cissexismo<sup>9</sup>, do machismo e do racismo, a ocupação das mulheres nesses espaços e, consequentemente, a produção normativa por elas.

Como consequência, a sub-representação aparente na democracia representativa dificulta que sejam atendidas as demandas sociais das mulheres por direitos, o que representa uma prática contrária ao contexto de uma democracia constitucional.

As buscas por direitos pelas mulheres desdobram-se em caminhos árduos de resistências, cada qual nas suas diferenças e semelhanças, trazendo consigo não apenas as opressões em razão de gênero, mas também de raça, classe, sexualidade, entre outras não menos relevantes, que refletem a estrutura econômica e social da sociedade androcêntrica e rompem com os paradigmas a fim de superar os papéis de gênero<sup>10</sup>.

Diante dessa problemática, é fundamental buscar alternativas de políticas públicas e ações tanto individuais quanto coletivas, que estimulem a autonomia das mulheres na participação política, no desiderato de alterar o cenário social de desigualdade.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva analisar as justificativas arguidas no Projeto de Lei n.º 1.256/2019, que tem por objeto a revogação do § 3º, do art. 10, da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que dispõe da cota de gênero nos partidos políticos nas eleições proporcionais. A pesquisa justifica-se pela urgência de se alterar a sub-representação das mulheres nos espaços de poder e pelos princípios constitucionais, ainda que a cota de gênero, somente, seja insuficiente.

A hipótese apresentada é no sentido de que o aludido projeto de lei, que tem por objeto a extinção da cota de gênero, trata-se de um projeto intolerante perante a sociedade plural e diversa, sendo contrário ao senso de justiça e do justo proposto por John Rawls.

Para construir essa análise, utilizam-se os escritos de John Rawls<sup>11</sup>, que propõe uma concepção de justiça exercida por meio da centralidade de poder, no intuito de equiparar a distribuição de recursos primários na sociedade, no contexto de uma democracia constitucional, na busca de promover a pluralidade de sujeitos

<sup>7</sup> Apesar de os dados quantitativos compreenderem apenas números e não vivências, uma simples análise dos dados do Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça (IPEA, 2015) é suficiente para concluir a reprodução dessas subalternizações.

<sup>8</sup> BIROLI, Flávia. Divisão Sexual do Trabalho e Democracia. *Dados* – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 59, n. 3, p. 719-754, set. 2016. FapUNIFESP (SciELO), p. 721.

<sup>9</sup> O cissexismo refere-se às práticas e atitudes que promovem tratamento desigual às pessoas em razão do sexo biológico, liga-se à heteronormatividade, enquanto o machismo é um fenômeno cultural que acredita na superioridade do homem e na propriedade da mulher, ideologia da dominação. Já o racismo compreende-se na crença de uma hierarquia entre as raças, baseada na superioridade de uma delas e nas diferenças biológicas pela cor da pele e entre povos.

<sup>10</sup> BAHIA, Alexandre; BARTH, Rochelle C. Cotas femininas nos parlamentos: uma discussão sobre o papel da mulher na política e no mercado. In: NODARI, Paulo César; CALGARO, Cleide; SÍVERES, Luiz (org.). *Ética, direitos humanos e meio ambiente: reflexões e pistas para uma educação cidadã responsável e pacífica*. Caxias do Sul: EDUCS, 2017. p. 67-83. Disponível em: [https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-etica-direitos-humanos\\_2.pdf](https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-etica-direitos-humanos_2.pdf). Acesso em: 07 de jul. 2018.

<sup>11</sup> As autoras e os autores trabalham com os escritos de John Rawls e, neste trabalho, se vinculam a essas perspectivas de tal filosofia para disputar um lugar institucionalizado do discurso jurídico.

livres e iguais<sup>12</sup> em uma relação simbiótica entre os membros da comunidade e a estrutura básica da sociedade, orientada por princípios normativos que a sustentam de forma estável e bem-ordenada<sup>13</sup>.

Em sua proposta, o autor ressalta a importância da garantia pelas instituições sociais, políticas e econômicas das bases do autorrespeito enquanto bem primário, como condição fundamental para que o indivíduo possa reconhecer que vale a pena realizar sua concepção de bem, ou seja, seu projeto de vida, viabilizando o florescimento da confiança dos membros da comunidade<sup>14</sup>.

Na visão do filósofo, para que os membros de uma comunidade possam exercer seu projeto de vida, cabe à sociedade e ao Estado fomentarem a cooperação social e o senso de justiça. Em sociedades como a brasileira, em que as desigualdades socioeconômica e cultural estão presentes, fica defasado o florescimento dessas características simbióticas. Nesses casos, as instituições públicas, também, têm a responsabilidade de preservar e promover as garantias sociais em termos equitativos.

Assim, à luz do marco teórico, pelo exercício da razão pública<sup>15</sup>, que tem como fundamento a tolerância, a estabilidade da sociedade é possível de ser mantida. Seu exercício ocorre por meio da centralidade de poder e da coerção normativa no fórum político público<sup>16</sup>, sendo o Poder Público o responsável pela equiparação dos direitos sociais de forma razoável e justificada, devendo suas políticas serem fundamentadas nos princípios reconhecidos pela comunidade.

Nessa perspectiva, o trabalho analisa, por meio da interpretação da vertente metodológica jurídico-teórica<sup>17</sup>, a justificativa apresentada no Projeto de Lei n.º 1.256/2019, que tem por objeto a revogação da cota de gênero nas eleições proporcionais de cunho obrigatório pelos partidos políticos. A cota de gênero está expressa da Lei das Eleições n.º 9.504/97, e tem como propósito a equiparação da representatividade das mulheres no parlamento brasileiro consoante a igualdade de gênero<sup>18</sup>.

Ao final, identifica-se que, no exercício da razão pública, o parlamentar autor viola o critério da razoabilidade<sup>19</sup>, segundo o liberalismo igualitário de John Rawls (1992)<sup>20</sup>, indo de encontro aos fundamentos constitucionais e às questões básicas de justiça, sendo omissos em promover as bases do autorrespeito e a igualdade de oportunidades para as mulheres, bem como a tolerância diante do pluralismo moral.

<sup>12</sup> A pluralidade de sujeitos livres e iguais e a relação simbiótica entre os cidadãos são condições indispensáveis para que a proposta do filósofo se materialize.

<sup>13</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>14</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 487.

<sup>15</sup> A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status de cidadania igual. O objetivo dessa razão é o bem público: aquilo que a concepção política de justiça requerer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos seus objetivos e fins a que devem servir. Portanto, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objetivo é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 262.

<sup>16</sup> PETRONI, Lucas C. *Liberalismo político: uma defesa*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 82.

<sup>17</sup> GUSTIN, Miracy B. de S.; DIAS, Maria T. F. (Re) *Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. Belo Horizonte, Del Rey Editora 2013. p. 42.

<sup>18</sup> A cota de gênero foi instituída no Brasil em 1995 garantindo apenas 20% das vagas nas eleições proporcionais às mulheres e, a partir de 1997, a legislação alterou a porcentagem para 30%. O seu cumprimento obrigatório somente foi assegurado em 2009 pela Lei 12.034/09, que incluiu na Lei das Eleições n.º 9.504/97, o artigo 10, §3º, determinando a cada partido ou coligação a obrigação de preencher o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) de registro de candidaturas de cada sexo nas eleições proporcionais. BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, 1º out. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm). Acesso em 20 mai. 2018.

<sup>19</sup> John Rawls define razoabilidade com base em duas características, sendo a primeira (i) a propensão de o indivíduo honrar e propor as condições equitativas de cooperação, e (ii) ter o ânimo de reconhecer a obrigação do julgamento moral e aceitar suas consequências. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 47-48.

<sup>20</sup> Rawls revisou seus estudos completos e publicou uma nova versão de sua teoria na obra *Liberalismo Político* (1993).

## 2 Razão pública e igualdade de oportunidades em John Rawls

John Rawls propõe uma concepção de justiça como equidade, inserida no contexto de um regime democrático diante da presença de valores morais incomensuráveis entre si e da pluralidade de sujeitos<sup>21</sup>. Apresenta uma filosofia política baseada no liberalismo político de base contratualista quanto aos motivos para aceitá-lo, e igualitária em relação aos princípios que o norteiam<sup>22</sup>, argumentando por uma centralidade de poder que garanta a estabilidade da sociedade exercida pelas instituições econômicas, sociais e políticas às quais pertencem, bem como orientada por princípios escolhidos por seus membros.

A concepção de justiça igualitária do filósofo dá-se por meio de um acordo hipotético entre os membros da sociedade e as instituições sociais, a partir do pressuposto de serem sujeitos livres e iguais, dotados de personalidade moral e se reconhecem enquanto legítimos de reivindicações em posição igualitária, tendo em si um senso de justiça e uma racionalidade que os motivam a buscar por um projeto de vida razoável e justificável perante aos demais<sup>23</sup>.

Ademais, apresenta a estrutura básica<sup>24</sup> da sociedade e seus membros como sendo norteados pelos princípios de justiça — igualdade e liberdade — e componentes de uma sociedade em cooperação bem ordenada.

Rawls argumenta, ao conceber os indivíduos enquanto livres e iguais, que o acordo equitativo dos princípios de justiça seria estabelecido em condições apropriadas, em que estes eliminariam suas posições morais arbitrárias resultantes de processos históricos, culturais e sociais que os tornam desiguais, no intuito de não o influenciar, considerando-se que esses princípios orientarão a estrutura básica de uma sociedade justa<sup>25</sup>. Essa atitude configura-se em um exercício abstrato inicial, denominado posição original:

um artifício de representação: ela descreve as partes, cada uma das quais é responsável pelos interesses essenciais de uma pessoa livre e igual, como partes situadas equitativamente e estabelecendo um acordo sujeito às restrições apropriadas sobre o que se deve tomar como boas razões<sup>26</sup>.

Na posição original, os indivíduos pertencentes à sociedade em cooperação buscariam por uma concepção política de justiça por meio da seleção de princípios que fundamentariam a estrutura básica da sociedade, selecionados em comum acordo a partir da eliminação das desigualdades sociais e arbitrárias, bem como articuladas sob um véu da ignorância<sup>27</sup>. Com efeito, os princípios de justiça, após serem escolhidos, assegurariam a ordem da sociedade pela centralidade do poder<sup>28</sup>.

Mais um argumento construído pelo filósofo para se chegar aos princípios de justiça é o equilíbrio reflexivo. Consiste em uma etapa posterior em que os sujeitos manifestariam suas faculdades cognitivas de senso de justiça e, de forma razoável, optariam por ponderar juízos morais e princípios que satisfariam suas preferências, argumentando entre si no intuito de encontrar a melhor expressão de critérios justos<sup>29</sup>. Essa

<sup>21</sup> RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política não metafísica. *Lua Nova*, São Paulo, n. 25, 1992.

<sup>22</sup> PETRONI, Lucas C. *Liberalismo político: uma defesa*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 12.

<sup>23</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>24</sup> Na concepção do autor, entende-se por estrutura básica as instituições sociais, políticas, econômicas e administrativas que compõem a sociedade civil e são reguladas pela estrutura institucional coercitiva, ou seja, pelas normas legais.

<sup>25</sup> RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política não metafísica. *Lua Nova*, São Paulo, n. 25, p. 40, 1992.

<sup>26</sup> RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política não metafísica. *Lua Nova*, São Paulo, n. 25, p. 42, 1992.

<sup>27</sup> As partes são ignorantes primeiro em relação às suas respectivas posições sociais – concepções econômicas e autoridade. A eliminação dessas concepções particulares de bem são eliminadas por meio do “véu da ignorância”, na tentativa de serem excluídas escolhas arbitrárias do ponto de vista da justiça social. O véu retira os princípios que beneficiam a própria classe e por meio da ignorância individual leva à igual consideração pelos interesses de todos. PETRONI, Lucas C. *Liberalismo político: uma defesa*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 87.

<sup>28</sup> A centralidade de poder pode ser compreendida como a detenção do exercício de coerção por uma autoridade legítima, que tem como fundamento as instituições normativas, públicas a todos os cidadãos.

<sup>29</sup> PETRONI, Lucas C. *Liberalismo político: uma defesa*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade



etapa é interpretada como uma fase normativa, em que os membros justificam publicamente suas razões compatibilizando crenças pessoais e princípios morais.

Como consequência, os dois princípios de justiça escolhidos inicialmente seriam a liberdade e a igualdade, em condições igualitárias, preceituando o primeiro “que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema semelhante de liberdades para as outras”; e o segundo, “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos<sup>30</sup>”.

Rawls afirma, também, que esses dois princípios apoiam os valores sociais, ou seja, bens primários que devem ser garantidos a todos, sendo, nas palavras do autor “a liberdade de oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima — devem ser distribuídos igualitariamente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos”<sup>31</sup>. Assim, ambos os princípios possibilitam que o acordo entre os cidadãos seja razoável e racional, bem como aceito pelas partes em troca da satisfação das necessidades básicas e da igualdade de oportunidades.

Ao tratar dos bens primários, o autor ressalta a importância da autoestima como o bem essencial para a moral pessoal do indivíduo, no sentido de reconhecer que vale a pena realizar sua concepção de bem<sup>32</sup> ou seja, fator que viabiliza o florescimento da confiança dos sujeitos livres e iguais como sujeitos capazes, como mencionado pela autora Adriana Timoteo dos Santos Zagurski<sup>33</sup>. Sem o cultivo desses bens, o indivíduo deixaria de ter motivações para lutar por uma sociedade justa, pois “uma sociedade bem-ordenada afirma a autonomia dos indivíduos e incentiva a objetividade de seus juízos ponderados de justiça”<sup>34</sup>.

Ao acreditar que todos os indivíduos possuem direitos iguais de reivindicação ao conjunto de liberdades no contexto de uma teoria contratualista, a centralidade do poder seria a melhor maneira de garanti-los<sup>35</sup>, uma vez que, por meio do consentimento dos membros da sociedade, estes autorizariam o uso da coerção mediante o exercício da razão pública.

Além disso, para que a pluralidade de sujeitos seja preservada, bem como para que sejam aplicados os princípios de justiça com o objetivo de promover e reconhecer as diversas formas de projeto de vida, tanto a comunidade de sujeitos como a instituição básica da sociedade devem agir conforme a moralidade política, valorizando suas diferenças<sup>36</sup>. Assim, cabe às instituições públicas, por meio da centralidade de poder e do uso da coerção normativa, também se responsabilizar pela eliminação das desigualdades com base em uma justificação pública e que seja reconhecida pela comunidade.

Rawls atribui o exercício da razão pública ao fórum político público institucionalizado, um contexto de legitimidade democrática baseado em um conjunto de direitos fundamentais e da justiça social que possam ser aceitos por todos e publicizados e, além disso, aplicados pelos espaços institucionais aos cidadãos<sup>37</sup>. Dessa forma, a coerção normativa, quando o objeto for a garantia de tais liberdades e dos direitos fundamentais, somente será legítima se proferida publicamente e justificada perante os cidadãos de maneira razoável.

---

de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 89.

<sup>30</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 64.

<sup>31</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 66.

<sup>32</sup> Projeto de vida, segundo John Rawls (2000).

<sup>33</sup> ZAGURSKI, Adriana T. dos S. Autoestima e igualdade de oportunidades no âmbito das políticas públicas: Uma abordagem a partir da teoria moral de John Rawls. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 141, dez. 2016.

<sup>34</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 641.

<sup>35</sup> PETRONI, Lucas C. *Liberalismo político: uma defesa*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 27.

<sup>36</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 652.

<sup>37</sup> PETRONI, Lucas C. *Liberalismo político: uma defesa*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 103.

A razão pública<sup>38</sup>, então, possibilita o uso da coerção em matéria constitucional ao buscar a equidade para as pessoas morais em uma sociedade de cooperação, em virtude dos princípios constitucionais e da justiça social enquanto argumentos de justificação substancial. Diante disso, é possível chegar à estabilidade da sociedade, em que os cidadãos perante a justificativa normativa e das instituições públicas são capazes de tolerar as diversas concepções de bem e promover a pluralidade de sujeitos ao sustentar suas razões em busca das garantias sociais.

Não obstante, a razão pública possui limites e não se aplica a todas as questões políticas, mas, apenas, às que envolvam fundamentos constitucionais e questões de justiça básicas<sup>39</sup>. A estrutura básica, ao criar políticas públicas, deve justificar aos membros da sociedade suas razões de forma razoável e justa, tendo como embasamento os princípios substantivos de justiça escolhidos na posição original, bem como os princípios fundamentais ao praticá-la<sup>40</sup>.

Os fundamentos constitucionais estão ligados aos princípios que estruturam o governo, o processo político, os direitos básicos e liberdades de cidadania. Já as questões de justiça básica são questões de justiça distributiva, relacionadas à liberdade de movimento e igualdade de oportunidades, bem como às bases do autorrespeito<sup>41</sup>. Assim, a estrutura básica da sociedade possui duas importantes funções, quais sejam:

no primeiro papel que estrutura as especificidades e assegura os direitos e liberdades fundamentais iguais dos cidadãos e institui apenas procedimentos políticos. No segundo, estabelece as instituições secundárias de justiça social e econômica apropriadas aos cidadãos como livres e iguais<sup>42</sup>.

Logo, são de responsabilidade das instituições públicas a aplicação dos princípios igualitários de justiça para equiparar as desigualdades existentes e promover as diversas formas de bem. O Poder Público não deve ser neutro e tolerar as desigualdades sociais existentes em uma sociedade injusta e deve ter como prioridade promover políticas públicas consoante o segundo princípio de justiça, assim como expresso por John Rawls, quando a igualdade de oportunidades não for praticada pelos membros da sociedade e estes não cooperarem com a comunidade, sendo necessário proporcionar vantagens para aqueles que se encontram em posição social menos beneficiada.

Portanto, fomentar o florescimento da autonomia dos sujeitos para que possam desenvolver seu projeto de vida é de responsabilidade do Estado Democrático de Direito, diante da sua condição normativa e substantiva, cabendo à estrutura básica da sociedade aplicar os princípios de justiça e exercer a razão pública como meio de justificativa para preservar e promover o pluralismo.

### 3 Razoabilidade e o Projeto de Lei n.º 1.256/2019

No contexto de uma democracia constitucional, cabe ao Poder Legislativo, enquanto representante dos cidadãos razoáveis, bem como instituição política, justificar sua posição de autoridade ao aplicar a coerção

<sup>38</sup> “A razão pública seria em uma sociedade democrática “a razão de cidadãos iguais que, como corpo coletivo, exercem um poder político e coercitivo sobre o outro, ao promulgar leis e emendar sua constituição” RAWLS, John. The Idea of Public Reason: Postscript. In: BOHMAN, James; REHG, Willian. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: Mit Press, 1997. p. 93, tradução nossa.

<sup>39</sup> RAWLS, John. The Idea of Public Reason: Postscript. In: BOHMAN, James; REHG, Willian. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: Mit Press, 1997. p. 94.

<sup>40</sup> RAWLS, John. The Idea of Public Reason: Postscript. In: BOHMAN, James; REHG, Willian. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: Mit Press, 1997. p. 9-10.

<sup>41</sup> RAWLS, John. The Idea of Public Reason: Postscript. In: BOHMAN, James; REHG, Willian. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: Mit Press, 1997. p. 13.

<sup>42</sup> RAWLS, John. The Idea of Public Reason: Postscript. In: BOHMAN, James; REHG, Willian. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: Mit Press, 1997. p. 14, tradução nossa.

normativa com base nos princípios de justiça, conforme a justiça como equidade proposta por John Rawls, na busca pela estabilidade de uma sociedade bem-ordenada.

Nesse sentido, seu exercício normativo deve considerar o pluralismo razoável como fundamento ao promover e tolerar as diversas concepções de vida, bem como garantir condições igualitárias conforme os direitos fundamentais constitucionais e sociais no exercício da razão pública. Um argumento normativo razoável deve ser justo conforme preceituam os princípios de justiça e publicizado<sup>43</sup>, assim como nos casos de proposição de projetos legislativos.

Argumentar de forma razoável é um dever moral a ser praticado pelos cidadãos e pelo fórum político público por meio dos parlamentares, apresentando as razões que os levam a adotar determinadas políticas públicas ou projetos, apoiando-se nos princípios de justiça e tendo como pano de fundo a pluralidade de indivíduos que compõe a sociedade. Assim, aplicar os princípios constitucionais de justiça e viabilizar a autonomia dos sujeitos para que possam ter uma vida digna é função primordial do Poder Legislativo.

O presente artigo propõe, à luz do marco teórico exposto, uma análise jurídico-teórica do Projeto de Lei 1.256/2019<sup>44</sup>, de autoria Senador Angelo Coronel (PSD), proposto em 27 de fevereiro de 2019<sup>45</sup>, que teve por objeto a revogação do § 3º, do art. 10, da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, lei que regulamenta a cota de gênero nos partidos políticos nas eleições proporcionais e visa o preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo, no intuito de promover a paridade participativa<sup>46</sup>.

Diante disso, parte-se para a investigação dos fundamentos do aludido Projeto de Lei, a fim de identificar se estes contrariam os princípios de justiça de Rawls, bem como se o parlamentar autor apresenta uma justificativa razoável diante da pluralidade de sujeitos e das demandas que devem ser cumpridas pelo Poder Público, enquanto estrutura básica garantidora da igualdade de oportunidades, nos termos dos fundamentos constitucionais e dos direitos básicos.

Ao analisar o inteiro teor do respectivo projeto, percebe-se que o parlamentar autor argumenta, inicialmente, ao contrário do objetivo da cota de gênero, que esta não alcança efeitos práticos e propicia que as candidatas sejam compelidas a participar do processo eleitoral apenas para assegurar o percentual exigido<sup>47</sup>. Ressalta-se que há uma violação da autonomia partidária devido à ação afirmativa, considerando-se que os partidos políticos são penalizados “injustamente”<sup>48</sup> por terem de destinar verbas do Fundo Partidário para

<sup>43</sup> PETRONI, Lucas C. *Liberalismo político: uma defesa*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 102.

<sup>44</sup> Ementa: Revoga o § 3º do art. 10 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. Explicação da Ementa: Altera a Lei Geral das Eleições, para revogar os percentuais mínimo e máximo de candidaturas de cada sexo a serem registradas pelo partido ou coligação para a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais. BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.256, de 2019. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília: Senado Federal, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135505>. Acesso em: 29 maio 2019.

<sup>45</sup> BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.256, de 2019. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília: Senado Federal, 27 fev. 2019.

<sup>46</sup> Rejeitado por Comissão de Constituição e Justiça em decisão terminativa (art. 91, § 5º, do RISF), na data de 03 de abril de 2019. Atualmente o referido projeto de lei encontra-se arquivado. BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.256, de 2019. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília: Senado Federal, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135505>. Acesso em: 29 maio 2019.

<sup>47</sup> BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.256, de 2019. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília: Senado Federal, 27 fev. 2019.

<sup>48</sup> Destaca-se o termo entre aspas para evidenciar que a penalidade aplicada ao partido político por descumprimento da norma, não se trata de uma medida injusta, tendo em vista que a legislação deixa expressa a obrigatoriedade do cumprimento do percentual mínimo exigido pela Lei das Eleições e prevê a aplicação da penalidade aos que a descumprirem. O termo foi retirado da justificativa do parlamentar no projeto de lei e trata-se de manifestação dada pelo autor.

a promoção das candidaturas femininas e de abdicarem das candidaturas de dois, a três candidatos homens, para lançá-las e cumprir a legislação<sup>49</sup>.

Ao final, sustenta-se que o projeto de lei não viola a política de inserção da mulher no cenário político e beneficia os partidos políticos por deixar de penalizá-los se a cota for extinta. Conclui-se que a norma proposta permite a garantia de 100% (cem por cento) de vagas para a participação feminina nas eleições, ao argumento de que com a revogação desta ação afirmativa, será eliminado o patamar máximo de 70% (setenta por cento) relativo à candidatura das mulheres nos termos da cota de gênero, conforme estabelece a lei em vigor, destinando a totalidade das vagas nas candidaturas proporcionais<sup>50</sup>.

Diante das razões sustentadas pelo parlamentar e da filosofia política de John Rawls exposta no segundo capítulo deste artigo, verifica-se que o Projeto de Lei 1.256 de 2019 tem por objeto liberdades e direitos fundamentais, bem como atende aos critérios públicos em um contexto de fórum político público. Entretanto, contraria o critério da razoabilidade ao apresentar argumentos que violam os princípios democráticos e de justiça e, além disso, a promoção do pluralismo de forma recíproca, agindo em desfavor da sociedade em cooperação e ignorando as desigualdades de gênero.

A justificativa apresentada no aludido projeto de lei abandona a concepção de equidade para as pessoas morais, pois é de responsabilidade do Poder Público, diante do exercício da razão pública, argumentar de forma razoável e conforme os princípios de justiça que norteiam a sociedade em cooperação, o que deixa de ser praticado diante da fundamentação, apresentando argumentos que contrariam tanto os fundamentos constitucionais, como questões de justiça básica.

Em relação aos fundamentos constitucionais, enquanto condição normativa e substantiva, cumpre ao Poder Legislativo reconhecer e promover a pluralidade de sujeitos enquanto representante dos cidadãos razoáveis. Nessa ótica, é possível aplicar a Teoria da Justiça de Rawls ao contexto da sociedade brasileira em relação à desigualdade do gênero feminino presente no Poder Legislativo.

Apesar da consolidação constitucional do direito ao voto das mulheres em 1932, garantido por meio das lutas sufragistas<sup>51</sup> e da ocupação da primeira cadeira no parlamento brasileiro<sup>52</sup>, as mulheres não possuem igualdade de participação política no Poder Legislativo em razão da própria estrutura normativa, bem como dos padrões sociais estereotipados pela comunidade política.

Além disso, não foi apenas a política que se distanciou das mulheres, considerando-se que, conforme ressalta Diandra Martini, “elas também ficaram à mercê da evolução dos Direitos Humanos, tornando-se parte da organização apenas na década de 90, quando o tema violência contra a mulher passa a fazer parte das agendas internacionais”<sup>53</sup>. Toda essa opressão carregada por elas potencializou o surgimento de movimentos sociais tendo como fundamento a soberania popular, que buscavam garantias de direitos baseados no discurso público dentro do sistema político. A autora Celi Pinto menciona que o movimento feminista no Brasil enquanto ação surgiu na década de 1970 em face ao regime militar<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.256, de 2019. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília: Senado Federal, 27 fev. 2019.

<sup>50</sup> BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.256, de 2019. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília: Senado Federal, 27 fev. 2019.

<sup>51</sup> Conforme atesta Mary Ferreira (2004), tal conquista não apresentou alteração nos valores sociais, em razão de uma estrutura patriarcal conservadora, tendo em vista que a esfera política ainda se encontra excludente e mantém as mulheres afastadas da estrutura formal. FERREIRA, Maria M. Do voto feminino à Lei das Cotas: a difícil inserção das mulheres nas democracias representativas. *Revista Espaço Acadêmico* [online] n. 37 jun. 2004. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel29/Mary-Ferreira.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

<sup>52</sup> MARQUES, Teresa C. de N. *O voto feminino no Brasil*. Brasília: Edições Câmara, 2018. p. 146.

<sup>53</sup> MARTINI, Diandra A. *Cotas partidárias e sub-representação feminina na América do Sul*: Um estudo comparado entre Brasil e Bolívia, 2015.

<sup>54</sup> PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. p. 16.

A respeito de acontecimentos como a I Conferência Internacional da Mulher, no México, organizada pela ONU, em 1975, o lançamento do movimento Feminino pela Anistia em 1979 e a redemocratização do Brasil nos anos 1980, houve grande turbulência dos movimentos femininos em busca de garantias contra a violência, de exercício da sexualidade sem imposição social, direito ao trabalho, igualdade no casamento, direito a terra, direito à saúde materno-infantil, luta contra o racismo, grupos que se organizavam juntamente aos movimentos populares<sup>55</sup>.

Ademais, a Criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), em 1984, foi um dos importantes movimentos das lutas femininas, sendo a criação de uma secretaria que, juntamente ao Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA) de Brasília, criou a campanha nacional para a inclusão dos direitos das mulheres na constituinte<sup>56</sup>.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito compromete-se a eliminar as desigualdades sociais e promover a igualdade material a partir das disposições formais expressas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Expressa em seu artigo 5º, inciso I, a garantia da uniformidade de tratamento entre homens e mulheres, em direitos e obrigações, no artigo 3º, inciso IV, que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos em relação à origem, raça, sexo, cor, idade, bem como quaisquer outras formas de discriminação e no art. 226, ao dispor sobre a igualdade entre homem e mulher na constância do casamento<sup>57</sup>.

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1979 e recepcionada pelo Brasil em 31 de março de 1981, foi o primeiro tratado internacional a pautar a igualdade de gênero e a reprimir a discriminação contra mulheres, determinando a adoção de medidas legais, políticas e programáticas pelos Estados signatários<sup>58</sup>.

Não obstante, na década de 1990, houve uma ampliação da busca por direitos das mulheres, em que a participação feminina na política em cargos decisórios foi incluída nas pautas dos movimentos sociais, tema abordado na agenda internacional na Conferência de Pequim (1995), que teve como pauta central a igualdade de gênero, consoante o debate sobre a garantia de igualdade em todas as esferas, inclusive na política<sup>59</sup>.

Dessa feita, onze países da América do Sul adotaram as cotas partidárias como políticas para determinar o fim, buscando a paridade participativa no poder Legislativo. Conforme já mencionado, a cota de gênero foi instituída no Brasil em 1995, garantindo apenas 20% das vagas nas eleições proporcionais. A partir de 1997, a legislação foi alterada, passando a porcentagem para 30%, sendo obrigatória em 2009, quando a Lei das Eleições n.º 9.504/97 foi alterada pela Lei 12.034/09. Estabeleceu-se, no artigo 10, §3º, a cota de gênero, determinando, a cada partido ou coligação, a obrigação de preencher o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) de registro de candidaturas de cada sexo, nas eleições proporcionais<sup>60</sup>.

Entretanto, para que a igualdade seja atingida na esfera pública, as barreiras que as impedem devem ser eliminadas, sendo necessário fomentar a autonomia individual e coletiva das mulheres. Embora o Brasil tenha ratificado a CEDAW e a Constituição Federal de 1988 garanta a igualdade formal entre todos os indivíduos e tenha a pretensão de efetivar os direitos fundamentais, o Estado deixou de promover as garantias femininas, sendo omissivo em relação às reivindicações por redistribuição econômica, valorização cultural e paridade de participação nas esferas políticas.

<sup>55</sup> PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. p. 17.

<sup>56</sup> PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. p. 17.

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República.

<sup>58</sup> ONU. *A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)*. 1979. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 20 maio 2018.

<sup>59</sup> MARTINI, Diandra A. *Cotas partidárias e sub-representação feminina na América do Sul: Um estudo comparado entre Brasil e Bolívia*, 2015.

<sup>60</sup> BRASIL. Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º out. 1997.

Grupos sociais que sofrem injustiças ligadas à questão de gênero, apesar de configurarem maioria numérica, como no caso das mulheres, possuem menor representação política no parlamento<sup>61</sup>. Suas demandas ficam à mercê da maioria representativa, mantendo-se um cenário de sub-representação. As mulheres representam mais da metade da população brasileira, todavia, nunca tiveram uma participação expressiva no que diz respeito à representação política no parlamento<sup>62</sup>.

Ao dar enfoque aos direitos sociais voltados à superação da desigualdade de gênero, surge a necessidade de uma ação afirmativa que assegure a justiça das “coletividades ambivalentes”, que são discriminadas tanto em razão da estrutura político-econômica quanto cultural-valorativa simultaneamente<sup>63</sup>, como é o caso das mulheres em uma sociedade que se diz democrática<sup>64</sup>.

Segundo Luís Felipe Miguel e a autora Flávia Biroli, ainda que se tenha um sistema que garanta a paridade participativa, há outros fatores que impossibilitam que isso ocorra, sendo dois eixos principais, como a jornada de trabalho e a ambição política<sup>65</sup>. Portanto, incentivar, em todas as esferas, a autonomia das mulheres é necessário para que os locais de poder institucional sejam ocupados por elas, de forma que exerçam suas reivindicações e o princípio democrático.

Lucía Martelotte afirma que, para que a igualdade entre os gêneros ocorra, a verdadeira paridade somente será alcançada quando as mulheres tiverem plena autonomia, considerando-se as condições voltadas para a jornada de trabalho, trabalho doméstico, a capacidade de decidir sobre seus próprios corpos e quando a violência política nos próprios espaços públicos diminuir, fatores que influenciam, diretamente, a presença das mulheres nos espaços decisórios de forma efetiva<sup>66</sup>.

Em um estudo comparativo dos países que possuem legislação que estabelece a obrigatoriedade da cota de gênero nos cargos representativos, verificou-se que, no Brasil, desde a vigência desta ação afirmativa, não há compromisso com a igualdade de gênero na política se comparado aos países que conseguem garantir a participação no parlamento<sup>67</sup>.

Logo, a cota de gênero representa um passo inicial para a promoção da autonomia das mulheres, embora careça de estímulos para que sua finalidade se cumpra. Sua eficácia depende dos próprios partidos políticos, além da participação política do eleitorado, de uma sociedade em cooperação que pratique ações voltadas para o rompimento dos papéis de gênero, no intuito de valorizar a importância da emancipação e transcender a estrutura de dominação de gênero, raça, classe e sexualidade que impossibilitam a igualdade social-político-econômica.

Revogar a cota de gênero aos argumentos sustentados no Projeto de Lei 1.256/2019, além de não apresentar uma justificativa razoável diante dos fundamentos constitucionais, contraria os princípios postos por John Rawls, uma vez que deixa de promover a justiça básica ligada às questões de justiça distributiva e de igualdade de oportunidades para as mulheres ao propor a extinção da ação afirmativa, bem como exige o

<sup>61</sup> A porcentagem de mulheres na Câmara dos Deputados subiu de 10% em 2015, para 15% em 2019. Ademais, o Brasil ocupa a 133 colocação em igualdade de gênero do ranking da União Interparlamentar, em um total de 193 países. FGV. *Pesquisa Democracia e Representação nas Eleições de 2018*, São Paulo, 03 jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/candidatas-recebem-mais-verba-eleitoral-apos-cotamaspardidosdescumpremregras.shtml?fbclid=IwAR0WALiuvKKnY7U17dQytLfdYJTw16Ef4B8xWFFnWpSKy8I2cd7n9QTEgs>. Acesso em 03 jul. 2019.

<sup>62</sup> IBGE. *Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil*. 2018. p. 9.

<sup>63</sup> FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

<sup>64</sup> O termo “que se diz” aponta para evidenciar que ainda não se tem uma sociedade democrática no Brasil, sendo possível notar, estatisticamente, a ausência de mulheres no Poder Legislativo em um contexto de democracia representativa.

<sup>65</sup> MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flavia; *Caleidoscópio Convexo: mulheres, política e mídia*. São Paulo, editora UNESP, 2011. p. 93.

<sup>66</sup> MARTELOTTE, Lucía. 25 anos de aplicação de leis de cotas na América Latina: Um balanço da participação política das mulheres. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 24, n. 13, p. 91-98, nov. 2016. p. 95.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Adriana V.; SOUSA, Raquel. M. *A paridade de gênero no Poder Legislativo brasileiro e comparado*. Início: 2015. Iniciação científica (Graduando em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do RJ.

Poder Público de priorizar o desenvolvimento das bases da sua autonomia para que a paridade de participação seja eficaz.

Como ponto positivo, ressalta-se que as eleições de 2018 foram as primeiras garantidoras da paridade de destinação dos recursos do Fundo Partidário equiparado à cota de gênero<sup>68</sup>. Os partidos políticos são os responsáveis por darem destinação correta para a verba e, conforme o resultado, entre 62% (sessenta e dois por cento) e 58% (cinquenta e oito por cento) dos partidos não cumpriram a cota de financiamento de recursos oriundos do Fundo Especial de Campanha e do Fundo Partidário<sup>69</sup>.

Além disso, em vez de cumprir a legislação, os partidos usam as candidatas mulheres para burlar a legislação e desviar a verba de tais fundos, assim como o caso do partido PSD, que teve 60 (sessenta) candidatas mulheres e usou uma porcentagem de 20% (vinte por cento) das candidaturas para o desvio do financiamento para favorecer as candidaturas masculinas<sup>70</sup>.

Diante disso, é possível concluir que o problema em si não se trata da norma que institui a ação afirmativa, ainda que careça de eficácia, mas dos que dirigem os partidos políticos e se eximem da responsabilidade de cumprir a legislação e burlam a norma que carece de fiscalização. Ademais, é importante evidenciar que a sociedade brasileira se encontra inserida em uma rígida estrutura patriarcal, que não destina o voto em mulheres e reproduz os papéis de gênero ainda dentro do sistema binário, dificultando a cooperação e a promoção das bases da autoestima das mulheres.

Portanto, a justificação adotada pelo parlamentar não é razoável diante do contexto social brasileiro e das mulheres que carecem de representatividade política e demonstra que o Poder Legislativo, nesse caso, enquanto instituição política, se absteve de promover a igualdade de gênero e de oportunidades, indo de encontro à legislação constitucional e à justiça social.

O uso da razão pública, no presente caso, não foi exercido pelo parlamentar do partido PSD nos termos da tolerância à diversidade, deixando de cooperar com os membros da sociedade de forma justa, no caso as mulheres, e consoante aos princípios de justiça em um contexto democrático, enquanto pertencente ao Poder Legislativo.

#### 4 Considerações (provisórias e pretensamente) finais

Dessa maneira, sem o objetivo de esgotar a discussão, conclui-se, a partir da proposta de John Rawls, que as instituições básicas da sociedade são as principais responsáveis por garantir a eliminação das desigualdades sociais e fomentar a distribuição de recursos primários, assim como no Brasil, considerando-se que os próprios membros da sociedade em cooperação deixam de exercer seu senso de justiça e colaborar

<sup>68</sup> O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria de votos, que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitado o patamar mínimo de 30% de candidatas mulheres, previsto no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições). No julgamento, o Plenário decidiu, ainda, que é inconstitucional a fixação de prazo para esta regra, como determina a lei, e que a distribuição não discriminatória deve perdurar enquanto for justificada a necessidade de composição mínima das candidaturas femininas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional e Eleitoral. Art. 9º da Lei DA LEI 13.165/2015. Fixação de piso (5%) e de teto (15%) do montante do fundo partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para a aplicação nas campanhas de candidatas. Preliminar de impossibilidade jurídica de pedido. Rejeição. Inconstitucionalidade. Ofensa à igualdade e à não-discriminação. Procedência da ação. Relator: Edson Fachin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>69</sup> FGV. *Pesquisa Democracia e Representação nas Eleições de 2018*. São Paulo, 03 jul. 2019.

<sup>70</sup> GAITTO, Malu; WYLLIE, Kristin. *Candidatas laranjas: pesquisa inédita mostra quais partidos usaram mais mulheres para burlar cotas em 2018*. Londres, UK, 8 mar. 2019.

com uma justiça igualitária no que tange às mulheres, potencializando o surgimento de uma desigualdade de gênero estruturante, fato que refletiu no Poder Legislativo e potencializou um cenário de sub-representação.

Nesse sentido, para alcançar a estabilidade de uma sociedade bem-ordenada, cabe ao Estado Democrático de Direito oferecer condições, com base nos princípios de justiça, que possibilitem a igualdade dos seus membros para exercerem seu projeto de vida, de modo a fomentar a autonomia dos sujeitos a partir do exercício da razão pública, justificando suas políticas normativas diante de um contexto democrático para preservar e promover o pluralismo moral.

Embora o Estado Democrático de Direito tenha se comprometido em garantir a igualdade de gênero por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e ratificado a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), foram adotadas políticas embrionárias que, ainda, não são eficazes e apresentam uma série de barreiras, assim como no caso da cota de gênero instituída na Lei das Eleições, visando à paridade participativa.

Entretanto, embora o Projeto de Lei n.º 1.256/2019 esteja arquivado, infere-se que parte do Poder Legislativo, ainda, se encontra descomprometida com o objetivo da legislação e, conseqüentemente, com a sociedade enquanto instituição política de cooperação ao propor a extinção da cota de gênero justificando-se em argumentos não razoáveis e contrariando os princípios fundamentais e as questões de justiça básica, como no caso das mulheres, que carecem de igualdade econômica, representação política e de reconhecimento, pois são sujeitas posicionadas abaixo da estrutura social em razão de políticas dominantes.

Frente a isso, confirma-se a hipótese para apresentar que a extinção da cota de gênero trata-se de um projeto intolérante com a sociedade plural e diversa. O projeto de lei é oposto ao senso de justiça e do justo proposto por John Rawls, representando um projeto normativo que contraria a estabilidade da sociedade, os fundamentos constitucionais e a justiça social, no exercício da razão pública.

Dessa forma, em virtude da condição de cidadãos livres e iguais, é de responsabilidade da sociedade exercer a razão pública para reivindicar a aplicação dos princípios de justiça pelas instituições políticas, e, também, do próprio Poder Legislativo, que deve se comprometer com a sociedade plural e democrática.

Visar ao cumprimento da legislação e à eficácia da paridade participativa das mulheres na sociedade democrática, em razão da obrigação do poder público em agir em cooperação, além de promover as igualdades de oportunidades, de modo a fomentar a autonomia delas, deve ser prioridade do Estado Democrático de Direito, cabendo aos cidadãos repensar a reprodução dos papéis de gênero na sociedade, além do voto em seus representantes de fato.

## Referências

BAHIA, Alexandre; BARTH, Rochelle C. Cotas femininas nos parlamentos: uma discussão sobre o papel da mulher na política e no mercado. In: NODARI, Paulo César; CALGARO, Cleide; SÍVERES, Luiz (org.). *Ética, direitos humanos e meio ambiente: reflexões e pistas para uma educação cidadã responsável e pacífica*. Caxias do Sul: EDUCS, 2017. p. 67-83. Disponível em: [https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-etica-direitos-humanos\\_2.pdf](https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-etica-direitos-humanos_2.pdf). Acesso em: 07 de jul. 2018.

BIROLI, Flávia. Divisão Sexual do Trabalho e Democracia. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 59, n. 3, p. 719-754, set. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/00115258201690>.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 maio 2019.



BRASIL. Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º out. 1997. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm). Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis n.ºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. *Diário Oficial da União*, Brasília 26 nov. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm). Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.256, de 2019. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília: Senado Federal, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135505>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional e Eleitoral. Art. 9º da Lei DA LEI 13.165/2015. **Fixação de piso (5%) e de teto (15%) do montante do fundo partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para a aplicação nas campanhas de candidatas. Preliminar de impossibilidade jurídica de pedido. Rejeição. Inconstitucionalidade. Ofensa à igualdade e à não-discriminação. Procedência da ação.** Relator: Edson Fachin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas Eleitorais*. Brasília. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 20 jun. 2019.

FERREIRA, Maria M. Do voto feminino à Lei das Cotas: a difícil inserção das mulheres nas democracias representativas. *Revista Espaço Acadêmico* [online] n.37 jun. de 2004. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel29/MAryFerreira.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

FGV. *Pesquisa Democracia e Representação nas Eleições de 2018*. São Paulo, 03 jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/candidatas-recebem-mais-verba-eleitoral-apos-cota-mas-partidos-descumprem-regras.shtml?fbclid=IwAR0WALiuvKKnY7U17dQytLfdYJTw16Ef4B8xWFFnWpSKy8I2cd7n9QTegs>. Acesso em: 03 jul. 2019.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

GATTO, Malu; WYLLIE, Kristin. *Candidatas laranjas*: pesquisa inédita mostra quais partidos usaram mais mulheres para burlar cotas em 2018, Londres, UK, 8 mar. 2019. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47446723?fbclid=IwAR23ZwbCnxKGh3TQ4y88AzfqAPIZ-21HmhmRLzU4vo-vsAsA8OJDILYG5\\_I](https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47446723?fbclid=IwAR23ZwbCnxKGh3TQ4y88AzfqAPIZ-21HmhmRLzU4vo-vsAsA8OJDILYG5_I). Acesso em: 8 mar. 2019.

GUSTIN, Miracy B.de S.; DIAS, Maria T. F. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. Belo Horizonte, Del Rey Editora 2013.

HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo social*, v. 26, n. 1, p. 61-73, 2014.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de pesquisa*, v. 37, n. 132, p. 595-609, 2007.

IBGE. *Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil*. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em: 02 set. 2018.

MARQUES, Teresa C. de N. *O voto feminino no Brasil*. Brasília: Edições Câmara, 2018. 146 p. Disponível em: [https://livraria.camara.leg.br/index.php?route=product/product&product\\_id=228](https://livraria.camara.leg.br/index.php?route=product/product&product_id=228). Acesso em: 02 set. 2018.

MARTELOTTE, Lucía. 25 anos de aplicação de leis de cotas na América Latina: Um balanço da participação política das mulheres. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 24, n. 13, p.91-98, nov. 2016. Disponível em: <https://sur.conectas.org/25-anos-de-aplicacao-de-leis-de-cotas-na-america-latina/>. Acesso em: 15 set. 2019.

MARTINI, Diandra A. *Cotas partidárias e sub-representação feminina na América do Sul: Um estudo comparado entre Brasil e Bolívia*. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/DIANDRA-MARTINI.pdf>. Acessado em: 28/06/2019.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flavia. *Caleidoscópio Convexo: mulheres, política e mídia*. São Paulo: editora UNESP, 2011.

OLIVEIRA, Adriana V.; SOUSA, Raquel. M. A paridade de gênero no Poder Legislativo brasileiro e comparado. Início: 2015. Iniciação científica (Graduando em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do RJ. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2016/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Raquel\\_Martins.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2016/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Raquel_Martins.pdf). Acesso em: 20 de ago. 2018.

ONU. *A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)*. 1979. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em: 20 maio 2018.

PETRONI, Lucas C. *Liberalismo político: uma defesa*. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-13032013-123653/pt-br.php>. Acesso em: 01 jun. 2019.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31624>. Acesso em: 10 out. 2019.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política não metafísica. *Lua Nova*, São Paulo, n. 25, 1992. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451992000100003#end](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100003#end). Acesso em: 01 de jun. de 2019.

RAWLS, John. The Idea of Public Reason: Postscript. In: BOHMAN, James; REHG, Willian. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: Mit Press, 1997. p. 93-131.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANCHEZ, Beatriz R. Teoria política feminista e representação substantiva: uma análise da bancada feminina da Câmara dos Deputados. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-03042017-121744/pt-br.php>. Acesso em: 23 de jun. de 2019.

ZAGURSKI, Adriana T. dos S. Autoestima e igualdade de oportunidades no âmbito das políticas públicas: Uma abordagem a partir da teoria moral de John Rawls. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 141, dez. 2016.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

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

**Protection of people living with HIV/AIDS in Iran: challenges and responsibilities**

**Proteção de pessoas vivendo com HIV/AIDS no Irã: desafios e responsabilidades**

Arian Petoft

Mahmoud Abbasi

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Protection of people living with HIV/AIDS in Iran: challenges and responsibilities\*

## Proteção de pessoas vivendo com HIV/AIDS no Irã: desafios e responsabilidades

Arian Petoft\*\*

Mahmoud Abbasi\*\*\*

### Abstract

People living with HIV/AIDS (PLWHA) in Iran, like in many countries of the world, face several problems that disrupt their routine life. Every day, they may experience numerous instances of stigma, discrimination, disrespect, and even defamation, which over time can lead to isolation and loss of self-confidence. Their difficult living conditions may create injustice for them in employment, education, marriage, health, and the use of social opportunities; this requires the adoption of a supportive strategy and the fulfillment of special government duties in providing them with special privileges. Hence, this study attempts to illustrate the main problems that PLWHA face in Iran and then debate the Government's health policy and responsibilities in this regard.

**Keywords:** health policy; PLWHA; Iran; HIV/AIDS; responsibilities.

### Resumo

As pessoas que vivem com HIV/AIDS (PVHA) no Irã, como em muitos países do mundo, enfrentam diversos problemas que atrapalham sua rotina de vida. Todos os dias, eles podem experimentar inúmeros casos de estigma, discriminação, desrespeito e até difamação, que ao longo do tempo podem levar ao isolamento e à perda de autoconfiança. Suas difíceis condições de vida podem gerar injustiça no emprego, educação, casamento, saúde e no uso de oportunidades sociais; isso requer a adoção de uma estratégia de apoio e o cumprimento de deveres especiais do governo em conceder-lhes privilégios especiais. Assim, este estudo tenta ilustrar os principais problemas que as PVHA enfrentam no Irã e, em seguida, debater a política de saúde do governo e as responsabilidades a esse respeito.

**Palavras-chave:** Polícia da saúde; PVHA; Irã; HIV/AIDS; responsabilidades.

\* Recebido em 29/09/2021  
Aprovado em 25/07/2022

\*\* Post-Ph.D. in Neurolaw, Medical Ethics and Law Research Center, Shahid Beheshti University of Medical Sciences, Tehran, Iran.09128446330.  
Email: arian\_petoft@ut.ac.ir

\*\*\* Ph.D. in Medical Law, Associate Professor of Medical Law, Medical Ethics and Law Research Center, Shahid Beheshti University of Medical Sciences, Tehran, Iran.09121183249.  
Email: dr.abbasi@sbmu.ac.ir

# 1 Introduction

HIV has spread in Iran from the very beginning. Now, we witness a large number of PLWHA in different regions every year. According to official statistics of the first reported case of AIDS in Iran in 1986, at least 200 to 500 people were living with HIV/AIDS in the same early years. Since then, the use of shared syringes between addicts, sexual intercourse, and mother-to-child transmission are the most important factors in the transmission of AIDS in Iran.<sup>1</sup> According to a report issued by the Deputy Minister of Health in December 2017 regarding the statistics of AIDS in Iran,

It is estimated that there are over 60,000 PLWHA in Iran, but the total number of registered cases is 40,573, of which 18,938 people have died and 21,635 people are still alive, and 15,664 people are being treated [...]. As of the first six months of 1998, the number of infected men is 69% and the number of infected women is 31%. The number of people infected through shared syringes has risen to 22 percent and the number of sexually transmitted infections to 46 percent. This shows the progression of the disease.<sup>2</sup>

The above statistics show that at least 60,000 citizens in Iran live with HIV/AIDS. It has certainly harmed their normal life. In such a situation, apart from government control measures and health protection strategies, society is obliged to support these people to restore a balanced living situation and facilitate social life. This support can be in the form of legitimate and positive social discrimination by granting special privileges to PLWHA. Achieving lofty goals requires envisaging special mechanisms to guarantee their citizens' rights. Paying special attention to the citizen's rights of PLWHA and trying to find ways to guarantee it can prevent the emergence of unjust categories in society, such as illegitimate discrimination, isolation of PLWHA, social stigma, and depriving them of normal social interactions. One of the most important social issues that PLWHA face is stigma;<sup>3</sup> Fear of being judged by others or the existence of undue discrimination in the context of social interactions. It negatively affects their attitudes toward themselves and adaptation to the disease. It is also accompanied by social isolation. Even such experiences may cause them to blame themselves, to deserve severe social harassment, and even to waive their inalienable rights such as the right to treatment and the enjoyment of social protection.<sup>4</sup> This social problem is rooted in the government's lack of attention to legal and social support for PLWHA; there are several normative frameworks in the context of the legal system to protect PLWHA against the false culture of motivation, isolationism, and social exclusion, which, if paid special attention to, makes it possible for people to lead a normal life with good social interactions. However, this needs a strong sense of substantive rule of law.

The destructive effects of unjust social discrimination and stigma are strongly evident in the issue of HIV care and treatment. Even in dealing with PLWHA, cultural prejudices and gender issues are sometimes directly linked to social stigma. Researchers today recognize that unjustified discrimination against women living with HIV is more prevalent around the world than men.<sup>5</sup> Thus, many women living with HIV/AIDS hide their illness from their husbands for fear of social rejection, incitement, and even violence. If these people enjoy special legal protection and feel safe and secure at the level of social interactions, they will never go into hiding for the health of themselves and their families. Isolation and hiding HIV status not only deprives a person of health services but also lead to a loss of opportunity to prevent infection of the spouse and possibly the family.

<sup>1</sup> UNITED NATIONS. The Fourth National Strategic Plan (NSP4) for AIDS Control in the Islamic Republic of Iran. 2014. p. 32. Available from: <http://www.mshrgh.ir/773034>. Access in: 28 jul. 2022.

<sup>2</sup> <http://www.pana.ir/news/972271>

<sup>3</sup> MAHAMBORO, Dionius B. *et al.* HIV stigma and moral judgement: qualitative exploration of the experiences of HIV stigma and discrimination among married men living with HIV in Yogyakarta. *Int. J. Environ. Res. Public Health*, v. 17, n. 636, 2020.

<sup>4</sup> DEACON, Harriet. *Understanding HIV/AIDS stigma: a theoretical and methodological analysis*. Africa: HSRC Press, 2005. p. 8-12.

<sup>5</sup> LIAMPUTTONG, Pranee. *Stigma, discrimination and living with HIV/AIDS: a cross-cultural perspective*. United States: Springer, 2013.

The present study attempts to depict a general picture of the challenges that PLWHA are facing in Iran and the Government's responsibilities in this regard. For this purpose, we first explain the main problems with which PLWHA confronts, then enumerate the health policy and responsibilities of the Government in charge of their affairs.

## 1.1 The main problems

“Stigma, discrimination, exclusion from society to the extent that a person prefers to live in the desert to their community, is only part of the problems of PLWHA in Iran and, of course, the worst part of this fact.”<sup>6</sup>

PLWHA in Iran, like other countries in the world, face many problems. The main difficulties of PLWHA stem from the cultural weakness of the country and the problem with substantive rule of law. Contrary to what may be imagined, Iran is one of the countries that effectively protects PLWHA in the text of laws. However, the main problem in our country is the weakness in implementing related legal rules and performing their goals and strategies. According to studies by the World Health Organization (WHO), the number of PLWHA in Iran is estimated at 80,000. However, only a quarter of cases have been identified in the country. The difference between the estimated number and the number of PLWHA identified mainly resulted from the stigma in the community.<sup>7</sup> Such a way that people with high-risk behaviors refuse to seek testing and diagnosis. Meanwhile, therapeutic advances have improved the health status of PLWHA and increased their life expectancy. Moreover, information and public awareness to raise the level of community culture for proper association with PLWHA have been significantly increased through media and educational programs.<sup>8</sup> Therefore, the number of PLWHA officially identified is increasing.

Research reveals that people's attitudes toward PLWHA are different in Iran. In fact, their attitudes are negative and associated with discrimination in many cases. It depends on the degree of social acceptance of the way the disease is transmitted in society. Stigma, discrimination, and fear are the most common concerns of patient care providers. For this reason, the therapeutic staff in some cases refrain from dealing with PLWHA in Iran. That is why the fear of stigma, feelings of anxiety, hopelessness, depression, stress, and a lower perceived quality of health care are some of the problems that occasionally can be seen in PLWHA life span in the country.<sup>9</sup> In health care centers, there are attitudes associated with stigma towards PLWHA, and stigma has a negative impact on their access to health services, social interactions, and social support. Stigma discriminates against PLWHA, and its effects include social exclusion, isolation, job loss, and problems accessing health services. The presence of stigma affects the physical and mental health of PLWHA. Most Iranian citizens are reluctant to talk and eat with PLWHA. In many cases, PLWHA lose their job or have no chance of continuing their education after the disease is exposed.

One of the reasons people have a negative attitude towards PLWHA is their lack of awareness and misunderstanding about HIV infection. To reduce the effects of stigma, interventions are needed so that PLWHA can achieve higher levels of health, longevity, employment, and quality of life. In Iran, stigma and discrimination seem to be the biggest challenges for PLWHA. Access to treatment, disease disclosure, social interactions, and their rights are overshadowed by this stigma and discrimination. Stigma and discrimination can be seen within the family, the community, the workplace, and health care systems. The stigma of the disease can affect measures to prevent the transmission of AIDS, such as the use of contraceptives in sexual

<sup>6</sup> FOROUGH, Maryam *et al.* *Psychosocial problems in patients with HIV/AIDS*. Tehran: Osaneh, 2008. p. 43.

<sup>7</sup> PETOFT, A.; ABASI, M. *Citizenship Rights: from the Government Protection to Monitoring on it*. Tehran: Justice Publication, 2017. p. 59-65.

<sup>8</sup> PETOFT A. Moral Dimensions of Rules Governing Journalism in Islamic Republic of Iran. *Journal of Qom University Research Ethics*. Vol.4, 2013. pp. 147-52.

<sup>9</sup> PETOFT, A.; ABASI, M. *Citizenship Rights: from the Foundations to the Social Basis*. Tehran: Justice Publication, 2017. p. 58-63.

intercourse, referral for testing, and programs to prevent vertical transmission of the disease from mother to child. Examining the perceived experiences of PLWHA regarding stigma and discrimination can help to increase access to services and improve the quality of life, considering the protection of their social rights. In addition, it even helps to prevent the transmission of the disease.

For this purpose, a research study was performed by Tehran University of Medical Sciences in several clinics in Iran, namely behavioral disease counseling clinics in Tehran, Valfajr and 22 Farvardin clinics affiliated to Shahid Beheshti University of Medical Sciences, and Imam Khomeini Hospital counseling clinic.<sup>10</sup> The samples in this study were PLWHA. The sampling with maximum diversity was continued and individuals were selected who had different views on the research topic. The participants were tried to be as diverse as possible in terms of age, marriage, education, and employment to obtain more diverse opinions. Their statements show that exposing their disease has resulted in social, psychological, physical, and economic consequences for them. In the following we refer to the most important.

*a) Negative feedback in the community*

The most important consequences for most PLWHA, medical staff, and HIV-negative women who have had infected husbands are the social consequences of this disease, which many people have described as even more important than the physical consequences and economic problems that follow. Among the issues raised in the context of social outcomes, stigma, discrimination against PLWHA, and exclusion from society have been raised as the most important consequence of contracting AIDS in Iran. A 40-year-old married man said:

We made the mistake of telling everyone that we were infected. We told my mother first. My mother told my sister and she told everyone about the tribe. Another time, we were going somewhere embarrassed. Now we reject. We went to the middle of the desert and got a house. We do not go to anyone's house, we do not allow anyone to come to our house.

Regarding the stigma in the society towards PLWHA, especially women, even by the medical staff, a 30-year-old woman said: "My leg was injured. The doctor came to touch my leg, I told him not to touch since I am HIV positive. The woman who was their secretary said, "How did you get a positive HIV? It does not look like that you have illicit relationships!" If they find out that a woman is infected, they immediately think that she had an illicit relationship." Many of them also mentioned restrictions on employment and social activities and the impossibility of exposing the disease in the workplace.

Restrictions on family formation are another social consequence that has been cited by most PLWHA, especially those who are not married. A 41-year-old single man says: "I have been planning to get married since the beginning of the year, but I could not find a suitable one. Please, make time for the HIV marriage. Consider us too. We are very lonely." Most single and married PLWHA who do not have children cite having a child as one of their concerns. Discrimination in access to health care following disclosure of the disease was another social consequence that most PLWHA cited.

I was treated very badly by the doctors. I have a hernia problem now. Everywhere I go for surgery, when they find out I have HIV, they refuse to operate on me. I remember a few years ago I went to the hospital for surgery. As soon as the doctor found out I had HIV, he hit me hard and kicked me out of his room!

Said the 36-year-old.

The AIDS epidemic has provoked negative reactions from the people, ranging from banning PLWHA from home to isolating them in the family, expelling them from work, and not admitting infected children to school. The above negative reactions lead to the formation of behavior in PLWHA and limit the effec-

<sup>10</sup> FALLAHI, Homeira. Living with HIV: a qualitative research. *Journal of the Iranian Institute for Health Sciences Research*, v. 12, p. 243-253, 2013.

tiveness of AIDS prevention measures such as condom use, a program to prevent vertical transmission of the disease from mother to child, and HIV testing. PLWHA receive less social support than people with cancer. Fear of stigma in most PLWHA has caused them to isolate themselves from society. Many of them feel useless to society. They need social support for fear of disclosure, fear of pain, fear of their future and family, and fear of death. PLWHA reported changes in occupational status, inability to perform similar work and activities before contracting the disease, lack of career advancement, and lack of opportunities for recreational activities.

#### *b) Mental pressure*

All PLWHA reported experiencing psychological complications following awareness of the disease. Most people reported severe anxiety and stress before being diagnosed and lacking peace of mind in life. PLWHA develop a variety of problems after contracting the disease and are at risk for mental health problems, especially severe depression and anxiety. Experiencing an acute illness, changing work status, and accepting adherence to complex medication regimens are constant sources of stress for them. “The doctor said we diagnosed the disease and we will give a definite answer in 10 days” said a 38-year-old married man who described the anxiety before the diagnosis. “During these 10 days, I was so stressed that I lost about 10 kg. I got shingles. The doctor said that shingles were due to severe stress.” Taking medication, even without side effects, is a daily reminder of the fact that the person has HIV. Therefore, it can also be a constant source of stress for PLWHA. In many cases, the diagnosis of AIDS is associated with discrimination and outright rejection. Despite successful treatments, PLWHA are more likely to die prematurely due to unruly behaviors and suicidal ideation.

Many patients considered depression to be the most important psychological consequence after being informed of the disease.

Everybody who first realizes they are HIV positive is at a stage where they are really having a psychological problem. I myself had complete depression over a period of 6 months. I didn't even want to see anyone or go anywhere. I was at war with everything, why me [...]?! I was thinking anyway, I was seeing why I should be suffering from this pain.

Said the 38-year-old widow. Many PLWHA have expressed concern about the future due to having the disease. Another psychological consequence that PLWHA stated is a tendency to die, suicidal ideation, and even attempted to do so. A 53-year-old married man said: “Sometimes I hold my hand to the power cord to turn on the electricity and die. But, I did not do so. I would commit suicide if it was not a sin.” The effect of thinking about illness on daily life and nightmares are highlighted by a 35-year-old single man: “I think I'm dying now, I'm smelling death. Did you feel it? After sleeping, I have a bad dream. When I wake up, I smell death.”

Most PLWHA have a negative description of the disease and described it in the following terms: Terrible disease; untreated disease; suffering disease; high-risk disease; calamity; thinking of oneself dead from the moment of illness; the factor that causes the loss of human well-being; a disease that deprives people of happy years. They stated the first years of severe depression, the desire to be isolated, lonely, and disappointment: “I was all crying. Everything negatively attacks me. Now, after 8 years of illness, I am confident. Self-confidence is the result of being alone. Being alone also makes me sick of HIV.”

#### *c) Physical injuries*

HIV/AIDS causes many physical problems in PLWHA. Most of them reported weight loss, loss of physical strength, muscle weakness, and inability to work. A 36-year-old single man said: “After getting AIDS, a person loses weight, becomes weak. He cannot work. I do not have the energy to work. After 2 months, I saw that I can no longer work for 8 hours as before.” Symptoms of side effects and drug interactions have been reported by most PLWHA on antiretroviral therapy, and a 44-year-old married man describes the side effects of taking drugs as follows:



The first time I took the pill, I could not walk more than three steps, my heart ached, my chest ached, I had strange headaches, my eyes were swollen. My bone marrow was sampled because of one of the drug. I did not take the drug, then I was getting better.

A 35-year-old single man on methadone maintenance medication describes drug interactions as follows:

Drugs counteract the effects of methadone. When I take AIDS drugs at food, my head drops like an automaton. I lose the spoon, which is due to the side effects of the drug that has affected me and my methadone, and from 8 o'clock onwards, I feel so bad that my mother cries at home with me crying.

*d) Financial problems*

Due to its welfare policies, the Iranian government provides a variety of free health care assistance to PLWHA.<sup>11</sup> However, living with HIV/AIDS does not only involve the cost of treatment, but also the side costs of treatment such as vitamins, nutrition, commuting, financial pressures from unemployment, and many more. Some PLWHA stated economic problems as a consequence of contracting AIDS, citing time and money spent on treatment and unemployment due to the disease. A 36-year-old married man said:

The disease has taken me a long time in the last few years. If I did not have HIV, my financial situation would be better. On the other hand, treatment costs me so much. I need to eat stronger foods. I need to take better medicines and vitamins, which I need to spend more money on. I have to go to the hospital every week for my illness and I have to pay for the whole car rental.

Now, these issues provide us room to debate the government's strategy in the context of macro-health policy dealing with these problems.

## 1.2 Health Policy and Government's Responsibilities

Being infected with the HIV virus, due to some personal and social problems that the infected person face, makes it difficult for them to implement their individual rights and in some way restricts their freedom; hence, adopting a specific rule of law for supporting them is inevitable. Therefore, in order to prevent unjust social pressure on this segment of society, special attention of the government to the rule of law is necessary to guarantee their citizens' rights. Individuals are governed by the rule of law when, in the true sense of the word, they are governed in a fair lawful manner.<sup>12</sup> According to Article 5(2) of the Charter of Citizens' Rights approved by the Supreme Administrative Council, "Managers and employees of the executive bodies must document their decisions and actions in accordance with relevant laws and regulations and avoid any discrimination or exercise of taste in implementing laws and regulations." It can be acknowledged that the rule of law has important legal, political, social and economic consequences for PLWHA:

- From a legal point of view: establishing a special legal order for this segment of society (in the form of special laws or regulations or soft legal documents such as the Charter on Citizens' Rights for PLWHA) and protecting its legal requirements in order to eliminate any cases of undue discrimination, immorality, stigma, and incorrect culture of society in which people reject PLWHA as a member of the society or refuse to communicate with them;

- Politically: creating a platform for their active participation in power relations and fair competition for government positions and exercising power;

<sup>11</sup> PETOFTI, A.; JAMSHIDI, Alireza. Citizen's rights in the light of new administrative procedures. *Shahid Beheshti University Bioethics Quarterly*, v. 6, n. 21, 2016.

<sup>12</sup> LOCKE, John. *Two Treaties of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 324.

- Socially: Providing an atmosphere of social participation through its representatives in the form of non-governmental organizations<sup>13</sup> or special support bodies, as well as having special social privileges in the field of treatment, care, education, health and social security;

- From the economic point of view: providing equal economic competition based on the law and special job protections.

In general, the rule of law, with its close structural relationship between law and government, employs the concept of legality and rejects any authoritarian power.<sup>14</sup> That is why, according to the constitution,

In order to attain the objectives specified in Article 2, the government of the Islamic Republic of Iran has the duty of directing all its resources to the following goals: ... 6) the elimination of all forms of despotism and autocracy and all attempts to monopolize power [...].<sup>15</sup>

In fact, the rule of law requires the need for special legal guarantees for certain sections of society, including PLWHA, resulting in a lack of trust in government actions and obliges it to pay special attention to them within the framework of certain norms.<sup>16</sup> It keeps the government purposeful and normative. On one hand, such a special normative order causes the government not to act in a tasteful manner in relation to the situation of PLWHA, and not to undermine their individual and social status with any decision based on their wide discretion, on the other; Thus, any exercise of government authority in this regard will be based on specific policies and legal authorizations, and if an institution or government official acts outside its authority, it is considered a violation of the citizens' rights of PLWHA.

Also, the negative aspect of the rule of law reflects the principle of incompetence of government officials; This means that the government official will act only in accordance with the law and has no other authority; This allows the government official to act in matters related to PLWHA under the law and in accordance with the will of their representatives. Therefore, any interference of government officials in such matters, as long as they do not have the legal permission to decide in this regard, will be contrary to the rule of law. Duplication of duties due to conflicting interpretations of the competencies provided by law or the parallelism of the institutions in charge of the affairs of PLWHA are among the issues that can interfere with the rule of law and prevent efficient and effective handling of their problems. Currently, the most important bodies that are in charge of the affairs of PLWHA as part of their duties are: "the Organization of Prisons and Security Measures", "the Blood Transfusion Organization", "Tehran Municipality", "Iranian Red Crescent Society", "the Ministry of Education", "Welfare Organization", "Ministry of Cooperatives, Labour, and Social Welfare and Social Welfare", "Ministry of Health, Treatment and Medical Education", "Ministry of Sports and Youth", "Armed Forces", "Islamic Republic of Iran Broadcasting", "Islamic Propaganda Organization", «Ports & Maritime Organization Of Iran», «Customs» and «Civil Aviation Organization». In the following, we discuss the main duties of these institutions and the health policies implemented in this regard. The duties and responsibilities of these institutions are typically the rights of PLWHA.

Although we have divided the problems into four general categories, it is not possible to make such a distinction between the tasks of these government's bodies. In other words, each of these bodies has a role to play in addressing all main problems and completes part of the image puzzle of legal protection for

<sup>13</sup> Currently, various non-governmental organizations (NGO) have been found; they are active in defending and protecting the rights of people living with AIDS. The following can be mentioned: "Iranian AIDS Association", "Association for Support and Assistance to Victims of Rehabilitation of Values", "Association for AIDS Studies and Interventions, Aria Addiction and High-Risk Behaviors", "Association for Helping Children in At Risk", "Homay House", "Shams Charity Society", "Infectious Diseases Support Association", "Saya Reproductive Health Counseling Center and AYA Research Center", "AIDS Patients Support Association", "Behavioral Injury Prevention Institute" and "Our Iranian Association Center".

<sup>14</sup> SHOVALIEH, Jacques. *The Rule of Law*. Tehran: Justice Publication, 1999. p. 11-14.

<sup>15</sup> Article 3(6) of the Constitution.

<sup>16</sup> BARRET-KRIEGEL, Blandine. État de droit. In: DUHAMEL, Olivier; MENY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: Puf, 1992. p. 387.

PLWHA. Their set acts as a cohesive whole in the special protection of PLWHA, and their functions are intertwined and interdependent like an unbroken graph. Therefore, in this section, instead of separating the issues based on the type of challenge, we consider the duties and responsibilities of each of these bodies separately in the framework of the strategic document of government health policy.

Before addressing the responsibilities of these bodies, it should be noted that their authority must be exercised to provide public services to PLWHA; therefore, the relevant official is responsible for any action or decision in this regard and should be held accountable.<sup>17</sup> According to the law, “[...] the officials of the executive branch will be responsible for accountability to the people and their complaints.”<sup>18</sup> The accountability of an administrative authority is based on the fact that any authority arising from the law can only lead to the realization of the rule of law by assuming responsibility; otherwise, it will lead to the tyranny of power and the inadequacy of government services.<sup>19</sup> In addition to having to make its decisions in a transparent manner, the person in charge of managing the affairs of PLWHA is required to be accountable for any action taken at their request and to document and substantiate it with legal orders. Each of the officials of the above-mentioned bodies, in case of questioning, must be held accountable for all their decisions and actions and cannot refuse to provide a reasoned and documented answer. Therefore, everyone affected has the right to hold the government accountable for its actions, and the government is required to provide legal and rational reasons for its decisions and actions.

One of the requirements of accountable government as well as the rule of law is that all decisions and actions of the responsible authorities must be based on a specific legal provision and reasons; Therefore, all decisions and actions of the bodies in charge of the affairs of PLWHA must be based on a specific legal provision and are required to provide specific legal citations and reasons. This follows the principle of legality of government actions and according to the explicit provision of Article 90 of the Civil Service Management Law to “[...] compliance with general and specific laws and regulations [...]” is considered an inalienable legal norm. Observance of the principle of documentation and reasoning is very important to protect the rights of affected citizens and the rule of law.

Also, these bodies must be responsible and active in relation to the legal duties assigned to them.<sup>20</sup> Basically, the philosophy of a government employee and a government institution is to serve the people, by feeling responsibility, not by negligence or with disregard for the public interest; otherwise, they simply shirk their responsibilities and see the government position as an opportunity to pursue their own interests. Any problem or crisis at the community level regarding the social status of PLWHA should be managed by the relevant organization; there should be no problem for which the mentioned bodies are not responsible. This right oversees the need to perform the legal duty assigned to a government official. In fact, there is no doubt that an official must fulfill their legal duty; but in practice, there are always cases where a government official tries for any reason to refuse to perform their legal duties. According to the law, the officials of the bodies in charge of the affairs of PLWHA are

[...] obliged to perform their duties [...] and be accountable to the general public [...] Any disregard for the affairs of clients and violation of general laws and regulations is prohibited. Clients can complain to the relevant executive body or legal authorities about inappropriate treatment of employees and failure to perform their duties.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> BAMFORTH, Nicholas; LEYLAND, Peter. *Accountability in the Contemporary Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 30-31.

<sup>18</sup> Article 27 of the Civil Service Management Law.

<sup>19</sup> MATEI, Lucica; VASIČEK, Davor; KAŠTELAN-MRAK, Marija. *European administrative space: balkan realities*. [S.l.]: Matei Lucica, 2011. p. 215.

<sup>20</sup> ROGER DOUGLAS. Administrative law and good governance. In: PRESTON, Noel; SAMPFOR, Charles. *Public sector ethics: finding and implementing values*. United Kingdom: Routledge, 2012.

<sup>21</sup> Article 90 of the Civil Service Management Law.

Performing legal duties requires the non-refusal of the relevant authorities or any negligence that leads to a failure in the management of the affairs of the patients and disrupts the services. It is the right of the affected citizen to have a responsible and active government.

In the philosophy of Islam, the government and the state position is an integrity entrusted to the official by the citizens, and if they do not perform the duties and legal obligations properly, in fact, they have betrayed this divine and popular trust. Trust is one of the important social characteristics of believers, which is recommended and emphasized in the verses of the Holy Qur'an.<sup>22</sup> Holding a government position and committing to service is accompanied by accepting responsibility, and therefore God says in the Qur'an that if you make a commitment, fulfill it because you are responsible for your covenant; Therefore, performing government services is a task that the government official has committed to the citizens at the beginning of their employment and he must adhere to it until the end of the service period.<sup>23</sup>

God also forbids believers from betraying trust.<sup>24</sup> The sovereign and political power that is in the hands of the government official belongs to those citizens who have been entrusted to him to perform the duties of managing the public affairs of the society and serving the people; in case of abuse and violation of their duties in fulfilling service obligations, in fact, the official has betrayed this sacred trust and has violated the rights of all citizens of the Islamic society. Therefore, one of the most important foundations of governance in Islam is the commitment to the covenant and the maintenance and fulfillment of state responsibility, which is the collective right of all citizens.<sup>25</sup> Actually, accepting a governmental position means embracing public service and commitment to perform this duty to the utmost effort until the end of the tenure of this position; it is one of the most important rules of the Holy Qur'an.<sup>26</sup> The main factor that leads to adherence to obligations and fidelity is faith in God Almighty. Therefore, those who betray the trust of the people and refuse to fulfill their obligations in fulfilling government responsibilities, or show negligence or betray, are not believers, and whoever strives to fulfill this well and with maximum effort they serve the people piously.<sup>27</sup> Therefore, the rule of law and the trustfulness require paying attention to the feedback of the clients to the mentioned organs in relation to the services provided and also obtaining the consent of the patients in that regard.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Indeed Allah commands you to deliver the trusts to their [rightful] owners, and to judge with fairness when you judge between people. Excellent indeed is what Allah advises you. Indeed Allah is all-hearing, all-seeing. (Al-Nisa, 58)

<sup>23</sup> Do not approach the orphan's property except in the best manner, until he comes of age. Fulfill the covenants; indeed all covenants are accountable. (Al-Isra, 34)

<sup>24</sup> O you who have faith! Do not betray Allah and the Apostle, and do not betray your trusts knowingly. (Al-Anfal, 27)

<sup>25</sup> Do not approach the orphan's property, except in the best [possible] manner, until he comes of age. And observe fully the measure and the balance with justice.' We task no soul except according to its capacity. 'And when you speak, be fair, even if it were a relative; and fulfill Allah's covenant. This is what He enjoins upon you so that you may take admonition.' (Al-An'am, 152)

<sup>26</sup> Piety is not to turn your faces to the east or the west; rather, piety is [personified by] those who have faith in Allah and the Last Day, the angels, the Book, and the prophets, and who give their wealth, for the love of Him, to relatives, orphans, the needy, the traveller and the beggar, and for [the freeing of] the slaves, and maintain the prayer and give the zakat, and those who fulfill their covenants, when they pledge themselves, and those who are patient in stress and distress, and in the heat of battle. They are the ones who are true [to their covenant], and it is they who are the Godwary. (Al-Baqarah, 177); among the faithful are men who fulfill what they have pledged to Allah: there are some among them who have fulfilled their pledge, and some of them who still wait, and they have not changed in the least. (Al-Ahzab, 23). YUSUF ALL, Abdullah. *The Holy Qur'an*. United Kingdom: Wordsworth Editions, 2000.

<sup>27</sup> Yes, whoever fulfills their commitments and is wary of Allah—Allah indeed loves the Godwary. (Al Imran, 76)

<sup>28</sup> According to Article 98 of the Fourth Economic, Social and Cultural Development Plan of the Islamic Republic of Iran, "the government is obliged to take the following measures in order to maintain and promote social capital, promote public satisfaction and expand civic institutions, [...]"

<sup>A</sup>: Preparation of mechanisms for measuring and evaluating the social capital of the country.

<sup>B</sup>: Presenting the annual report of the country's social capital and counting the causes and factors affecting it.

<sup>C</sup>: Approval of the necessary executive mechanisms to increase social capital, including public trust, social harmony, legalism, and individual and social conscience.

<sup>D</sup>: Assessing public satisfaction on an annual basis and publishing its changes due to the general performance of the government [...]

<sup>E</sup>: Drafting a comprehensive plan for the participation and supervision of people, governmental and non-governmental organizations and Islamic councils in the sustainable development of the country and provide the possibility of quantitative and qualitative

*a) The Organization of Prisons and Security Measures*

In order to provide free counseling and support services to prisoners living with HIV/AIDS, The Organization of Prisons and Security Measures have established special health centers entitled, “Behavioral Disease Counseling Centers” or “Behavioral Disease Counseling Centers”. These centers offer a variety of services such as counseling, HIV testing, free medicine and syringes<sup>29</sup> (for injecting drug users), and free training programs. The services of these centers are completely confidential according to the principle of medical confidentiality and are free for special legal protection (even for people who do not have the disease and just want to be sure of it).<sup>30</sup>

The Organization is also a member of the Committee for Monitoring the Implementation of the HIV Strategic Plan and the National Committee for Damage Immunity, as an active body in implementing the policies adopted by these committees in the field of issues related to prisoners living with HIV/AIDS. Among the appropriate measures taken by the organization in this regard was the conclusion of a joint memorandum with the Deputy Minister of Health of the Ministry of Health and Medical Education regarding the control of high-risk diseases and reducing the harm caused by addiction in prisons. As a result, the organization has undertaken measures such as harm reduction, prevention of high-risk behaviors in the category of injections and health care for prisoners in accordance with the strategic policies of the Fourth National Strategic Plan for HIV Control of the Islamic Republic of Iran.

With the participation of the Ministry of Health, the organization has set up a prison monitoring base to assess the level of HIV infection in prisoners. According to the country’s general policy, screening is not mandatory to identify prisoners living with HIV/AIDS in the country’s prisons; however, sampling of the bases located in the country’s prisons is mandatory, in which each base randomly selects 250 to 400 prisoners each year, and in total, about 20,000 people are tested for HIV.<sup>31</sup>

According to the country’s strategic plan, the Prisoners’ Organization is committed to fulfilling the following responsibilities towards prisoners living with HIV/AIDS:<sup>32</sup>

- Educating and informing prisoners and their spouses about HIV, stigma, harm reduction principles and condom use with a standard program;
- Providing free syringes and needles periodically to prevent injectable transmission and cover alternative maintenance treatment to injecting drug users;
- Presenting condoms to prisoners and the possibility of their legitimate visit with their spouses;
- Covering the use of condoms for sexually transmitted patients with genital ulcers and urethral discharge;
- Providing diagnostic HIV test for pregnant women, people with tuberculosis, and prisoners with sexually transmitted diseases and in general all people upon arrival in prison and providing related consultation to them;
- Providing standard family reproductive health services;
- Vaccination coverage according to standard instructions;
- Providing assessment services, outpatient treatment and special treatment courses;

---

expansion of civic institutions, by applying incentive policies.”

<sup>29</sup> According to the directive of the Judiciary on the need to provide sterile needles and syringes to prisoners in order to prevent the common syringe and the transmission of contamination and lift the ban on the distribution of disposable razors with special plastic guards in all prisons.

<sup>30</sup> <https://www.donya-e-eqtesad.com/fa/tiny/news-3466373>

<sup>31</sup> <https://www.magiran.com/article/2032387>

<sup>32</sup> UNITED NATIONS. The Fourth National Strategic Plan (NSP4) for AIDS Control in the Islamic Republic of Iran. 2014. Available from: <http://www.mshrgh.ir/773034>. Access in: 28 jul. 2022.

- Learning and standard counseling of obedience to treatment and its importance, treatment methods and drug side effects;
- Determining the necessary tariffs for visiting and providing maintenance medical services with alternative medicines;
- Setting up, equipping and maintaining ‘consultation, care and treatment centers’ in the country’s prisons and training specialized personnel in these centers.

*b) The Blood Transfusion Organization*

The Blood Transfusion Organization is responsible for educating and advising each donor before donating blood about AIDS and other blood-borne diseases (such as hepatitis). Because blood donors, like other people in the community, may be infected living with HIV/AIDS, increasing their level of awareness and changing their attitudes and practices in this area could maintain society from the possibility of AIDS infection. Awareness raising also increases the likelihood that some people who are at risk of AIDS and other blood-borne diseases will refuse to donate blood; this increases the level of confidence in the health of donated bloods.<sup>33</sup> Following this action of the organization, those clients who do not consider themselves eligible for blood donation, refuse to donate blood and leave the cycle. Therefore, the organization implements a confidential self-elimination system in which the relevant physician inform the donors about the high-risk behavior and provides the necessary training on ways to contract blood-borne infectious diseases such as AIDS, and then asks them to voluntarily refuse to donate blood if they have doubts about the health of their blood, and such people are removed from the cycle without any disclosure and in complete confidentiality.

Another responsibility of the Organization is to screen donors through the blood donation department. New generation screening tests reduce the risk of blood-borne HIV transmission through the selection of donors after interviews and medical examinations, as well as tests with high accuracy and sensitivity.<sup>34</sup> The organization is required to standardize donated blood for infectious such as HIV, hepatitis and syphilis and re-evaluate them in the quality control section of the tests; Each of these tests must be performed in accordance with new protocols and guidelines and remove any positive items from the blood cycle. In order to better perform the duties of the organization in ensuring healthy blood donation and screening of clients, the country’s policy is based on the organization refusing to accept donors without a valid photo ID card, so that people who for some reason from Blood donations are exempt, do not belong to the group of donors.

According to the country’s strategic plan, the Organization is committed to fulfill the following responsibilities to its clients in the field of AIDS:<sup>35</sup>

- Educating and informing clients about AIDS, stigma and ways to prevent and transmit HIV with a standard program;
- Full coverage of screening and testing for free;
- All received data of the organization should be collected, recorded and analyzed in the form of a coherent and integrated system and its results should be transparently published to the public.

*c) Tehran Municipality*

<sup>33</sup> YOUSEFINEJAD, Vahid *et al.* The effect of education on the awareness of blood donors about blood-borne diseases. *Blood Research Quarterly*, v. 4, n. 5, p. 303-311, 2007.

<sup>34</sup> KAFIABAD, Sedigheh Amini *et al.* Screening of donated blood for hepatitis C virus infection in small plasma collections of Iranian blood donors: a preliminary study. *Blood Research Quarterly*, v. 2, n. 3, p. 13-21, 2005.

<sup>35</sup> UNITED NATIONS. The Fourth National Strategic Plan (NSP4) for AIDS Control in the Islamic Republic of Iran. 2014. Available from: <http://www.mshrgh.ir/773034>. Access in: 28 jul. 2022.

The Municipality of Tehran, through the “General Directorate of Health” and the “Headquarters of the Healthy City of Tehran”, has implemented several measures regarding AIDS.<sup>36</sup> For example, the establishment of AIDS prevention information bases in different areas of Tehran, especially cultural centers for public information. These bases play an important role in cultivating and educating people about HIV, socializing with PLWHA, respecting their rights and dignity, and avoiding any stigma. Since one of the priorities for AIDS prevention and *culturalization* is the fight against stigma, informing and educating at-risk groups, especially youth and adolescents, these bases aim to provide proper counseling, distribution of educational resources (such as CDs, flyers, posters, etc.),<sup>37</sup> cultural-educational programs, and immediate HIV testing.<sup>38</sup> In this regard, the municipality has organized dozens of life skills workshops with an emphasis on AIDS prevention.<sup>39</sup>

Other municipal actions include the implementation of the “Organizing Injecting Addicts” project and the establishment of centers under the same title;<sup>40</sup> during which injecting drug users are organized and PLWHA are treated under the constant supervision of a doctor and a consulting team. Methadone is released from injecting drug use; the material needed by the body of these people is provided through oral consumption in these centers; their consumption is gradually reduced over a certain period of time.<sup>41</sup> It should be noted that other municipalities in the country have provided public services in the same way by following the plans and performance of Tehran Municipality.

#### d) Iranian Red Crescent Society

Iranian Red Crescent Society also has a number of responsibilities in the field of HIV/AIDS education and information. Young people are one of the most important at-risk groups who are trained by the organization in different age, occupational and sexual groups due to the possibility of experiencing high-risk behaviors. The organization has held numerous short-term and long-term training courses in schools, clubs and student organizations, universities, and student institutions across the country; additionally, the organization provides information on AIDS and how to prevent it as well as the good behavior and ethics of the Islamic brotherhood in relation to PLWHA.<sup>42</sup>

The organization is obliged, in cooperation with the Rescue and Relief Organization, to educate its aid workers about the risk of AIDS due to the possibility of contact with blood and secretions in relief activities, and on the other hand, it is necessary to teach them about their rights in the services. The organization’s contribution to educating the general public, especially parents, government officials and youth, on issues such as social stigma, notoriety and unfair discrimination is very important; also it plays a main role in

<sup>36</sup> NASIRI, Zeinab. Programs of the General Department of Health of Tehran Municipality on the subject of AIDS prevention. *Family Health Quarterly*, v. 73, 1398. p. 42.

<sup>37</sup> Including:

· Providing AIDS prevention educational brochures that have been published in large numbers and have been made available to citizens free of charge; See: <https://www.mehrnews.com/xjWzq>

· Informing through billboards in Tehran by inserting educational materials in the form of slogans, messages and images; see: Social Health Group, “Billboards that took citizens to the AIDS Research Center” *Salamat News*, 10/28/1594 - News ID: 173248.

<sup>38</sup> <https://www.ettelaat.com/mobile/?p=106360&device=phone>

<sup>39</sup> Including:

· Holding conferences and workshops on AIDS in different areas of Tehran; See: <https://www.iscanews.ir/x6NHm>

· Holding a cross-border and group training program on AIDS;

· Implementing an AIDS prevention training plan by referring directly to families;

· Holding festivals and exhibitions of blood, AIDS and addiction; See: <https://www.imna.ir/news/329462>

<sup>40</sup> <https://www.isna.ir/news/8309-02940>

<sup>41</sup> MORADI, Amir Reza; ZAMANI, Omid. *Investigating the access of injecting drug users to HIV-AIDS prevention, treatment and care services, UNHCR and the United Nations Office on Drugs and Crime*. 2012.

<sup>42</sup> GOLSHA, Roghayeh *et al.* The effect of education on the knowledge and attitude of Golestan Red Crescent volunteers about AIDS. *Scientific Journal of Gorgan University of Medical Sciences*, v. 9, n. 4, p. 56-60, 2007. For example, we can mention the AIDS prevention training program for 20,000 people in Ahvaz, in which Iranian Red Crescent Society learned students to how to prevent AIDS and the symptoms and ways of transmitting the disease. See the news published by the Red Crescent Society on 09/23/94 with the title “AIDS prevention training for 20,000 people in Ahvaz” on the official website of this organization at the address: <http://rcs.ir>

strengthening guarantees of respect for the rights and dignity of PLWHA in society through appropriate *culturalization*, as well as facilitating the implementation of control programs in the community.<sup>43</sup>

According to the country's strategic plan, the Red Crescent is committed to fulfilling the following responsibilities in the field of AIDS for the general public:<sup>44</sup>

- Educating and informing the public about AIDS, especially in order to reduce stigma under standard programs in cooperation with the policy-making and executive units of partner organizations;
- Educating Red Crescent volunteers, health care providers and aid workers about ways to prevent AIDS, as well as promote the right attitude with a focus on reducing stigma;
- All data received by the organization should be collected, recorded and analyzed in the form of a coherent and integrated system, and the results should be transparent to the public.

e) *The Ministry of Education*

The most important role of the Ministry of Education on AIDS is to educate students about the disease, ways to prevent it, and to teach the moral aspects of socializing with PLWHA, honoring them, forbidding any undue discrimination, and showing respect to them. For this purpose, the Ministry has formed the "Student Association for the Fight against AIDS", which is obliged to inform all the programs and workshops of the Ministry as an intermediary and representative of the students, and by introducing the volunteers, to follow their continuous participation in the relevant meetings. The association, which is represented in each school, submits a monthly written report on the school's educational activities to the ministry.

The Ministry's Health Department also introduces teachers to AIDS issues through educational programs and provides the necessary training to students.<sup>45</sup> Following numerous anti-AIDS projects at the Ministry of Education, mainly in collaboration with the Ministry of Health and the National Anti-AIDS Committee, teachers receive in-service training for several hours to serve high school teens and young adults. However, according to some news sources, quoting the education secretaries, the ministry has not been very successful in achieving these educational goals, and in addition to not responding effectively, it has acted passively in this important task.<sup>46</sup>

According to the country's strategic plan, the Ministry of Education is committed to fulfilling the following responsibilities in the field of AIDS for students and their parents:<sup>47</sup>

- Educating and informing students, parents and educators about AIDS, especially to reduce stigma under standard programs in cooperation with the policy-making and executive units of partner organizations;
- Training of teachers based on standard programs;
- All data received by the Ministry should be collected, recorded and analyzed in a coherent and integrated system, and the results should be transparent to the public.

<sup>43</sup> MAHMOUD, Aghili Seyed; OVEISI, Nader; KHOSHFAR, Gholamreza. Study of the role of the Red Crescent population in controlling and preventing infection. *Rescue and Relief*, v. 1, n. 2, 2009.

<sup>44</sup> UNITED NATIONS. The Fourth National Strategic Plan (NSP4) for AIDS Control in the Islamic Republic of Iran. 2014. p. 290. Available from: <http://www.mshrgh.ir/773034>. Access in: 28 jul. 2022.

<sup>45</sup> AKABARIAN, Sharafat; BAHREINI, Masoud. Comparison of the effect of education by teachers with health staff on students' awareness of AIDS. *Quarterly Journal of Southern Medicine*, v. 7, n. 3, p. 147-153, 2004.

<sup>46</sup> According to a high school teacher in Robat Karim, "The booklet on combating AIDS is not only not distributed to high school and pre-university students, but also provides teachers with explanations on how to prevent the disease or other sexually transmitted diseases with a lot of restrictions. Teachers in schools are even banned from expressing the problems of puberty crises, and school obligations dictate to us what to explain to the student and what not to explain [...] when we cannot talk to the student about puberty crises, how we can inform the student about AIDS and ways to prevent it. Presenting a plan and talking to fight against this AIDS disease is only on paper and has not been implemented in schools in any way [...]" See: <http://www.shafaf.ir/000wTS>

<sup>47</sup> UNITED NATIONS. The Fourth National Strategic Plan (NSP4) for AIDS Control in the Islamic Republic of Iran. 2014. p. 276. Available from: <http://www.mshrgh.ir/773034>. Access in: 28 jul. 2022.



### f) *The State Welfare Organization*

The Welfare Organization, through its committees, plays a role in two areas of primary and secondary prevention in the field of AIDS affairs: In the first part, primary prevention by providing various trainings to high-risk groups such as injecting drug users and spouses who are exposed to high-risk behaviors. Secondary prevention (or positive prevention) is also provided through the provision of educational programs for PLWHA, free counseling, and the provision of welfare services within the approved credit. In fact, the second part of the organization's activities is to provide direct services to PLWHA. The most important sections of society that the welfare organization deals with are homeless (or abused) children and addicts. To this end, the organization has provided services to orphaned children living with HIV/AIDS<sup>48</sup> in order to guarantee their rights to education and health<sup>49</sup> by accepting and caring for the orphans in its centers.<sup>50</sup> The organization is committed to a purposeful program inspired by international standards, for increasing physical skills, strengthening social competence, providing welfare services such as housing and nutrition, providing cognitive enhancement programs, information and teachings in which the topics of Islam are incorporated.

According to the guidelines issued by the Anti-Narcotics Law,<sup>51</sup> the organization has also set up Damage Immunity Centers (DICs) to provide social services to addicts, including PLWHA. Information, education, awareness of the provision of health services are the main subjects in the activities of DICs. These centers, by obtaining an activity license from the Ministry of Health and Medical Education, provide services to their clients in order to further reduce the physical and psychological injuries caused by drug use among injecting drug users, especially those living with HIV/AIDS.<sup>52</sup> In these centers, homeless people and social addicts are provided with social services, and their activities, especially those living with HIV/AIDS, are supervised by medical universities and act in accordance with the announced treatment programs. In fact, the purpose of establishing the Damage Immunity Centers is to deal with the problem of drug abuse in society; every effort is made to prevent drug users, especially those who have contracted infectious blood diseases such as AIDS, from harming themselves and others through improper and unintentional actions.

“Positive clubs” are also among the institutions in the body of the welfare organization that provides free social services for PLWHA in addition to the above-mentioned centers. One of the most important goals of these clubs is to take preventive measures against AIDS and provide free services to PLWHA, some of which are not available in health centers. Although in some cases the activities of these clubs are parallel and the services provided by them sometimes cannot be a substitute for equipped and specialized centers; however, these clubs can greatly contribute to the country's macro-programs in the field of health by strengthening the infrastructure and empowering their service staff, as well as benefiting from the power and participation of PLWHA. These clubs offer several types of clinical and counseling services to patients. According to the official news of the country's welfare organization, in these clubs in the field of clinical services, “adherence to treatment, knowledge about infections of this disease, diet, proper lifestyle, periodic tests, drug resistance, information about treatment, treatment complications, etc. will be taken into consideration; “ and in the counseling section

patients are provided with advisory services such as pre- and post-diagnosis counseling, how to report the disease to others, mental skills training, strengthening social and group dependencies, how to deal with stigma and discrimination, the possibility of depression, psychological complications of infection, and death.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> According to the single article of the bill regarding the foundation of the country's welfare organization approved in 1980.

<sup>49</sup> AFSANEH, Ghanbari. AIDS and child protection with emphasis on human rights. *Quarterly Journal of Medical Law*, v. 2, n. 5, p. 169-189, 2008.

<sup>50</sup> See: <https://mehrnews.com/xhRYL>; <https://www.isna.ir/news/91033017379>

<sup>51</sup> The guidelines for the establishment, management and supervision of authorized governmental, non-governmental organizations for the treatment and harm reduction of addicts, subject to Article 15 of the Law on Amendments to the Anti-Narcotics Law approved in 1997.

<sup>52</sup> <https://www.irna.ir/news/82373974>

<sup>53</sup> <http://www.behzisti.ir/news/13641>

Among the general duties of these clubs are as follows:

- A) *Anti-stigmatization* and *culturalization* of equality and good behavior with PLWHA;
- B) Providing welfare services based on adopted policies, empowerment and support for PLWHA;
- C) Identifying the abilities and talents of the patients and using them;
- D) Attract the support of volunteers, donors, non-governmental organizations and government institutions for strategic purposes;
- E) Membership and admission of at least one hundred people in each club from among the direct clients or volunteers who are introduced through Damage Immunity Centers and Addiction Treatment Centers;
- F) Providing free general education programs such as fertility and sexual health, marriage, proper nutrition, HIV medication, life skills and Islamic ethics in associating with PLWHA;
- G) Holding empowerment workshops for people living with HIV and their families;
- H) Providing free physical and mental health services;
- I) Providing individual, family and group counseling.

In addition, one of the most valuable measures of the organization is the launch of the 148 and 123 telephone consultation system. System 148 provides free access to social health and information to the general public in order to prevent any social harms, including AIDS. The organization has facilitated citizens' communication with social harm counseling staff in the face-to-face counseling department under the title of Counselor Voice. In this unit, specialists from the law school graduates, educational sciences and psychology, from 8 to 22 o'clock, answer the health, social, family, and educational problems of citizens through the 148 hotline. Also, the 123 system called "Social Emergency" based on the regulations approved by the Cabinet<sup>54</sup> has been launched with the aim of preventing and eliminating social problems and injuries by the organization, which is specialized under the three principles of accelerating service, being specialized, and open access to meet the needs of the people, solve or reduce their problems through its expert staff. Obviously, counseling and awareness of these systems can provide valuable services to PLWHA and provide solutions to their problems; In particular, learning how to properly and ethically associate with PLWHA with all those who come into contact with these systems on a case-by-case basis can help to create a culture and eliminate stigma.

According to the country's strategic plan, the country's welfare organization is committed to fulfill the following responsibilities in the field of AIDS for all its clients:<sup>55</sup>

- Educating and informing clients, injecting and non-injecting drug users and men and women at risk, in particular HIV, stigma and harm reduction principles with a standard program;
- Provide free syringes and needles periodically to prevent injectable transmission and cover alternative maintenance treatment to injecting drug users;
- Covering the use of condoms and standard service packages to drug users, men and women at risk, and working or street children;
- Periodic examinations of sexually transmitted diseases in men and women at risk and providing standard medical services;
- Providing free standard HIV diagnostic testing and counseling services to injecting drug abusers, their spouses, working or street children, and vulnerable men and women;

<sup>54</sup> Regulations for providing social emergency services approved in 2013.

<sup>55</sup> UNITED NATIONS. The Fourth National Strategic Plan (NSP4) for AIDS Control in the Islamic Republic of Iran. 2014. p. 249-254. Available from: <http://www.mshrhg.ir/773034>. Access in: 28 jul. 2022.

- Supportive coverage for orphaned children living with HIV/AIDS;
- Setting up, equipping and maintaining Damage Immunity Centers, circuit and night care centers, Positive Clubs and support teams, and training of specialized personnel in these centers to provide prevention, harm reduction, diagnosis, visit and maintenance treatment with alternative medicines and intensive care for injecting drug users, working or street children, men and women at risk.

*g) Ministry of Cooperatives, Labour, and Social Welfare*

The most important role of the Ministry of Cooperatives, Labour, and Social Welfare for PLWHA is job support and to guarantee special benefits for protecting their labor rights. To this end, the Ministry has established and led the AIDS Social Support Committee, which aims to empower PLWHA, attract financial and technical assistance from charities, and support studies and research related to the effectiveness of programs. The duties of this committee are as follows:<sup>56</sup>

- 1- Psycho-social and economic support of the sick people, with the priority of benefiting the sick prisoners;
- 2- Strengthening psycho-social and economic support for the families of the affected people;
- 3- Providing and improving the health level of the families of the patients;
- 4- Improving the level of health awareness of the families of patients;
5. Assistance in prevention, control of HIV/AIDS infection, and its complications in these families as at-risk groups;
- 2- Providing access to educational facilities, counseling in special centers to all volunteers and at-risk groups;
- 7- Improving the quality and skills of social and family life;
- 8- Organizing and directing existing resources, identifying and attracting new resources as well as promoting the effectiveness of resources spent in this regard;
- 9- Emphasizing the priority of supporting the needy living with HIV/AIDS and targeted use of subsidies in this regard;
- 10- Improving the level of coordination and integration between departments to protect the rights of these patients and their families in having an appropriate standard of living;
- 11- Creating technical and vocational training facilities and special job preparation courses to empower the patients and their families;
- 12- Providing employment platforms in order to achieve self-reliance;
- 13- Determining the standards of support with the aim of removing barriers between sectors;
- 14- Participating in drafting and presenting draft laws and regulations related to the issue of AIDS social protection;
- 15- Creating a culture regarding the admission of patients in work and activity environments and reducing illusory fears of disease transmission in order to facilitate the admission of such people;
- 16- Supporting virtual institutions and associations active in the field of HIV/AIDS, as well as empowering new associations to active in this field.

Prevention of inequality or undue discrimination that often occurs as a result of societal cultural poverty or social harms in the areas of labor and employment rights of PLWHA, due to the direct and sometimes

<sup>56</sup> Article 2 of the Regulation on the Technical Committee for AIDS Social Protection approved in 2012.

irreparable impact on their private lives and social status, requires special job support from the Ministry of Cooperatives, Labour, and Social Welfare.<sup>57</sup> As is clear from the tasks described above, such support, in addition to training and welfare programs, includes providing a platform for job creation and professional empowerment of sufferers. That is why, according to the country's strategic plan, the Ministry of Cooperatives, Labour, and Social Welfare and Social Welfare is committed to fulfilling the following responsibilities to protect the labor rights of PLWHA:<sup>58</sup>

- Insurance coverage for PLWHA;
- Providing livelihood support;
- Providing technical-professional training;
- Providing employment services;
- All data received by the Ministry should be collected, recorded and analyzed in a coherent and integrated system, and the results should be made transparent to the public.

*b) Ministry of Health, Treatment and Medical Education*

Certainly, the supportive role of this ministry and its partners (including external institutions such as the "Ministry of Education" for students and adolescents, "Prisons and Security and Corrective Measures Organization" for prisoners, etc., as well as internal institutions such as the Center for Disease Management, Health Education Office, Drug Abuse Office and Mothers' Office) in covering the health services of PLWHA is crucial and very necessary. The Ministry of Health needs to identify HIV-infected people and announce related statistics by providing HIV-free services through AIDS participation programs. With statistical analysis and a database containing the characteristics of all PLWHA, it is possible to act more effectively and efficiently in policy-making and planning to provide health care services to them. According to the law of the Fourth Development Plan, the Ministry of Health, Treatment and Medical Education and relevant agencies are obliged to take the necessary measures to reduce the risks and personal-social harms of addiction, as well as to prevent and treat AIDS and reduce the burden of common mental illness by the end of the first year of the Fourth Economic, Social and Cultural Development Plan.<sup>59</sup> The legislature's emphasis on treatment, along with preventive measures, underscores the importance of providing specialized and even free health care to PLWHA; In addition to guaranteeing social justice for this vulnerable group, it also benefits the community in the face of the potential dangers of the AIDS outbreak and the damage caused by the social isolation of sufferers and the lack of their positive power or it even maintains society from their probable social revenge. In order to fulfill this important task in the AIDS control monitoring plan, the Ministry has undertaken the following obligations:<sup>60</sup>

First, access to treatment: According to the current policies of the Ministry of Health, this commitment is primarily done through the provision of HIV diagnostic and counseling services (with the principles of confidentiality and accuracy) in the service centers of pregnant women, circuit centers for men and women, tuberculosis centers, methadone maintenance treatment centers, prisons, hospitals, clinics, and addiction treatment camps, as well as providing services in the field of antiretroviral treatment and providing free medicines for this purpose and some preventive services such as free training programs and distribution of sterile condoms, syringes and needles to drug users by pharmacies. The Ministry has established Behavioral Disease Counseling Centers to target and integrate such basic services. Following this, the Ministry has fo-

<sup>57</sup> MAHMOUDI, Javad. Support for the employment rights of AIDS victims: approaches and developments. *Quarterly Journal of Medical Law*, v. 2, n. 4, p. 61-105, 2008.

<sup>58</sup> UNITED NATIONS. The Fourth National Strategic Plan (NSP4) for AIDS Control in the Islamic Republic of Iran. 2014. p. 278. Available from: <http://www.mshrgh.ir/773034>. Access in: 28 jul. 2022.

<sup>59</sup> Article 86 of the Law on the Fourth Economic, Social and Cultural Development Plan of the Islamic Republic of Iran.

<sup>60</sup> IRAN. Ministry of Health, Treatment and Medical Education. Secretariat of the National AIDS Working Group. *AIDS Monitoring Report in the Islamic Republic of Iran*. 2017.

cused on improving the quality of medical services, training of specialists and expanding medical coverage in order to implement quality interventions and upgrade AIDS care and treatment services. The expected results of this action of the Ministry of Health include increasing the number of cases (90%), increasing the coverage of treatment (90%), and increasing the quality of services.

Second, elimination of mother-to-child transmission: Providing antiretroviral treatment to prevent mother-to-child transmission of HIV in the framework of a strategic program of services related to women living with HIV/AIDS is the first step of the Ministry of Health in this regard.<sup>61</sup> With the establishment of Behavioral Disease Counseling Centers, the provision of reproductive health services, the treatment and care of children living with HIV/AIDS is also included in the service package for this serious matter.

Third, access to prevention services in key populations: The Ministry has put in place macro-strategic plans to reduce the risk of HIV transmission and other sexually transmitted diseases; among the most important ones are general education and information to different groups, implementation of harm reduction service programs for injecting consumers, prevention of sexual transmission through counseling and distribution of free condoms (in Behavioral Disease Counseling Centers, interim centers and sharia meeting rooms in prisons), and the care and treatment of sexually transmitted diseases. In the meantime, special education for women at highest risk has been provided and covered by the support services of medical universities in vulnerable women. Also, with the participation and cooperation of the Prisons Organization, similar services are provided to injective prisoners and their sexual partners.

Fourth, the elimination of violence and discrimination against women, sufferers and key groups: The most important factor in the emergence of violent and discriminatory factors against PLWHA is stigma and social exclusion. Although there is no legal prohibition in Iran to provide special services to PLWHA and all health care centers are obliged to accept and provide services to them, but there are still cases of stigma and behavioral inequality towards them in society. In order to reduce such discriminatory and unjust behaviors in the society, the Ministry of Health, in the first step, has trained the medical staff and employees of health networks across the country, and then, as for the strategic programs of public health, has taken promotional activities (such as distributing flyers, publishing posters and public information in cooperation with the municipality) and implemented multimedia educational programs (in cooperation with the Broadcasting Organization and the Islamic Propaganda Organization), especially in the form of student conferences, setting up tents and campaigns, street races, sports competitions, essay writing and public events. The Ministry is responsible for conducting its educational programs extensively and continuously in schools, universities, governmental and non-governmental institutions, mosques, Friday prayers, seminaries, prisons, sports centers, and even all market merchants. Culturalization and informing the society in this regard requires seriousness in the implementation of measured and purposeful programs in which the role of the Ministry of Health is certainly significant and the role of public information institutions such as the Broadcasting Organization and the Islamic Propaganda Organization. These organizations are mainly the tools for representing the content of education and training, most of which cover health issues provided by the Ministry of Health.

Fifth, youth access to the necessary knowledge, skills and abilities: Ministry of Health provides numerous educational programs for youth at the level of schools, universities, military bases, factories, guilds, hospitals, health centers, prisons and cultural centers; the Ministry has also broadcast educational programs in collaboration with the Broadcasting Organization, especially in the form of films and TV series on HIV and sexually transmitted diseases. According to a ministry directive, all married couples are required to receive short AIDS training at health centers. Other educational activities include launching telephone counseling lines, AIDS information websites and social networks, providing educational messages in public

<sup>61</sup> PETOFT A, ABBASI M, ZALI A. Toward children's cognitive development from the perspective of neurolaw: implications of Roper v Simmons. *Psychiatry, Psychology and Law*. 2022, pp.1-7;

PETOFT A, ABBASI M. Children's Criminal Perception; Lessons from Neurolaw. *Child Indicators Research*. 2022, pp.1-6.

places such as airports, metro stations, bus and taxi terminals, parks, etc. In the field of empowerment of PLWHA, health and counseling clubs for adolescents and young people in Tehran and several other cities have been set up by the order of the Minister of Health to improve skills and take preventive or health care measures, as well as to provide physical and mental counseling on risky behaviors, HIV testing, and educational services on raising children.

Sixth, benefit from social services: Among the welfare support of the Ministry of Health for PLWHA is insurance coverage and skills training. The most important step of the Ministry of Health in this regard is the establishment of the Positive Clubs in which life skills training programs, psychological support and vocational training are managed and implemented by the patients themselves. In addition, the Social Protection Committee of the Ministry of Health is obliged to cover all PLWHA and their families with health insurance. The Technical and Vocational Education Organization of the country, in cooperation with the Ministry of Health, is obliged to provide vocational and occupational empowerment programs to people covered by addiction treatment and harm reduction, including prisoners, women, street children and foreigners.

Seventh, the provision of services by community-based institutions: The Ministry of Health is obliged to cooperate and interact continuously with all non-governmental organizations that have been established to support PLWHA. The Ministry needs to make the most of this existing platform in the society as an advisory force in order to understand the social needs and requirements of PLWHA. The country's first strategic plan for AIDS control and subsequent plans called for the government to use public institutions to provide services to PLWHA. To this end, the Ministry of Health, in its first action, implemented harm reduction programs for injective drug users with the help of non-governmental organizations and their advisory assistance. Currently, the Ministry has been entrusted with the management of all DICs, especially for women, in order to increase the active participation of non-governmental organizations in this field. The Ministry has also assisted these organizations in implementing training programs to raise awareness among young people, women and the general public. However, the vast capacities of these organizations in the society have not been used well yet, and it is necessary to pay more attention to the Ministry of Health and all the responsible bodies in this regard. NGOs have great potential to work with the Ministry of Health on its responsibilities and services to sufferers. These include helping to control the HIV epidemic in the community, diagnosing cases of AIDS, establishing a network of PLWHA and introducing them to the ministry for care and treatment, psychosocial support for those infected, informing them, culturalization of the society in relation to the moral treatment of them and the inappropriate issue of stigma, and following the condition of the patients for their adherence to the treatment.

Eighth, required expenditure: The Ministry is required to provide a detailed table of credits used in line with its AIDS programs based on the country's AIDS Expenditure Survey software provided by the United Nations Joint AIDS Program (UNAIDS). The government is required to allocate the necessary financial resources for the implementation of the strategic AIDS control program (including public sector revenues, private sector supports, and international credits) according to the budget table of the program and to continuously monitor its proper use.

Ninth, empowering the awareness and access to legal services: One of the most important weaknesses in relation to the social status of PLWHA is their lack of awareness of their rights and lack of knowledge of the rules of law. It has been widely observed that PLWHA are deprived of many welfare opportunities and government benefits due to lack of knowledge about their social rights and do not use the available facilities. Through propaganda tools, the media, and continuous communication with patients in public institutions, the Ministry can inform PLWHA of their legal rights and privileges.

Tenth, access to services for comorbidities: Because PLWHA are at serious risk due to a weakened immune system, some comorbidities such as tuberculosis can put them at risk of premature death; even other diseases, such as cardiovascular disease, which are not associated with a short-term risk of death, cause an

increased risk of morbidity and subsequent death. For this reason, PLWHA need to have access to special treatment services for such comorbidities, and the Ministry of Health should pay more attention to health services for them. In this regard, the Ministry through medical centers and hospitals provides diagnostic services in the field of tuberculosis, influenza, viral hepatitis, hypertension, hyperlipidemia, diabetes mellitus, and previous vascular diseases, as well as cancer screening plan and has implemented sexually transmitted diseases in addition to vaccination services.

### *i) Other Organizations*

The Ministry of Sports and Youth, the Ministry of Interior, the Armed Forces, the Broadcasting Organization, the Islamic Propaganda Organization, Ports & Maritime Organization Of Iran, the Customs Organization and the Aviation Organization are among those in charge of supporting PLWHA. Due to the country's strategic plan, they have the following common obligations to the target group:<sup>62</sup>

- Training and informing the public and organizational staff about AIDS, especially to reduce stigma under standard programs in cooperation with the policy-making and executive units of partner organizations;
- Training of trainers and service personnel according to standard programs;
- All received data of the organization should be collected, recorded and analyzed in the form of a coherent and integrated system and its results should be transparently published to the public.

Compared to the organizations discussed in the previous sections, these institutions play a major role in supporting PLWHA mainly as a partner and support arm of these organizations in the implementation of the project. However, their crucial and decisive role in raising public awareness and culture in promoting equality and eliminating stigma and undue discrimination should not be overlooked.

## **2 Conclusion**

It's been a long time that AIDS has become one of the most devastating diseases humankind has ever faced. In Iran, since the epidemic began, more than 60,000 people have been infected with the virus. HIV/AIDS has become a constant and inseparable matter in the life of PLWHA and affects various aspects of their life. PLWHA state that HIV/AIDS resulted in negative consequences against them, including social problems, mental pressure, physical injuries, and financial problems. Although Iran's laws protect PLWHA in the texts, the cultural weakness of the country and the problem with substantive rule of law are the main barriers on the way of real legal protection. Under the Constitution of the Islamic Republic of Iran, every person has a right to health and to access healthcare services (Including PLWHA). PLWHA have a right to equal protection before the law and a right to dignity. However, these rights are occasionally violated because of their known HIV status. In addition to suffer the burden of the disease, their status causes consequential loss of their individual rights. Stigmatization and undue discrimination are the most important obstacles to health cares and other social services for PLWHA.

This required special community protection to revive PLWHA balanced condition and facilitate social life. This support can be in the form of legitimate and positive social discrimination by granting special privileges to PLWHA and achieving their lofty goals by envisaging special mechanisms to guarantee their citizens' rights. The Organization of Prisons and Security Measures, the Blood Transfusion Organization, Tehran Municipality, Iranian Red Crescent Society, the Ministry of Education, Welfare Organization, Ministry of Cooperatives, Labour, and Social Welfare and Social Welfare, Ministry of Health, Treatment and Medical Education, Ministry of Sports and Youth, Armed Forces, Islamic Republic of Iran Broadcasting, Islamic Propaganda

<sup>62</sup> UNITED NATIONS. The Fourth National Strategic Plan (NSP4) for AIDS Control in the Islamic Republic of Iran. 2014. p. 279-292. Available from: <http://www.mshrhg.ir/773034>. Access in: 28 jul. 2022.

Organization, Ports & Maritime Organization Of Iran, Customs, and Civil Aviation Organization are the main responsible governmental bodies relating to the affairs of PLWHA. Each one of them should strongly adhere to health strategies and policy that were stated in detail, including informing, teaching correct Islamic ethics and etiquette to the medical staff and all people, developing health services, providing more insurance and financial support, consulting and cooperating with PLWHA, strengthening their sense of self-reliance and skills, reforming structures, and continuous monitoring of the performance of officials.

The set of these abovementioned bodies acts as a cohesive whole in the protection of PLWHA. Their responsibilities are intertwined and interdependent like an unbroken graph. Therefore, they must act in a uniform and coherent manner in order to deal with the main problems of PLWHA in the framework of the National Strategic Plan. The bodies should inform and teach Islamic ethics to human groups under their responsibilities to eradicate the stigma and undue discrimination against PLWHA at the root of society. If they provide effective and desirable support to PLWHA (including financial, social and those relating to health and livelihood) and the community welcomes them with appropriate behavior, a significant part of their mental pressure resulting from stress and depression will be relieved. Providing free health services and monitoring the health status of these people can significantly cure some of the deficiencies in their bodies and prevent the progression of physical problems; obviously, the role of the Ministry of Health in this regard is much more colorful, and the rest of the bodies should cooperate to facilitate this task. Finally, providing such free services by the government, as well as special financial support in the form of insurance, grants and cash subsidies, can alleviate many of the specific economic pressures PLWHA face. These are the way to deal with the main problems in an effective manner.

## References

- AFSANEH, Ghanbari. AIDS and child protection with emphasis on human rights. *Quarterly Journal of Medical Law*, v. 2, n. 5, p. 169-189, 2008.
- AKABARIAN, Sharafat; BAHREINI, Masoud. Comparison of the effect of education by teachers with health staff on students' awareness of AIDS. *Quarterly Journal of Southern Medicine*, v. 7, n. 3, p. 147-153, 2004.
- BAMFORTH, Nicholas; LEYLAND, Peter. *Accountability in the Contemporary Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BARRET-KRIEGEL, Blandine. État de droit. In: DUHAMEL, Olivier; MENY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: Puf, 1992.
- DEACON, Harriet. *Understanding HIV/AIDS stigma: a theoretical and methodological analysis*. Africa: HSRC Press, 2005.
- FALLAHI, Homeira. Living with HIV: a qualitative research. *Journal of the Iranian Institute for Health Sciences Research*, v. 12, p. 243-253, 2013.
- FOROUGH, Maryam *et al.* *Psychosocial problems in patients with HIV/AIDS*. Tehran: Osaneh, 2008.
- GOLSHA, Roghayeh *et al.* The effect of education on the knowledge and attitude of Golestan Red Crescent volunteers about AIDS. *Scientific Journal of Gorgan University of Medical Sciences*, v. 9, n. 4, p. 56-60, 2007.
- IRAN. [Constitution]. *Constitution of the Islamic Republic of Iran*. Available in: [https://publicofficialsfinancialdisclosure.worldbank.org/sites/fdl/files/assets/law-library-files/Iran\\_Constitution\\_en.pdf](https://publicofficialsfinancialdisclosure.worldbank.org/sites/fdl/files/assets/law-library-files/Iran_Constitution_en.pdf). Access in: 28 jul. 2022.
- IRAN. Ministry of Health, Treatment and Medical Education. Secretariat of the National AIDS Working Group. *AIDS Monitoring Report in the Islamic Republic of Iran*. 2017.



- KAFIABAD, Sedigheh Amini *et al.* Screening of donated blood for hepatitis C virus infection in small plasma collections of Iranian blood donors: a preliminary study. *Blood Research Quarterly*, v. 2, n. 3, p. 13-21, 2005.
- LIAMPUTTONG, Pranee. *Stigma, discrimination and living with HIV/AIDS: a cross-cultural perspective*. United States: Springer, 2013.
- LOCHAK, Danièle. *Le principe de légalité: mythe et mystification*. Istanbul: AJ.D.A., 1981.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- MAHAMBORO, Dionius B. *et al.* HIV stigma and moral judgement: qualitative exploration of the experiences of HIV stigma and discrimination among married men living with HIV in Yogyakarta. *Int. J. Environ. Res. Public Health*, v. 17, n. 636, 2020.
- MAHMOUD, Aghili Seyed; OVEISI, Nader; KHOSHAFAR, Gholamreza. Study of the role of the Red Crescent population in controlling and preventing infection. *Rescue and Relief*, v. 1, n. 2, 2009.
- MAHMOUDI, Javad. Support for the employment rights of AIDS victims: approaches and developments. *Quarterly Journal of Medical Law*, v. 2, n. 4, p. 61-105, 2008.
- MATEI, Lucica ; VAŠIČEK, Davor; KAŠTELAN-MRAK, Marija. *European administrative space: balkan realities*. [S.l.]: Matei Lucica, 2011.
- MORADI, Amir Reza; ZAMANI, Omid. *Investigating the access of injecting drug users to HIV-AIDS prevention, treatment and care services, UNHCR and the United Nations Office on Drugs and Crime*. 2012.
- NASIRI, Zeinab. Programs of the General Department of Health of Tehran Municipality on the subject of AIDS prevention. *Family Health Quarterly*, v. 73, 1398.
- PETOFT, A.; ABASI, M. *Citizenship Rights: from the Foundations to the Social Basis*. Tehran: Justice Publication, 2017.
- PETOFT, A.; ABASI, M. *Citizenship Rights: from the Government Protection to Monitoring on it*. Tehran: Justice Publication, 2017.
- PETOFT, A.; JAMSHIDI, Alireza. Citizen's rights in the light of new administrative procedures. *Shahid Beheshti University Bioethics Quarterly*, v. 6, n. 21, 2016.
- PETOFT, A.; ABBASI, M., ZALI A. Toward children's cognitive development from the perspective of neurolaw: implications of Roper v Simmons. *Psychiatry, Psychology and Law*. 2022, pp.1-7
- PETOFT, A.; ABBASI, M. Children's Criminal Perception; Lessons from Neurolaw. *Child Indicators Research*. 2022, pp.1-6.
- PETOFT A. Moral Dimensions of Rules Governing Journalism in Islamic Republic of Iran. *Journal of Qom University Research Ethics*. V.4, 2013. pp. 147-52.
- ROGER DOUGLAS. Administrative law and good governance. In: PRESTON, Noel; SAMPFOR, Charles. *Public sector ethics: finding and implementing values*. United Kingdom: Routledge, 2012.
- SHOVALIEH, Jacques. *The Rule of Law*. Tehran: Justice Publication, 1999.
- UNITED NATIONS. The Fourth National Strategic Plan (NSP4) for AIDS Control in the Islamic Republic of Iran. 2014. Available from: <http://www.mshrgh.ir/773034> Access in: 28 jul. 2022.
- YOUSEFINEJAD, Vahid *et al.* The effect of education on the awareness of blood donors about blood-borne diseases. *Blood Research Quarterly*, v. 4, n. 5, p. 303-311, 2007.
- YUSUF ALI, Abdullah. *The Holy Qur'an*. United Kingdom: Wordsworth Editions, 2000.

The logo for CEUB (Centro de Estudos em Educação Superior) is displayed in white on a dark red background. It features the letters 'CEUB' in a bold, sans-serif font, with a stylized 'B' that has a vertical line through it.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image shows a large, white, modern building with a prominent, abstract sculpture in the foreground. The sculpture is a seated female figure, possibly representing a deity or a historical figure, holding a long, thin object. The building has a curved facade and large windows. In the background, a tall, modern skyscraper is visible against a blue sky with scattered clouds. The foreground is filled with a bed of pink and white flowers.

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

**Facilitador Intercultural Sordo en salud para Chile:** Análisis de la agenda política a propósito de la Política de Salud de Migrantes Internacionales

**Facilitador intercultural surdo em saúde para o Chile:** Análise da agenda política sobre a Política de Saúde para Migrantes Internacionais

Valeria Campos

Ricardo Cartes-Velásquez

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Facilitador Intercultural Sordo en salud para Chile: Análisis de la agenda política a propósito de la Política de Salud de Migrantes Internacionales\*

## Facilitador intercultural surdo em saúde para o Chile: Análise da agenda política sobre a Política de Saúde para Migrantes Internacionais

Valeria Campos\*\*

Ricardo Cartes-Velásquez\*\*\*

### Resumen

Este artículo busca analizar el estado de la agenda política actual respecto a la creación de la figura del Facilitador Intercultural Sordo (FIS) en salud tomando como referencia lo ocurrido con el Facilitador Intercultural Internacional en salud para población migrante (FIH). La hipótesis evaluada fué que el desarrollo del FIH podría entregar información de utilidad para una futura implementación de la figura del FIS. La hipótesis fue evaluada a través de un análisis en detalle la forma en que se desarrolló la Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile. Específicamente, para determinar cómo se generó la Política de FIH y cómo podría entrar en la agenda la creación del FIS, se utilizó el Enfoque de las Corrientes Múltiples (ECM) de John W. Kingdon y el marco de la teoría del equilibrio puntuado (TEP) de Baumgartner y Jones. De acuerdo a la literatura analizada, se encuentran varios elementos transferibles y no transferibles para la creación de un FIS. La gran barrera que ha dificultado la creación del FIS es el encuadre del Ministerio de Salud, que identifica a la persona Sorda como alguien a rehabilitar y no como alguien que enfrenta barreras culturales y lingüísticas, tal como se planteó con las personas haitianas.

**Palabras clave:** accesibilidad a los servicios de salud; competencia cultural; sordo.

### Resumo

Objetivo: Analisar o estado da agenda política atual em relação à criação da figura do Facilitador Intercultural Surdo (FIS) em saúde, tomando como referência o que aconteceu com o Facilitador Intercultural Internacional em saúde para a população migrante (FIH).

Metodologia: Para determinar como a Política FIH foi gerada e como a criação do FIS poderia entrar na agenda, foram utilizados a Abordagem de

\* Recibido em 23/07/2021  
Aprovado em 23/07/2021

\*\* Investigadora, Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad Autónoma, Chile. Estudiante de Doctorado de Salud Pública, Universidad de Chile, Chile.

\*\*\* Master of Public Health Manchester Metropolitan University, Manchester/ PhD of Medical Sciences Universidad de la Frontera, Chile

Múltiplos Fluxos (MSE) de John W. Kingdon e o arcabouço da teoria do equilíbrio pontuado (TEP).) por Baumgartner e Jones.

Relevância: O acesso à saúde para surdos tem sido limitado principalmente por barreiras de comunicação. No Chile, assim como em outros países, não há legislação que proteja o acesso à saúde em língua de sinais. Diante do exposto, é interessante analisar como esse tema pode entrar na agenda pública, tomando como referência a recente existência do facilitador intercultural para a população migrante não falante de espanhol.

Resultados: Apesar das semelhanças, a grande diferença que tem dificultado a criação do FIS é o arcabouço do Ministério da Saúde, que identifica o Surdo como alguém a ser reabilitado e não como alguém que enfrenta barreiras culturais e linguísticas, como é levantado com o povo haitiano.

**Palavras-chave:** Acessibilidade aos serviços de saúde; competência cultural; Surdo; Política social.

## 1 Introducción

El 15% de la población mundial tiene alguna forma de discapacidad<sup>1</sup>, cifra que en Chile alcanza al 20%<sup>2</sup>. La accesibilidad en salud de las Personas con Discapacidad (PcD) ha sido relevado como un problema a nivel mundial, más aún en países de medianos y bajos ingresos<sup>1,3</sup>. De acuerdo con la Organización Mundial de la salud (OMS), las PcD se enfrentan a costos prohibitivos, disponibilidad limitada de recursos, barreras físicas y falta de habilidades y conocimiento en los trabajadores de salud en temas de discapacidad<sup>1</sup>.

Dentro de las discapacidades de tipo sensorial se encuentran las PcD auditiva, quienes en su mayoría cuando tienen una pérdida auditiva profunda pre o peri locutiva (antes o durante el desarrollo del lenguaje) se comunican principalmente a través de la Lengua de Señas (LS), conformando las comunidades Sordas<sup>4</sup>. Se autodenominan personas Sordas (con S mayúscula) para diferenciarse del modelo médico centrado en la discapacidad y a su vez resaltar el gran valor que le asignan a su sordera<sup>4,5</sup>.

La LS utiliza un canal gesto-viso-espacial que ha llevado a desarrollar costumbres y valores y tradiciones características, la cultura Sorda<sup>4</sup>. Dado lo anterior, es que las personas Sordas, se identifican como parte de una minoría lingüística con una cultura propia. La LS es su componente cultural más importante, no es un dialecto, y al igual que las lenguas habladas, no es universal, tiene componentes propios de cada grupo y zona geográfica, es dinámica y tiene su propia gramática y sintaxis<sup>4,5</sup>. En 1951 se creó la Federación Mundial de las Personas Sordas (WFD por su nombre en inglés *World Federation of the Deaf*), una de las organizaciones internacionales de PcD más antiguas del mundo<sup>5</sup>. WFD promueve los derechos y reconocimiento de las personas Sordas y la LS con un enfoque sociocultural. Por otro lado, la ONU y varios países han reconocido legalmente a la LS y la cultura Sorda<sup>6,7</sup>.

En Chile, de acuerdo a la II Encuesta Nacional de Salud del 2015, las PcD auditiva corresponden al 8.2% del total de las PcD<sup>2</sup>, aproximadamente 232.619 personas, mayoritariamente de bajo nivel socioeconómico y logro educacional<sup>2</sup>. Sin embargo, no existen datos concretos respecto al número de PcD auditiva que se

<sup>1</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO) *et al.* Disability and health Factsheets. World Health Organization, 2021.

<sup>2</sup> MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. *Estudio nacional de la discapacidad (ENDISC)*. Chile: Servicio Nacional de la Discapacidad, 2015.

<sup>3</sup> MUNTHALI, Alister C. *et al.* "This one will delay us": barriers to accessing health care services among persons with disabilities in Malawi. *Disability and rehabilitation*, v. 41, n. 6, p. 683-690, 2019.

<sup>4</sup> LADD, Paddy. *Understanding deaf culture*. UK: Multilingual Matters, 2003.

<sup>5</sup> WORLD FEDERATION OF THE DEAF (WFD). *Know and achieve your human rights toolkit*. 2017 Disponible en: <https://wfdeaf.org/our-work/human-rights-of-the-deaf/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>6</sup> UNITED NATIONS. Human Rights Office of the High Commissioners. *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. New York, Geneva: United Nations, 2014.

<sup>7</sup> DE MEULDER, Maartje. The legal recognition of sign languages. *Sign Language Studies*, v. 15, n. 4, p. 498-506, 2015.

reconocen como personas Sordas ni de las barreras que enfrentan al acceder a la salud. De acuerdo a estimaciones, en Chile existen 179.268 personas con sordera total<sup>8</sup>. Asimismo, más del 80% son analfabetas debido a barreras educativas<sup>5</sup>, más aun, en las personas Sordas que sí han logrado adquirir la lectoescritura, ésta siempre será una segunda lengua<sup>9</sup>. Sumado a lo anterior, se ha reportado que el alfabetismo en salud en personas Sordas es inadecuado en comparación con población oyente, aún cuando se controle por edad, raza/etnicidad, educación e ingresos<sup>10</sup>.

Chile en 2008 suscribió la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (CRPD por sus siglas en inglés)<sup>11</sup> y en 2010 promulgó la Ley 20.422 que “Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad” y la creación del Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS)<sup>12</sup>. Este marco legal ha propiciado diversas iniciativas positivas hacia la inclusión de PcD como, por ejemplo, la obligatoriedad de las rampas de acceso con su respectiva reglamentación en cuanto a las medidas, pendiente, superficie<sup>13</sup>, la inclusión de PcD al mundo laboral, entre otras<sup>14</sup>.

A pesar que la LS es reconocida por la Ley 20.422, este reconocimiento no es aun de carácter legal, dado que es reconocida como medio de comunicación y no como lengua<sup>11</sup>. Dado lo anterior, es que aún no se han establecido la obligatoriedad de poseer profesionales del área de la salud con las capacitaciones pertinentes para prestar estos servicios a personas Sordas.

En otra vereda, entendiendo que las migraciones forman parte del proceso globalizador y de la noción de hospitalidad universal, Chile ha abierto sus puertas en los últimos años a sucesivas olas de inmigrantes provenientes principalmente de países latinoamericanos, destacando las procedentes de Haití<sup>15</sup>. A partir del año 2010, y con mayor auge durante el 2014-2015 se produjo un aumento de inmigración latinoamericana hacia Chile. Para el año 2015, existían 465.319 personas migrantes, lo que correspondía al 2.7% de la población<sup>15</sup>. De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), al 31 de diciembre de 2019 en Chile residían 1.492.522 extranjeros, siendo sus principales orígenes: Venezuela, Perú, Haití, Colombia, Bolivia y Argentina<sup>16</sup>. La mayoría se concentra en la región metropolitana, seguida de Antofagasta y Tarapacá<sup>16,17,18</sup>

<sup>8</sup> SERVICIO NACIONAL DE DISCAPACIDAD (SENADIS). *Ministerio de Desarrollo Social y Familia destaca ley que reconoce a la lengua de señas como lengua oficial de las personas sordas*. Servicio Nacional de la Discapacidad, 2021. Disponible en: <https://www.senadis.gob.cl/region/coquimbo/d/portadas/8431/ministerio-de-desarrollo-social-y-familia-destaca-ley-que-reconoce-a-la-lengua-de-senas-como-lengua-oficial-de-las-personas-sordas#:~:text=En%20Chile%2C%20seg%C3%BAAn%20el%20Segundo,179.268%20personas%20tendr%C3%ADan%20sordera%20total>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>9</sup> HERRERA, Valeria. Habilidad lingüística y fracaso lector en los estudiantes sordos. *Estudios pedagógicos*, Valdivia, v. 31, n. 2, p. 121-135, 2005.

<sup>10</sup> MCKEE, Michael M. *et al.* Assessing health literacy in deaf American sign language users. *Journal of health communication*, v. 20, n. supl. 2, p. 92-100, 2015.

<sup>11</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Decreto 201 Promulga la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo*. Santiago, Chile, 2008

<sup>12</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Planificación. *Ley n. 20.422 que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad*. Santiago: Diario Oficial de la República de Chile, 2010.

<sup>13</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Vivienda Y Urbanismo. *Decreto Supremo n. 50 que modifica la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción Chile*. 2016. Disponible en: <https://www.minvu.cl/elementos-tecnicos/decretos/ds-n-50-2015-accesibilidad-universal-oguc/> Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>14</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Desarrollo Social. *Ley n. 21.015. Incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral*. Chile: Biblioteca Nacional del Congreso, 2017.

<sup>15</sup> MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. *Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) 2015*. Chile: Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2015. Disponible en: [http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen\\_2015.php](http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2015.php). Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>16</sup> RIVAL-CARRILLO, Diego; VALENZUELA-VALENZUELA, Amanda; CARTES-VELÁSQUEZ, Ricardo. Migración y trabajo, una revisión del contexto chileno actual. *CUHSO*, Temuco, v. 31, n. 1, p. 522-547, 2021.

<sup>17</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Salud. *Resolución Exenta N° 1308: Política de Salud de Migrantes Internacionales*. Chile, 30 de octubre de 2017.

<sup>18</sup> CABIESES, Báltica; BERNALES, Margarita; MCINTYRE, Ana María. *La migración internacional como determinante social de la salud en Chile: evidencia y propuestas para políticas públicas*. Chile: Universidad Del Desarrollo, 2017.

La migración es un reconocido determinante social de la salud en el mundo y en Chile<sup>18</sup>. La población inmigrante en Chile, a pesar de contar con un mayor número de años de escolaridad presentan mayor desempleo<sup>18</sup>, por lo que un gran porcentaje se encuentra en situación de alta vulnerabilidad, inestabilidad laboral, con mayores índices de hacinamiento, dificultad para acceder a agua potable y condiciones sanitarias básicas<sup>18,19</sup>.

Dentro de estos, actualmente los haitianos representan al mayor número de inmigrantes no hispano hablantes, con una cifra que asciende a 120.014 personas<sup>19</sup>. Es la migración que más ha crecido en Chile, con un incremento del 731% del 2002 al 2013-2016<sup>20</sup>. Se han establecido preferentemente en el Gran Santiago, en comunas como Quilicura, Independencia, Estación Central y Santiago Centro<sup>18-20</sup>.

La población inmigrante haitiana enfrenta la barrera idiomática, pues su lengua materna es el créole (o kreyòl) y la mayoría no habla español<sup>17,20</sup>. Para enfrentar las dificultades de acceso a salud producto de esta barrera idiomática, el Ministerio de Salud generó la Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile<sup>17</sup>, promoviendo la capacitación y sensibilización de los funcionarios de salud enmarcado en el fenómeno de las Migraciones y Derechos Humanos, luego creando al facilitador intercultural internacional para población migrante.

Aunque Sordos y haitianos se enfrentan a barreras idiomáticas y culturales para acceder a la salud en Chile, solo estos últimos han sido considerados dentro de la agenda política chilena. Parece ser que el acceso a la salud de las personas Sordas no está suficientemente priorizado en la agenda política.

Nuestra hipótesis es que el desarrollo del Facilitador Intercultural Internacional en salud para población migrante (FIH), enmarcado en la Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile, podría entregar información de utilidad para una futura implementación de la figura del Facilitador Intercultural Sordo (FIS).

Dado lo anterior, el objetivo de este trabajo fue analizar el estado de la agenda política actual respecto a la creación e implementación de la figura del Facilitador Intercultural Sordo (FIS) en salud tomando como referencia lo ocurrido con el Facilitador Intercultural Internacional en salud para población migrante (FIH).

Para lo cual se hizo necesario analizar en detalle la forma en que se desarrolló la Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile<sup>17</sup>.

## 2 Metodología

Para determinar cómo se generó la Política de FIH y cómo podría entrar en la agenda la creación del FIS, se utilizó el Enfoque de las Corrientes Múltiples (ECM) de John W. Kingdon<sup>21,22</sup> (Tabla 1) y el marco de la teoría del equilibrio puntuado (TEP) de Baumgartner y Jones<sup>23,24</sup> (Tabla 2).

### Tabla 1. Enfoque de las Corrientes Múltiples (ECM)<sup>21,22</sup>.

<sup>19</sup> FUNDACIÓN SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (SJM). *Migración en Chile*. Anuario 2019, un análisis multisectorial. Santiago, Chile, 2020. Disponible en: <https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/06/MIGRACION-EN-CHILE-V7.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ, Katherin et al. Haití, la nueva comunidad inmigrante en Chile. *Revista chilena de pediatría*, v. 89, n. 2, p. 278-283, 2018.

<sup>21</sup> KINGDON, John W.; STANO, Eric. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Little, Brown, 1984.

<sup>22</sup> KINGDON, John W. *Agendas, alternatives, and public policies*. 2nd. ed. NY: HarperCollins College Publisher, 1995.

<sup>23</sup> BAUMGARTNER, Frank R.; JONES, Bryan D. Agenda dynamics and policy subsystems. *The journal of Politics*, v. 53, n. 4, p. 1044-1074, 1991.

<sup>24</sup> BAUMGARTNER, Frank R.; JONES, Bryan D. *Agendas and instability in American politics*. Chicago: University of Chicago Press, 2010.

Corriente de Políticas Públicas:	También denominada como la corriente de Soluciones, es la existencia de una solución lista para ser adoptada. Generalmente, la solución ha sido comprobada a nivel estatal o local y puede ser replicada. Los funcionarios de esta corriente se enfocan en el contenido mismo de las ideas. Las propuestas son generadas en comunidades de especialistas y el debate es el método más efectivo para llegar a las soluciones, dado que son expertos en el tópico a discutir.
Corriente de Problemas:	Esta corriente marca la transición de un asunto de un problema privado a uno en donde el gobierno debe involucrarse para resolverlo. Un asunto es definido como un problema por el público cuando su condición actual no coincide con los valores y percepciones del ideal de estado. Esta transición, de acuerdo con Kingdon se puede dar por diferentes razones: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Indicador: Muestran los problemas de una forma sistemática, puntual y contable.</li> <li>• Estudios específicos: Realizados por investigadores, universidades, ONGs y/o la propia administración. Permiten visibilizar y establecer la magnitud de un problema.</li> <li>• Focusing events: Crisis o desastres. Si alguno sucede, centra la atención al problema de manera inmediata.</li> <li>• Retroalimentación de las políticas públicas: Información que recibe la administración respecto a programas implementados.</li> </ul>
Corriente de las Políticas:	Compuesta por factores que influyen el cuerpo político, como cambios en el humor nacional, renovación de poder ejecutivo o legislativo, campañas de grupos de interés, entre otros. Estos factores determinarán en gran medida el que una solución se implemente. Se distinguen los siguientes elementos: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Clima político: Afecta la receptividad que pueda alcanzar una política. Los representantes políticos valoran el clima político en todo momento y apuestan por políticas que tengan acogida social.</li> <li>• Intereses organizados frente a una política: Pueden operar como un incentivo u obstáculo para el cambio de una política.</li> <li>• Cambios en la administración: Dependiendo quién esté en una comisión gubernamental, por ejemplo, permitirá la generación o cierre de una ventana de oportunidad.</li> </ul>

**Tabla 2. Teoría del Equilibrio Puntuado (TEP)<sup>23,24</sup>.**

<i>Policy image</i>	Es la forma en que una política pública es discutida de manera pública y como es enmarcada por los medios. Este encuadre se basa en un conjunto de hechos, interpretados a través de un prisma de creencias y valores de una población, por lo que ha sido definida como una combinación de valores y conocimiento empírico. Dado que la <i>policy image</i> se basa en creencias, los hechos pueden ser distorsionados, por ejemplo, falta de conciencia de los riesgos, demonización de actores, mitos relacionados con medidas controversiales, entre otras. Las <i>policy images</i> pueden ser percibidas como positivas o negativas, una imagen positiva lleva a cambios incrementales, por el contrario, una imagen negativa lleva a una crisis.
<i>Policy venues</i>	Son definidas por Baumgartner y Jones como “ <i>las ubicaciones institucionales donde se toman las decisiones de autoridad respecto a un tema específico</i> ”. Nuestra sociedad ofrece una multitud de <i>policy venues</i> . No existen reglas que determinen qué <i>policy venue</i> tiene una completa jurisdicción sobre un tema específico, por lo que distintas <i>policy venues</i> pueden abordar el mismo tema. A pesar de que no todas tienen habilidades de toma de decisión, algunas actúan como foros públicos o agentes de cambio de una <i>policy image</i> . Dada esta situación, que un actor estratégico puede utilizar una <i>policy venue</i> como una fuente de aliados potenciales.
Cambios radicales	Un cambio en el entorno ya sea bajo la apariencia de un evento crítico y/o la intervención de un actor estratégico, puede llamar la atención de los medios de comunicación y el público en general hacia un nuevo hecho, uno que se ve de manera más negativa y ensombrece la imagen política. A medida que cambia la imagen, aumenta la posibilidad de un cambio radical de política. Los eventos críticos se dan, típicamente, de un cambio positivo de la imagen de la política hacia uno negativo.

El ECM es un marco teórico a utilizar cuando se desea examinar como algunos asuntos ascienden a la agenda, dado que busca explicar cómo estos determinados problemas logran posicionarse en la agenda de los gobiernos y convertirse en políticas públicas en relativas condiciones de ambigüedad. En esta teoría, Kingdon define a la agenda como “*el listado de asuntos o problemas a los cuales oficiales de gobierno, y personas íntimamente asociados a estos oficiales, le prestan especial atención en un momento dado*”<sup>21,22</sup>. En este modelo se definen tres corrientes (Tabla 1) que contribuyen a que un asunto logre o no entrar a la agenda: La corriente de proble-

mas, de políticas públicas y de la política. Estas corrientes si bien se desarrollan de manera independiente y fluyen en el proceso de las políticas públicas, eventualmente pueden acoplarse o confluir producto de una serie de circunstancias particulares o de la coyuntura política, lo que permite abrir una ventana de oportunidad. La ventana de oportunidad es un momento dado en que una iniciativa sea probablemente incorporada, por lo que es el momento en que el *policy entrepreneur* hace posible el surgimiento de una política concreta como respuesta a un problema. Los *policy entrepreneurs* son los actores más importantes en este modelo, dado que desarrollan políticas públicas y las acoplan con problemas, para así presentar soluciones a los *policy makers* en el momento oportuno<sup>21,22</sup>.

La TEP de Frank R. Baumgartner y Bryan D. Jones<sup>23,24</sup> busca explicar por qué las políticas públicas tienden ser caracterizadas por largos periodos de estabilidad, las que se encuentran explicadas por el modelo incremental de Lindblom<sup>25</sup>, pero puntuadas por periodos cortos de cambios radicales. Este modelo puede ayudar a los actores de políticas públicas en salud comprender por qué los gobiernos a veces se encuentran receptivos a la evidencia y debate conduciendo a cambios significativos en políticas públicas, y por qué en otros momentos los gobiernos parecen menos receptivos al cambio y solo dispuestos a ajustes menores. Dentro de sus componentes clave se encuentra la *policy image* y las *policy venues* (Tabla 2)<sup>23,24</sup>.

Para la recolección de la información se realizó una búsqueda de artículos científicos y literatura gris relativas a FIS y FIH por separado. La estrategia de búsqueda se describe en la Tabla 3. Con el fin de identificar sólo la información previa a la ventana de oportunidad del FIH, toda búsqueda respecto a población migrante no hispano hablante se realizó con fecha límite de la Resolución Exenta N° 1308: Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile del 30 de octubre de 2017 del Ministerio de Salud<sup>17</sup>. Con el fin de identificar toda información que permita distinguir la situación actual de las personas Sordas respecto al acceso en salud, elementos y falencias respecto a la implementación de un facilitador intercultural Sordo, la fecha límite de búsqueda fue hasta el 31 de diciembre de 2020.

**Tabla 3. Estrategia de búsqueda**

Literatura	Búsqueda	Población haitiana	Población Sorda
Científica	Motores de búsqueda	GoogleScholar, Web of Science, PubMed y SciELO	
	Palabras clave	migrantes, inmigrantes, “no hispano hablante”, haitianos, Haití, creole, kreyòl, lengua, idioma, facilitador, facilitador intercultural, barreras, salud, acceso, sanitario, Chile.	Personas con discapacidad, discapacitados*, personas con discapacidad auditiva, pérdida auditiva, deficiencia auditiva, personas Sordas, Sordos, barreras, salud, acceso, sanitario, Chile, lengua de señas, lenguaje de señas*, sordomudo*
Gris	Noticias	Google	
		Diarios nacionales y locales, radios, sitios web oficiales de universidades, Servicios de Salud, Municipalidades, Centros de Atención primaria.	
	Documentos oficiales: Proyectos de ley, Leyes promulgadas, Instructivos presidenciales, Decretos Resoluciones Oficios	Referentes a materia de accesibilidad en salud de las personas migrantes.	Referentes a materia de accesibilidad en salud de las PcD y las personas Sordas.
		Sitio web del Senado, Biblioteca del Congreso Nacional, Ministerios de Salud, Ministerio del Interior, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Desarrollo Social y Familia.	
Idioma		Inglés y español	
Fecha límite de búsqueda		Octubre de 2017	Diciembre de 2020

\*Se utilizaron esos términos dado que en la literatura científica algunas veces la utilizan, pero la palabra correcta es persona con discapacidad, lengua de señas y Sordo/Persona Sorda.

<sup>25</sup> LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics, and choice. *Public administration review*, v. 32, n. 4, p. 298-310, 1972.



Finalmente, se identificaron dos informantes clave, funcionarios y/o ex funcionarios de salud, que trabajaron con población haitiana durante el proceso de inmigración, con el fin de consultar y organizar la información (Abreviados como IC-1 e IC-2).

## 3 Resultados

### 3.1 Facilitador Intercultural Internacional en salud para población migrante

#### 3.1.1 Contexto político

La política en la que se enmarca el FIH es la Resolución Exenta N° 1308: Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile del 30 de octubre de 2017<sup>17</sup>. Es una *low politics*, pues estuvo en la agenda a nivel del Ministerio de Salud. Es una política de tipo distributiva porque hace entrega de un beneficio a un grupo específico (migrantes internacionales no hispano hablantes en Chile) con costos repartidos, más bien difusos (toda la población chilena), por lo que es de bajo conflicto<sup>26</sup>. Hay una entrega tangible y manifiesto beneficio a las personas, puesto que dicha Resolución entrega dinero a las municipalidades para la contratación de estos facilitadores interculturales, ejecutar diagnósticos participativos con población migrante, entre otros.

A continuación, se describen las 3 corrientes según ECM y los componentes del TEP y la ventana de oportunidad que determinó la creación del FIH.

#### 3.1.2 Corriente de problemas

*Etapa incremental:* Las políticas de migración en Chile eran bastante laxas y había una posición más bien pasiva por parte del Estado Chileno, por lo que existía un flujo de inmigrantes principalmente desde Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela<sup>27</sup>. Durante el gobierno de Bachelet I, se incentivó la política migratoria a través de un instructivo presidencial<sup>28</sup>, aumentando así la migración y los derechos de la población migrante. Las condiciones y barreras de acceso a la salud de esta población fueron relevadas a través de indicadores de manera desarticulada, con datos desde el Departamento de Extranjería y Migración, la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional, el Instituto Nacional de Estadística, entre otros<sup>15,27,29,30</sup>. Por ello, la *Policy image* inicial se encontraba enmarcada en una migración bajo el prisma de derechos ciudadanos, reconocimiento de los Derechos Humanos de población migrante y consideración de tratados internacionales como el de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional de los

<sup>26</sup> LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics, and choice. *Public administration review*, v. 32, n. 4, p. 298-310, 1972.

<sup>27</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. *Migración en Chile 2005-2014*. Chile: Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2016. Disponible en: <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/04/Anuario.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>28</sup> REPÚBLICA DE CHILE. *Instructivo Presidencial n. 9*. Imparte "Instrucciones sobre Política Migratoria". Chile, 2008. Disponible en: <https://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N%C2%BA%209.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>29</sup> BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO DE CHILE. *Chile y la migración: los extranjeros en Chile*. 2016. Disponible en: [https://www.bcn.cl/siit/actualidad-territorial/chile-y-la-migracion-los-extranjeros-en-chile/document\\_view2](https://www.bcn.cl/siit/actualidad-territorial/chile-y-la-migracion-los-extranjeros-en-chile/document_view2). Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>30</sup> DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. *Estadísticas Migratorias del Departamento de Extranjería y Migración Nacional*. Anuario Estadístico Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2015. Disponible en: <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/04/AnuarioEstadisticoNacionalDEM2015.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

Derechos del Niño, entre otros instrumentos que protegen los derechos humanos de la población migrante<sup>28</sup>. Lo anterior, enmarcando como un derecho el acceso a la salud de la población migrante.

*Momento de crisis:* En una segunda etapa aparece el momento de crisis, el primer *focusing event* se da por un auge notorio de inmigración latinoamericana en 2010-2017<sup>15,29</sup>. Un segundo *focusing event* importante fue la muerte de un lactante de madre migrante en el Hospital Regional Juan Noé en la ciudad de Arica. A la mujer, de nacionalidad boliviana, se le negó la atención de urgencia para su hijo lactante en el hospital por no contar con los recursos económicos para pagarla<sup>30,31</sup>. Además, dentro de esta nueva ola de inmigrantes se encontraba esta vez un porcentaje no menor de población no hispano hablante, la población haitiana<sup>30,32</sup>. Lo anterior, debido a la situación política, social y económica en Haití y la normativa laxa en ese entonces, en materia de inmigración en Chile<sup>31,33</sup>. La población inmigrante haitiana, a diferencia de la población inmigrante de Perú, Colombia, Venezuela y Bolivia, se enfrentaba a la barrera idiomática y cultural<sup>34</sup>. Dada esta situación, la población migrante haitiana no podía hacer uso en igualdad de condiciones de las Políticas ya implementadas sobre acceso a la salud para población migrante.

La mayoría de la población haitiana se concentró en la zona norte del país, y en la región metropolitana, específicamente en la comuna de Quilicura, debido principalmente a los bajos costos en arriendo de habitaciones<sup>35</sup>. Frente a esta situación, durante el 2014 la Municipalidad de Quilicura, por iniciativa propia, ejecutó un estudio para caracterizar su población migrante e identificaron la barrera idiomática a la que se enfrentaban, y de cómo esta impacta la recuperación de la salud de la población<sup>34</sup>. Luego, el 2015 la Asociación Chilena de Municipalidades llevó a cabo un diagnóstico sobre la población migrante residente en Quilicura, Recoleta e Independencia, denominado “Estrategias comunales de inclusión de la población migrante: los casos de las comunas de Quilicura, Recoleta e Independencia”<sup>36</sup>. Por otro lado, en el Servicio de Salud Metropolitano Central, los profesionales sanitarios identifican esta barrera idiomática indicando que se comunican “*con señas y harta paciencia*”<sup>37</sup> y se releva la barrera comunicacional a la que se enfrentan las embarazadas y púerperas haitianas<sup>38</sup>. Además, de acuerdo a datos de los centros APS, los funcionarios “*No entendían a los haitianos*” (IC-2). Estos determinan a su vez, que esta población se encuentra en una situación de alta vulnerabilidad, no asiste a controles de salud, lo que podría deberse no solo a barreras idiomáticas, sino culturales.

En general, el problema fue relevado desde las mismas municipalidades que tenían dentro de sus usuarios a población haitiana. Los mismos centros de salud fueron identificando de manera activa su población migrante (IC-1).

Un tercer *focusing event* importante, específico sobre la barrera idiomática y cultural, es la muerte de Joane Florvil en septiembre de 2017 (un mes previo a la Resolución Exenta N° 1308 de la Política de Salud de

<sup>31</sup> MARDONES, Carolina. *Investigan si hospital de Arica negó atención a bebé boliviano que murió en Azapa*. Biobío Chile, 2014. <https://www.biobiochile.cl/noticias/2014/10/08/investigan-si-hospital-de-arica-nego-atencion-a-bebe-boliviano-que-murio-en-azapa.shtml>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>32</sup> TELETRÉCE. *Llegada de haitianos a Chile crece 731% en los últimos tres años*. Teletrece (T13), 2016. Disponible en: <https://www.t13.cl/noticia/nacional/llegada-haitianos-chile-crece-731-ultimos-tres-anos>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>33</sup> ROJAS PEDEMONTTE, Nicolás; AMODE, Nassila; RENCORET, Jorge Vásquez. Racismo y matrices de “inclusión” de la migración haitiana en Chile: elementos conceptuales y contextuales para la discusión. *Polis: Revista Latinoamericana*, v. 42, 2015.

<sup>34</sup> THAYER, Luis; CORREA, Sara; NOVOA, Tamara. *Plan de acogida y reconocimiento de migrantes y refugiados de la comuna de Quilicura*. Santiago: Universidad de Los Lagos, 2014. Disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/09/BP04Plan-acogida-y-reconocimiento-Quilicura-2014.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>35</sup> FUENTES, Rodrigo. *La dura realidad de los migrantes haitianos en Chile*. Radio Universidad de Chile, 2016. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2016/09/25/la-dura-realidad-de-los-migrantes-haitianos-en-chile/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>36</sup> ASOCIACIÓN CHILENA DE MUNICIPALIDADES. *Estrategias comunales de inclusión de la población migrante: los casos de las comunas de Quilicura, Recoleta e Independencia*. Chile, 2015. Disponible en: <http://asociativismo.subdere.gov.cl/sites/default/files/TTR%20ACHM.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>37</sup> DE RUYT, Felipe. *Capacitan en idioma créole a matronas para atender a creciente población haitiana migrante*. Emol.com, 19 abr. 2015. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2015/04/19/713280/haitianos.html>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>38</sup> QUINTANA, Laura. *Parir en negro, la realidad de las haitianas que son madres en Chile*. El Mostrador, 2017. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2017/05/14/parir-en-negro-la-realidad-de-las-haitianas-que-son-madres-en-chile-2/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

Migrantes Internacionales en Chile), la cual fue detenida por haber supuestamente abandonado su hija de 10 meses. Florvil, al no saber español, no pudo explicar que habría dejado a su hija mientras intentaba de denunciar una estafa que habría sufrido con su pareja. Luego de ser detenida, fue trasladada a un centro asistencial dada su situación delicada de salud, falleciendo un mes después<sup>39</sup>.

En cuanto a la literatura científica, la mayoría de los artículos se concentra en el año 2016-2017 y abordan la temática del migrante internacional en general, sin menciones especiales a población no hispano hablante y/o haitiana. Respecto a estudios específicos, que dan cuenta de esta barrera idiomática y cultural, son escasos<sup>18,24,36,40,41, 42,43,44</sup>

En una tercera etapa, dado lo anterior, se hace aún más patente que la población migrante haitiana no puede hacer uso en igualdad de condiciones a las Políticas ya implementadas sobre acceso a la salud para población migrante, por lo que se encuentra en un estado de mayor vulnerabilidad, no solo en salud, sino que también en cuanto a la precarización laboral. La barrera idiomática genera barreras de comunicación, que violan los derechos de la población haitiana, pudiendo haber causado incluso, la muerte. Así, el problema es enmarcado, apoyado con el Instructivo Presidencial del 2015 correspondiente al segundo gobierno de M. Bachelet<sup>45</sup>, en un enfoque de derechos humanos de las personas migrantes, pero incluyendo ahora los factores de inclusión social, vulnerabilidad, interculturalidad y todo el aspecto básico de los derechos humanos, como salud, educación, vivienda y otros.

### 3.1.3 Corriente de políticas públicas

El acceso a la salud por parte de la población migrante en nuestro país se ha caracterizado por un avance incrementalista, en materias de políticas. Desde el año 2003 se han ido implementando distintas normativas desarticuladas (oficios, circulares y convenios del MINSAL) sobre el acceso a las prestaciones en salud de inmigrantes (Anexo 1), formando una suerte de Política Pública de salud para población migrante. La primera fue del 2003 del Ministerio del Interior otorgando atención de salud a mujeres embarazadas inmigrantes<sup>46</sup>. En respuesta a casos mediáticos, como la muerte de un lactante<sup>31</sup>, se impulsó la Circular A 15 N°4 9/06/2015 que asegura acceso a la salud de embarazadas, niños y niñas menores de 18 años y atenciones de

<sup>39</sup> RUIZ, Carla. *Los 30 días de calvario de Joane Florvil*. La Tercera, 2017. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/los-30-dias-calvario-joane-florvil/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>40</sup> FARFÁN, Xenia Fuster; OLAVE, Francisca Rebolledo. Interacciones dialógicas en el consultorio: migrantes haitianos y funcionarios de salud primaria. *Revista Perspectivas: Notas sobre intervención y acción social*, v. 24, p. 111-122, 2013.

<sup>41</sup> CARO Mariela, FLORES José, GARCÍA Lilian. *Mujeres Haitianas Gestantes en Vías de un Nuevo Amanecer en la Comuna de Quilicura*. 2016. Tesina (trabajo social) – Universidad Miguel de Cervantes, Chile, 2016. Disponible en: <https://www.umcervantes.cl/wp-content/uploads/2019/06/Mujeres-haitianas-gestantes-en-v%C3%ADas-de-un-nuevo-amanecer-en-la-comuna-de-Quilicura-TESTINA-Mujeres-Haitianas.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>42</sup> ROJAS PEDEMONTE, N.; KOECHLIN, J. Migración Haitiana hacia el Sur Andino. *Migraciones: Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, v. 43, p. 187-188, 2017.

<sup>43</sup> ALEGRÍA PÉREZ, Francisco; REYES CORREA, Oscar. *Interculturalidad como escenario vital para el desarrollo de redes de apoyo de la mujer haitiana en la comuna de Quilicura*. 2015. Tesis (Doctoral) – Universidad Andrés Bello, Chile, 2015. Disponible en: [http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/5084/a114174\\_Alegría\\_F\\_Interculturalidad\\_como\\_escenario\\_%20vital\\_2015\\_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/5084/a114174_Alegría_F_Interculturalidad_como_escenario_%20vital_2015_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>44</sup> SULCARAY, Nora. *Adherencia a los Programas de Salud de los Inmigrantes en el CESFAM Los Nogales Comuna de Estación Central*. 2015. Tesis de magíster (Trabajo Social) – Universidad Miguel de Cervantes, Santiago, 2015. Disponible en: <https://www.umcervantes.cl/wp-content/uploads/2019/06/Adherencia-a-los-Programas-de-Salud-de-los-Inmigrantes-en-el-CESFAM-Los-Nogales-Comuna-de-Estaci%C3%B3n-Central-.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>45</sup> REPÚBLICA DE CHILE. *Instructivo Presidencial n. 5. "Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria"* Santiago, 2015. Disponible en <https://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>46</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio Del Interior. *Oficio Circular N° 1179*. Informa la suscripción de acuerdos tendientes a resolver situaciones migratorias de ciudadanos extranjeros que se indican. Departamento de Extranjería, 2003. Disponible en: [http://www.extranjeria.gob.cl/fi\\_lesapp/Oficio%20Circular%201179.pdf](http://www.extranjeria.gob.cl/fi_lesapp/Oficio%20Circular%201179.pdf). Acceso en: 5 mayo 2022.

urgencia inmigrantes, independiente de su situación migratoria<sup>47</sup> y el Decreto Supremo N° 67 que califica a migrantes internacionales como FONASA A (lo que asegura cobertura a atención en centros públicos de salud de manera gratuita, sin copagos), independiente de su situación migratoria<sup>48</sup>.

Con énfasis en el problema de barrera idiomática de población migrante de habla no hispana, y usando como base la equidad e igualdad de acceso, se comienzan a gestar distintas iniciativas a nivel local y nivel ministerial. En general, todas bajo el alero de una futura Política de Salud de Migrantes Internacionales propuesta por el MINSAL.

En cuanto a iniciativas locales destaca el Proyecto Babel del Servicio Salud Metropolitano Central en la comuna de Estación Central. Este proyecto funcionó con voluntarios, buscando facilitar la comunicación con usuarios migrantes no hispanohablantes vía remota (telefónica)<sup>17,49,50</sup>. Fue financiado a través del Programas de apoyo a las acciones en salud en nivel primario de atención en establecimientos dependientes del MINSAL, enmarcado en el “programa de apoyo a las acciones en salud en nivel primario de atención en establecimientos dependientes - Proyecto Inmigrantes”<sup>744,50</sup>. Luego, el 2015, el Servicio de Salud Metropolitano Central (SSMC) ejecuta de manera inédita por iniciativa propia, una capacitación denominada “Aproximación sociocultural y contexto de inmigración” que incluyó una formación básica en kreyòl y elementos socioculturales propios de ese país, a matronas y matrones que laboran en contextos con alta presencia de migrantes haitianos. En concreto el SSMC realizó dos cursos presenciales de Kreyòl haitiano, capacitando a más de 100 profesionales de su red<sup>37,51,52,53</sup>. A su vez, contó con la plataforma de universidad virtual, logrando capacitar a más de cinco mil funcionarios a lo largo de todo Chile entre el 2015 y el 2017 (IC-2). La Municipalidad de Quilicura, frente a su análisis del Plan de Acogida y Reconocimiento de migrantes y refugiados del 2014, propone la intermediación sanitaria a población migrante de culturas diversas<sup>34</sup>. Mientras que en la comuna de Recoleta, crea un programa de migrantes, donde se contempla el contar con intérprete para atender a las mujeres haitianas embarazadas<sup>37</sup>. Las municipalidades de Quilicura, Recoleta e Independencia, frente a los problemas identificados a nivel local en su análisis, aborda la temática con una capacitación sobre derechos tanto a funcionarios como a población extranjera, un programa de intermediación sanitaria y una política de atención personalizada para reconstruir historial médico<sup>36</sup>.

En tanto que, a nivel ministerial, en 2014 se inició un proceso de construcción de la Política de Salud de Migrantes Internacionales por parte del Equipo Asesor Sectorial de Salud de Inmigrantes, cuyo objetivo fue asesorar a la Ministra de Salud respecto al enfoque que debe darse al tema de inmigrantes y refugiados y sus

<sup>47</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Salud. *Atención de Salud de Personas Inmigrantes*. Circular A 15 N°06. Chile: Ministerio De Salud, 9 jun. 2015. Disponible en: <https://www.saludarica.cl/wp-content/uploads/2016/12/15-migrantes-circular-A15-06-ministerio-de-salud-para-descarga.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>48</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Salud. *Decreto Supremo n. 67*. Modifica Decreto N° 110 de 2004, del ministerio de salud, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes. Chile, 2016. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1088253>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>49</sup> CHARRY, Wilson. El largo trayecto hacia la integración de los migrantes. *Revista Sur*, Chile, 2015. Disponible en: <https://www.revistasur.cl/revistasur.cl/2015/04/el-largo-trayecto-hacia-la-integracion-de-los-migrantes/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>50</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Dirección Servicio De Salud Central. *Resolución Exenta n. 1078*. Ministerio de Salud, 2015. Disponible en: <http://transparencia.redsalud.gob.cl/transparencia/public/ssmetrocentral/archivos/Res%201078.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>51</sup> SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL. *DAP realizó exitosa segunda versión de curso de dialecto kreyòl y cultura haitiana*. Chile: Servicio de Salud Metropolitano Central, 2015. Disponible en: <https://www.ssmc.cl/dap-realizo-exitosa-segunda-version-de-curso-de-dialecto-kreyol-y-cultura-haitiana/>. Acceso en: 5 mayo 2022

<sup>52</sup> UNIVERSIDAD VIRTUAL. *Curso Aproximación sociocultural y contexto de inmigración*. Servicio de Salud Metropolitano Central, 2015. Disponible en: <http://cursosuvirtual.uvirtual.cl/course/index.php?categoryid=3>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>53</sup> SUBDIRECCIÓN DE ATENCIÓN PRIMARIA. *Programa de estudio: Aproximación sociocultural y contexto de inmigración*. Chile: Servicio de Salud Metropolitano Central, 2015. Disponible en: [https://www.ssmc.cl/wrdprss\\_minsal/wp-content/uploads/2015/02/DOSSIER\\_0\\_Curso\\_Facilitacion\\_en\\_Kreyol\\_Ayisyen.pdf](https://www.ssmc.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2015/02/DOSSIER_0_Curso_Facilitacion_en_Kreyol_Ayisyen.pdf). Acceso en: 5 mayo 2022.

derechos en salud<sup>54,55</sup>. Se creó el Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, para establecimientos de atención primaria de salud, con una cobertura inicial de 11 comunas. En Atención Primaria de Salud se ejecutaron diagnósticos participativos de salud en conjunto con personas migrantes, situando e identificando las necesidades de esta población en territorios específicos y referido a migraciones con características propias<sup>54,55</sup>. Enmarcado en esta construcción de Política, el MINSAL además organizó una mesa de trabajo con distintos departamentos, y a partir de eso obtiene un fondo para ejecutar el 2015 un Piloto de Salud en Inmigrantes en 5 de las 11 comunas del país participantes en el Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes (Recoleta, Santiago, Iquique, Antofagasta y Arica). El Piloto se ejecutó en distintos niveles (SEREMI, APS, hospitales, etc.)<sup>17</sup>. Cada establecimiento tuvo libertad en diseñar y ejecutar sus propias iniciativas, y luego los resultados fueron presentados, aquí es donde nace como una solución a la barrera idiomática y cultural la mediación cultural, el desarrollo de competencias culturales en funcionarios, el traductor (vía presencial o remota) y el actor de facilitador intercultural internacional<sup>56</sup> (IC-1). Además, dentro del proyecto de la Política de Salud, se dictó un curso de capacitación de aproximación sociocultural a población<sup>53</sup>, mientras que en el Departamento de Salud y Pueblos Indígenas e Interculturalidad del MINSAL se incorporó como subunidad a Migración y salud.

Finalmente, incentivado bajo la propuesta del Equipo Asesor Sectorial de Salud de Inmigrantes, en la Posta Central crearon la Oficina de Integración en la Posta Central, donde en febrero de 2017 se incorporó un médico haitiano, permitiendo un acompañamiento médico a esta población y no solo a asuntos inmediatos del paciente<sup>57</sup>.

### **3.1.4 Corriente de la Política**

Si bien el Estado tomó un rol más restrictivo en materias de inmigración, respecto a la población migrante que ya se encontraba en Chile tomó un rol subsidiario, otorgando facilidades para acceder a educación, salud, vivienda, entre otros.

Específicamente, durante el periodo de Bachelet I, en su instructivo presidencial indicaba, entre otros temas, que en salud “No se podrá en ningún caso denegar prestaciones de salud a los extranjeros que lo requieran, de acuerdo con su situación previsual”<sup>28</sup>. La ministra de Salud durante dicho periodo, María Soledad Barría, presentaba un interés en el tema de migrantes no hispano hablantes, contratando personal (IC-2). Luego, durante el periodo de Bachelet II aparece más visible y fuerte el tema de salud en población migrante en su instructivo presidencial del 2015<sup>45</sup>. Es sabido que los instructivos presidenciales tienen la capacidad de priorizar y agilizar los procesos. MINSAL apenas recibió este segundo instructivo, rápidamente tuvo que dedicar sus esfuerzos en ello. (IC-1, IC-2)

Finalmente, en base a los resultados obtenidos en su Piloto en Salud de Inmigrantes, el MINSAL oficializa la Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile para ir incorporando estrategias adecuadas para enfrentar las barreras idiomáticas<sup>17,48,54-57</sup>.

### **3.1.5 Ventana de oportunidad**

<sup>54</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Salud. *Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes*. Resolución Exenta N° 1266. Chile: Ministerio de Salud, 12 dic. 2014.

<sup>55</sup> MINISTERIO DE SALUD. *Salud del inmigrante*. Chile: Ministerio de Salud, 2019. Disponible en: <https://www.minsal.cl/salud-del-inmigrante/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>56</sup> MINISTERIO DE SALUD. *Integración de resultados y elaboración de recomendaciones y buenas prácticas*. Sistematización y evaluación piloto nacional de salud de migrantes internacionales. Chile: Ministerio de Salud, 2018.

<sup>57</sup> PALMA, Tamy. *Médico haitiano traduce a los enfermos*. La Tercera, 2017. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/medico-haitiano-traduce-los-enfermos/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

Al tener el *humor de la política*, Periodos I y II de Bachelet<sup>28,45</sup>, colocando como un tema de priorización los procesos migratorios y el acceso a la salud de población migrante, es que se observa un gobierno y un Ministerio de Salud con alta permeabilidad a diseñar y/o aceptar políticas en pro de estas áreas. Desde ese auge es que ya se encuentra una base para Políticas Públicas de acceso a la salud, a través de un instructivo presidencial y el posterior Decreto Supremo N° 67 que califica a migrantes internacionales como FONASA A<sup>48</sup>.

Durante la ejecución del Piloto, donde se probaron estrategias en distintos niveles de atención en salud, aparece reportado el actor de facilitador intercultural internacional, principalmente para población inmigrante de habla no hispana, específicamente, población haitiana<sup>17,54</sup>. Dada esta situación, el MINSAL toma un rol de *Policy entrepreneur* al acoplar el humor político a favor de una política de salud migratoria con la identificación de que el problema de la barrera idiomática y cultural podría solucionarse con capacitaciones de aproximación sociocultural y de creolé/kreyòl, así como con el facilitador intercultural para migrantes internacionales, incorporándolo en su Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile del 30 de octubre de 2017<sup>17</sup>.

Las *Policy venues* en donde confluyeron las corrientes fueron Servicios de Salud, Municipalidades, Atención Primaria en Salud y Ministerio de Salud.

### 3.2 Facilitador Intercultural Sordo

#### 3.2.1 Contexto

Esta política se enmarca en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, ratificada por Chile el 2008<sup>11</sup> y la Ley N° 20.422 que “Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad” promulgada el 2010<sup>12</sup>. Es catalogada también como una *low politics*. Las personas Sordas se enfrentan a situaciones de exclusión debido a barreras idiomáticas en distintos ámbitos como salud, educación, entre otras<sup>4,10</sup>. La Lengua de Señas Chilena ha sido reconocida como medio de comunicación de las personas Sordas en nuestro país a través de la Ley sobre Discapacidad<sup>12</sup>, y desde ahí se han generado diversas políticas en áreas como Educación, con la incorporación de co-educadores Sordos en la educación de niños Sordos<sup>58</sup>; fondos para solicitar intérpretes de LSCh para que personas Sordas puedan acceder a educación superior<sup>59</sup>; en la Televisión, durante las noticias, el recuadro de intérprete de LSCh<sup>60</sup>. A continuación, se describen las 3 corrientes según ECM en relación al FIS.

<sup>58</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN. *Se encuentra publicado perfil de Co-Educador Sordo de Lengua de Señas Chilena y Cultura Sorda*. Chile: Ministerio de Educación, 2018. Disponible en: <https://especial.mineduc.cl/se-encuentra-publicado-perfil-de-co-educador-sordo-de-lengua-de-senas-chilena-y-cultura-sorda/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>59</sup> SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD. *Programa de Apoyo a Estudiantes con Discapacidad en Instituciones de Educación Superior 2019*. Servicio Nacional de la Discapacidad, 2019. Disponible en: [https://www.senadis.gob.cl/pag/517/1806/programa\\_apoyos\\_a\\_estudiantes\\_con\\_discapacidad\\_en\\_instituciones\\_de\\_educacion\\_superior\\_2019\\_cerrado#:~:text=El%20programa%20dispone%20de%20%24443.750,en%20Instituciones%20de%20Educaci%C3%B3n%20Superior](https://www.senadis.gob.cl/pag/517/1806/programa_apoyos_a_estudiantes_con_discapacidad_en_instituciones_de_educacion_superior_2019_cerrado#:~:text=El%20programa%20dispone%20de%20%24443.750,en%20Instituciones%20de%20Educaci%C3%B3n%20Superior). Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>60</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Desarrollo Social. *Ley n. 20.927. Establece Normas Para El Acceso De La Población Con Discapacidad Auditiva A Información Proporcionada A Través De Concesionarias De Radiodifusión Televisiva De Libre Recepción Y Permissionarias De Servicios Limitados De Televisión*. Chile: Biblioteca Nacional Del Congreso, 2016. Disponible En: <https://www.bcn.cl/Leychile/Navegar?Idnorma=1091913>. Acceso en: 5 mayo 2022.

### 3.2.2 Corriente de problemas

En una primera etapa incremental se observa que las personas Sordas en Chile perciben barreras de acceso lingüísticas en atención en salud, así como en otras áreas<sup>61, 62</sup>. Diversas agrupaciones y Fundaciones de personas Sordas trabajan por visibilizar las barreras de acceso y el reconocimiento de la LS<sup>62-63</sup>. Sin embargo, la mayoría de sus solicitudes respecto al acceso a la salud solo tienen alcance en las noticias durante el día internacional de las personas Sordas, que es cuando hay marcha nacional<sup>64, 65, 66, 67</sup>. Los profesionales de la salud no lo han relevado como un problema, dado que muchas veces las personas Sordas asisten con un familiar que les interpreta. Sin embargo, se rescatan algunos comunicados donde se releva la barrera de acceso a la salud por parte de usuarios de LS<sup>68, 69</sup>.

A pesar de lo anterior, en general se observa un predominio de encuadre del problema con una visión médica centrado en la discapacidad auditiva, donde se debe buscar una solución a la discapacidad en sí misma. Así, destacan las Guías Clínicas de las Garantías Explícitas en Salud “Hipoacusia neurosensorial bilateral del prematuro”, “Tratamiento de hipoacusia moderada, severa y profunda en personas menores de 4 años” e “hipoacusia bilateral en personas de 65 años y más que requieren uso de audífono”, la “Guía de Práctica Clínica de Rehabilitación de Personas en Situación de Discapacidad por Hipoacusia Sensorioneural Severa a Profunda Bilateral: Implante Coclear” y “Protocolo 2018: Dispositivo de Implante Coclear unilateral para Hipoacusia Sensorioneural Bilateral Severa o Profunda Postlocutiva”<sup>70, 71, 72, 73, 74</sup>, asociado a noticias y documentos sobre la prevención y tratamiento de la discapacidad auditiva<sup>75, 76</sup>.

<sup>61</sup> FUNDACIÓN SORDOS CHILENOS. *Problemas de acceso a la Salud para las personas Sordas*: El trabajo chileno. 2017. Disponible en: <https://sordoschilenos.cl/problemas-de-acceso-a-la-salud-para-las-personas-sordas-el-trabajo-chileno/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>62</sup> FAJARDO, Alex. *La revolución silenciosa de la comunidad sorda*. El Mostrador, 23 oct. 2019. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/agenda-pais/2019/10/23/la-revolucion-silenciosa-de-la-comunidad-sorda/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>63</sup> LEPE, Paula. *Sordiministas, mujeres sordas*: “Hasta ahora el movimiento feminista nos había invisibilizado”. CNN Chile, 15 abr. 2019. Disponible en: [https://www.cnnchile.com/pais/mujeres-sordas-feministas-fundacion-nellie-zabel\\_20190415/](https://www.cnnchile.com/pais/mujeres-sordas-feministas-fundacion-nellie-zabel_20190415/). Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>64</sup> UNIVERSIDAD CATÓLICA SILVA HENRÍQUEZ. *Conmemoración de la semana internacional de las personas sordas organizada por PACE USCH llamó a eliminar las barreras que impiden la inclusión*. 2019. Disponible en: <http://vinculacion.ucsh.cl/vinculacion/conmemoracion-de-la-semana-internacional-de-las-personas-sordas-organizada-por-pace-ucsh-llamo-a-eliminar-las-barreras-que-impiden-la-inclusion/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>65</sup> RED DE EMPRESAS INCLUSIVAS. *Kit comunicacional Día internacional de las personas Sordas*. 2020. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---act\\_emp/documents/event/wcms\\_755666.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/event/wcms_755666.pdf). Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>66</sup> MARDONES, Francisco. *Más de mil personas sordas marchan para solicitar la aplicación del lenguaje de señas en todos los niveles*. Radio Universidad de Chile, 2010. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2010/09/27/mas-de-mil-personas-sordas-marchan-para-solicitar-la-aplicacion-del-lenguaje-de-senas-en-todos-los-niveles/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>67</sup> DÍA nacional de las personas sordas: desde plaza Italia a La Moneda marcharon para exigir derechos lingüísticos. El Mostrador, Chile, 1 sept. 2017. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/09/01/dia-nacional-de-las-personas-sordas-desde-plaza-italia-a-la-moneda-marcharon-cientos-de-personas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>68</sup> BASTÍAS Juan *et al.* *La invisibilidad de las personas con discapacidad auditiva*. Centro de comunicación de las Ciencias, Universidad Autónoma de Chile, 2020. Disponible en: [https://ciencias.uaautonoma.cl/noticias/discapacidad\\_auditiva/](https://ciencias.uaautonoma.cl/noticias/discapacidad_auditiva/). Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>69</sup> VIDAL, Sara. *Bocas tapadas*: Las barreras del sistema de salud para las personas sordas. Chile: Radio Universidad Católica, 2020. Disponible en: <http://www.radiouc.cl/las-barreras-del-sistema-de-salud-para-las-personas-sordas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>70</sup> MINISTERIO DE SALUD. Superintendencia de salud. *Hipoacusia neurosensorial bilateral del prematuro*. Chile: Ministerio de Salud, 2005.

<sup>71</sup> MINISTERIO DE SALUD. Superintendencia de salud. *Tratamiento de hipoacusia moderada, severa y profunda en personas menores de 4 años*. Chile: Ministerio de Salud, 2016.

<sup>72</sup> MINISTERIO DE SALUD. *Guía de Práctica Clínica de Rehabilitación de Personas en Situación de Discapacidad por Hipoacusia Sensorioneural Severa a Profunda Bilateral*: Implante Coclear. Chile: Ministerio de Salud, 2008.

<sup>73</sup> MINISTERIO DE SALUD. *Guía Clínica Hipoacusia Neurosensorial Bilateral del Prematuro*. Chile: Ministerio de Salud, 2010.

<sup>74</sup> MINISTERIO DE SALUD. *Protocolo 2018*: Dispositivo de Implante Coclear unilateral para Hipoacusia Sensorioneural Bilateral Severa o Profunda Postlocutiva. Chile: Ministerio de Salud, 2018. Disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/08/Hipoacusia-Sensorioneural-bilateral-severa-o-profunda-postlocutiva.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>75</sup> MINISTERIO DE SALUD. *Hospital de Osorno y cirugías de implante coclear*: Volver a escuchar (y sonreír). Chile: Ministerio de Salud, 2016. Disponible en: <https://www.minsal.cl/hospital-de-osorno-y-cirugias-de-implante-coclear-volver-a-escuchar-y-sonreir/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>76</sup> SOCIEDAD CHILENA DE OTORRINOLARINGOLOGÍA. *Hipoacusia, una patología en aumento*. Sociedad Chilena de Otor-

Desde la academia se reportan escasos artículos chilenos sobre barreras de acceso en salud o sobre el derecho de las personas Sordas a acceder en salud en Lengua de Señas Chilena<sup>77, 78</sup>. Se observa un predominio de artículos relacionados con terapias auditivo-verbal, implantes cocleares y audífonos<sup>79, 80, 81, 82, 83, 84</sup>.

Dado lo anterior, la *policy image actual* respecto a las personas Sordas han sido identificados y encuadrados por el MINSAL con una visión predominantemente biomédica de la discapacidad. Donde no se reconocen a las PcD auditiva usuarias de LS como parte de una minoría lingüística, sino que se identifica la discapacidad auditiva bajo un enfoque biomédico, como una discapacidad a prevenir y/o tratar<sup>70-74</sup>.

### 3.2.3 Corriente de Políticas Públicas

Se han generado, de manera desarticulada, diversas iniciativas locales tanto a nivel de atención en salud como en universidades. Dentro de estas últimas destacan el 2015 la creación de una aplicación con videos en LS para atención dental, financiado por el Servicio Nacional de la Discapacidad y luego el 2016 la generación de videos informativos respecto a las Garantías Explícitas en Salud odontológicas en LS<sup>85</sup> (Anexo 1). Luego, el 2018, académicos de la Universidad de Chile crean un manual para atender en salud a personas Sordas<sup>86</sup>.

Por otro lado, el SSMC, dentro de su Proyecto Babel en 2015, intentó incorporar intérpretes de LS para comunicarse con personas Sordas a través del Instituto de Lengua de Señas, pero solo llegó a conversaciones, al no haber una política que salvaguardara este derecho (IC-2). Durante el 2019 en Aysén se realizó el primer parto de una mujer Sorda con apoyo de intérprete de LS, gracias a la iniciativa de una intérprete voluntaria, y con el apoyo financiero de INJUV, que es donde la intérprete se desempeña laboralmente<sup>87</sup>. También distintos centros de salud públicos (CESFAM, Hospitales, entre otros) han impartido cursos de

rinolaringología, 2019. Disponible en: <https://sochior.cl/web/post.php?id=63>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>77</sup> CAMPOS, Valeria; CARTES-VELÁSQUEZ, Ricardo. Estado actual de la atención sanitaria de personas con discapacidad auditiva y visual: una revisión breve. *Revista médica de Chile*, v. 147, n. 5, p. 634-642, 2019.

<sup>78</sup> MORALES-ACOSTA, Gina V.; AGUILAR-CARO, Aura I. Diversidad sorda y violencia de género: restricción comunicativa en el uso de la lengua de señas en salud. *FEM: Revista de la Fundación Educación Médica*, v. 21, n. 6, p. 309-313, 2018.

<sup>79</sup> CARDEMIL, Felipe *et al.* Análisis de Beneficio de Incidencia: Implante coclear infantil en el Hospital Barros Luco Trudeau período 2003 a 2011. *Revista de otorrinolaringología y cirugía de cabeza y cuello*, v. 73, n. 3, p. 219-224, 2013.

<sup>80</sup> GUZMÁN, Cristián; FUENTES-LÓPEZ, Eduardo; CARDEMIL, Felipe. Resultados del programa nacional de implantes cocleares y garantías explícitas en salud en beneficiarios pertenecientes al servicio de salud Aconcagua. *Revista de otorrinolaringología y cirugía de cabeza y cuello*, v. 80, n. 3, p. 273-279, 2020.

<sup>81</sup> MORALES, Carlos; MORALES, Karimme; RAHAL, Maritza. Calidad de vida en pacientes con implante coclear en Hospital Barros Luco Trudeau. *Revista de otorrinolaringología y cirugía de cabeza y cuello*, v. 78, n. 4, p. 353-362, 2018.

<sup>82</sup> DÍAZ, Constanza *et al.* Desarrollo de lenguaje en niños con implante coclear en centro terciario de salud: Serie clínica. *Revista de otorrinolaringología y cirugía de cabeza y cuello*, v. 78, n. 4, p. 343-352, 2018.

<sup>83</sup> FARFÁN, Corina; FUENTES, Lucía; ARANCIBIA, Margarita. Causas de sorderas profundas en niños chilenos asistentes a escuelas especiales para sordos. *Revista Chilena de Salud Pública*, v. 16, n. 2, p. 137-145, 2012.

<sup>84</sup> BUSTOS RUBILAR, Mario; FUENTES-LÓPEZ, Eduardo; CASTRO ABARCA, Patricia. Enfoques terapéuticos en centros de intervención para niños sordos en la región metropolitana de Chile: acceso en salud y educación. *Revista CEFAC*, v. 20, p. 313-323, 2018.

<sup>85</sup> SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD (SENADIS). *En Concepción presentan OdontoSeñas 2.0*. Chile: SENADIS, 2017. Disponible en: [https://www.senadis.gob.cl/region/bio\\_bio/d/noticias/6755/en-concepcion-presentan-odontosenas-20](https://www.senadis.gob.cl/region/bio_bio/d/noticias/6755/en-concepcion-presentan-odontosenas-20). Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>86</sup> PALMA, Francisca. *Académicos crean manual con puntos clave para atender en salud a personas con discapacidad auditiva*. Universidad de Chile, 2018. Disponible en: <https://www.uchile.cl/noticias/145520/academicos-crean-manual-para-atender-en-salud-a-personas-sordas>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>87</sup> MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. *Se realizó el primer parto inclusivo del país en hospital regional de Coyhaique*. Chile: Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2019. Disponible en: <http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/se-realizo-el-primer-parto-inclusivo-del-pais-en-hospital-regional-de-coyhaique>. Acceso en: 5 mayo 2022.



Lengua de Señas Chilenas básicos a sus funcionarios, financiado ya sea por la Municipalidad o el Servicio de Salud<sup>88, 89, 90, 91, 92</sup>.

Desde agrupaciones de personas Sordas se han llevado a cabo diversas capacitaciones en el ámbito salud, donde destacan Fundación Sordos chilenos y sus cursos para personas Sordas para la formación de mediadores culturales Sordos en ámbito de salud<sup>61</sup>, Fundación Nellie Zabel con un reciente curso para mediación lingüística de LS en el área salud dirigido a intérpretes de LS y a personas Sordas<sup>93</sup>.

En cuanto a la formación de futuros profesionales de la salud se han generado instancias de enseñanza de LS, por ejemplo, el 2018 se generó una asignatura de atención en salud de personas Sordas para estudiantes de odontología<sup>94</sup>, y el año 2020 talleres de LS a estudiantes de psicología<sup>95</sup>, de odontología<sup>96</sup>, medicina<sup>97</sup> y otras áreas<sup>98, 99</sup>.

Recientemente este año, frente a la situación de pandemia se incorporó intérprete de LS para salud responde del MINSAL<sup>100</sup>. La Red de Salud UC CHRISTUS, Banco de Chile y Red Apis, prestaron el servicio de interpretación en LS para que personas Sordas reciban orientación sobre COVID-19<sup>101</sup> y El Voluntariado, denominado ILSE, “Amor y Servicio en Nuestras Manos” con interpretación remota y donación de mascarillas con visor para lectura de labios<sup>102</sup>.

<sup>88</sup> COLEGIO DE MATRONAS Y MATRONES CHILE. *Regional Santiago participa en mesa sobre la pérdida de audición en embajada de Australia*. 2019. Disponible en: <http://www.matronas.cl/wp/tag/sordos-en-chile/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>89</sup> MINISTERIO DE SALUD. *Servicio de Salud Arica capacita a funcionarios en lengua de señas para mejorar atención*. Chile, Ministerio de Salud, 2015. Disponible en: <https://www.minsal.cl/servicio-de-salud-arica-capacita-a-funcionarios-en-lengua-de-senas-para-mejorar-atencion/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>90</sup> MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. *Funcionarios de Cesfam de Valparaíso y San Antonio aprenden lengua de señas gracias a Fondo Chile de Todas y Todas*. Chile: Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2017. Disponible en: <http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/funcionarios-de-cesfam-de-valparaiso-y-san-antonio-aprenden-lengua-de-senas-gracias-a-fondo-chile-de>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>91</sup> MUNICIPALIDAD DE ALTO HOSPICIO. *Funcionarios de la Salud Municipal se capacitan en el Taller de Lengua de Señas*. Chile, 2022. Disponible en: <https://mah.cl/web/funcionarios-de-la-salud-municipal-se-capacitan-en-el-taller-de-lengua-de-senas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>92</sup> HOSPITAL CLÍNICO FÉLIX BULNES. *Funcionarios más inclusivos*. Chile, 2018. Disponible en: <https://felixbulnes.cl/2018/08/22/funcionarios-mas-inclusivos/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>93</sup> FUNDACIÓN NELLIE ZABEL. *Proyecto “Autonomía Lingüístico Cultural: La accesibilidad no es una opción”*. Fundación Nellie Zabel, 2020. Disponible en: <https://www.fnzchile.cl/ffoip-2020/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>94</sup> CAMPOS, Valeria A.; CARTES-VELÁSQUEZ, Ricardo. Developing competencies for the dental care of people with sensory disabilities: A pilot inclusive approach. *Cumburiyet Dental Journal*, v. 23, n. 2, p. 107-115, 2020.

<sup>95</sup> UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA. *Inédito en Chile. Psicólogos UPLA se capacitarán en lengua de señas*. 2020. Disponible en: <https://www.upla.cl/noticias/2020/06/02/inedito-en-chile-psicologos-upla-se-capacitaran-en-lengua-de-senas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>96</sup> SANTO Tomás desarrolla inédito curso de lengua de señas para atención de personas sordas en el área de Salud Odontológica. G5 Noticias, 10 jul. 2020. Disponible en: <https://g5noticias.cl/2020/07/10/santo-tomas-desarrolla-inedito-curso-de-lengua-de-senas-para-atencion-de-personas-sordas-en-el-area-de-salud-odontologica/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>97</sup> JÓVENES de todo Chile se capacitaron en lengua de señas. Chile: Diario Mayor, 31 agosto 2020. Disponible en: <https://www.diariomayor.cl/index.php/comunidad-u-mayor/estudiantes/1972-taller-lengua-de-senas-estudiantes-umayor>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>98</sup> UNIVERSIDAD CATÓLICA. *Académicos UC crean estrategia para mejorar atención en salud de personas con discapacidad auditiva*. Chile: Universidad Católica, 2017. Disponible en: <https://medicina.uc.cl/noticias/academicos-uc-crean-estrategia-para-mejorar-atencion-en-salud-de-personas-con-discapacidad-auditiva/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>99</sup> UNIVERSIDAD CATÓLICA. *Alumnos de medicina UC organizan y participan de taller de lengua de señas*. Chile: Universidad Católica, 2020. Disponible en: <https://medicina.uc.cl/noticias/alumnos-de-medicina-uc-organizan-y-participan-de-taller-de-lengua-de-senas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>100</sup> MINISTERIO DE SALUD. *Atención de salud en lengua de señas chilena*. Chile: Ministerio de Salud, Chile, 2020. Disponible en: <https://saludresponde.minsal.cl/atencion-de-salud-en-lengua-de-senas-chilena/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>101</sup> RED SALUD UC CHRISTUS. *Personas sordas podrán acceder a información de COVID-19 a través de sistema de video llamada con intérprete en lengua de señas*. Red Salud UC Christus, 2020. Disponible en: <https://www.ucchristus.cl/blog-salud-uc/articulos/2020/personas-sordas-podr%C3%A1n-acceder-a-informaci%C3%B3n-de-covid-19-a-trav%C3%A9s-de-sistema-de-video-llamada-con-int%C3%A9rprete-en-lengua-de-se%C3%B1as>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>102</sup> HOSPITAL DR. HERNÁN HENRÍQUEZ RAVENA. *Intérpretes y Facilitadores en Lengua de Señas Chilena se Suman al Voluntariado del HHH4*. 2020. Disponible en: <https://www.hhha.cl/?p=4438>. Acceso en: 5 mayo 2022.

Finalmente, la única iniciativa que considera la utilización de un mediador intercultural Sordo es la “Unidad de atención en salud para personas Sordas - USS” de Fundación Sordos Chilenos, donde por iniciativa propia y autofinanciamiento generaron este centro dentro del CESFAM Santa Laura en el año 2014; luego en el año 2018 mediante una alianza lograron financiamiento desde la Municipalidad de El Bosque<sup>103</sup>.

Dentro de los proyectos de ley se encuentra una que busca modificar la ley N° 20.422, en materia de capacitación de los funcionarios públicos para el uso de LS<sup>104</sup>. Recientemente, en enero de 2021, se aprobó la modificación del reconocimiento de la LS como lengua oficial de las personas Sordas de la ley N° 20.422 y “establece que el Estado reconoce y se obliga a promover, respetar y a hacer respetar, de conformidad con la Constitución, las leyes, y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, los derechos culturales y lingüísticos de las personas sordas, asegurándoles el acceso a servicios públicos y privados, a la educación, al mercado laboral, la salud y demás ámbitos de la vida en sociedad en lengua de señas”<sup>105</sup>.

### 3.2.4 Corriente de Política

Pareciera haber una visión favorable hacia el diseño de estrategias para disminuir las barreras de comunicación de las personas Sordas por parte de la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia<sup>87</sup>.

A pesar de que el Estado ha firmado y ratificado la CRPD y su protocolo facultativo (Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad) y ha promulgado la Ley sobre Discapacidad donde se reconoce la Lengua de Señas Chilena<sup>11,12</sup>, no se había observado un rol activo sobre el diseño de estrategias. Sin embargo, en diciembre del 2020 se generó la aprobación de la modificación del reconocimiento de la LS como lengua<sup>105</sup>. Aunque esta modificación tiene énfasis en el reconocimiento y uso de la LS en el ámbito educacional y laboral, también se menciona de manera tangencial el área de la salud, lo que se traduce en un humor político a favor de la incorporación en salud de un facilitador intercultural Sordo.

## 4 Discusión

Utilizando el marco del modelo de ECM (21,22) y el del TEP<sup>23,24</sup> para analizar la implementación del FIH, la corriente de problemas fue definida como barreras idiomáticas y culturales por parte de población haitiana, lo que se traducía en una mayor vulnerabilidad. La corriente de las soluciones se fue generando a través de distintas iniciativas propias y otras articuladas desde el MINSAL, a través de un Piloto en salud de Migrantes<sup>56</sup>. La corriente política se encontró fuertemente influenciado por los instructivos presidenciales de Bachelet, periodos I y II<sup>28,45</sup>. La ventana de oportunidad se da finalmente donde el MINSAL, apoyado en esta postura abierta del estado frente al acceso en salud de población migrante, identifica al FIH y lo incorpora en su Política de salud migrante<sup>17,56</sup>.

<sup>103</sup> MUNICIPALIDAD DE EL BOSQUE. *CESFAM Santa Laura abre la primera unidad de atención de salud para personas sordas del país*. Municipalidad El Bosque, 2018. Disponible en: <https://www.municipalidaddelbosque.cl/noticias-elbosque/cesfam-santa-laura-abre-la-primera-unidad-de-atencion-de-salud-para-personas-sordas-del-pais/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>104</sup> CAMARA DE DIPUTADOS. *Proyecto de ley*. Modifica la ley N° 20.422, que Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, en materia de capacitación de los funcionarios públicos para el uso de lengua de señas. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2018. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=44362&formato=pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

<sup>105</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Desarrollo Social Y Familia. *Ley n. 21.303*. Modifica la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, para promover el uso de lengua de señas en los ámbitos educacional y laboral. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2021. Disponible en: <https://www.senado.cl/conozca-la-norma-que-promueve-el-uso-de-lengua-de-senas-en-los-ambitos/senado/2020-12-22/154308.html>. Acceso en: 5 mayo 2022.

Usando el mismo marco para la población Sorda chilena, la corriente de problemas son las barreras de acceso culturales y lingüísticas de las personas Sordas a la atención en salud. Esto se debe a la falta de profesionales del área de la salud con las capacitaciones pertinentes y/o mediadores culturales para prestar estos servicios a personas Sordas en los establecimientos de salud<sup>77,78,93</sup>. Estos problemas no han sido suficientemente visibilizados hasta hoy ya que el encuadre de la *policy image* del MINSAL identifica a la persona Sorda como una PcD que debe rehabilitarse. Respecto a la corriente de Políticas Públicas, si bien se han ejecutado estrategias para reducir las barreras de acceso culturales e idiomáticas, estas han sido iniciativas particulares y desarticuladas<sup>86-88,90-105</sup>. En la corriente de la Política a pesar de que inicialmente no se observó un rol activo, hacia los últimos años se observó un claro humor político hacia la elaboración de estrategias que reconocen a las personas Sordas y la LS<sup>106</sup>.

Al ir identificando los elementos modificables para avanzar en la creación de un FIS para salud, primero no hay un relevamiento claro del problema. Actualmente los centros de salud desconocen el número de pacientes Sordos que tienen inscritos. Por ello, lo primero sería realizar un levantamiento de información, para cuantificar y caracterizar los pacientes Sordos inscritos en los centros, así como lo han realizado en municipios con alta población haitiana.

Una de las principales barreras para que un *policy entrepreneur* acople la corriente de las políticas, de la política y problemas, para generar una política que incluya al mediador intercultural Sordo se podría deber a la *policy image* actual del MINSAL respecto a las personas Sordas. El MINSAL ve a una persona con una discapacidad y no una persona parte de una minoría lingüística. Hay un enfoque médico hacia la discapacidad, presencia fuerte de la visión fonoaudiológica de terapia auditivo-verbal, y todo lo que esté fuera de eso es considerado un problema de salud (IC-1, IC-2). Es más, desde las mismas guías clínicas GES de implantes cocleares no se considera una alternativa la Lengua de Señas<sup>71-74</sup>. Sumado a lo anterior, las personas Sordas se encuentran dentro del departamento de Discapacidad y Rehabilitación del MINSAL, pero no hay una unidad específica para población Sorda con un reconocimiento de minoría lingüística, así como fue incorporada la población migrante en el Departamento de Salud y Pueblos Indígenas e Interculturalidad.

Dentro de la corriente de las políticas públicas, las iniciativas más fuertes son la Unidad de Salud de Sordos del CESFAM el Bosque<sup>104</sup> y la aplicación Odontoseñas<sup>85</sup>. A su vez, las capacitaciones de LS básicas a estudiantes y funcionarios públicos del área de la salud han tenido gran visibilidad<sup>89-92,95-101</sup>. Sin embargo, un curso básico de LS no es suficiente y se requieren, como con cualquier idioma, periodos más extensos de capacitación. Esta situación se podría deber a que existe un desconocimiento de la complejidad de la LS por parte de la sociedad y la política, donde es posible que se encuentre plasmada la creencia de que con la generación de cursos de LS están solucionando el problema de barrera idiomática.

Respecto a la corriente de Política, a pesar de que se han ejecutado soluciones mediáticas, como el primer parto inclusivo<sup>87</sup>, el rol del Ministerio de Desarrollo Social y Familia (MDSF) fue nulo, y “*no tuvo participación en el proceso*” (IC-2), por lo que no asegura un real interés en esta iniciativa. Sumado a lo anterior, SENADIS (que pertenece al MDSF) durante el proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.422, colocó ciertas dificultades en el reconocimiento de las personas Sordas y su lengua. A pesar de que dicha ley que reconoce a la comunidad Sorda y su lengua, menciona al sector salud, no menciona una implementación clara, a diferencia de como lo hace con el acceso a la LS en temas de educación y trabajo. Sería interesante identificar de qué manera se ve comprometida la autoridad con los tratados internacionales, específicamente con el tema de sanitario. La ex presidenta Bachelet, tenía compromisos en su agenda, debido a su estrecha relación con la ONU y los derechos migratorios.

## 5 Conclusiones

Se sugiere identificar los grupos de interés e identificar actores del Ministerio de Salud u otros Ministerios que dialoguen con salud, que se encuentren comprometidos con el tema de personas con discapacidad, para la solicitud y financiamiento de un Piloto en Salud. También el identificar *policy venues*, donde sea posible generar contactos locales con Municipios, actores clave como Alcaldes, Casa de la Discapacidad, Dirección Municipal en Salud, que tengan ya interés en el tema de la inclusión para generar iniciativas. Puesto que en general, los municipios avanzan más rápido que los Ministerios, muchos Municipios llevan a cabo iniciativas que después muestran al Ministerio, tal como ocurrió con el FIH.

A pesar de que la evidencia científica no jugó un gran rol inicial en la generación del facilitador intercultural migrante, sí tuvo un rol para perpetuarlo, puesto que posterior a esa fecha se observa un aumento progresivo de artículos científicos sobre la importancia del rol del facilitador intercultural migrante. Por ello, la academia podría jugar un rol reforzador, al realizar investigación durante las iniciativas locales generadas con facilitadores interculturales Sordos.

También se identifican elementos no transferibles desde la creación del FIH hacia la del FIS. La población migrante es mayor a la población Sorda, además el número de personas Sordas es más menos sostenido en el tiempo, a diferencia de la población migrante que tuvo un incremento muy notorio, haciendo muy visible su situación de vulnerabilidad y barreras idiomáticas. Además, las personas Sordas generalmente asisten con un familiar o conocido oyente, que funciona de intérprete, por lo que el problema podría no ser visibilizado por profesional sanitario<sup>78</sup>, a diferencia de la población migrante haitiana que no cuenta con esta red de apoyo.

En este momento pareciera que se encuentra abierta la ventana de oportunidad de incorporar al FIS. Dentro de esta ventana de oportunidad, uno de los objetivos para lograr este reconocimiento real de la LS en materia de acceso a la salud, sería la incorporación de la comunidad Sorda en el Departamento de Salud y Pueblos Indígenas e Interculturalidad.

Finalmente, es necesario un *policy entrepreneur* que acople la corriente de soluciones con la política. Por ello, existe una necesidad de un cambio de *policy image* por parte del MINSAL, lo que permitiría enmarcar el problema, al igual que con la población migrante de habla no hispana, como una barrera de acceso a la salud en igualdad de condiciones que el resto de la población.

## Referencias

ALEGRÍA PÉREZ, Francisco; REYES CORREA, Oscar. *Interculturalidad como escenario vital para el desarrollo de redes de apoyo de la mujer haitiana en la comuna de Quilicura*. 2015. Tesis (Doctoral) – Universidad Andrés Bello, Chile, 2015. Disponible en: [http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/5084/a114174\\_Alegria\\_F\\_Interculturalidad\\_como\\_escenario\\_%20vital\\_2015\\_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/5084/a114174_Alegria_F_Interculturalidad_como_escenario_%20vital_2015_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acceso en: 5 mayo 2022.

ASOCIACIÓN CHILENA DE MUNICIPALIDADES. *Estrategias comunales de inclusión de la población migrante: los casos de las comunas de Quilicura, Recoleta e Independencia*. Chile, 2015. Disponible en: <http://asociativismo.subdere.gov.cl/sites/default/files/TTR%20ACHM.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

BASTÍAS Juan *et al.* *La invisibilidad de las personas con discapacidad auditiva*. Centro de comunicación de las Ciencias, Universidad Autónoma de Chile, 2020. Disponible en: [https://ciencias.uautonoma.cl/noticias/discapacidad\\_auditiva/](https://ciencias.uautonoma.cl/noticias/discapacidad_auditiva/). Acceso en: 5 mayo 2022.

BAUMGARTNER, Frank R.; JONES, Bryan D. Agenda dynamics and policy subsystems. *The journal of Politics*, v. 53, n. 4, p. 1044-1074, 1991.

BAUMGARTNER, Frank R.; JONES, Bryan D. *Agendas and instability in American politics*. Chicago: University of Chicago Press, 2010.

BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO DE CHILE. *Chile y la migración: los extranjeros en Chile*. 2016. Disponible en: [https://www.bcn.cl/sit/actualidad-territorial/chile-y-la-migracion-los-extranjeros-en-chile/document\\_view2](https://www.bcn.cl/sit/actualidad-territorial/chile-y-la-migracion-los-extranjeros-en-chile/document_view2). Acceso en: 5 mayo 2022.

BUSTOS RUBILAR, Mario; FUENTES-LÓPEZ, Eduardo; CASTRO ABARCA, Patricia. Enfoques terapéuticos en centros de intervención para niños sordos en la región metropolitana de Chile: acceso en salud y educación. *Revista CEFAC*, v. 20, p. 313-323, 2018.

CABIESES, Báltica; BERNALES, Margarita; MCINTYRE, Ana María. *La migración internacional como determinante social de la salud en Chile: evidencia y propuestas para políticas públicas*. Chile: Universidad Del Desarrollo, 2017.

CAMARA DE DIPUTADOS. *Proyecto de ley*. Modifica la ley N° 20.422, que Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, en materia de capacitación de los funcionarios públicos para el uso de lengua de señas. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2018. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=44362&formato=pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

CAMPOS, Valeria; CARTES-VELÁSQUEZ, Ricardo. Developing competencies for the dental care of people with sensory disabilities: A pilot inclusive approach. *Cumburiyet Dental Journal*, v. 23, n. 2, p. 107-115, 2020.

CAMPOS, Valeria; CARTES-VELÁSQUEZ, Ricardo. Estado actual de la atención sanitaria de personas con discapacidad auditiva y visual: una revisión breve. *Revista médica de Chile*, v. 147, n. 5, p. 634-642, 2019.

CARDEMIL, Felipe *et al.* Análisis de Beneficio de Incidencia: Implante coclear infantil en el Hospital Barros Luco Trudeau período 2003 a 2011. *Revista de otorrinolaringología y cirugía de cabeza y cuello*, v. 73, n. 3, p. 219-224, 2013.

CARO Mariela, FLORES José, GARCÍA Lilian. *Mujeres Haitianas Gestantes en Vías de un Nuevo Amanecer en la Comuna de Quilicura*. 2016. Tesina (trabajo social) – Universidad Miguel de Cervantes, Chile, 2016. Disponible en: <https://www.umcervantes.cl/wp-content/uploads/2019/06/Mujeres-haitianas-gestantes-en-v%C3%ADas-de-un-nuevo-amanecer-en-la-comuna-de-Quilicura-TESINA-Mujeres-Haitianas.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

CHARRY, Wilson. El largo trayecto hacia la integración de los migrantes. *Revista Sur*, Chile, 2015. Disponible en: <https://www.revistasur.cl/revistasur.cl/2015/04/el-largo-trayecto-hacia-la-integracion-de-los-migrantes/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

COLEGIO DE MATRONAS Y MATRONES CHILE. *Regional Santiago participa en mesa sobre la pérdida de audición en embajada de Australia*. 2019. Disponible en: <http://www.matronas.cl/wp/tag/sordos-en-chile/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. *Estadísticas Migratorias del Departamento de Extranjería y Migración Nacional: Anuario Estadístico Ministerio del Interior y Seguridad Pública*. 2015. Disponible en: <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/04/AnuarioEstadisticoNacionalDEM2015.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. *Migración en Chile 2005-2014*. Chile: Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2016. Disponible en: <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/04/Anuario.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

DE MEULDER, Maartje. The legal recognition of sign languages. *Sign Language Studies*, v. 15, n. 4, p. 498-506, 2015.

DE RUYT, Felipe. *Capacitan en idioma créole a matronas para atender a creciente población haitiana migrante*. Emol.com, 19 abr. 2015. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2015/04/19/713280/haitianos.html>. Acceso en: 5 mayo 2022.

DÍA nacional de las personas sordas: desde plaza Italia a La Moneda marcharon para exigir derechos lingüísticos. *El Mostrador*, Chile, 1 sept. 2017. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/09/01/dia-nacional-de-las-personas-sordas-desde-plaza-italia-a-la-moneda-marcharon-cientos-de-personas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

DÍAZ, Constanza *et al.* Desarrollo de lenguaje en niños con implante coclear en centro terciario de salud: Serie clínica. *Revista de otorrinolaringología y cirugía de cabeza y cuello*, v. 78, n. 4, p. 343-352, 2018.

FAJARDO, Alex. *La revolución silenciosa de la comunidad sorda*. *El Mostrador*, 23 oct. 2019. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/agenda-pais/2019/10/23/la-revolucion-silenciosa-de-la-comunidad-sorda/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

FARFÁN, Corina; FUENTES, Lucía; ARANCIBIA, Margarita. Causas de sorderas profundas en niños chilenos asistentes a escuelas especiales para sordos. *Revista Chilena de Salud Pública*, v. 16, n. 2, p. 137-145, 2012.

FARFÁN, Xenia Fuster; OLAVE, Francisca Rebolledo. Interacciones dialógicas en el consultorio: migrantes haitianos y funcionarios de salud primaria. *Revista Perspectivas: Notas sobre intervención y acción social*, v. 24, p. 111-122, 2013.

FUENTES, Rodrigo. *La dura realidad de los migrantes haitianos en Chile*. Radio Universidad de Chile, 2016. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2016/09/25/la-dura-realidad-de-los-migrantes-haitianos-en-chile/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

FUNDACIÓN NELLIE ZABEL. *Nuestro principal propósito es*. 2022. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=159000&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>. Acceso en: 5 mayo 2022.

FUNDACIÓN NELLIE ZABEL. *Proyecto "Autonomía Lingüístico Cultural: La accesibilidad no es una opción"*. Fundación Nellie Zabel, 2020. Disponible en: <https://www.fnzchile.cl/ffoip-2020/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

FUNDACIÓN SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (SJM). *Migración en Chile*. Anuario 2019, un análisis multisectorial. Santiago, Chile, 2020. Disponible en: <https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/06/MIGRACION-EN-CHILE-V7.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

FUNDACIÓN SORDOS CHILENOS. *Problemas de acceso a la Salud para las personas Sordas*: El trabajo chileno. 2017. Disponible en: <https://sordoschilenos.cl/problemas-de-acceso-a-la-salud-para-las-personas-sordas-el-trabajo-chileno/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

GUZMÁN, Cristián; FUENTES-LÓPEZ, Eduardo; CARDEMIL, Felipe. Resultados del programa nacional de implantes cocleares y garantías explícitas en salud en beneficiarios pertenecientes al servicio de salud Aconcagua. *Revista de otorrinolaringología y cirugía de cabeza y cuello*, v. 80, n. 3, p. 273-279, 2020.

HERRERA, Valeria. Habilidad lingüística y fracaso lector en los estudiantes sordos. *Estudios pedagógicos*, Valdivia, v. 31, n. 2, p. 121-135, 2005.

HOSPITAL CLÍNICO FÉLIX BULNES. *Funcionarios más inclusivos*. Chile, 2018. Disponible en: <https://felixbulnes.cl/2018/08/22/funcionarios-mas-inclusivos/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

HOSPITAL DR. HERNÁN HENRÍQUEZ RAVENA. *Intérpretes y Facilitadores en Lengua de Señas Chilena se Suman al Voluntariado del HHHA*. 2020. Disponible en: <https://www.hhha.cl/?p=4438>. Acceso en: 5 mayo 2022.

- JÓVENES de todo Chile se capacitaron en lengua de señas. Chile: Diario Mayor, 31 agosto 2020. Disponible en: <https://www.diariomayor.cl/index.php/comunidad-u-mayor/estudiantes/1972-taller-lengua-de-senas-estudiantes-umayor>. Acceso en: 5 mayo 2022.
- KINGDON, John W. *Agendas, alternatives, and public policies*. 2nd. ed. NY: HaperCollins College Publisher, 1995.
- KINGDON, John W.; STANO, Eric. *Agendas, alternatives, and public policies*. Boston: Little, Brown, 1984.
- LADD, Paddy. *Understanding deaf culture*. UK: Multilingual Matters, 2003.
- LEPE, Paula. *Sordiministas, mujeres sordas*: “Hasta ahora el movimiento feminista nos había invisibilizado”. CNN Chile, 15 abr. 2019. Disponible en: [https://www.cnnchile.com/pais/mujeres-sordas-feministas-fundacion-nellie-zabel\\_20190415/](https://www.cnnchile.com/pais/mujeres-sordas-feministas-fundacion-nellie-zabel_20190415/). Acceso en: 5 mayo 2022.
- LINDBLOM, CHARLES E. The science of” muddling through”. *Public administration review*, p. 79-88, 1959.
- LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics, and choice. *Public administration review*, v. 32, n. 4, p. 298-310, 1972.
- MARDONES, Carolina. *Investigan si hospital de Arica negó atención a bebé boliviano que murió en Azapa*. Biobío Chile, 2014. <https://www.biobiochile.cl/noticias/2014/10/08/investigacion-si-hospital-de-arica-nego-atencion-a-bebe-boliviano-que-murio-en-azapa.shtml>. Acceso en: 5 mayo 2022.
- MARDONES, Francisco. *Más de mil personas sordas marchan para solicitar la aplicación del lenguaje de señas en todos los niveles*. Radio Universidad de Chile, 2010. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2010/09/27/mas-de-mil-personas-sordas-marchan-para-solicitar-la-aplicacion-del-lenguaje-de-senas-en-todos-los-niveles/>. Acceso en: 5 mayo 2022.
- MCKEE, Michael M. *et al.* Assessing health literacy in deaf American sign language users. *Journal of health communication*, v. 20, n. supl. 2, p. 92-100, 2015.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. *Estudio nacional de la discapacidad (ENDISC)*. Chile: Servicio Nacional de la Discapacidad, 2015.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. *Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) 2015*. Chile: Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2015. Disponible en: [http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen\\_2015.php](http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2015.php). Acceso en: 5 mayo 2022.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. *Funcionarios de Cesfam de Valparaíso y San Antonio aprenden lengua de señas gracias a Fondo Chile de Todas y Todas*. Chile: Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2017. Disponible en: <http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/funcionarios-de-cesfam-de-valparaiso-y-san-antonio-aprenden-lengua-de-senas-gracias-a-fondo-chile-de-todas-y-todas>. Acceso en: 5 mayo 2022.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA. *Se realizó el primer parto inclusivo del país en hospital regional de Coyhaique*. Chile: Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2019. Disponible en: <http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/se-realizo-el-primer-parto-inclusivo-del-pais-en-hospital-regional-de-coyhaique>. Acceso en: 5 mayo 2022.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN. *Se encuentra publicado perfil de Co-Educador Sordo de Lengua de Señas Chilena y Cultura Sorda*. Chile: Ministerio de Educación, 2018. Disponible en: <https://especial.mineduc.cl/se-encuentra-publicado-perfil-de-co-educador-sordo-de-lengua-de-senas-chilena-y-cultura-sorda/>. Acceso en: 5 mayo 2022.
- MINISTERIO DE SALUD. *Atención de salud en lengua de señas chilena*. Chile: Ministerio de Salud, Chile. 2020. Disponible en: <https://saludresponde.minsal.cl/atencion-de-salud-en-lengua-de-senas-chilena/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

MINISTERIO DE SALUD. *Guía Clínica Hipoacusia Neurosensorial Bilateral del Prematuro*. Chile: Ministerio de Salud, 2010.

MINISTERIO DE SALUD. *Guía de Práctica Clínica de Rehabilitación de Personas en Situación de Discapacidad por Hipoacusia Sensorioneural Severa a Profunda Bilateral*: Implante Coclear. Chile: Ministerio de Salud, 2008.

MINISTERIO DE SALUD. *Hospital de Osorno y cirugías de implante coclear*. Volver a escuchar (y sonreír). Chile: Ministerio de Salud, 2016. Disponible en: <https://www.minsal.cl/hospital-de-osorno-y-cirugias-de-implante-coclear-volver-a-escuchar-y-sonreir/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

MINISTERIO DE SALUD. *Integración de resultados y elaboración de recomendaciones y buenas prácticas*: Sistematización y evaluación piloto nacional de salud de migrantes internacionales. Chile: Ministerio de Salud, 2018.

MINISTERIO DE SALUD. *Protocolo 2018*: Dispositivo de Implante Coclear unilateral para Hipoacusia Sensorioneural Bilateral Severa o Profunda Postlocutiva. Chile: Ministerio de Salud, 2018. Disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/08/Hipoacusia-Sensorioneural-bilateral-severa-o-profunda-postlocutiva.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

MINISTERIO DE SALUD. *Salud del inmigrante*. Chile: Ministerio de Salud, 2019. Disponible en: <https://www.minsal.cl/salud-del-inmigrante/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

MINISTERIO DE SALUD. *Servicio de Salud Arica capacita a funcionarios en lengua de señas para mejorar atención*. Chile, Ministerio de Salud, 2015. Disponible en: <https://www.minsal.cl/servicio-de-salud-arica-capacita-a-funcionarios-en-lengua-de-senas-para-mejorar-atencion/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

MINISTERIO DE SALUD. Superintendencia de salud. *Hipoacusia neurosensorial bilateral del prematuro*. Chile: Ministerio de Salud, 2005.

MINISTERIO DE SALUD. Superintendencia de salud. *Tratamiento de hipoacusia moderada, severa y profunda en personas menores de 4 años*. Chile: Ministerio de Salud, 2016.

MORALES-ACOSTA, Gina V.; AGUILAR-CARO, Aura I. Diversidad sorda y violencia de género: restricción comunicativa en el uso de la lengua de señas en salud. *FEM: Revista de la Fundación Educación Médica*, v. 21, n. 6, p. 309-313, 2018.

MORALES, Carlos; MORALES, Karimme; RAHAL, Maritza. Calidad de vida en pacientes con implante coclear en Hospital Barros Luco Trudeau. *Revista de otorrinolaringología y cirugía de cabeza y cuello*, v. 78, n. 4, p. 353-362, 2018.

MUNICIPALIDAD DE ALTO HOSPICIO. *Funcionarios de la Salud Municipal se capacitan en el Taller de Lengua de Señas*. Chile, 2022. Disponible en: <https://maho.cl/web/funcionarios-de-la-salud-municipal-se-capacitan-en-el-taller-de-lengua-de-senas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

MUNICIPALIDAD DE EL BOSQUE. *CESEFAM Santa Laura abre la primera unidad de atención de salud para personas sordas del país*. Municipalidad El Bosque, 2018. Disponible en: <https://www.municipalidadelbosque.cl/noticias-elbosque/cesfam-santa-laura-abre-la-primera-unidad-de-atencion-de-salud-para-personas-sordas-del-pais/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

MUNTHALI, Alister C. *et al.* "This one will delay us": barriers to accessing health care services among persons with disabilities in Malawi. *Disability and rehabilitation*, v. 41, n. 6, p. 683-690, 2019.

PALMA, Francisca. *Académicos crean manual con puntos clave para atender en salud a personas con discapacidad auditiva*. Universidad de Chile, 2018. Disponible en: <https://www.uchile.cl/noticias/145520/academicos-crean-manual-para-atender-en-salud-a-personas-sordas>. Acceso en: 5 mayo 2022.

PALMA, Tamy. *Médico haitiano traduce a los enfermos*. La Tercera, 2017. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/medico-haitiano-traduce-los-enfermos/>. Acceso en: 5 mayo 2022.



QUINTANA, Laura. *Parir en negro, la realidad de las haitinas que son madres en Chile*. El Mostrador, 2017. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2017/05/14/parir-en-negro-la-realidad-de-las-haitianas-que-son-madres-en-chile-2/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

RED DE EMPRESAS INCLUSIVAS. *Kit comunicacional Día internacional de las personas Sordas*. 2020. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---act\\_emp/documents/event/wcms\\_755666.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/event/wcms_755666.pdf). Acceso en: 5 mayo 2022.

RED SALUD UC CHRISTUS. *Personas sordas podrán acceder a información de COVID-19 a través de sistema de video llamada con intérprete en lengua de señas*. Red Salud UC Christus, 2020. Disponible en: <https://www.ucchristus.cl/blog-salud-uc/articulos/2020/personas-sordas-podr%C3%A1n-acceder-a-informaci%C3%B3n-de-covid-19-a-trav%C3%A9s-de-sistema-de-video-llamada-con-int%C3%A9rprete-en-lengua-de-se%C3%B1as>. Acceso en: 5 mayo 2022.

REPÚBLICA DE CHILE. Dirección Servicio De Salud Central. *Resolución Exenta n. 1078*. Ministerio de Salud, 2015. Disponible en: <http://transparencia.redsalud.gob.cl/transparencia/public/ssmetrocentral/archivos/Res%201078.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

REPÚBLICA DE CHILE. *Instructivo Presidencial n. 5*. “Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria” Santiago, 2015. Disponible en <https://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

REPÚBLICA DE CHILE. *Instructivo Presidencial n. 9*. Imparte “Instrucciones sobre Política Migratoria”. Chile, 2008. Disponible en: <https://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/16.-%20Inst.%20N%C2%BA%209.pdf> Acceso en: 5 mayo 2022.

REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Desarrollo Social. *Ley n. 20.927*. Establece Normas Para El Acceso De La Población Con Discapacidad Auditiva A Información Proporcionada A Través De Concesionarias De Radiodifusión Televisiva De Libre Recepción Y Permisiónarias De Servicios Limitados De Televisión. Chile: Biblioteca Nacional Del Congreso, 2016. Disponible En: <https://www.bcn.cl/leychile/Navegar?Idnorma=1091913>. Acceso en: 5 mayo 2022.

REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Desarrollo Social. *Ley n. 21.015*. Incentiva la inclusión de personas con discapacidad al mundo laboral. Chile: Biblioteca Nacional del Congreso, 2017.

REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Desarrollo Social Y Familia. *Ley n. 21.303*. Modifica la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, para promover el uso de lengua de señas en los ámbitos educacional y laboral. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2021. Disponible en: <https://www.senado.cl/conozca-la-norma-que-promueve-el-uso-de-lengua-de-senas-en-los-ambitos/senado/2020-12-22/154308.html>. Acceso en: 5 mayo 2022.

REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio Del Interior. *Oficio Circular N° 1179*. Informa la suscripción de acuerdos tendientes a resolver situaciones migratorias de ciudadanos extranjeros que se indican. Departamento de Extranjería, 2003. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/fi lesapp/Ofi cio%20Circular%201179.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Planificación. *Ley n. 20.422 que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad*. Santiago: Diario Oficial de la República de Chile, 2010.

REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Salud. *Atención de Salud de Personas Inmigrantes*. Circular A 15 N°06. Chile: Ministerio De Salud, 9 jun. 2015. Disponible en: <https://www.saludarica.cl/wp-content/uploads/2016/12/15-migrantes-circular-A15-06-ministerio-de-salud-para-descarga.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Salud. *Decreto Supremo n. 67*. Modifica Decreto N° 110 de 2004, del ministerio de salud, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes. Chile, 2016. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1088253>. Acceso en: 5 mayo 2022.

REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Salud. *Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes*. Resolución Exenta N° 1266. Chile: Ministerio de Salud, 12 dic. 2014.

REPÚBLICA DE CHILE. Ministerio De Vivienda Y Urbanismo. *Decreto Supremo n. 50 que modifica la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción Chile*. 2016. Disponible en: <https://www.minvu.cl/elementos-tecnicos/decretos/ds-n-50-2015-accesibilidad-universal-oguc/> Acceso en: 5 mayo 2022.

RIVAL-CARRILLO, Diego; VALENZUELA-VALENZUELA, Amanda; CARTES-VELÁSQUEZ, Ricardo. Migración y trabajo, una revisión del contexto chileno actual. *CUHSO*, Temuco, v. 31, n. 1, p. 522-547, 2021.

ROJAS PEDEMONTE, Nicolás; AMODE, Nassila; RENCORET, Jorge Vásquez. Racismo y matrices de “inclusión” de la migración haitiana en Chile: elementos conceptuales y contextuales para la discusión. *Polis: Revista Latinoamericana*, v. 42, 2015.

ROJAS PEDEMONTE, N.; KOECHLIN, J. Migración Haitiana hacia el Sur Andino. *Migraciones: Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, v. 43, p. 187-188, 2017.

RUIZ, Carla. *Los 30 días de calvario de Joane Florvil*. La Tercera, 2017. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/los-30-dias-calvario-joane-florvil/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

SÁNCHEZ, Katherin et al. Haití, la nueva comunidad inmigrante en Chile. *Revista chilena de pediatría*, v. 89, n. 2, p. 278-283, 2018.

SANTO Tomás desarrolla inédito curso de lengua de señas para atención de personas sordas en el área de Salud Odontológica. G5 Noticias, 10 jul. 2020. Disponible en: <https://g5noticias.cl/2020/07/10/santo-tomas-desarrolla-inedito-curso-de-lengua-de-senas-para-atencion-de-personas-sordas-en-el-area-de-salud-odontologica/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO CENTRAL. *DAP realizó exitosa segunda versión de curso de dialecto kreyól y cultura haitiana*. Chile: Servicio de Salud Metropolitano Central, 2015. Disponible en: <https://www.ssmc.cl/dap-realizo-exitosa-segunda-version-de-curso-de-dialecto-kreyol-y-cultura-haitiana/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

SERVICIO NACIONAL DE DISCAPACIDAD (SENADIS). *Ministerio de Desarrollo Social y Familia destaca ley que reconoce a la lengua de señas como lengua oficial de las personas sordas*. Servicio Nacional de la Discapacidad, 2021. Disponible en: <https://www.senadis.gob.cl/region/coquimbo/d/portadas/8431/ministerio-de-desarrollo-social-y-familia-destaca-ley-que-reconoce-a-la-lengua-de-senas-como-lengua-oficial-de-las-personas-sordas#:~:text=En%20Chile%2C%20seg%20el%20Segundo,179.268%20personas%20tendr%C3%ADan%20sordera%20total>. Acceso en: 5 mayo 2022.

SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD (SENADIS). *En Concepción presentan OdontoSeñas 2.0*. Chile: SENADIS, 2017. Disponible en: [https://www.senadis.gob.cl/region/bio\\_bio/d/noticias/6755/en-concepcion-presentan-odontosenas-20](https://www.senadis.gob.cl/region/bio_bio/d/noticias/6755/en-concepcion-presentan-odontosenas-20). Acceso en: 5 mayo 2022.

SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD. *Programa de Apoyo a Estudiantes con Discapacidad en Instituciones de Educación Superior 2019*. Servicio Nacional de la Discapacidad, 2019. Disponible en: [https://www.senadis.gob.cl/pag/517/1806/programa\\_apoyos\\_a\\_estudiantes\\_con\\_discapacidad\\_en\\_instituciones\\_de\\_educacion\\_superior\\_2019\\_cerrado#:~:text=El%20programa%20dispone%20de%20%24443.750,en%20Instituciones%20de%20Educaci%C3%B3n%20Superior](https://www.senadis.gob.cl/pag/517/1806/programa_apoyos_a_estudiantes_con_discapacidad_en_instituciones_de_educacion_superior_2019_cerrado#:~:text=El%20programa%20dispone%20de%20%24443.750,en%20Instituciones%20de%20Educaci%C3%B3n%20Superior). Acceso en: 5 mayo 2022.

SOCIEDAD CHILENA DE OTORRINOLARINGOLOGÍA. *Hipoacusia, una patología en aumento*. Sociedad Chilena de Otorrinolaringología, 2019. Disponible en: <https://sochiorl.cl/web/post.php?id=63>. Acceso en: 5 mayo 2022.

SUBDIRECCIÓN DE ATENCIÓN PRIMARIA. *Programa de estudio: Aproximación sociocultural y contexto de inmigración*. Chile: Servicio de Salud Metropolitano Central, 2015 Disponible en: [https://www.ssmc.cl/wrdprss\\_minsal/wp-content/uploads/2015/02/DOSSIER-0\\_Curso\\_Facilitacion\\_en\\_Kreyol\\_Ayisyen.pdf](https://www.ssmc.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2015/02/DOSSIER-0_Curso_Facilitacion_en_Kreyol_Ayisyen.pdf). Acceso en: 5 mayo 2022.

SULCARAY, Nora. *Adherencia a los Programas de Salud de los Inmigrantes en el CEFAM Los Nogales Comuna de Estación Central*. 2015. Tesis de magíster (Trabajo Social) – Universidad Miguel de Cervantes, Santiago, 2015. Disponible en: <https://www.umcervantes.cl/wp-content/uploads/2019/06/Adherencia-a-los-Programas-de-Salud-de-los-Inmigrantes-en-el-CEFAM-Los-Nogales-Comuna-de-Estaci%C3%B3n-Central-.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

TELETRECE. *Llegada de haitianos a Chile crece 731% en los últimos tres años*. Teletrece (T13), 2016. Disponible en: <https://www.t13.cl/noticia/nacional/llegada-haitianos-chile-crece-731-ultimos-tres-anos>. Acceso en: 5 mayo 2022.

THAYER, Luis; CORREA, Sara; NOVOA, Tamara. *Plan de acogida y reconocimiento de migrantes y refugiados de la comuna de Quilicura*. Santiago: Universidad de Los Lagos, 2014. Disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/09/BP04Plan-acogida-y-reconocimiento-Quilicura-2014.pdf>. Acceso en: 5 mayo 2022.

UNITED NATIONS. Human Rights Office of the High Commissioners. *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. New York, Geneva: United Nations, 2014.

UNIVERSIDAD CATÓLICA. *Académicos UC crean estrategia para mejorar atención en salud de personas con discapacidad auditiva*. Chile: Universidad Católica, 2017. Disponible en: <https://medicina.uc.cl/noticias/academicos-uc-crean-estrategia-para-mejorar-atencion-en-salud-de-personas-con-discapacidad-auditiva/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

UNIVERSIDAD CATÓLICA. *Alumnos de medicina UC organizan y participan de taller de lengua de señas*. Chile: Universidad Católica, 2020. Disponible en: <https://medicina.uc.cl/noticias/alumnos-de-medicina-uc-organizan-y-participan-de-taller-de-lengua-de-senas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

UNIVERSIDAD CATÓLICA SILVA HENRÍQUEZ. *Conmemoración de la semana internacional de las personas sordas organizada por PACE USCH llamó a eliminar las barreras que impiden la inclusión*. 2019. Disponible en: <http://vinculacion.ucsh.cl/vinculacion/conmemoracion-de-la-semana-internacional-de-las-personas-sordas-organizada-por-pace-ucsh-llamo-a-eliminar-las-barreras-que-impiden-la-inclusion/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA. *Inédito en Chile: Psicólogos UPLA se capacitarán en lengua de señas*. 2020. Disponible en: <https://www.upla.cl/noticias/2020/06/02/inedito-en-chile-psicologos-upla-se-capacitaran-en-lengua-de-senas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

UNIVERSIDAD VIRTUAL. *Curso Aproximación sociocultural y contexto de inmigración*. Servicio de Salud Metropolitano Central, 2015. Disponible en: <http://cursosuvirtual.uvirtual.cl/course/index.php?categoryid=3>. Acceso en: 5 mayo 2022.

VIDAL, Sara. *Bocas tapadas: Las barreras del sistema de salud para las personas sordas*. Chile: Radio Universidad Católica, 2020. Disponible en: <http://www.radiouc.cl/las-barreras-del-sistema-de-salud-para-las-personas-sordas/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

WORLD FEDERATION OF THE DEAF (WFD). *Know and achieve your human rights toolkit*. 2017 Disponible en: <https://wfdeaf.org/our-work/human-rights-of-the-deaf/>. Acceso en: 5 mayo 2022.

## Agradecimientos

Dra. María Soledad Martínez, académica Universidad de Chile.

Este artículo fue generado enmarcado en el Programa de Doctorado de Salud Pública de la Universidad de Chile.

## Anexo A – Resoluciones y leyes

### Población migrante

2005. Decreto 84 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.

*Ministerio de Relaciones Exteriores*. Promúlgase la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada el 18 de diciembre de 1990; cúmplase y llévase a efecto como ley y publíquese copia autorizada de su texto en el Diario Oficial.

2003. Oficio Circular N° 1179: Atención de salud a mujeres embarazadas inmigrantes. *Ministerio del Interior – MINSA*

Decreto Supremo N° 67. Califica a migrantes internacionales como FONASA A

Circular A 15 N°4 9/06/2015- Determina respecto a la atención de salud a personas inmigrantes, que se desligará la atención de salud de la tramitación de permisos de residencia, situación que ha operado como barrera de acceso para que los derechos que se han asegurado se puedan ejercer en el caso de la atención de embarazadas, niños y niñas menores de 18 años y atenciones de urgencia.

Resolución Exenta N° 1266 del 12 de diciembre de 2014. Se crea el Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes.

Resolución Exenta N° 1308. Política de Salud de Migrantes Internacionales en Chile del 30 de octubre de 2017

### Personas Sordas/Discapacidad

#### Leyes promulgadas:

LEY 21168: Modifica la Ley de derechos y deberes ley N°20.584 a fin de crear el derecho a la atención preferente.

LEY 20927: Establece normas para el acceso de la población con discapacidad auditiva a información proporcionada a través de concesionarias de radiodifusión televisiva de libre recepción y permisionarias de servicios limitados de televisión

Leyes aprobadas por el Senado:

Modifica la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, para promover el uso de lengua de señas en los ámbitos educacional y laboral. 2020

### **Proyectos de ley:**

Modifica la ley N° 20.422, que Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, en materia de capacitación de los funcionarios públicos para el uso de lengua de señas

### **Guías:**

Salud Oral Integral para Menores de 20 años en Situación de Discapacidad que Requieren Cuidados Especiales en Odontología. Santiago: MINSAL, 2012.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**POLÍTICAS PÚBLICAS E AMBIENTE DIGITAL**

The cover features a photograph of a modern, white, multi-story building with a prominent central tower. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated figure is visible. The scene is set against a blue sky with scattered white clouds. The building's architecture is characterized by clean lines and large glass windows.

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

**¿Una segunda oportunidad?**  
protección de datos personales y  
autodeterminación informativa en  
una nueva Constitución chilena

**A second chance?** data  
protection and informational self-  
determination in a new Chilean  
Constitution

**Uma segunda oportunidade?**  
proteção de dados pessoais e  
autodeterminação informativa  
numa nova Constituição chilena

Pablo Contreras

# ¿Una segunda oportunidad? protección de datos personales y autodeterminación informativa en una nueva Constitución chilena\*

## A second chance? data protection and informational self-determination in a new Chilean Constitution

## Uma segunda oportunidade? proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa numa nova Constituição chilena

Pablo Contreras\*\*

### Resumen

El texto examina los problemas y desafíos en el reconocimiento de autodeterminación informativa en una nueva Constitución, en base a la revisión de las fuentes primarias y secundarias sobre protección de datos personales en Chile. El derecho a la protección de los datos personales fue consagrado en el año 2018 en la Constitución. Sin embargo, existe una práctica judicial que desconoce los rasgos centrales del derecho. Además, nuestro ordenamiento jurídico estructura un deficiente ecosistema de protección de datos. Este trabajo examina la jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 2018 para aportar insumos en la discusión constituyente sobre el reconocimiento de la autodeterminación informativa en una nueva Constitución. En base a esto, se explican los problemas de relativos al contenido y titularidad del derecho, por un lado, y de la garantía jurisdiccional y no jurisdiccional, por el otro. En este sentido, la deficiente recepción del derecho fundamental a la protección de datos personales en la Constitución chilena, junto a una legislación precaria y obsoleta, contribuyen a su desconocimiento y desprotección. El texto concluye con propuestas de factores a considerar en la redacción de un enunciado que establezca el derecho a la protección de datos personales, en una nueva Constitución, con el fin de precaver o evitar los problemas estudiados.

**Palabras clave:** protección de datos personales; autodeterminación informativa; privacidad; nueva Constitución.

### Abstract

The paper examines the issues and challenges in the recognition of informational self-determination in a new Constitution, based on a review of prima-

\* Recibido em 21/07/2021

Aprovado em 26/07/2022

Este trabajo es parte de la investigación financiada por Fondecyt Regular N° 1200362, del cual el autor es coinvestigador. Agradezco el apoyo de la Fundación Carolina por la beca de estancia posdoctoral en la Universidad de Valencia.

\*\* Doctor en Derecho, Northwestern University. Profesor asociado y miembro del claustro doctoral de la Universidad Central de Chile. Correo electrónico: pablo.contreras@ucentral.cl.



ry and secondary sources on personal data protection in Chile. The right to protection of personal data was enshrined in 2018 in the Constitution. However, there is a judicial practice that ignores the central features of the right. In addition, our legal system structures a deficient data protection ecosystem. This paper examines case law following the 2018 constitutional reform to provide input into the constituent discussion on the recognition of informational self-determination in a new Constitution. Based on this, issues concerning the content of the right and its entitlement, on the one hand, and of the jurisdictional and non-jurisdictional guarantee of the right, on the other, are explained. In this sense, the deficient reception of the fundamental right to the protection of personal data in the Chilean Constitution, together with a precarious and obsolete legislation, contribute to its ignorance and lack of protection. The text concludes with proposals to be considered in the drafting of a norm that should recognize right to the protection of personal data in a new Constitution, so as to prevent or to avoid the issues studied.

**Keywords:** data protection; informational self-determination; privacy; new Constitution.

## Resumo

O texto examina as questões e os desafios no reconhecimento da autodeterminação informativa numa nova Constituição, com base numa revisão das fontes primárias e secundárias sobre a protecção de dados pessoais no Chile. O direito à protecção de dados pessoais foi consagrado na Constituição de 2018. No entanto, existe uma prática judicial que ignora as características centrais do direito. Além disso, o nosso sistema jurídico estrutura um deficiente ecossistema de protecção de dados. Este documento examina a jurisprudência na sequência da reforma constitucional de 2018, a fim de contribuir para a discussão constituinte sobre o reconhecimento da autodeterminação informativa numa nova Constituição. Nesta base, explica as questões do conteúdo e da propriedade do direito, por um lado, e da garantia jurisdiccional e não-jurisdiccional, por outro. Neste sentido, a deficiente recepção do direito fundamental à protecção de dados pessoais na Constituição chilena, juntamente com uma legislação precária e obsoleta, contribuem para a sua ignorância e falta de protecção. O texto conclui com propostas de factores a considerar na elaboração de uma declaração que estabeleça o direito à protecção de dados pessoais numa nova Constituição, a fim de prevenir ou evitar os problemas estudados.

**Palavras-chave:** protecção de dados; autodeterminação informativa; privacidade; nova Constituição.

## 1 Introducción

El catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de 1980 ha sido prácticamente intocable y su matriz original se mantiene hasta el día de hoy<sup>1</sup>. Sólo dos derechos constitucionales han sido incorporados explícitamente en los numerales del artículo 19 de la Constitución. En primer lugar, se incorporó la libertad de creación artística, fruto de la reforma constitucional del año 2001 que eliminó la regla de censura cinematográfica<sup>2</sup>. El segundo caso fue la consagración del derecho a la protección de datos personales, diecisiete años después<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> CONTRERAS, P.; LOVERA, D. *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

<sup>2</sup> CHILE. *Ley N°19.742*. Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística. 25 de agosto de 2001. Disponible en: <http://bcn.cl/2k7c7>. Acceso en: 22 nov. 2021.

<sup>3</sup> CHILE. *Ley N°21096*. Consagra el derecho a la protección de datos personales. 16 de junio de 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/2f9w0>. Acceso en: 19 nov. 2021.

La autodeterminación informativa es un derecho que resguarda la facultad de autocontrol de los datos personales por parte de su titular<sup>4</sup>. En otros términos, se reconoce “la libre autonomía de la persona para controlar lo que ocurre con su información personal”<sup>5</sup>. Por ello, su contenido esencial comprende los atributos de acceso a los datos propios, su rectificación o la cancelación u oposición a determinados tratamientos de ellos<sup>6</sup>. Ello no obsta a que el legislador pueda complementar el derecho con otras facultades reconocidas en el derecho comparado, como la portabilidad de los datos personales<sup>7</sup> o los derechos relativos al tratamiento de datos a través de decisiones automatizadas<sup>8</sup>.

El derecho a la protección de datos personales fue incorporado primero, con rango legal, en el año 1999, con la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada (LPVP). La lógica de una legislación de este tipo siguió la estructura tradicional de garantía de derechos de carácter privado: una serie de reglas primarias que fijaron facultades para los titulares de datos y obligaciones para los responsables del tratamiento de los mismo, acompañado de una tutela jurisdiccional del derecho. Se pensaba que la adecuada garantía del derecho se lograría a través de un *habeas data* de rango legal y de competencia de los jueces de letras en lo civil. En efecto, civilistas como Corral manifestaron que se trata de una acción diseñada “para otorgar protección expedita al que se ve afectado por el tratamiento de datos de carácter personal”<sup>9</sup>. Y la regulación del art. 16 LPVP tenía por objeto abreviar y facilitar la vía jurisdiccional.

Sin embargo, como bien se señaló desde temprano, la ausencia de una autoridad de control de protección de datos personales, “obliga a los particulares a recurrir a los Tribunales de Justicia, lo que significa necesariamente alto costo para las víctimas y largo tiempo de espera, aun cuando se haya hecho un esfuerzo legislativo por abreviar los plazos”<sup>10</sup>. Un modelo iusprivatista de tutela del derecho favorece la lógica jurisdiccional tradicional de garantía, aunque el derecho comparado ya había transitado a un modelo con una agencia o autoridad de control<sup>11</sup>, es decir, un aparato administrativo y polifuncional que no sólo tramita los *habeas data* sino también regula, fiscaliza y sanciona los incumplimientos a la ley.

<sup>4</sup> En general, véase PIÑAR, J. L. Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro. In: MURILLO, P. L.; PIÑAR, J. L. *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.; MURILLO, P. L. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad. In: MURILLO, P. L.; PIÑAR, J. L. *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. En Chile, véase a CERDA, A. Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos. *Revista de Derecho Informático*, [S. l.], n. 3, 2003.; NOGUEIRA, H. Autodeterminación informativa y *habeas data* en Chile e Información Comparativa. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, [S. l.], v. 11, n. 2, 2005.; ÁLVAREZ, D. Editorial: la protección de datos personales en contextos de pandemia y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 1-4, 2020.; CONTRERAS, P. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 18, n. 2, 2020.

<sup>5</sup> DAVARA, I. *Diccionario de protección de datos personales*. Ciudad de México: INAI, 2019. p. 85.

<sup>6</sup> SILVA, P. Chile. In: INTERNATIONAL ASSOCIATION PRIVACY PROFESSIONAL. *Guía de privacidad para América Latina*. Portsmouth: IAPP, 2021. p. 65-68.; JERVIS, P. Derechos del titular de datos y *habeas data* en la Ley 19.628. *Revista de Derecho Informático*, [S. l.], n. 3, 2003.

<sup>7</sup> SANTAMARÍA, F. J. El derecho a la portabilidad: un nuevo derecho esencial en materia de protección de datos (Comentario al artículo RGPD y al artículo 17 LOPDGDD). In: TRONCOSO, A. *Comentario general al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Digitales*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2021. p. 1655-1680.

<sup>8</sup> SANCHO, D. Las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (Comentario al artículo 22 RGPD). In: TRONCOSO, A. *Comentario general al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Digitales*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2021. p. 1725-1746.

<sup>9</sup> CORRAL, H. De los derechos de las personas sobre los responsables de bancos de datos: el *Habeas Data* Chileno. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Bogotá, n. 5, p. 50, 2001.

<sup>10</sup> GONZÁLEZ, H. F. Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Bogotá, n. 5, p. 177, 2001.

<sup>11</sup> BIEKER, F. Enforcing Data Protection Law: the Role of the Supervisory Authorities in Theory and Practice. In: LEHMANN, A. et al. (ed.). *Privacy and Identity Management: Facing up to Next Steps*. London: Springer, 2016. p. 125-139.; LYNSKEY, O. The ‘Europeanisation’ of Data Protection Law. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, [S. l.], v. 19, p. 252-286, 2017.; HIJMANS, H. Independent supervisory authorities (Articles 51-59). Section 1. Independent status. Article 51. Supervisory authority. In: KUNER, C. et al. (ed.). *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2020.; BERTONI, E. Convention 108 and the GDPR: Trends and perspectives in Latin America. *Computer Law & Security Review*, [S. l.], v. 40, 2021.

La inclusión constitucional del derecho a la protección de datos personales responde a la necesidad de reconocer explícitamente un derecho distinto del derecho de respeto y protección de la vida privada y, además, estratégicamente, se buscó forzar al legislador para conducir una reforma legislativa profunda que reestructurara nuestro ecosistema de protección de datos personales<sup>12</sup>. Tras veinte años de la vigencia de la LPVP, es posible concluir que existen importantes fallas y vacíos en la tutela de la autodeterminación informativa. El problema es que el objetivo de la reforma constitucional de 2018, en sede legislativa, no se ha cumplido a la fecha y ahora se topa con un proceso constituyente en curso.

La discusión de un nuevo catálogo de derechos fundamentales presenta una oportunidad para reescribir este derecho, intentando salvar algunas de las dificultades de realización y tutela que presenta hasta el día de hoy. Parte del escaso debate sobre el reconocimiento constitucional de este derecho, da cuenta de esta necesidad. Así, por ejemplo, Donoso sostiene que “no cabe duda que es relevante y urgente perfeccionar el reconocimiento de la protección de datos personales como un derecho fundamental” y que se debe especificar los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición (“ARCO”) y portabilidad<sup>13</sup>.

Zaror, por su parte, afirma que la norma actualmente vigente es un “punto de partida” para el debate constituyente, sumando también el reconocimiento de los derechos ARCO y agregando el derecho a no ser perfilado o localizado (pero sin mencionar la facultad de portabilidad)<sup>14</sup>. Además, advierte las falencias del Estado ante la ausencia de una institucionalidad a cargo de la garantía del derecho<sup>15</sup>.

Oñate, por último, propone cuatro elementos para el futuro reconocimiento constitucional de la autodeterminación informativa: i) consagrar el derecho y hacer referencia a los derechos ARCO; ii) un mandato al legislador para regular el derecho e incluir los principios de “licitud y consentimiento”; iii) que la reserva legal haga referencia a una autoridad de control a cargo de la garantía del derecho; y iv) incorporar el *habeas data* en la Constitución<sup>16</sup>.

A diferencia de los trabajos citados, este artículo pretende abordar el desafío del reconocimiento constitucional de la autodeterminación informativa, en una nueva Constitución, pero recogiendo tanto los debates que dieron origen a su positivización, el 2018, como la escasa práctica jurisprudencial que le ha seguido entonces. No existe, en la literatura nacional, un examen crítico de la jurisprudencia sobre el derecho a la protección de datos personales<sup>17</sup>. La evaluación que de ella se haga permite defender ciertas posiciones de *lege ferenda* en el debate constituyente. La forma en que se tipifique el derecho impactará directamente en la legislación vigente, en los contratos, los términos y condiciones de servicio, las políticas de privacidad y, en general, en el tipo de regulación que se fije. Materias como la titularidad del derecho, las reglas de responsabilidad, los aspectos indemnizatorios y el procedimiento mismo de tutela son, en alguna medida, tributarias de la definición constituyente que se adopte respecto de la autodeterminación informativa. Por ello, se advierten algunas de las dificultades que ha enfrentado la tutela de este derecho, abogando por una tipificación iusfundamental que se haga cargo de tales deficiencias en su garantía.

<sup>12</sup> CONTRERAS, P. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 114-115, 2020.

<sup>13</sup> DONOSO, L. *Carta magna digital: sociedad de la información y tercera ola de datos abiertos*. 2021. Disponible en: <https://flacsochile.org/carta-maga-digital-sociedad-de-la-informacion-y-tercera-ola-de-datos-abiertos/>. Acceso en: 20 nov. 2021.

<sup>14</sup> ZAROR, D. *Carta magna digital: sociedad de la información y tercera ola de datos abiertos*. 2021. Disponible en: <https://flacsochile.org/carta-maga-digital-sociedad-de-la-informacion-y-tercera-ola-de-datos-abiertos/>. Acceso en: 20 nov. 2021.

<sup>15</sup> ZAROR, D. *Carta magna digital: sociedad de la información y tercera ola de datos abiertos*. 2021. Disponible en: <https://flacsochile.org/carta-maga-digital-sociedad-de-la-informacion-y-tercera-ola-de-datos-abiertos/>. Acceso en: 20 nov. 2021.

<sup>16</sup> OÑATE, E. La autodeterminación informativa en la nueva Constitución. *En Estrado*, 2021. Disponible en: <https://enestrado.com/la-autodeterminacion-informativa-en-la-nueva-constitucion-por-emilio-onate/>. Acceso en: 20 nov. 2021.

<sup>17</sup> Una excepción se encuentra en la mención que hace –aunque sin desarrollar la crítica– la editorial de ÁLVAREZ, D. Editorial: la protección de datos personales en contextos de pandemia y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 1-4, 2020. respecto del derecho al olvido, la utilización masiva del número único de identificación nacional y respecto de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia.

El presente trabajo estudia las principales fuentes primarias y secundarias que han analizado la vigencia de la LPVP, entre 1999 a la actualidad, y aquellas con posterioridad a la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa, con base a los principales problemas que han impedido la protección del derecho. Se analiza, principalmente, la dogmática que ha estudiado la protección de datos personales, bajo el derecho chileno y cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema ha impactado en los problemas que son materia de este artículo. A partir de ello, se reconstruyen los principales argumentos relativos a la constitucionalización del derecho, la determinación de su titular y las dificultades de precisión del objeto de la protección iusfundamental, sobre la base de una ausencia de debidas garantías para su cautela. En este sentido, la deficiente recepción del derecho fundamental a la protección de datos personales en la Constitución chilena, junto a una legislación precaria y obsoleta, contribuyen a su desconocimiento y desprotección.

El trabajo se estructura de la siguiente forma. Primero, revisa resumidamente la trayectoria y contenido del derecho a la autodeterminación informativa bajo la Constitución chilena, pasando de un derecho “implícito” a uno positivizado en el texto del artículo 19, No. 4. Luego, el texto explica tres problemas que la práctica jurisprudencial posterior a la reforma constitucional no ha podido sortear, coherentemente, con el reconocimiento de este nuevo derecho; a saber, el problema de la invisibilización, el de la titularidad y el del objeto del derecho fundamental. A partir de ello, la siguiente sección examina la principal falencia del ecosistema de protección de datos personales: las garantías del derecho en cuestión. Sobre la base de la clasificación entre garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales, el texto plantea consolidar un sistema de tutela de la autodeterminación informativa que contemple el deber de institucionalizar una autoridad de control independiente, conforme a los estándares internacionales.

El paper concluye que, si bien fue un avance importante el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de datos personales, en 2018, el proceso constituyente brinda una oportunidad de mejorar su tipificación iusfundamental y sentar la bases de su futura consolidación legal. Los resultados obtenidos, por lo tanto, son coherentes con las necesidades de cambio constitucional y con las posibilidades de una mejor tipificación del derecho a la autodeterminación informativa en el sistema jurídico chileno.

## 2 La reciente inclusión de la autodeterminación informativa en la Constitución de 1980

El reconocimiento constitucional explícito y reciente del derecho a la protección de datos personales es fruto de una insatisfacción respecto de su tutela efectiva<sup>18</sup>. En efecto, la LPVP sólo ha motivado un escaso número de acciones de *habeas data*, en procedimientos extensos y costosos para los titulares de datos y sin generar una jurisprudencia civil relevante sobre tratamientos ilegales de datos personales<sup>19</sup>. La legislación tuvo por objeto generar un marco para el tratamiento de datos personales pero sin considerar sanciones adecuadas para las infracciones a la ley, con un sistema de información insuficiente para las personas y sin una autoridad de control a cargo del *enforcement* de la ley<sup>20</sup>.

En el mismo proyecto de reforma constitucional que dio origen a la Ley No. 21.096 se argumentaba lo siguiente:

<sup>18</sup> VIOLLIER, P. *El Estado de la Protección de Datos Personales en Chile*. Santiago: Derechos Digitales, 2017.

<sup>19</sup> ÁLVAREZ, D. Acceso a la información pública y protección de datos personales: ¿puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos?. *Revista de Derecho*, Antofagasta, año 23, n. 1, p. 51-79, 2016.

<sup>20</sup> ARRIETA, R. Chile y la Protección de Datos Personales: compromisos internacionales. In: ARRIETA, R.; REUSSER, C. (coord.). *Chile y la Protección de Datos Personales*. Santiago: Expansiva UDP, 2009. p. 18. En la misma línea, CAMACHO, G. La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información en la legislación chilena. *Revista de Gestión Pública*, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 81, 2014; VIOLLIER, P. *El Estado de la Protección de Datos Personales en Chile*. Santiago: Derechos Digitales, 2017. p. 47. Con relación a la pandemia, véase a ÁLVAREZ, D. Editorial: la protección de datos personales en contextos de pandemia y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 1, 2020.

[d]esde hace un tiempo la institucionalidad de la protección de datos en el país se ha visto severamente cuestionada, en especial por la falta de certezas sobre tratamiento del flujo de información. En rigor, la ausencia de una institucionalidad específica e independiente que sirva para cautelar efectivamente los derechos asociados al tratamiento de datos han significado graves cuestionamientos a personas jurídicas de derecho público y privado por parte de la sociedad civil, el mundo académico y el periodismo de investigación<sup>21</sup>.

Evidentemente, la garantía del derecho no se define, única y exclusivamente, a nivel constitucional. Es más, podría afirmarse que su tutela depende, en mayor medida, de un ecosistema con garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales, a nivel constitucional y legal. Pero no está de más recordar que la autodeterminación informativa fue reconocida a nivel constitucional como una respuesta, desde el Congreso Nacional, a la insuficiencia tutelar de nuestro ordenamiento jurídico y a la demora en la reforma de la política pública sobre protección de datos personales<sup>22</sup>. Desde la moción misma se argumentó que la reforma constitucional buscaba ser un “paraguas” para una futura reforma legal, que establezca una agencia de protección de datos personales<sup>23</sup>.

Pero además de ello, se buscaba constitucionalizar la autodeterminación informativa para separarlo del derecho al respeto y protección de la vida privada<sup>24</sup>. Antes de 2018<sup>25</sup>, los tribunales entendían que el derecho a la protección de datos personales era un derecho implícito<sup>26</sup>, adscrito iusfundamentalmente al derecho al respeto y protección de la vida privada. El Tribunal Constitucional chileno resumía esta posición de la siguiente forma:

la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación informativa. [...] Ello se traduce en el control de las personas sobre sus datos y comprende el derecho a saber sobre la existencia de ficheros o archivos de registro de información de carácter personal, públicos o privados, cuáles son sus finalidades y quiénes son los responsables de los mismos, de manera que las personas concernidas puedan conocer los datos propios contenidos en dichos archivos o ficheros, teniendo el derecho a actualizarlos o a solicitar mediante el recurso de habeas data su rectificación o cancelación<sup>27</sup>.

Esta forma de reconocimiento iusfundamental se efectúa a través de la determinación del contenido de un derecho específico, cual es, el respeto y protección de la vida privada. Por ello se declara una “estrecha

<sup>21</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley No. 21.096 Consagra el Derecho a Protección de Datos Personales*. 2018. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file\\_ley/7551/HLD\\_7551\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/7551/HLD_7551_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf). Acceso en: 24 abr. 2019.

<sup>22</sup> CONTRERAS, P. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 114-115, 2020.

<sup>23</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley No. 21.096 Consagra el Derecho a Protección de Datos Personales*. 2018. p. 60. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file\\_ley/7551/HLD\\_7551\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/7551/HLD_7551_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf). Acceso en: 24 abr. 2019. (opinión del exsenador Harboe).

<sup>24</sup> CONTRERAS, P. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 98, 2020.

<sup>25</sup> QUEZADA, F. La protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 125-147, 2012.

<sup>26</sup> Sobre derechos implícitos, véase a ALDUNATE, E. *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2008. p. 345 y ss.; CONTRERAS, P. ¿Derechos implícitos? notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental. In: NÚÑEZ, J. I. (coord.). *Nuevas perspectivas en derecho público*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2011.; CANDIA, G. Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014. *Revista de Derecho*, Coquimbo, v. 21, n. 1, p. 497-521, 2014.

<sup>27</sup> CHILE. Tribunal Constitucional. *Sentencia rol 1732-10*. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jorge Cabezas Villalobos y otros respecto del artículo décimo, letra h; de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos Rol N° 945-2010 sobre reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia. Y, CHILE. Tribunal Constitucional. *Sentencia rol 1800-10*. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Televisión Nacional de Chile respecto de los artículos décimo h) y 33 b) de la Ley N° 20.285, en los autos Rol N° 945-2010 sobre reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia. Considerando 25.

relación” entre éste y la autodeterminación informativa. Es una suerte de anclaje en un artículo de la Constitución para brindar la tutela iusfundamental.

El problema de la adscripción de un derecho implícito radica en la reconstrucción del tipo iusfundamental que reconocería el derecho<sup>28</sup>. Si bien todas las normas de derecho fundamental gozan de un alto grado de indeterminación, la positivización provee una base semántica que permite reducir las brechas de significado en torno a la fisonomía del derecho. Un derecho “implícito” es un derecho *precario*, en el sentido que su reconocimiento depende de la interpretación que los operadores hagan del mismo y no de una norma positiva iusfundamental. Además, es limitado en su comprensión, puesto que se entiende como un *derivado* de otro derecho.

A diferencia del derecho al respeto y protección de la vida privada, la autodeterminación informativa comprende también la protección de datos personales públicos y habilita un espacio de autonomía digital, en un mundo informatizado. En consecuencia, va más allá de la intimidad o la privacidad y se relaciona con la protección de la autonomía y la igualdad de sujetos informacionales (*informational persons*), en donde nuestra información y nuestros datos “están profundamente entrelazados en lo que somos, y si nos priváramos de ellos, ya no podríamos ser las personas que antes éramos sin esfuerzo”<sup>29</sup>. El autocontrol sobre la propia información, por lo tanto, es una condición de agencia política, económica y social en el contexto de sociedades dataficcadas<sup>30</sup>, considerando la posibilidad de autoidentificación en términos relacionales<sup>31</sup>.

Por ello, el reconocimiento positivo de la autodeterminación informativa debiese superar la precariedad que, hasta el 2018, sufrió en nuestro ordenamiento jurídico y aminorar algunos de los problemas que subsisten hasta hoy. En otros términos, el hecho de la positivización explícita de un derecho reduce el ámbito de las controversias interpretativas posibles en torno a éste. Nos ahorra discutir si el derecho está protegido o no (o si depende de otro derecho<sup>32</sup>), pero además nos brinda pistas sobre si tiene una regla de desarrollo a través de una reserva de ley, si tiene cualificación en la atribución de la titularidad del derecho, si existen modulaciones en cuanto al objeto de protección o sus destinatarios, entre otras múltiples cuestiones. Por lo tanto, la determinación del tipo iusfundamental es una materia crítica de cara a su operatividad práctica. En el caso de la autodeterminación informativa, además, es relevante para su correcta conceptualización —diferenciada del derecho al respeto y protección de la vida privada— y una adecuada aplicación jurisprudencial.

En el trabajo de redacción de una nueva Constitución, el establecimiento del tipo iusfundamental que recoge la autodeterminación informativa debiese resolver algunos de los problemas de la práctica jurisprudencial. Antes de sugerir una opción de *lege ferenda* sobre posibles enunciados, debe revisarse la jurisprudencia reciente que ha aplicado —u omitido— el derecho a la protección de datos personales. Esto se analiza a continuación.

<sup>28</sup> Sobre el tipo iusfundamental, véase ALDUNATE, E. *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2008. p. 133.; ÁLVEZ, A. Tipicidad de los derechos fundamentales. In: CONTRERAS, P.; SALGADO, C. (ed.). *Manual sobre derechos fundamentales: teoría general*. Santiago: LOM, 2017.

<sup>29</sup> KOOPMAN, C. *How we became our data: a genealogy of the informational person*. Chicago: the University of Chicago Press, 2019. p. 4-5.

<sup>30</sup> BURDON, M. *Digital data collection and information privacy law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 104-113. Sobre el concepto de *dataficcación*, véase a MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. *Big data: a revolution that will transform how we live, work, and think*. Boston: Eamon Dolan, 2013. p. 126.

<sup>31</sup> HILDEBRANDT, M. *Smart technologies and the end(s) of law*. Cheltenham: Edward Elgard Pub, 2015. p. 80-88.

<sup>32</sup> MOMBORG, R. Guest Editor's Note: privacy law in Chile: recent developments. *Global Privacy Law*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 110-111, 2021. Sostiene que el reconocimiento constitucional del derecho eleva su protección a un derecho constitucional autónomo.

### 3 Precaviendo tres problemas: invisibilización, titularidad y objeto del derecho en la práctica jurisprudencial

Pese a que Chile tiene una legislación de protección de datos personales desde 1999, la práctica jurisprudencial, especialmente a nivel de acciones de protección, es relativamente reciente. En este apartado se revisan tres problemas que impactan en la redacción de un nuevo enunciado iusfundamental que recoja el derecho a la protección de datos personales.

#### 3.1 El problema de la invisibilización del derecho a la protección de datos personales

El primer problema es el de la invisibilización del derecho. La expresión “invisibilización” es metafórica y se refiere al hecho en que, pese a que se reconoce como un derecho fundamental, la protección de datos personales no juega ningún rol relevante en ciertas decisiones o derechamente es omitido en su conceptualización y aplicación. El problema de la invisibilización es uno de los reflejos de la precariedad de un derecho implícito. Pero la invisibilización se mantiene incluso con el reconocimiento positivo del derecho, es decir, con posterioridad a la reforma constitucional de 2018. Dos ejemplos pueden ilustrar este fenómeno.

##### 3.1.1 La jurisprudencia sobre el “derecho al olvido”

En primer lugar, la jurisprudencia sobre el denominado “derecho al olvido” se ha estructurado sobre la base de una ponderación entre el derecho a la vida privada y la libertad de expresión<sup>33</sup>. El derecho al olvido es una nomenclatura europea<sup>34</sup> que se le da a un derecho a ser “desindexado”<sup>35</sup>, cubierto por la facultad de eliminación o cancelación de datos personales<sup>36</sup>, a partir del denominado caso *Costeja* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>37</sup>. La decisión zanjó que la actividad de indexación de datos es un tratamiento de datos personales (distinto al que efectúa el autor del sitio web original) Además de ello, el gestor del motor de búsqueda es responsable del tratamiento y las personas naturales tienen el derecho de solicitar la supresión o bloqueo del tratamiento de sus datos, conforme a la normativa europea<sup>38</sup>. Esta aproximación, desde las facultades mismas del derecho a la protección de datos personales, es lo que se hecha en falta en nuestra jurisprudencia (al menos en su análisis).

En Chile, la discusión sobre el derecho al olvido se da en diversos niveles, especialmente en los casos en que un recurrente solicita la desindexación de un dato personal en un motor de búsqueda –como Google– y/o la eliminación de información publicada en un sitio web. La jurisprudencia de la Corte Suprema

<sup>33</sup> Sobre el “derecho al olvido”, en Chile, véase *por todos* MUÑOZ, A. Eliminación de datos personales en internet: el reconocimiento del derecho al olvido. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 4, n. 2, 2016.; PICA, R. El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno: comentario a la sentencia de protección Rol N° 22243-2015 de la Corte Suprema. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 309-318, 2016.; LETURIA, F. Fundamentos jurídicos del derecho al olvido: ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?. *Revista Chilena de Derecho*, [S. l.], v. 43, n. 1, p. 91-113, 2016.; ANGUITA, P. *Acciones de protección contra Google*. Santiago: Librotecnia, 2016.; REUSSER, C. *Derecho al Olvido: la protección de datos personales como límite a las libertades informativas*. 2. ed. Santiago: Ediciones Der, 2021.; VIOLLIER, P.; ORTIZ, L. Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 77-109, 2021.

<sup>34</sup> JONES, M. L. *Ctrl+Z: the right to be forgotten*. New York: New York University Press, 2016. p. 21.

<sup>35</sup> AUSLOOS, J. *The right to erasure in EU data protection law: from individual rights to effective protection*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 6-7.

<sup>36</sup> COPPEL, P. *Information rights: commentary*. 5. ed. Oxford: Hart Pub, 2020. v. 1. p. 250-251.

<sup>37</sup> UNIÓN EUROPEA. Tribunal de Justicia. *Sentencia C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*. 13 de mayo de 2014.

<sup>38</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “Google Spain and inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12*. Article 29 Data Protection Working Group. 2014. Disponible en: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/667236>. Acceso en: 25 jul. 2021.

ha negado que exista un derecho al olvido en Chile<sup>39</sup>. En efecto, la jurisprudencia del máximo tribunal ha sostenido que

el denominado derecho al olvido que invoca el recurrente no está establecido en nuestra legislación, por lo que la decisión de otorgar la cautela jurisdiccional que se invoca debe ser analizada desde la perspectiva de los derechos que se pueden ver afectados, el de la libertad de información y el derecho a la honra [...] <sup>40</sup>.

Tal como han destacado Viollier y Ortiz, sólo la doctrina minoritaria ha abordado el “derecho al olvido” como una manifestación de la facultad de cancelación que forma parte de la autodeterminación informativa<sup>41</sup>. En efecto, sólo Anguita<sup>42</sup> y Reusser<sup>43</sup> encuadran el problema bajo la conceptualización del derecho de cancelación. El resto de los autores lo aborda de una manera más general, considerando los problemas que suscita en su ponderación con la libertad de expresión<sup>44</sup>.

Reusser ha sido elocuente en recriminar la ausencia de un análisis del derecho de cancelación<sup>45</sup>: “habiéndose establecido judicialmente que la información en los diarios y periódicos no era veraz, el derecho a informar debe ceder en favor de la honra, a través del ejercicio de una facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, como es el derecho de cancelación, por lo que procede que las noticias (que ya no son noticias) sean eliminadas”<sup>46</sup>. Como se ha sugerido en la literatura comparada, probablemente exista un problema de traducción de cómo funciona el denominado “derecho al olvido” bajo las reglas de protección de datos de la Unión Europea y cómo se ha trasladado a otras jurisdicciones<sup>47</sup>. Más allá de la solución jurisprudencial a la que han arribado las cortes, este breve análisis demuestra que el derecho a la protección de datos personales no desempeña un rol protagónico en las decisiones sobre derecho al olvido.

### 3.1.2 La jurisprudencia sobre “funas” en redes sociales

En segundo lugar, existen diversas sentencias de recursos de protección en contra de “funas” por redes sociales. La “funa” puede tener diversos objetos: denunciar un hecho o conducta, denostar o protestar contra alguien, visibilizar un reclamo o, en general, la exposición pública de un testimonio contra una situación que se estima injusta<sup>48</sup>. En materia de posteos en redes sociales, los casos suelen argumentarse entre los derechos del art. 19 No. 4 y la libertad de expresión, establecida en el art. 19 No. 12 de la Constitución. El grueso de la argumentación se basa en la tutela de la honra del recurrente y el derecho implícito a la propia

<sup>39</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 140332-2020*. Acción de protección. Considerando 3.

<sup>40</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 140.332-2020*. Acción de protección. Considerando 3. Véase también CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 54-2020*. Acción de protección. Considerando 5. CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 13212-2018*. Acción de protección. Considerando 20.

<sup>41</sup> VIOLLIER, P.; ORTIZ, L. Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 77-109, 2021.

<sup>42</sup> ANGUITA, P. *Acciones de protección contra Google*. Santiago: Librotecnia, 2016.

<sup>43</sup> REUSSER, C. *Derecho al Olvido: la protección de datos personales como límite a las libertades informativas*. 2. ed. Santiago: Ediciones Der, 2021.

<sup>44</sup> VIOLLIER, P.; ORTIZ, L. Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 84-88, 2021.

<sup>45</sup> A propósito de CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 5493-2019*. Acción de protección.

<sup>46</sup> REUSSER, C. *Derecho al Olvido: la protección de datos personales como límite a las libertades informativas*. 2. ed. Santiago: Ediciones Der, 2021.

<sup>47</sup> STODDART, J. Lost in translation: transposing the right to be forgotten from different legal systems. *In: COFONE, I. N.* (ed.). *The right to be forgotten: a Canadian and comparative perspective*. London: Routledge, 2020. p. 17-18.

<sup>48</sup> Sobre el concepto de funa o escrache, véase JANCIK, I. Feminismo y punitivismo: análisis del surgimiento de funas a varones en Argentina. *Revista Némesis*, [S. l.], v. 16, p. 49-59, 2020.



imagen<sup>49</sup>. Si bien hay fallos con alusiones tangenciales al derecho a la protección de datos personales<sup>50</sup>, este derecho no cumple ningún rol operativo en la decisión.

Lo interesante es que, para fundamentar la ilegalidad de la conducta de la *funa*, se recurre a la LPVP. Nótese cómo procede la Corte Suprema en materia de las imágenes de quienes son *funados*. Cuando se revisa el derecho involucrado, las sentencias argumentan sobre la base de un derecho implícito a la propia imagen<sup>51</sup>. Pero para dar cuenta, tanto de las facultades que brinda el derecho en cuestión, como para la determinación de la legalidad de la conducta de la recurrida, el razonamiento judicial descansa en la legislación que desarrolla el derecho a la protección de datos personales, esto es, la LPVP. La Corte entiende que la imagen es un dato sensible del titular, porque “da cuenta de las características físicas de las personas”<sup>52</sup> —recurriendo a la definición del art. 2, letra f) LPVP—.

Si el posteo carece de consentimiento previo del titular, entonces la publicación de la imagen viola los arts. 4 y 10 LPVP, en cuanto a la licitud de la conducta<sup>53</sup>. En consecuencia, la Corte verifica la afectación del derecho implícito a la propia imagen, a partir de la legislación de protección de datos. Pero, a su vez, lo hace desplazando, en el análisis constitucional, la aplicación del derecho a la autodeterminación informativa. Por ello, y pese a que su regulación legal le da base normativa al tribunal para resolver la controversia, el derecho a la protección de datos personales es invisibilizado en estos casos, en desmedro del derecho a la propia imagen.

### 3.2 La incorrecta ampliación de la titularidad de las reglas de protección de datos personales

Un segundo problema es la incorrecta ampliación de la titularidad del derecho fundamental a la protección de datos personales en fallos judiciales. La discusión sobre la titularidad tuvo un debate acotado en la reforma constitucional. En efecto, en el segundo trámite constitucional, se abordó la relación entre las personas y sus datos, desde el conocido problema de la “propiedad” de los datos personales. Este debate permitió abordar otros puntos, precisamente, sobre quiénes son los sujetos activos del derecho.

Tal como quedó consignado en la historia de la reforma constitucional, se planteó si era posible abrir la titularidad del derecho a la protección de datos personales respecto de las personas jurídicas. En particular, el diputado Soto afirmó que él entendía que la titularidad de los derechos del caso, “en general corresponde a las personas naturales, porque se derivan de la dignidad humana, pero hay fallos en el Tribunal Constitucional que van en la línea contraria, como la objeción de conciencia de personas jurídicas [...]”<sup>54</sup>.

El entonces presidente del Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías, Raúl Arrieta, descartó de plano la extensión de titularidad:

las personas jurídicas no tienen derecho a la protección de datos por cuanto es un derecho que emana de la dignidad y las personas jurídicas carecen de eso, y eso ha sido la tendencia en el mundo, con unas

<sup>49</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 1256-2020*. Acción de protección. Considerando 5; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 58331-2020*. Acción de protección. Considerando 4; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 90737-2020*. Acción de protección. Considerando 4.

<sup>50</sup> Por ejemplo, CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 104785-2020*. Acción de protección. Considerando 3. También CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol SC5 R. 125688-2020*. Acción de protección. Considerando 4.

<sup>51</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 58531-2020*. Acción de protección. Considerando 7. Con cita a CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 2506-2009*. Acción de protección. En nuestra literatura, véase NOGUEIRA, P. *El derecho a la propia imagen: naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos*. Santiago: Librotecnia, 2010;; ANGUITA, P. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 155-156; FERRANTE, A. La protección a la imagen y materialidad en el ordenamiento chileno. *Revista Bolín. de Derecho*, [S. l.], n. 23, p. 150-152, 2017.

<sup>52</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 58531-2020*. Acción de protección. Considerando 9.

<sup>53</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 1256-2020*. Acción de protección. Considerandos 5 y 6.

<sup>54</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley N° 21.096*: boletín 9.384-07. Consagra el derecho a protección de los datos personales. Segundo trámite constitucional. 2018. p. 94 Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9384-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9384-07). Acceso en: 15 nov. 2021.

pocas excepciones que dicen que en lo que resulten aplicable la protección de datos se extiende a las personas jurídicas<sup>55</sup>.

En una línea similar, el profesor Manuel Núñez argumentó que “si se llegara a una redacción que acercara más la parte del respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, quedaría mucho más patente aún que se trata de un derecho exclusivo de las personas naturales [...]”<sup>56</sup>. Sin embargo, manifestó sus dudas respecto a si ello tendría impacto en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Estos antecedentes son relevantes para observar qué impacto tuvo la reforma.

La jurisprudencia de la CS ha sido contradictoria en materia de titularidad de la autodeterminación informativa. Existe una línea jurisprudencial que sostiene que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos del derecho a la protección de datos personales. Se trata de casos de comunicación de deudas sin el consentimiento de la persona jurídica, para ser reportado en el boletín comercial y de deudas de los bureau de crédito. La determinación de la ilegalidad del tratamiento de dicha información, se basa en un razonamiento de la Corte en que entiende que la LPVP es aplicable tanto a los datos de personas jurídicas, como los de personas naturales.

La fundamentación de esta línea jurisprudencial se funda en una lectura no excluyente de las reglas de consentimiento y de tratamiento de información económica, financiera, bancaria o comercial. En ese sentido, por aplicación de los arts. 4 y 17 LPVP, no hay habilitación legal para comunicar las deudas sin consentimiento expreso del titular del dato, aún cuando es una persona jurídica<sup>57</sup>. Asimismo, el art. 17 LPVP se aplica de forma exclusiva<sup>58</sup> y la comunicación de la deuda en infracción a los arts. 4 y 17 LPVP infringe el art. 19 No. 21 por agravar el prestigio comercial de la empresa<sup>59</sup>. Por último, cabría agregar, el art. 9, inc. final LPVP brinda “cierta” protección a las personas jurídicas al prohibir predicciones o evaluaciones de riesgo comercial, que no se basen en información objetiva respecto de las morosidades o protestos de las personas naturales *o jurídicas*.

Algunas sentencias rechazan la ampliación que se hace de la LPVP, sobre la base que la regulación ahí establecida es sólo aplicable respecto al tratamiento de datos personales, esto es, información relativa a personas naturales<sup>60</sup>. En efecto, tanto a nivel de votos de minoría –con votos de los ministros Aránguiz, Pardo y Valderrama– como en sentencias de mayoría, se rechaza esta lectura especial de la LPVP. Con base a las definiciones del art. 2, letras f), g) y ñ) LPVP, afirman que los datos personales sólo son atribuibles, en su protección, respecto de personas naturales<sup>61</sup>, respaldado por la historia fidedigna del establecimiento de la LPVP<sup>62</sup>. En la misma línea, se ha argumentado que no existe una prohibición a la comunicación de deudas o

<sup>55</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley N° 21.096*: boletín 9.384-07. Consagra el derecho a protección de los datos personales. Segundo trámite constitucional. 2018. p. 94 Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9384-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9384-07). Acceso en: 15 nov. 2021.

<sup>56</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley N° 21.096*: boletín 9.384-07. Consagra el derecho a protección de los datos personales. Segundo trámite constitucional. 2018. p. 94 Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9384-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9384-07). Acceso en: 15 nov. 2021.

<sup>57</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 27889-2017*. Acción de protección. Considerandos 1 y 2; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 961-2018*. Acción de protección. Considerandos 3 y 4. Sin embargo, en esta última no se justifica la aplicación de la Ley N°19.628

<sup>58</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 37.301-2017*. Acción de protección. Considerandos 2 y 3.

<sup>59</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 27889-2017*. Acción de protección. Considerando 3; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 961-2018*. Acción de protección. Considerando 5.

<sup>60</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 27163-2016*. Acción de protección. Considerandos 2 y 3; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 17102-2016*. Acción de protección. Considerandos 2 y 3; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 2204-2018*. Acción de protección. Considerandos 3 y 4; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 1209-2018*. Acción de protección. Considerandos 5 y 6; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 16852-2018*. Acción de protección. Considerandos 3 y 4.

<sup>61</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 27163-2016*. Acción de protección. Considerandos 2 y 3; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 17102-2016*. Acción de protección. Considerando 2 y 3; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 2204-2018*. Acción de protección. Considerandos 3 y 4; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 1209-2018*. Acción de protección. Considerandos 5 y 6; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 16852-2018*. Acción de protección. Considerandos 3 y 4.

<sup>62</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 27163-2016*. Acción de protección. Considerando 4; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 17102-2016*. Acción de protección. Considerando 4; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 2204-2018*. Acción de protección. Consid-

información relativa a las personas jurídicas<sup>63</sup>. Nótese que estos fallos no determinan cuál debiese ser la resolución del asunto respecto de si la comunicación de la deuda pudiere afectar la libertad de empresa o la honra empresarial. Ello podría seguir discutiéndose en sede de protección. Estas sentencias simplemente descartan configurar la ilegalidad de la conducta bajo examen, al ampliar indebidamente el ámbito de aplicación de la LPVP y trastocar la titularidad de la autodeterminación informativa en nuestro ordenamiento jurídico.

Los fallos que estructuran un razonamiento que extiende la aplicación del a LPVP a personas jurídicas, para efectos de determinar la ilegalidad de la conducta de la comunicación de deuda y hacer procedente una afectación de la libertad de empresa, desatienden la titularidad de la autodeterminación informativa. Es efectivo que este tipo de problemas ha tenido resoluciones contradictorias. Pero la inexistencia de una línea coherente, a favor de la titularidad de personas naturales respecto de la autodeterminación informativa, demuestra el hecho que, incluso con reforma constitucional mediante, el derecho y las razones de su reconocimiento –en la historia fidedigna de su establecimiento– no han impactado en la resolución de recursos de protección como los explicados en este apartado. Es más, incluso si el problema fuese efectivamente uno de honra o “prestigio comercial” de la empresa, el (supuesto) derecho a la protección de datos personales de personas jurídicas no debiese tener ningún rol en la examinación del asunto.

### 3.3 El problema del objeto del derecho a la protección de datos personales.

Un tercer problema de aplicación se refiere al objeto del derecho a la protección de datos personales. En otros términos, a las facultades protegidas por el contenido iusfundamental del derecho en cuestión.

La tipicidad de la norma iusfundamental que recoge la autodeterminación informativa, simplificó la moción original y eliminó el detalle de los derechos ARCO en el enunciado, en el entendido que ello ya eran parte del derecho y que había que evitar cerrarse a nuevas facultades que pudieren reconocerse, citando, para ello, la portabilidad de datos personales<sup>64</sup>. La reticencia a la enunciación expresa de las facultades que comprende la autodeterminación informativa –como parte de su contenido esencial– puede explicar cierta jurisprudencia que no examina las consecuencias que se siguen de ciertos tratamientos de datos. Un ejemplo puede explicarlo de mejor forma.

En sede de protección, la Corte Suprema ha respaldado el tratamiento de datos personales recolectados de la página web del Poder Judicial, para comunicar la oferta de prestación de servicios personales de defensa jurídica. La Corte ha respaldado la recolección de datos personales desde el portal abierto del Poder Judicial y la posterior comunicación y oferta de servicios a partir de ello, descartando que se trata un tratamiento masivo de datos<sup>65</sup>. La Corte ha interpretado que el art. 2, letra c), inc. 3° de la Ley 20.886, prohíbe el tratamiento masivo de datos personales contenidos en el sistema de tramitación electrónica, pero ha descartado su aplicación en estos casos porque entiende que se trata de *un* acceso y de *una* comunicación a

---

erando 5; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 1209-2018*. Acción de protección. Considerando 7; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 16852-2018*. Acción de protección. Considerando 5.

<sup>63</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 27163-2016*. Acción de protección. Considerando 6; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 17102-2016*. Acción de protección. Considerando 6; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 16852-2018*. Acción de protección. Considerando 6.

<sup>64</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley N° 21.096*; boletín 9.384-07. Consagra el derecho a protección de los datos personales. Segundo trámite constitucional. 2018. p. 94 Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9384-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9384-07). Acceso en: 15 nov. 2021.

<sup>65</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 19.511-2019*. Acción de protección.; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 9.857-2019*. Acción de protección.; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 11.627-2019*. Acción de protección.; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 12054-2019*.; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 11.624-2019*.; CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 11.625-2019*. Acción de protección.; CHILE, Corte Suprema. *Sentencia rol 11.626-2019*. Acción de protección.

una persona particular<sup>66</sup>. Además, entiende que el tratamiento de datos sería lícito puesto que se trataría de “antecedentes que se hallan en una fuente de libre acceso al público”<sup>67</sup>.

Las decisiones validan dos tratamientos de datos personales: la recolección desde la web y la comunicación de ofertas de servicios de asesoría. Más allá de la razonabilidad de descartar la aplicación de la prohibición de tratamiento masivo de datos, de la ley No. 20.886<sup>68</sup>, y de aplicar una base de licitud fundada en las fuentes de acceso público, lo que llama la atención es la escasa atención que se le presta a la facultad de oposición que brinda el derecho a la protección de datos personales. En efecto, del hecho que se estime lícita la recolección y comunicación, no se sigue que el titular no pueda ejercer su derecho de oposición al tratamiento de los datos o de solicitar la supresión o cancelación de los mismos, a través del recurso de protección.

En nuestro medio, el derecho de oposición se entiende como la facultad “que habilita al titular de los datos a oponerse al tratamiento de datos de carácter personal cuando concurra una razón legítima derivada de su concreta situación personal, salvo en aquellos casos en los que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal impuesta sobre quien realiza el tratamiento de datos”<sup>69</sup>. En otros términos, “el titular puede oponerse al tratamiento de sus datos personales en los casos que la ley no disponga lo contrario”<sup>70</sup>. La Corte no considera la posibilidad de oponerse o de solicitar el bloqueo de tratamientos de datos personales, a partir del contenido iusfundamentalmente protegido del derecho a la autodeterminación informativa.

### 3.4 Balance

En esta sección se revisaron tres problemas de la protección de datos personales en su aplicación jurisprudencial, tras la reforma constitucional de 2018. Estos problemas permiten atender cuestiones que pueden ser corregidos y enfrentados en la tipificación del enunciado iusfundamental de la autodeterminación informativa en un nuevo texto constitucional. Es decir, con base en los problemas de aplicación judicial del derecho a la protección de datos personales, se pueden sugerir los siguientes apuntes para su consagración constitucional.

En primer lugar, la separación normativa del derecho a la protección de datos personales respecto del derecho a la protección y respeto de la vida privada y el derecho a la honra. Si bien esto se logró parcialmente en la reforma constitucional de 2018, la inercia de aplicación jurisprudencial tiende a invisibilizar la aplicación de un derecho autónomo, conceptual y normativamente, de los dos derechos originalmente establecidos en el art. 19 No. 4 de la Constitución. Su tipificación separada puede contribuir a evitar la invisibilización jurisprudencial del derecho a la autodeterminación informativa. Por lo tanto, se sugiere tipificar el derecho a la protección de datos personales como un derecho distinto del respeto y protección de la vida privada y el derecho a la honra.

En segundo término, una regla clara de titularidad puede evitar incorrectas ampliaciones jurisprudenciales de la normativa tutelar de la protección de datos personales a personas jurídicas. En efecto, sea que se resuelva con un enunciado más claro de atribución de titularidad de derechos fundamentales, en términos generales, o que se especifique la titularidad de las personas naturales, respecto de la autodeterminación informativa, ello contribuir a evitar la desnaturalización de las normas sobre protección de datos personales en favor de personas jurídicas. Por lo tanto, la atribución de titularidad del derecho debe ser claramente a

<sup>66</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 19.511-2019*. Acción de protección. Considerando 5.

<sup>67</sup> CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 19.511-2019*. Acción de protección. Considerando 5.

<sup>68</sup> Sobre esta regla, véase BUSTOS, O. S. S. Tratamiento de datos personales en el Poder Judicial de Chile: ¿el gran hermano jurisprudencial?. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 7, n. 2. 2018.

<sup>69</sup> REUSSER, C. *Derecho al Olvido: la protección de datos personales como límite a las libertades informativas*. 2. ed. Santiago: Ediciones Der, 2021. p. 108.

<sup>70</sup> ANGUITA, P. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 312.

favor de personas naturales, ya sea a través de reglas generales de titularidad o de una especificación en el enunciado mismo que tipifique el derecho.

Finalmente, la consagración enunciativa de las facultades del titular de la autodeterminación informativa –incluyendo los derechos ARCO– puede asistir a los jueces en la examinación de asuntos en los que esté en juego algo más que la determinación de la licitud del tratamiento. Por ejemplo, al garantizar las facultades de oposición o de cancelación de tratamientos datos personales a solicitud del titular, los jueces deberán atender al contenido del derecho y a las facultades que éste consagra.

Al parecer, un tipo iusfundamental tan genérico como el actual, y del cual debe ser entendido implícitamente que cubre –en su contenido esencial– los derechos ARCO, no es suficientemente recogido en su praxis jurisprudencial. Esta opción tiene un riesgo: que su interpretación en la práctica se restrinja sólo a las facultades enunciadas en el tipo iusfundamental y que no se comprenda, cabalmente, que dicho catálogo no clausura el contenido protegido del derecho ni se cierra a la innovación tecnológica. En cualquier caso, este *trade off* debe ser considerado a la luz de la práctica jurisprudencial de invisibilización del derecho, aún con norma constitucional expresa. Por lo tanto, se sugiere reconocer constitucionalmente las facultades del derecho, con un catálogo abierto, de forma que favorezca su visualización y no impida su posterior ampliación y complementación por parte del legislador.

## 4 Autodeterminación informativa y garantías del derecho

Una cuestión adicional es relevante cuando nos enfocamos, de *lege ferenda*, en el reconocimiento de un derecho: su garantía. La dificultad que enfrenta la protección de la autodeterminación informativa va más allá de las vicisitudes de la correcta aplicación jurisprudencial. Como bien ha destacado la literatura nacional, el derecho a la protección de datos personales no goza de buena salud<sup>71</sup>, cuestión que podría afirmarse incluso después de su reconocimiento constitucional<sup>72</sup>. En este punto, conviene comprender dos problemas de la tutela del derecho a la protección de datos personales: la garantía jurisdiccional y no jurisdiccional.

### 4.1 Garantía jurisdiccional: entre el recurso de protección y el *habeas data*

La garantía jurisdiccional se ha entendido como uno de los dispositivos primarios en la tutela de derechos fundamentales. Esto también fue percibido así cuando se discutió la inclusión del derecho a la protección de datos personales en la Constitución. Como se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, en un momento se instó para evitar que el derecho a la protección de datos personales fuere garantizado por el recurso o acción de protección<sup>73</sup>. Pero la discusión legislativa buscó intencionalmente que el derecho estuviere protegido por el recurso de protección y se descartaron las iniciativas que intentaron

<sup>71</sup> JIJENA, R. Sobre la no protección de la intimidad en Chile: análisis de la ley 19.628 de agosto de 1999. *Revista electrónica de derecho e informática*, 2001.; VIOLLIER, P. *El Estado de la Protección de Datos Personales en Chile*. Santiago: Derechos Digitales, 2017. p. 46 y siguientes.

<sup>72</sup> CONTRERAS, P. ¿Y qué pasó con el derecho fundamental a la protección de datos?. *Estado Diario*, 2021. Disponible en: <https://estadodiario.com/columnas/y-que-paso-con-el-derecho-fundamental-a-la-proteccion-de-datos/>. Acceso en: 20 nov. 2021.; ÁLVAREZ, D. Editorial: la protección de datos personales en contextos de pandemia y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 9, n. 1, p. 1-4, 2020.

<sup>73</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley N° 21.096*: boletín 9.384-07. Consagra el derecho a protección de los datos personales. Segundo trámite constitucional. 2018. p. 94. Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9384-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9384-07). Acceso en: 15 nov. 2021.

excluir tal garantía<sup>74</sup>. En el evento de una nueva constitución, este debería ser un factor a considerar en la determinación del repertorio de derechos susceptible de ser garantizado por una acción constitucional de este tipo.

Sin embargo, una cuestión no resuelta por este tipo de garantía jurisdiccional constitucional, de carácter general, es cómo convive con otras garantías específicas en rango legal. Específicamente, cómo se distribuyen materias y competencias entre el recurso de protección y el *habeas data*, establecido en el art. 16 LPVP. Esto no ha sido, a la fecha, un problema real en la práctica jurisprudencial, más por la irrelevancia normativa del derecho a la protección de datos personales en causas de recursos de protección, que por la ausencia de posibles conflictos o antinomias entre ambos institutos procesales. No obstante, es posible circunscribir ciertas reglas para delimitar los problemas asociados.

Por ejemplo, una posibilidad es establecer explícitamente una regla constitucional que reconozca el *habeas data* como garantía especial de la autodeterminación informativa. Es una práctica constitucional extendida en constituciones de América Latina<sup>75</sup>. La técnica constitucional comparada varía de país en país<sup>76</sup>. Algunos Estados de América Latina tienen un reconocimiento directo del *habeas data*, como Argentina<sup>77</sup>, Bolivia,<sup>78</sup> o Brasil<sup>79</sup>. Otros carecen de un reconocimiento constitucional de la garantía y sólo recogen el derecho, como Chile o México<sup>80</sup>.

La revisión de la experiencia comparada muestra que algunos países reconocen el *habeas data* como una garantía constitucional. En Chile, sólo es una acción de rango legal. Elevar a rango constitucional el *habeas data* resuelve parte del posible problema competencial, al establecer un mecanismo de garantía especial y de la misma jerarquía que el recurso de protección<sup>81</sup>. Esta solución, además, no obsta a que sea el legislador el

<sup>74</sup> CONTRERAS, P. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 102, 2020.

<sup>75</sup> BAZÁN, V. El *habeas data* y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 95, 2005.; NOGUEIRA, H. Autodeterminación informativa y *habeas data* en Chile e Información Comparativa. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 455, 2005.; PUCCINELLI, O. *Juicio de habeas data*. Buenos Aires: Hammurabi, 2016. p. 82-94; PÉREZ-LUÑO, E. *El procedimiento de habeas data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías*. Madrid: Dykinson, 2017. p. 133-141; OÑATE, E. El *habeas data* en la nueva Constitución. In: NÚÑEZ, J. I. (ed.). *Ideas centrales para la nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. Revisese, además, el índice de Constitute. Disponible en: < [https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&q=habeas%20data&status=in\\_force&status=is\\_draft](https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&q=habeas%20data&status=in_force&status=is_draft) > Acceso en: 29 de mayo 2021.

<sup>76</sup> En Europa, véase ERDOS, D. Comparing Constitutional Privacy and Data Protection Rights within the EU. *Legal Studies Research Paper Series*, Cambridge, n. 21, 2021.; en América Latina, véase PUCCINELLI, O. *Juicio de habeas data*. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.; OÑATE, E. El *habeas data* en la nueva Constitución. In: NÚÑEZ, J. I. (ed.). *Ideas centrales para la nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.; en Asia, véase GREENLEAF, G. *Asian Data Privacy Laws: Trade & Human Rights Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

<sup>77</sup> ARGENTINA. [Constitución (1853)]. *Constitución de la nación de Argentina*. 1853. Artículo 43.3: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.”

<sup>78</sup> BOLIVIA. [Constitución (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009. Artículo 130: “Toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación, podrá interponer la Acción de Protección de Privacidad”.

<sup>79</sup> BRASIL. [Constitución (1988)]. *Constitución Política de la República Federativa del Brasil*. 1988. Artículo 5 LXXII: “se garantizará *habeas data*: a. para asegurar conocimiento o información personal sobre el demandante contenida en registros o banco de datos o agencias gubernamentales o entidades de carácter público; b. para corregir la data cuando el demandante no prefiera hacerlo por procedimientos confidenciales, judiciales o administrativos;”.

<sup>80</sup> MÉXICO. [Constitución (1853)]. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 1917. Artículo 16.2: “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.”

<sup>81</sup> Para Oñate, el reconocimiento constitucional del *habeas data* es incluso más relevante que la especificación de las facultades que reconoce el derecho a la autodeterminación informativa. OÑATE, E. El *habeas data* en la nueva Constitución. In: NÚÑEZ, J. I.

que determine la mejor regulación procedimental posible para dicha garantía (como podría ser un arbitrio ante una autoridad de control especializada). Para ello se requiere que la reserva de ley que fije la norma constitucional en cuestión, habilite desarrollar procedimentalmente la garantía. En este sentido, podría servir para resolver parte del problema sobre el tipo de autoridad de control necesaria para la garantía no jurisdiccional del derecho a la protección de datos personales.

## 4.2 Garantía no jurisdiccional: una autoridad de control

La garantía de los derechos no se reduce, exclusivamente, a su sede jurisdiccional. La garantía no jurisdiccional de derechos fundamentales se juega en sede administrativa, específicamente, en una autoridad de control con amplias competencias para fiscalizar y sancionar infracciones a la ley, entre otras materias. Desde el punto de vista constitucional de la Unión Europea, era algo que ya estaba en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>82</sup>. En efecto, la Carta recoge el derecho de la siguiente forma:

Artículo 8. Protección de datos de carácter personal.

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.
3. *El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.* (énfasis agregado).

La misma Carta ya prescribe una obligación de configuración de una agencia a cargo de la tutela del derecho a la protección de datos personales. El *enforcement* del derecho y su legislación asociada es una tarea primariamente de las autoridades de control nacionales<sup>83</sup>. Este factor ha sido reforzado a nivel de la Unión Europea, a través de la regulación establecida en el Reglamento General de Protección de Datos (“RGPD”). El RGPD ha definido un nuevo estándar de protección de datos personales, tanto en Europa como en el resto del mundo<sup>84</sup>, especialmente por sus reglas de aplicación extraterritorial, más allá de los Estados miembros de la Unión<sup>85</sup>. El Reglamento es el esfuerzo de gobernanza del tratamiento de datos personales, en el marco de la cuarta revolución industrial, y desde una perspectiva basada en las personas físicas (o naturales) y sus derechos fundamentales<sup>86</sup>. No en vano ha sido rotulado como “la legislación de protección de datos más influyente jamás promulgada, y su influencia se extenderá más allá de las fronteras de Europa”<sup>87</sup>.

Conforme a lo establecido en el RGPD, las autoridades de control tienen un “rol clave” en la implementación de la regulación, “no sólo en los libros sino también en terreno”<sup>88</sup>. La existencia de una autoridad

(ed.). *Ideas centrales para la nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. p. 163.

<sup>82</sup> UNIÓN EUROPEA. *Carta de los Derechos Fundamentales*. 2012/C 326/06. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>. Acceso en: 30 mayo 2021.

<sup>83</sup> DEIGHTON, A.; CAREY, P. Enforcement and the role of the regulator. In: CAREY, P. *Data protection: a practical guide to UK law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 179.

<sup>84</sup> BUTTARELLI, G. The EU GDPR as a clarion call for a new global digital gold standard. *International Data Privacy Law*, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 77-78, 2016.

<sup>85</sup> GREZE, B. The extra-territorial enforcement of the GDPR: a genuine issue and the quest for alternatives. *International Data Privacy Law*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 109-128, 2019.; KALTSOUNIS, A. T. Re-Examining the GDPR’s Territorial Scope. *The Computer and Internet Lawyer*, [S. l.], v. 37, n. 5, p. 10-13, 2020.

<sup>86</sup> TRONCOSO, A. Introducción y presentación. In: TRONCOSO, A. *Comentario general al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Digitales*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2021. p. 147-218.; GENCARELLI, B. El Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. In: TRONCOSO, A. *Comentario general al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Digitales*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2021. p. 221-224.

<sup>87</sup> KUNER, Christopher *et al.* Editorial: the GDPR as a chance to break down borders. *International Data Privacy Law*, [S. l.], v. 7, n. 4, p. 231, 2017.

<sup>88</sup> HIJMANS, H. Independent supervisory authorities (Articles 51-59). Section 1. Independent status. Article 51. Supervisory authority. In: KUNER, C. *et al.* (ed.). *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

de control es una obligación normativa al interior de la Unión Europea y cuyo diseño institucional debe corresponderse con las reglas de los arts. 51 y siguientes del RGPD, siendo su “completa independencia” el elemento clave<sup>89</sup>.

La inexistencia de una autoridad de control es uno de los defectos crónicos y de origen de la LPVP<sup>90</sup>. La debilidad del ecosistema de protección de datos personales se encuentra bien resumida en el informe del Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados, respecto de la LPVP<sup>91</sup>. En los términos del informe,

[l]a ausencia de un organismo que eduque, controle y fiscalice la protección de datos personales con un alcance transversal a todos los actores que tratan información de estas características, es indicada como una de las principales debilidades de la norma en Evaluación<sup>92</sup>.

Cabe recordar, además, que es uno de los compromisos pendientes del Estado de Chile, desde su ingreso a la OCDE en el año 2009<sup>93</sup>.

En la discusión de la reforma constitucional de 2018, el reconocimiento de la necesidad de una autoridad de control fue una cuestión que se repitió durante toda la tramitación pero que no fue recogida en el texto constitucional<sup>94</sup>. En efecto, se reclamaba la necesidad de institucionalizar una autoridad de control, autónoma e independiente del Ejecutivo, pero se entendió que ello debía estar recogido a nivel de la legislación y requería una política pública que iba más allá de la consagración constitucional del derecho. Pese a ello, es dable rescatar la opinión de Manuel Núñez, quien alertó la escasa densidad normativa de la nueva norma que se estaba incorporando en el art. 19 No. 4 y sugirió seguir el modelo de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en este punto, con una referencia a la necesidad de contar con una autoridad de control<sup>95</sup>.

Una propuesta de este tipo –que reconoce constitucionalmente una autoridad de control garante del derecho– permitiría resolver un problema que ni siquiera el actual proyecto de ley de reforma de la LPVP logra sortear: tener una institución que tenga competencias respecto de todos los órganos del Estado y de los particulares. Actualmente, el proyecto de ley que crea el Consejo para la Transparencia y la Protección de datos personales tiene un competencia limitada<sup>96</sup>, en virtud de las nociones de autonomía constitucional que maneja el Tribunal Constitucional chileno<sup>97</sup>. El proyecto de ley destina un título especial para la regulación del tratamiento de datos personales por parte del Congreso Nacional, el Poder Judicial y los organismos públicos dotados de autonomía constitucional –esto es, desde la Contraloría General de la República hasta el Servicio Electoral–<sup>98</sup>. En dichas reglas, se excluye de la competencia de la autoridad de control general para

<sup>89</sup> LAMBERT, P. *Data protection, privacy regulators and supervisory authorities*. London: Bloomsbury Professional, 2020. p. 20-21.

<sup>90</sup> VIOLLIER, P. *El Estado de la Protección de Datos Personales en Chile*. Santiago: Derechos Digitales, 2017. p. 26-27.

<sup>91</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley N° 21.096*: boletín 9.384-07. Consagra el derecho a protección de los datos personales. Segundo trámite constitucional. 2018. p. 94. Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9384-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9384-07). Acceso en: 15 nov. 2021.

<sup>92</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley N° 21.096*: boletín 9.384-07. Consagra el derecho a protección de los datos personales. Segundo trámite constitucional. 2018. p. 94. Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9384-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9384-07). Acceso en: 15 jul. 2019.

<sup>93</sup> CONTRERAS, P. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 92, 2020, con referencias.

<sup>94</sup> CONTRERAS, P. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 114, 2020, con referencias.

<sup>95</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley N° 21.096*: boletín 9.384-07. Consagra el derecho a protección de los datos personales. Segundo trámite constitucional. 2018. p. 94. Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9384-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9384-07). Acceso en: 15 jul. 2019.

<sup>96</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Boletín 11.144-07*. Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. 2014. Disponible en: [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11661&prmBoletin=11144-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11661&prmBoletin=11144-07). Acceso en: 19 sept. 2019.

<sup>97</sup> CHILE. Tribunal Constitucional. *Sentencia rol 1051-08*. Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública. Considerandos 35° a 53°.

<sup>98</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Boletín 11.144-07*. Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. 2014. Disponible en: [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11661&prmBoletin=11144-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11661&prmBoletin=11144-07).



situar reclamaciones y ejercicio de derechos de titulares ante los órganos internos de dichas instituciones (art. 55, inc. 2º del proyecto de ley). Este diseño de *enforcement* fragmentado, desde el inicio, parece prever que el otorgamiento de competencias de control a un órgano que carece autonomía constitucional, respecto de todos los órganos del Estado, podría declararse inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional. Dicha limitación, sin embargo, puede ser resuelta en el marco de una futura tipificación constitucional del derecho. El reconocimiento expreso de una garantía no jurisdiccional, a través de una autoridad de control cuyo soporte proviene de una fuente constitucional, podría salvar eventuales inconstitucionalidades ante la inercia de interpretaciones como la actualmente vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

## 5 Conclusiones y propuestas

El reconocimiento de la autodeterminación informativa en una nueva Constitución requiere atender las deficiencias de nuestro ordenamiento jurídico –en materia de protección de datos personales– y la reciente práctica jurisprudencial asociada a la reforma constitucional del 2018. Ambas dimensiones debiesen ser atendidas en la posible –y deseable– re-consagración del derecho constitucional a la protección de datos personales. A diferencia de trabajos esquemáticos que se han referido a la reconstitucionalización de la protección de datos personales, en una nueva constitución, este trabajo abordó los desafíos que se presentan tanto desde la práctica jurisprudencial reciente como de las brechas de nuestro ecosistema de privacidad. A modo de conclusión, se puede sugerir las siguientes propuestas:

a) Reconocer explícitamente el derecho a la protección de datos personales, como un derecho distinto de la protección de la vida privada y de la honra. Es conveniente efectuar una separación conceptual y normativa del derecho al respeto y protección de la vida privada, por un lado, y la autodeterminación informativa, por el otro. Esta separación contribuye a evitar problemas de aplicación práctica en casos litigiosos y conecta mejor con la finalidad de tutela asociada a los bienes jurídicos y facultades individuales protegidas por ambos derechos. El no hacer puede preservar algunas de confusiones o invisibilizaciones que ha sufrido la autodeterminación informativa en la jurisprudencia de recursos de protección.

b) El reconocimiento constitucional de la protección de datos personales debiese atender a las incorrectas ampliaciones de la titularidad de este derecho y a la enunciación de las facultades que confiere al sujeto activo del mismo. La tipificación del derecho fundamental requiere de una técnica constituyente que corrija algunos de los problemas de aplicación que aquí se sugieren. Por ejemplo, dependiendo de si se recoge una regla de titularidad de derechos fundamentales, habría que evaluar la necesidad de determinar o especificar que las personas naturales son sujetos activos del derecho a la autodeterminación informativa.

Respecto del objeto del derecho, parece razonable tener una técnica que enuncie, ejemplarmente, las facultades del derecho a la protección de datos personales, incluyendo los derechos ARCO y remitiendo a la ley la complementación de nuevas facultades que podrían estar reconocidas, de acuerdo al cambio tecnológico. Una propuesta de este tipo debe ser materializada con la conciencia del riesgo que una práctica judicial tienda a petrificar y cerrar el catálogo de facultadas meramente enunciadas. Por ello, debe quedar claro que su contenido iusfundamental queda abierto al cambio tecnológico y que la reserva de ley pueda complementar este contenido en su detalle regulatorio.

c) A nivel de las garantías, hay que distinguir entre las jurisdiccionales y no jurisdiccionales, para avanzar en el reconocimiento del *habeas data* y la habilitación constitucional para la creación de una autoridad de control. La norma constitucional debe remitir a la ley para establecer la regulación que genere un fuerte ecosistema de protección de datos personales. En eso, no habría innovación respecto de la norma constitucional actual.

Sin embargo, se podrían plantear algunas modificaciones que precaven dificultades futuras. Una de ellas es el reconocimiento del *habeas data*, como forma de garantía especial del derecho –frente a otras acciones generales de garantía, como un recurso de protección–. Ello no impide una remisión a la ley para su regulación procedimental. Unido a aquello, sería conveniente seguir el tenor de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE respecto de la exigencia constitucional de una autoridad de control independiente. Avanzar en la garantía no jurisdiccional del derecho permitirá un *enforcement* adecuado del derecho.

## Referências

- ALDUNATE, E. *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2008.
- ÁLVAREZ, D. Acceso a la información pública y protección de datos personales: ¿puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos?. *Revista de Derecho*, Antofagasta, año 23, n. 1, p. 51-79, 2016.
- ÁLVAREZ, D. Editorial: la protección de datos personales en contextos de pandemia y la constitucionalización del derecho a la autodeterminación informativa. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. L.], v. 9, n. 1, p. 1-4, 2020.
- ÁLVEZ, A. Tipicidad de los derechos fundamentales. In: CONTRERAS, P.; SALGADO, C. (ed.). *Manual sobre derechos fundamentales: teoría general*. Santiago: LOM, 2017.
- ANGUITA, P. *Acciones de protección contra Google*. Santiago: Librotecnia, 2016.
- ANGUITA, P. *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- ARGENTINA. [Constitución (1853)]. *Constitución de la nación de Argentina*. 1853.
- ARRIETA, R. Chile y la Protección de Datos Personales: compromisos internacionales. In: ARRIETA, R.; REUSSER, C. (coord.). *Chile y la Protección de Datos Personales*. Santiago: Expansiva UDP, 2009.
- AUSLOOS, J. *The right to erasure in EU data protection law: from individual rights to effective protection*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- BAZÁN, V. El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado. *Estudios Constitucionales*, [S. L.], v. 3, n. 1, p. 95, 2005.
- BERTONI, E. Convention 108 and the GDPR: Trends and perspectives in Latin America. *Computer Law & Security Review*, [S. L.], v. 40, 2021.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Boletín 11.144-07*. Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. 2014. Disponible en: [https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11661&prmBoletin=11144-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11661&prmBoletin=11144-07). Acceso en: 19 sept. 2019.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley N° 21.096*: boletín 9.384-07. Consagra el derecho a protección de los datos personales. Segundo trámite constitucional. 2018. Disponible en: [https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=9384-07](https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9384-07). Acceso en: 15 nov. 2021.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile). *Historia de la Ley No. 21.096 Consagra el Derecho a Protección de Datos Personales*. 2018. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7551/HLD\\_7551\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7551/HLD_7551_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf). Acceso en: 24 abr. 2019.

- BIEKER, F. Enforcing Data Protection Law: the Role of the Supervisory Authorities in Theory and Practice. In: LEHMANN, A. et al. (ed.). *Privacy and Identity Management: Facing up to Next Steps*. London: Springer, 2016. p. 125-139.
- BOLIVIA. [Constitución (2009)]. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009.
- BRASIL. [Constitución (1988)]. *Constitución Política de la República Federativa del Brasil*. 1988.
- BURDON, M. *Digital data collection and information privacy law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- BUSTOS, O. S. S. Tratamiento de datos personales en el Poder Judicial de Chile: ¿el gran hermano jurisdiccional?. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 7, n. 2. 2018.
- BUTTARELLI, G. The EU GDPR as a clarion call for a new global digital gold standard. *International Data Privacy Law*, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 77-78, 2016.
- CAMACHO, G. La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información en la legislación chilena. *Revista de Gestión Pública*, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 73-93, 2014.
- CANDIA, G. Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014. *Revista de Derecho*, Coquimbo, v. 21, n. 1, p. 497-521, 2014.
- CERDA, A. Autodeterminación informativa y leyes sobre protección de datos. *Revista de Derecho Informático*, [S. l.], n. 3, 2003.
- COMISIÓN EUROPEA. *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on "Google Spain and inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12*. Article 29 Data Protection Working Group. 2014. Disponible en: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/667236>. Acceso en: 25 jul. 2021.
- CONTRERAS, P. ¿Derechos implícitos? notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental. In: NÚÑEZ, J. I. (coord.). *Nuevas perspectivas en derecho público*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2011.
- CONTRERAS, P. ¿Y qué pasó con el derecho fundamental a la protección de datos?. *Estado Diario*, 2021. Disponible en: <https://estadodiario.com/columnas/y-que-paso-con-el-derecho-fundamental-a-la-proteccion-de-datos/>. Acceso en: 20 nov. 2021.
- CONTRERAS, P. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 18, n. 2, p. 114-115, 2020.
- CONTRERAS, P.; LOVERA, D. *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- COPPEL, P. *Information rights: commentary*. 5. ed. Oxford: Hart Pub, 2020. v. 1.
- CORRAL, H. De los derechos de las personas sobre los responsables de bancos de datos: el Hábeas Data Chileno. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Bogotá, n. 5, p. 50, 2001.
- CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 104785-2020*. Acción de protección.
- CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 11.626-2019*. Acción de protección.
- CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 1256-2020*. Acción de protección.
- CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 2506-2009*. Acción de protección.
- CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 27889-2017*. Acción de protección.
- CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 37.301-2017*. Acción de protección.
- CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 5493-2019*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia rol 58331-2020. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 58531-2020*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. Sentencia rol 90737-2020. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 961-2018*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol SCS R. 125688-2020*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 11.624-2019*.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 11.625-2019*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 11.627-2019*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 12054-2019*.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 1209-2018*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 13212-2018*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 140.332-2020*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 140332-2020*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 16852-2018*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 16852-2018*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 17102-2016*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 19.511-2019*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 2204-2018*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 2204-2018*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 27163-2016*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 54-2020*. Acción de protección.

CHILE. Corte Suprema. *Sentencia rol 9.857-2019*. Acción de protección.

CHILE. *Ley N°19.742*. Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística. 25 de agosto de 2001. Disponible en: <http://bcn.cl/2k7c7>. Acceso en: 22 nov. 2021.

CHILE. *Ley N°21096*. Consagra el derecho a la protección de datos personales. 16 de junio de 2018. Disponible en: <http://bcn.cl/2f9w0>. Acceso en: 19 nov. 2021.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Sentencia rol 1051-08*. Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, sobre acceso a la información pública.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Sentencia rol 1732-10*. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jorge Cabezas Villalobos y otros respecto del artículo décimo, letra h; de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos Rol N° 945-2010 sobre reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Sentencia rol 1800-10*. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Televisión Nacional de Chile respecto de los artículos décimo h) y 33 b) de la Ley N° 20.285, en los autos Rol N° 945-2010 sobre reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia. Considerando 25.

DAVARA, I. *Diccionario de protección de datos personales*. Ciudad de México: INAI, 2019.

- DEIGHTON, A.; CAREY, P. Enforcement and the role of the regulator. *In: CAREY, P. Data protection: a practical guide to UK law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- DONOSO, L. *Carta magna digital: sociedad de la información y tercera ola de datos abiertos*. 2021. Disponible en: <https://flacsochile.org/carta-maga-digital-sociedad-de-la-informacion-y-tercera-ola-de-datos-abiertos/>. Acceso en: 20 nov. 2021.
- ERDOS, D. Comparing Constitutional Privacy and Data Protection Rights within the EU. *Legal Studies Research Paper Series*, Cambridge, n. 21, 2021.
- FERRANTE, A. La protección a la imagen y materialidad en el ordenamiento chileno. *Revista Boliv. de Derecho*, [S. l.], n. 23, p. 134-167, 2017.
- GENCARELLI, B. El Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea. *In: TRONCOSO, A. Comentario general al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Digitales*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2021. p. 221-224.
- GONZÁLEZ, H. F. Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Bogotá, n. 5, p. 177, 2001.
- GREENLEAF, G. *Asian Data Privacy Laws: Trade & Human Rights Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- GREZE, B. The extra-territorial enforcement of the GDPR: a genuine issue and the quest for alternatives. *International Data Privacy Law*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 109-128, 2019.
- HIJMANS, H. Independent supervisory authorities (Articles 51-59). Section 1. Independent status. Article 51. Supervisory authority. *In: KUNER, C. et al. (ed.). The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- HILDEBRANDT, M. *Smart technologies and the end(s) of law*. Cheltenham: Edward Elgard Pub, 2015.
- JANCIK, I. Feminismo y punitivismo: análisis del surgimiento de funas a varones en Argentina. *Revista Némesis*, [S. l.], v. 16, p. 49-59, 2020.
- JERVIS, P. Derechos del titular de datos y habeas data en la Ley 19.628. *Revista de Derecho Informático*, [S. l.], n. 3, 2003.
- JIJENA, R. Sobre la no protección de la intimidad en Chile: análisis de la ley 19.628 de agosto de 1.999. *Revista electrónica de derecho e informática*, 2001.
- JONES, M. L. *Ctrl+Z: the right to be forgotten*. New York: New York University Press, 2016.
- KALTSOUNIS, A. T. Re-Examining the GDPR's Territorial Scope. *The Computer and Internet Lawyer*, [S. l.], v. 37, n. 5, p. 10-13, 2020.
- KOOPMAN, C. *How we became our data: a genealogy of the informational person*. Chicago: The University of Chicago Press, 2019.
- KUNER, Christopher *et al.* Editorial: the GDPR as a chance to break down borders. *International Data Privacy Law*, [S. l.], v. 7, n. 4, p. 231-232, 2017.
- LAMBERT, P. *Data protection, privacy regulators and supervisory authorities*. London: Bloomsbury Professional, 2020.
- LETURIA, F. Fundamentos jurídicos del derecho al olvido: ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?. *Revista Chilena de Derecho*, [S. l.], v. 43, n. 1, p. 91-113, 2016.

- LYNSKEY, O. The 'Europeanisation' of Data Protection Law. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, [S. l.], v. 19, p. 252-286, 2017.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. *Big data: a revolution that will transform how we live, work, and think*. Boston: Eamon Dolan, 2013.
- MÉXICO. [Constitución (1853)]. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 1917.
- MOMBERG, R. Guest Editor's Note: privacy law in Chile: recent developments. *Global Privacy Law*, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 110-111, 2021.
- MUÑOZ, A. Eliminación de datos personales en internet: el reconocimiento del derecho al olvido. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 4, n. 2, 2016.
- MURILLO, P. L. La construcción del derecho a la autodeterminación informativa y las garantías para su efectividad. In: MURILLO, P. L.; PIÑAR, J. L. *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- NOGUEIRA, H. Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e Información Comparativa. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. [S. l.], v. 11, n. 2, p. 455, 2005.
- NOGUEIRA, P. *El derecho a la propia imagen: naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos*. Santiago: Librotecnia, 2010.
- OÑATE, E. El habeas data en la nueva Constitución. In: NÚÑEZ, J. I. (ed.). *Ideas centrales para la nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- OÑATE, E. La autodeterminación informativa en la nueva Constitución. *En Estrado*, 2021. Disponible en: <https://enestrado.com/la-autodeterminacion-informativa-en-la-nueva-constitucion-por-emilio-onate/>. Acceso en: 20 nov. 2021.
- PÉREZ-LUÑO, E. *El procedimiento de habeas data: el derecho procesal ante las nuevas tecnologías*. Madrid: Dykinson, 2017.
- PICA, R. El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno: comentario a la sentencia de protección Rol N° 22243-2015 de la Corte Suprema. *Estudios Constitucionales*, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 309-318, 2016.
- PIÑAR, J. L. Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro. In: MURILLO, P. L.; PIÑAR, J. L. *El Derecho a la Autodeterminación Informativa*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009.
- PUCCINELLI, O. *Juicio de habeas data*. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.
- QUEZADA, F. La protección de datos personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 125-147, 2012.
- REUSSER, C. *Derecho al Olvido: la protección de datos personales como límite a las libertades informativas*. 2. ed. Santiago: Ediciones Der, 2021.
- SANCHO, D. Las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (Comentario al artículo 22 RGPD). In: TRONCOSO, A. *Comentario general al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Digitales*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2021. p. 1725-1746.
- SANTAMARÍA, F. J. El derecho a la portabilidad: un nuevo derecho esencial en materia de protección de datos (Comentario al artículo RGPD y al artículo 17 LOPDGDD). In: TRONCOSO, A. *Comentario general al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Digitales*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2021. p. 1655-1680.

- SILVA, P. Chile. *In: INTERNATIONAL ASSOCIATION PRIVACY PROFESSIONAL. Guía de privacidad para América Latina*. Portsmouth: IAPP, 2021. p. 59-86.
- STODDART, J. Lost in translation: transposing the right to be forgotten from different legal systems. *In: COFONE, I. N. (ed.). The right to be forgotten: a Canadian and comparative perspective*. London: Routledge, 2020.
- TRONCOSO, A. Introducción y presentación. *In: TRONCOSO, A. Comentario general al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Digitales*. Madrid: Civitas – Thomson Reuters, 2021. p. 147-218.
- UNIÓN EUROPEA. *Carta de los Derechos Fundamentales*. 2012/C 326/06. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>. Acceso en: 30 mayo 2021.
- UNIÓN EUROPEA. Tribunal de Justicia. *Sentencia C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*. 13 de mayo de 2014.
- VIOLLIER, P. *El Estado de la Protección de Datos Personales en Chile*. Santiago: Derechos Digitales, 2017.
- VIOLLIER, P.; ORTIZ, L. Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, [S. l.], v. 10, n. 1, p. 77-109, 2021.
- ZAROR, D. *Carta magna digital: sociedad de la información y tercera ola de datos abiertos*. 2021. Disponible en: <https://flacsochile.org/carta-maga-digital-sociedad-de-la-informacion-y-tercera-ola-de-datos-abiertos/>. Acceso en: 20 nov. 2021.



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Brecha digital y exclusión social:**  
¿pueden las TIC cambiar el status  
quo?

**Digital divide and social  
exclusion:** can ICTs change the  
status quo?

Andrés Cernadas Ramos

Bran Barral Buceta

Ángela Fernández Da Silva

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022



# Brecha digital y exclusión social: ¿pueden las TIC cambiar el status quo?\*

## Digital divide and social exclusion: can ICTs change the status quo?

Andrés Cernadas Ramos\*\*

Bran Barral Buceta\*\*\*

Ángela Fernández Da Silva\*\*\*\*

### Resumen

**Objetivo.** El objetivo principal de este trabajo sería relacionar la expansión y uso de las TIC, la brecha digital y la exclusión social, así como las interrelaciones entre ellas. **Metodología.** Para ello, se ha llevado a cabo una profunda revisión de la literatura relacionada con el tema, se han revisado y analizado diversos informes oficiales, se han recabado datos cuantitativos de diversas fuentes, así como de diversas experiencias llevadas a cabo. **Conclusiones.** Como resultados principales se observa que, si bien las TIC pueden ser una herramienta muy importante y un gran potencial para reducir la exclusión social, su evolución parece orientarse más a incentivar el consumo y las compras *online* que al empoderamiento del ciudadano en su uso, lo que llevaría a pensar que las TIC podrían estar operando en un sentido contrario a la integración, creando desigualdad allí donde deberían de reducirla o incrementando la ya existente. **Limitaciones de la investigación.** Los resultados de esta investigación podrían mejorarse analizando las experiencias y los datos con más detalle y de forma desagregada, lo que permitiría conocer con mayor profundidad las problemáticas y necesidades de los distintos colectivos y áreas geográficas y poder formular intervenciones más oportunas. **Originalidad o valor.** Este es un estudio analítico-descriptivo, que relaciona diversas variables con teorías sobre brecha digital y exclusión social, a la vez que identifica los principales efectos de la exclusión y, de forma propositiva, fórmula algunas vías de intervención que promuevan la inclusión y permitan superar las brechas.

**Palabras clave:** TICs inclusivas; brecha digital; desigualdad; inclusión y exclusión social; empoderamiento; alfabetización digital.

### Abstract

**Objective.** The main objective of this work would be to relate the expansion and use of ICTs, the digital divide and social exclusion, as well as the interrelationships between them. **Methods.** For this purpose, a thorough review of the literature related to the subject has been carried out, several official reports have been reviewed and analyzed, quantitative data have been collected from different sources as well as from different experiences

\* Recibido em 17/03/2021  
Aprovado em 26/07/2022

\*\* Licenciado en Economía por la Universidad de Barcelona, y Master en Gestión Pública y Doctor en Ciencia Política y de la Administración por la Universidad Autónoma de Barcelona. Ejerce como Profesor en el Área de Ciencia de la Administración, en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Santiago de Compostela (USC) y como colaborador en la Universitat Oberta de Catalunya, en el área de gestión pública y políticas públicas. Además, es miembro del claustro de profesores del Master en Administración Local de la USC y del Master de Administración Pública de la Universidad Anahuac de Xalapa (México). Ha sido galardonado con el Primer Premio de Investigación Social, 2009, de Caja Madrid y ha publicado diversos artículos sobre evaluación de políticas, participación ciudadana y política sanitaria. Lugar actual de trabajo: Departamento de Ciencia Política y de la Administración. Facultad de Ciencias Políticas. Campus Vida, S/N (15782-Santiago de Compostela, España). E-mail: andres.cernadas@usc.es T. +034 881815163, Fax: +034 981596954.

\*\*\* Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad de Santiago de Compostela. Actualmente, colabora como docente en el área de Sociología, en el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Santiago de Compostela. bran. Email: barral@rai.usc.es

\*\*\*\* Graduada en Ciencias Políticas y Máster en Igualdad, Género y Educación, por la Universidad de Santiago de Compostela. Actualmente está inscrita en el Programa de Doctorado en Marketing Político, Actores e Instituciones en las Sociedades Contemporáneas, en esta misma Universidad. Email: angelafernandez.dasilva@usc.es

carried out. **Conclusions.** The main results show that although ICTs can be a very important tool and have great potential to reduce social exclusion, their evolution seems to be oriented more towards encouraging consumption and online shopping than towards empowering citizens in their use, which would lead us to think that ICTs could be working in the opposite direction to integration, creating inequality where they should be reducing it or increasing the already existing inequality. **Limitations of the research.** The results of this research could be improved by analyzing the experiences and data in greater detail and in a disaggregated manner, which would allow for a more in-depth understanding of the problems and needs of the different groups and geographic areas and enable more appropriate interventions to be formulated. **Originality or value.** This is an analytical-descriptive study, which relates several variables with theories on the digital divide and social exclusion, while identifying the main effects of exclusion and, in a propositional way, formulates some ways of intervention to promote inclusion and overcome the gaps.

**Keywords:** inclusive ICTs; digital divide; inequality; inclusion and social exclusion; empowerment; digital literacy.

## 1 Introducción

En las últimas dos décadas podemos ver cómo crecen los niveles de renta *per capita*, la esperanza de vida o los niveles de bienestar en muchos países independientemente de su nivel de desarrollo, pero esos avances no llegan al conjunto de la población, pues las desigualdades de renta y las desigualdades sociales se mantienen en muchos casos y en otros aumentan, como sería el caso de España<sup>1234</sup>. Asimismo, durante este periodo vemos que la expansión del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) no ha parado de crecer, pero su uso sigue sin ser universal y siguen quedando excluidas de estos avances tecnológicos un elevado número de personas que se ven incapaces de aprovechar convenientemente los avances tecnológicos que se están produciendo. Así, el presente estudio se fija como objetivo principal analizar la relación entre la expansión y uso de las TIC, la brecha digital y la exclusión social, así como las interrelaciones entre ellas. La principal pregunta a la que intentará responder es si las TIC están contribuyendo a mantener el *status quo* actual en relación a la exclusión o si, por el contrario, están contribuyendo a una mayor inclusión social como sería de esperar.

Las desigualdades y la *exclusión social* no es un fenómeno privativo de ciertos países de una determina área geográfica con insuficientes niveles de desarrollo, ni se limita sólo a los entornos urbanos más poblados e individualizados y con menores lazos familiares y comunitarios; sino que dicho fenómeno se puede observar también en los países más desarrollados, así como en ámbitos no urbanos como el medio rural.

Son varios los tipos de exclusión. Apunta Tezanos<sup>5</sup> a la existencia de tres bloques de conceptos en torno a los cuales pivotan. Por un lado, estarían las diferentes condiciones y vivencias sociales de las personas, que los apartan de los estándares predominantes, pudiendo ser este distanciamiento voluntario o no. Y por otro lado, están los factores de índole económica, aquellas situaciones de pobreza o escasez de recursos, que pueden originar la degradación del entorno personal y la posible inaccesibilidad o bloqueo al uso de recursos o oportunidades.

<sup>1</sup> ANGHEL Brindusa *et al.* *La desigualdad de la renta, el consumo y la riqueza en España*. Documentos ocasionales n° 1806. Madrid, ES: Banco de España, 2018.

<sup>2</sup> MILANOVIC, Branko; BUSTILLO, Rafael Muñoz de. La desigualdad de la distribución de la renta en América Latina: situación, evolución y factores explicativos. *América Latina Hoy*, v. 48, p. 15-42, feb. 2008.

<sup>3</sup> BACIGALUPE, Amaia *et al.* Desigualdades socioeconómicas y COVID-19 en España. *Gaceta Sanitaria*, v. 36, n. 1, p. 13-21, 2022.

<sup>4</sup> DOMÍNGUEZ-AMORÓS Màrlus; SOLÍS, Patricio. La desigualdad social en Europa y América Latina: dimensiones relevantes de la investigación comparativa. *Revista Española De Sociología*, v. 30, n. 3, p. 1-11, 2021. Disponible: <https://recyt.fecyt.es/index.php/res/article/view/89305/65678>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>5</sup> TEZANOS, José Félix. *Tendencias en desigualdad y exclusión social*. [S. l.]: Editorial Sistema, 2001. v. 16.

Finalmente, apoyándose en Marx <sup>6</sup>, considera como un tercer factor el hecho de la alienación del hombre frente al trabajo y al producto de este. El hecho de que el trabajo y su fruto “no le pertenezca”, pero, sobre todo, pensando en la actualidad, el hecho de que, en los trabajos en sectores con mucha mano de obra barata, se observe una tendencia a prolongar las jornadas y a reducir los salarios, hace que se hayan ido reduciendo las posibilidades económicas de las personas, pero también su tiempo libre y de ocio, perdiendo la noción de su motivación laboral y pasando a trabajar por pura subsistencia.

Así, el hecho de no tener un trabajo “normal” o de estar largos períodos de tiempo sin poder acceder a un puesto de trabajo incrementa las posibilidades y los riesgos de quedarse fuera del estándar de pertenencia comunitaria e integración social<sup>7</sup>.

Las desigualdades socioeconómicas generadoras de exclusión social son probablemente tan antiguas como la sociedad misma y están presentes de forma amplia en las sociedades modernas en sus diferentes vertientes. Las primeras referencias de que se dispone ya recogen y resaltan este tipo de desigualdades en alguna de sus manifestaciones, lo que nos permite intuir que las desigualdades socioeconómicas han existido siempre y que han ido surgiendo al unísono que nuestras sociedades actuales. Es fácil comprobar que nuestras estructuras sociales se hallan impregnadas de múltiples y diversas desigualdades que se manifiestan en los diferentes ámbitos de la sociedad, hasta el punto de que podrían ser consideradas como inherentes a la propia organización social vigente.

Estas desigualdades socioeconómicas se manifiestan a través de formas diversas como las diferencias de ingresos o de riqueza, las diferencias educativas, de salud, de vivienda o de cultura y relaciones sociales. Siendo tal vez las diferencias de renta –medida está, de forma comparativa, en función del volumen de ingresos en una determinada unidad temporal–; la variable más utilizada para estudiar las desigualdades socioeconómicas, por la contribución que el nivel de renta puede tener en el mantenimiento o reducción del resto de las variables contempladas. Dichas desigualdades, desde ciertas teorías de justicia distributiva o concepciones filosóficas de la organización social, pueden ser juzgadas incluso como positivas y necesarias para el desarrollo económico y el mantenimiento de las libertades individuales<sup>89</sup>; mientras que desde otros enfoques o perspectivas ideológicas relacionadas con las teorías de la justicia más modernas a las cuales nos sumamos, son consideradas como injustificables e inaceptables y, por lo tanto, se asume que dichas desigualdades debieran ser objeto de la acción política de los gobernantes de cara a su paulatina reducción o eliminación con el objetivo de hacer la sociedad más inclusiva y equitativa <sup>10</sup>.

Desigualdades afectan especialmente a los colectivos más pobres o marginales de la escala social, pues estos colectivos suelen partir de una situación de desventaja en más de una de las variables socioeconómicas contempladas. En ciertos ámbitos de los servicios sociales como la salud, la vivienda, la educación o cultura y el deporte, es donde el fenómeno de la exclusión se manifiesta con más frecuencia y tiene un mayor impacto social, pues no deja de ser una exclusión añadida a la que ya soportan ciertos colectivos por motivos básicamente económicos.

Las políticas públicas en general y las políticas sociales en particular, adoptadas en las últimas décadas en España y en otros muchos países, han prestado poca atención a la inclusión de los excluidos, no se han puesto en marcha programas orientados a colectivos excluidos que pudieran actuar como factores facilitadores de la accesibilidad a servicios públicos como la educación y la salud ni a los sistemas de protección social que facilitan la inclusión. Las políticas públicas del Estado de Bienestar parecen haber renunciado a reducir

<sup>6</sup> MARX, Karl. *Escritos de juventud*: manuscritos económicos y filosóficos de 1844. México: Fondo De Cultura Económica, 1982.

<sup>7</sup> TEZANOS, José Félix. *Tendencias en desigualdad y exclusión social*. [S. L]: Editorial Sistema, 2001. v. 16.

<sup>8</sup> NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

<sup>9</sup> FRIEDMAN, Milton. *Libertad de elegir*. México: Editorial Orbis, 1983.

<sup>10</sup> CERNADAS, Andrés. *La salud y el acceso a los sistemas sanitarios públicos: desigualdades e inequidades*. Madrid: Editorial Síntesis, 2010.

las desigualdades y la exclusión y se orientan a paliar los efectos de la exclusión mediante ayudas económicas, pero sin abordar las causas que generan dicha exclusión.

Los habituales estudios sobre desigualdades nos suelen facilitar las cifras obtenidas de forma agregada, neutra y cuantitativa, haciendo una interpretación de las cifras en esos mismos términos, interpretaciones desprovistas del cualquier juicio de valor que nos permita saber que si esas desigualdades son justas o injustas. Pues los índices, ratios y coeficientes no reflejan la problemática que hay detrás de esas cifras, quién o quienes sufren esas desigualdades y por qué. Por ello, es necesario dar un paso más y referirnos a las inequidades, un concepto de una mayor profundidad descriptiva y analítica, pues la inequidad se refiere a las desigualdades evitables e injustas en base a los criterios de justicia que rigen en una sociedad<sup>11</sup>

El surgimiento de las Tecnologías de la Comunicación y la Información (TIC) y su aplicación en los distintos ámbitos de actuación de las Administraciones Públicas (AA.PP) ha supuesto una serie avances que se han materializado, en muchos casos, en facilidades para la ciudadanía a través, por ejemplo, de cuestiones como la inmediatez de la información, el acceso permanente a determinados servicios, la participación de la ciudadanía en cuestiones de carácter consultivo o de debate, etc. Todo ello ha despertado cierto optimismo y ha llevado a pensar que dichas tecnologías también podrían ser útiles para facilitar la inclusión social y digital de ciertos colectivos. No obstante, esta evolución también ha revelado limitaciones derivadas de la tendencia seguida actualmente por las AA.PP, las cuales parecen estar promoviendo un uso de las TIC más ligado a la productividad y al consumo que al empoderamiento y capacitación de la ciudadanía<sup>12 13</sup>.

No en vano, la contribución de las TIC al desarrollo de los países está ampliamente contrastada, aunque muestra grandes variaciones. La aportación de la actividad digital a la economía española, según el último informe de la Fundación Telefónica, se aproxima al 19 % del PIB, una cifra por encima de la media de los países de Naciones Unidas, aunque por debajo de líderes como China y Estados Unidos<sup>14</sup>.

Pero vemos que no siempre se están cumpliendo las expectativas iniciales, motivo por el cual nos parece importante reflexionar sobre este hecho, reflexión que intentaremos llevar a cabo en las páginas que siguen, centrándonos en la brecha digital y la exclusión social, analizando las relaciones entre ambas de forma analítica y propositiva. Para ello, en un primer apartado introductorio contextualizamos y delimitamos el objeto de nuestro estudio, establecemos su objetivo básico y la forma en la que pretendemos dar respuesta a la principal pregunta de nuestra investigación. En un segundo apartado delimitamos conceptualmente qué entendemos por exclusión social, cuales son causas y los principales ámbitos en los que se manifiesta, en el tercer apartado se analiza la relación entre brecha digital y exclusión social, y el estudio finaliza con un cuarto apartado propositivo en el que sugieren líneas de intervención para superar el *status quo* actual poniendo la TIC al servicio de la inclusión social.

## 1.1 Que entendemos por exclusión social

El concepto de exclusión social, tradicionalmente se tiende a asociar a «escasez de rentas» o a determinadas carencias de tipo material, pero actualmente se asume que se necesita una concepción más multidimensional, que vaya más allá de los aspectos estrictamente económicos y que incluya dimensiones psicológicas,

<sup>11</sup> BARRAL BUCETA, Bran; BOUZAS LORENZO, Ramón; CERNADAS RAMOS, Andrés; FERNÁNDEZ DA SILVA, Ângela. Equity policies in health plans: accessibility and something more? *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 55, 2021.

<sup>12</sup> MENOUE, Michel J. La Alfabetización informacional dentro de las políticas nacionales sobre tecnologías de la información y comunicación (TICs): la cultura de la información, una dimensión ausente. *Anales De Documentación*, n. 7, p. 241–261, 2004. Disponible: <https://revistas.um.es/analesdoc/article/view/3771/3671>. Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>13</sup> WILCHES-FLÓREZ, Olga Cecilia; WILCHES-FLÓREZ, Ângela María. Posibilidades y limitaciones en el desarrollo humano desde la influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la salud: el caso latinoamericano. *Persona y Bioética*, v. 21, n. 1, p. 114–133, ene./jun. 2017.

<sup>14</sup> FUNDACIÓN TELEFÓNICA. *Sociedad digital en España 2020-2021*. mayo 2021. Disponible: <https://www.fundaciontelefonica.com/cultura-digital/publicaciones/sociedad-digital-en-espana-2020-2021/730/#openModal>. Acceso en: 30 jul. 2022.

psicosociales y, especialmente, culturales. Cada vez más, la exclusión social es vista como dependiente del grado de acceso y uso a los servicios disponibles en la sociedad y de la capacidad relacional dentro de la comunidad, pero también del acceso e integración en redes sociales protectoras y del nivel de participación en dichas redes. De forma que, el concepto de exclusión incorpora las formas tradicionales de desigualdad y las trasciende adentrándose en la no-integración social<sup>15</sup>. Así, no se puede hablar de un único tipo de exclusión social, sino que existen múltiples y diversas facetas, situaciones y circunstancias en las que ésta se manifiesta. Pero a pesar de su multidimensionalidad, se podría decir que los ingresos económicos siguen siendo una variable clave, por lo que el mercado laboral y la situación laboral de las personas, el estar *dentro* frente al estar *fuera*, constituyen el principal elemento explicativo de los grados de inclusión-exclusión social, a los que además cabría añadir: la falta de ayuda familiar y de redes sociales de apoyo, la condición de migrante, el estado de salud o los entornos laborales y de residencia. Lo que, según ciertos autores, se podría resumir en tres dimensiones principales: tener un trabajo remunerado, un determinado estatus social y una red de apoyo familiar y social<sup>16 17</sup>.

La exclusión social vendría a ser como un producto de los procesos de diferenciación y estratificación comunes a toda organización social jerarquizada,

en donde el conjunto de factores y situaciones de vulnerabilidad y de riesgo a que se refiere la noción de exclusión social, tienen como causa y consecuencia la imposibilidad y/o las dificultades para acceder a espacios y recursos materiales e inmateriales socialmente valorados por la colectividad<sup>18</sup>

En el ámbito normativo, la Ley 12/1998 de 22 de mayo, contra la Exclusión Social del País Vasco (España), en su Exposición de motivos; la se define como: “la imposibilidad o incapacidad de ejercer los derechos sociales, fundamentalmente el derecho al trabajo, pero también el derecho a la educación, a la cultura, a la salud, a una vivienda digna, a la protección social”. A su vez, matiza que está excluida “toda persona que, en mayor o menor medida, se encuentra incapacitada o imposibilitada para el ejercicio de alguno o de varios de los derechos sociales que otorgan status de ciudadanía a un individuo”<sup>19</sup>

De tal forma que la exclusión implica carencias importantes en el ámbito económico, laboral y social, pero también en el educativo, de residencia, de vivienda y alojamiento, ámbito de la salud, de integración étnica, de calidad de convivencia, de entorno afectivo, etc.; que parecen ser constantes y duraderas y por lo tanto se necesita una apuesta en firme de las AAPP por la inclusión, para que mediante el adecuado diseño e implementación de políticas públicas orientadas a los colectivos menos favorecidos, puedan facilitar su inclusión<sup>20</sup>. Y tal vez por ello, el concepto de *exclusión social* figuró pronto en la agenda política europea, apareciendo por primera vez en un texto de la Unión Europea (en adelante, UE) en el preámbulo de la Carta Social Europea en 1989, y el 29 de septiembre de ese mismo año, en una Resolución del Consejo de Ministros de Asuntos Sociales, por la que se creó el *Observatorio de la Comunidad Europea sobre políticas nacionales para combatir la exclusión*, y desde entonces han sido variadas y contantes las declaraciones institucionales y las políticas públicas orientadas a promover la inclusión social y reducir o eliminar la exclusión, aunque no siempre han tenido el éxito esperado.

<sup>15</sup> DURANA, Ana Arriba González de. *El concepto de exclusión en política social*. [S. l.]: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2002. Disponible: <http://ipp.csic.es/sites/default/files/content/workpaper/2002/dt-0201.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>16</sup> GARCÍA, Iolanda. Políticas para la inclusión social mediante tecnologías de la información y la comunicación. *Education In The Knowledge Society*, v. 6, n. 1, jan. 2005. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/2010/201021059003.pdf>. Acceso en: 29 jul. 2022.

<sup>17</sup> TRAVIESO, José Luis; RIBERA, Jordi Planella. La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica. *Uoc Papers: Revista SOBRE La Sociedad Del Conocimiento*, n. 6, p. 1-9, 2008. Disponible: [https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso\\_planella.pdf](https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso_planella.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>18</sup> MÉNDEZ LÓPEZ, Ángel Joel. Pensar las exclusiones: construir la inclusión social. *Humanismo y Trabajo Social*, v. 11, p. 87-99, 2012.

<sup>19</sup> LEY 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social. BOE-A-2011-20655. Comunidad Autónoma del País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, n. 315, 31 dic. 2011. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es-pv/1/1998/05/22/12>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>20</sup> TRAVIESO, José Luis; RIBERA, Jordi Planella. La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica. *Uoc Papers: Revista SOBRE La Sociedad Del Conocimiento*, n. 6, p. 1-9, 2008. Disponible: [https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso\\_planella.pdf](https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso_planella.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

## 1.2 Las principales causas de exclusión

Son varias las tipologías de personas que pertenecen a los colectivos socialmente menos favorecidos, que soportan el mayor impacto negativo de las desigualdades socioeconómicas y, por tanto, más vulnerables y con mayor riesgo de sufrir exclusión social. En concreto, se pueden considerar como tales: las personas que están o han pasado periodos en los centros de reclusión<sup>21</sup>, las personas sin techo<sup>22</sup> las personas drogodependientes y sin recursos<sup>24</sup>, personas discapacitadas<sup>25</sup>, las personas mayores en situación de vulnerabilidad o fragilidad<sup>26</sup>, las personas que realizan trabajo sexual remunerado<sup>27</sup>, los jóvenes afectados de fracaso escolar<sup>28</sup>, amas de casa<sup>29</sup>, minorías étnicas<sup>30</sup> o los inmigrantes económicos y las personas que viven en el medio rural<sup>31</sup>.

Estas personas suelen carecer de las cuotas de representación social de que gozan otros colectivos, lo que en buena parte les convierte en personas *invisibles* para los gobernantes y para el resto de la sociedad. La cual, en muchos casos, sólo tiene conciencia de su existencia a través de episodios de los que –en muchos casos por su propio dramatismo– se hacen eco con cierta regularidad los distintos medios de comunicación. Esa nula representación política y social les dificulta o imposibilita el ejercicio de la acción colectiva para vehicular sus demandas hacia las AAPP responsables y exigir las condiciones adecuadas para el ejercicio de sus derechos legalmente reconocidos en los distintos ordenamientos jurídicos, May (1991). Suelen ser personas que disponen de unos bajos o nulos recursos –tanto si nos referimos a recursos económicos como si tenemos en cuenta otro tipo de recursos como el nivel educativo, la vivienda, las relaciones sociales o las redes de apoyo–, y a las que su condición de personas “socialmente excluidas” o “vulnerables y en grave riesgo de exclusión”, les cierra muchas de las vías que en otras circunstancias podrían utilizar para superar y mejorar su actual situación y poder poner en práctica sus proyectos de vida, de realización personal y de futuro.

Las AAPP, con demasiada frecuencia, vienen haciendo una cierta dejación de funciones y de sus responsabilidades como garantes de la cohesión social y de una sociedad más participativa y equilibrada, y han de ser las Organizaciones no Gubernamentales (en adelante, ONGs) las que se hagan cargo de las personas en riesgo de exclusión que han sido abandonadas a su suerte por las AAPP. Pero, a su vez, este tipo de ONGs

<sup>21</sup> ARIZA, Libardo José; ITURRALDE, Manuel. La prisión como espacio de exclusión o de reconciliación. *Dearq: Revista De Arquitectura/Journal Of Architecture*, n. 18, p. 20-31, 2016. DURANA, Ana Arriba González de. *El concepto de exclusión en política social*. [S. l.]: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2002. Disponible: <http://ipp.csic.es/sites/default/files/content/workpaper/2002/dt-0201.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>22</sup> WATSON, James R.; CRAWLEY, Jamie; KANE, Deborah J. Social exclusion, health and hidden homelessness. *Public Health*, v. 139, p. 96–102, 2016.

<sup>23</sup> CERNADAS, Andrés; FERNÁNDEZ, Ángela. Healthcare inequities and barriers to access for homeless individuals: a qualitative study in Barcelona (Spain). *International Journal for Equity in Health*, v. 84, 20 mar. 2021. Disponible: <https://equityhealth.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s12939-021-01409-2.pdf>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ KURI, Solveig E.; FERNÁNDEZ CÁCERES, Carmen. Inserción social de usuarios de drogas en rehabilitación: un estudio cualitativo. *Revista de Psicología Universidad de Antioquia*, v. 6, n. 2, p. 57-78, sep. 2014. ROMERO, Belén Agrela; CASAL, Camino Gutiérrez; CONTRERAS, Teresa Fernández. Repensar la ética en trabajo social desde una perspectiva de género. *Cuadernos de Trabajo Social*, v. 30, n. 1, p. 51-64, ene. 2017.

<sup>25</sup> ANAUT BRAVO, Sagrario; PORRAS, Javier Arza. La exclusión social en los hogares con algún miembro con discapacidad durante el período de crisis en España. *Revista Española De Discapacidad*, v. 3, n. 1, 2015.

<sup>26</sup> POVEDA-PUENTE, Rakek; HERNANDIS, Sacramento Pinazo; PÉREZ-COSÍN, José Vicente; LOIS, Juan Manuel Belda. Personas mayores usuarias habituales de tecnología de la información y la comunicación: análisis del perfil. *AZARBE: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*. n. 4, p. 51–58, 2015.

<sup>27</sup> GONZÁLEZ, Ruth Pinedo; SÁNCHEZ, Félix López. Soledad social y emocional, factores de riesgo asociados en personas que ejercen la prostitución. *Apuntes De Psicología*, v. 33, n. 1, p. 17–22, 2015.

<sup>28</sup> ESCUDERO MUÑOZ, Juan Manuel; ALFAGEME GONZÁLEZE, María Begoña et al. *Inclusión y exclusión educativa: realidades, miradas y propuestas*. Valencia, ES: Nau Llibres, 2016. v. 8.

<sup>29</sup> ROMERO, Belén Agrela; CASAL, Camino Gutiérrez; CONTRERAS, Teresa Fernández. Repensar la ética en trabajo social desde una perspectiva de género. *Cuadernos de Trabajo Social*, v. 30, n. 1, p. 51-64, ene. 2017.

<sup>30</sup> CÁRDENAS-RODRÍGUEZ, Rocío; TERRÓN-CARO, Teresa; GIMENO, Ma Carmen Monreal. Educación primaria y alumnas gitanas. análisis de las barreras sociales en contextos de exclusión. *Revista De Investigación Educativa*, v. 37, n. 1, p. 75–91, 2019.

<sup>31</sup> RYE, Johan Fredrik. Labour migrants and rural change: the “mobility transformation” of Hitra/Frøya, Norway, 2005–2015. *Journal Of Rural Studies*, v. 64, p. 189–199, nov. 2018.

que trabajan con mujeres víctimas de violencia de género, personas privadas de libertad, personas sin hogar, personas afectadas de exclusión y pobreza, o con minorías étnicas como la población gitana en España; son a su vez las que tecnológicamente van un poco por detrás dentro de lo que denominamos Tercer Sector y que a su vez también necesitarían apoyo para una plena introducción de las TIC en su quehacer diario<sup>32</sup>.

### 1.3 Ámbitos en los que se manifiesta la exclusión social

Como ya sabemos, la exclusión puede estar presente en múltiples ámbitos de la vida de las personas, y es por eso que, con el objetivo de simplificar y sistematizar más su abordaje, proponemos unos ámbitos básicos, tal como muestra el Cuadro 1, en los que, de forma más frecuente y con mayor evidencia, se pone de manifiesto dicha exclusión.

Así, Bhalla y Lapeyre<sup>33</sup> plantean la exclusión en torno a tres ámbitos o dimensiones: la exclusión de las redes sociales (la dimensión social está relacionada con el nivel de acceso a los servicios sociales y las oportunidades para la participación social), de la vida económica (se asocia al desempleo, a bajos ingresos, y bajos niveles de acceso a ciertos bienes y servicios) y de la vida política (tiene que ver con la privación de determinados derechos políticos a ciertos grupos y con la falta de participación). Y a esas dimensiones, García<sup>34</sup>, a partir del trabajo de Van Winden<sup>35</sup> añade la dimensión educativa (que tiene que ver con el uso del derecho a la educación y el acceso a la formación durante toda la vida), partiendo de la idea que la educación constituye un requisito para el desarrollo de las capacidades que permiten acceder y utilizar los diferentes servicios, productos y bienes en general, que la sociedad pone a nuestra disposición.

Nosotros, con argumento parecido, añadimos la dimensión de la salud (que estaría relacionada con el acceso y uso de los servicios y la posibilidad de beneficiarse de los nuevos avances tecnológicos), pues entendemos que la salud es, sino el principal, sí uno de los bienes personales más preciados, en tanto que la posesión, uso y disfrute de la salud es un elemento indispensable para el goce y disfrute del resto de los bienes a los que las personas pudieran tener acceso a lo largo de su existencia; y por lo tanto, una de las principales dimensiones de la exclusión social<sup>36</sup>.

En consonancia con esta idea se alinea también la World Health Organization (en adelante WHO) que en su informe sobre la implementación de la e-salud en las regiones europeas<sup>37</sup> decía: “Si no se enfatiza la educación de los individuos respecto a cómo usar las tecnologías de la e-salud, parte de la población se volverá vulnerable a los procesos de exclusión digital”. Otros autores apuntan a que, sin un diseño de las TIC accesible, los diversos colectivos vulnerables a la exclusión digital como las personas mayores o con discapacidad no podrán disfrutar plenamente de los beneficios de la eSalud o incluso podrían generarse perjuicios<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> CABRERA, José Pedro; RUBIO, Martín José; FERNÁNDEZ, Jurado Yolanda; ALEXANDRES Fernández, RÚA, Veytes Antonio; FERNÁNDEZ Velasco Elena; RUIZ LÓPEZ, José Antonio; MALGESINI, Rey Graciela. *Nuevas tecnologías y exclusión social: un estudio sobre las posibilidades de las tic en la lucha por la inclusión social en España*. Madrid, ES: Fundación Telefónica, 2005.

<sup>33</sup> BHALLA, Ajit; LAPEYRE, Frederic. Social exclusion: towards an analytical and operational framework. *Development And Change*, v. 28, n. 3, p. 413-433, 1997. Disponible: [http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms\\_161351.pdf](http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms_161351.pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>34</sup> GARCÍA, Iolanda. Políticas para la inclusión social mediante tecnologías de la información y la comunicación. *Education In The Knowledge Society*, v. 6, n. 1, jan. 2005. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/2010/201021059003.pdf>. Acceso en: 29 jul. 2022.

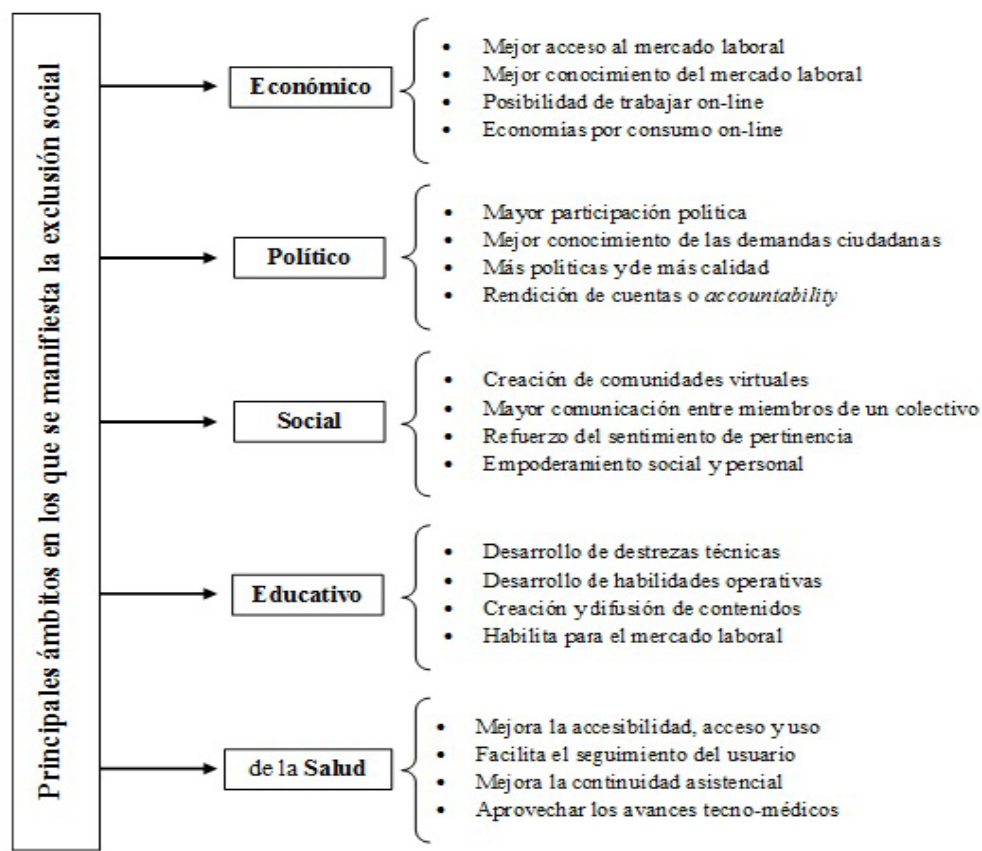
<sup>35</sup> VAN WINDEN, Willem. *Essays on urban ict policies*. Amsterdam: Thela Thesis, 2003. v. 328. WATSON, James R.; CRAWLEY, Jamie; KANE, Deborah J. Social exclusion, health and hidden homelessness. *Public Health*, v. 139, p. 96-102, 2016.

<sup>36</sup> CERNADAS, Andrés; FERNÁNDEZ, Ángela. Healthcare inequities and barriers to access for homeless individuals: a qualitative study in Barcelona (Spain). *International Journal for Equity in Health*, v. 84, 20 mar. 2021. Disponible: <https://equityhealthj.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s12939-021-01409-2.pdf>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>37</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. *From innovation to implementation: eHealth in the WHO european region*. Geneva, Switzerland: World Health Organization, 2016. Disponible: [https://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0012/302331/From-Innovation-to-Implementation-eHealth-Report-EU.pdf](https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0012/302331/From-Innovation-to-Implementation-eHealth-Report-EU.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>38</sup> BALSELLS, Luis Alejandro Casasola; GONZÁLEZ, Juan Carlos Guerra; María BALSELLS, Araceli Casasola; CHAMORRO, Vicente Antonio Pérez. Accesibilidad web de cita previa por internet en atención primaria. *Gac Sanit*, Barcelona, v. 33, n. 1, jan./fev.

Figura 1: Ámbitos en los que se manifiesta la exclusión social y digital



Fuente: Elaboración propia a partir de Van Winden (2003) y García (2005)

Según los contextos en los que deban desarrollarse las políticas públicas y los programas concretos de intervención, conociendo la habitual interdependencia entre los ámbitos aquí propuestos, a veces puede ser más adecuado abordar los diferentes ámbitos a la vez, mientras que, en otras ocasiones, dependiendo de los objetivos que se persigan y los recursos de los que disponga, puede ser preferible concentrarse en alguno de ellos y hacer un abordaje más sistemático de los mismos.

## 2 Exclusión social y TIC

Como es ampliamente conocido y fácilmente deducible, la mayoría de las personas, colectivos y comunidades socialmente excluidas o en riesgo de estarlo, están a su vez excluidas digitalmente, no están debidamente “conectadas” a las TIC, y si bien sabemos que la inclusión digital no presupone inclusión social y viceversa, se asume que ambas se refuerzan mutuamente y se complementan. Por lo que, a veces, puede resultar más eficaz abordar de forma conjunta problemas que se muestran como interdependientes que hacerlo de forma individualizada, pero en la práctica, parece más fácil luchar contra la exclusión digital que contra la exclusión social, en tanto parece más asequible conocer el uso que se hace de las TIC, en ámbitos como el ejercicio de la ciudadanía, la autonomía personal, el trabajo colaborativo, la generación y difusión de conocimiento, la integración en redes sociales, y cómo se desarrolla el proceso de apropiación de las TIC y



sus potencialidades para las personas en riesgo de exclusión; que no abordar las múltiples dimensiones de la exclusión social en su globalidad<sup>39</sup>.

Las personas excluidas socialmente son las que tienen más dificultades para encontrar contenido adaptado a sus necesidades y preferencias, porque nadie produce esos contenidos para ellos. Lo que reduce su motivación de acceso, convirtiéndose en excluidos digitales además de excluidos sociales. Sin embargo, se da por supuesto que, con políticas públicas inclusivas, que reduzcan costes, faciliten el acceso, propicien contenidos adaptados y capaciten a las personas para un uso responsable de las TIC; algunas de las desigualdades existentes podrían evitarse o reducirse, así, vemos como en los Estados Unidos (EEUU) a lo largo de los últimos 20 años, han reducido considerablemente las diferencias de acceso en función de la variable género<sup>40</sup>. El problema, es que esas personas excluidas no cuentan con la representación social adecuada que demande, proponga, y exija a las AAPP determinadas políticas orientadas a estos colectivos; y como nos recuerda May<sup>41</sup>, no se elaboran políticas para no-públicos; por lo que, en cierta forma, estas personas parecen condenadas a seguir sufriendo ciertos grados de exclusión de forma permanente.

Las potencialidades de las TIC para luchar contra la exclusión social parecen muchas y muy útiles y significativas, y para lograrlo, parece lógico pensar que se ha de empezar promoviendo la alfabetización digital para reducir o eliminar la exclusión digital. No en vano, algunos autores como Echeverría<sup>42</sup>, aceptan que las TIC están produciendo una profunda revolución tecnológica, comparable a las suscitadas por la escritura, la imprenta o la industrialización, y según este autor, las personas que queden “descolgadas” tendrán muchas dificultades para apropiarse y beneficiarse de las ventajas que la revolución de las TIC puede suponer. Algo con lo que parece estar de acuerdo la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU), ya que, en la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, desarrollada en Ginebra 2003<sup>43</sup> y Túnez 2005<sup>44</sup>, reconoce que:

Las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) tienen inmensas repercusiones en prácticamente todos los aspectos de nuestras vidas. El rápido progreso de estas tecnologías brinda oportunidades sin precedentes para alcanzar niveles más elevados de desarrollo.

Y para que nadie quede excluido, la ONU pone en marcha un *Plan de Acción* que luego apenas tuvo repercusión ni desarrollo significativo<sup>45</sup>. En dicho Plan<sup>46</sup> se reconoce que:

Cada persona debería tener la posibilidad de adquirir las competencias y los conocimientos necesarios para comprender la Sociedad de la Información y la economía del conocimiento, participar activamente en ellas y aprovechar plenamente sus beneficios.

Y que se debe prestar especial atención a los menos favorecidos:

<sup>39</sup> TRAVIESO, José Luis; RIBERA, Jordi Planella. La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica. *Uoc Papers: Revista SOBRE La Sociedad Del Conocimiento*, n. 6, p. 1-9, 2008. Disponible: [https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso\\_planella.pdf](https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso_planella.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>40</sup> TÖRENLI, Nurcan. The ‘other’ faces of digital exclusion: ICT gender divides in the broader community. *European Journal of Communication*, v. 21, n. 4, p. 435-455, dec. 2006.

<sup>41</sup> MAY, Peter J. Reconsidering policy design: policies and publics. *Journal Of Public Policy*, v. 11, n. 2, p. 187-206, apr. 1991. Disponible: [http://www.journals.cambridge.org/Abstract\\_S0143814x0000619x](http://www.journals.cambridge.org/Abstract_S0143814x0000619x). Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>42</sup> ECHEVERRÍA, Javier. Apropiación social de las tecnologías de la información y la comunicación. *Revista Iberoamericana De Ciencia, Tecnología Y Sociedad*. v. 4, n. 10, p. 171-182, jan. 2008. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/924/92441011.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>43</sup> LEVIS, Diego. Cumbre mundial sobre la sociedad de la información: modelo para armar. *Signo y pensamiento*, v. 23, n. 44, p. 29-40, apr. 2004.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ, Gladys Stella. Cumbre mundial sobre la sociedad de la información: Desafíos. *Frónesis*, Caracas, v. 12, n. 2, p. 37-61, ago. 2005.

<sup>45</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de principios: construir la sociedad de la información: un desafío global para el nuevo milenio. *Cumbre mundial sobre la sociedad de la información*. Ginebra, 2003; Túnez, 2005. 12 mayo 2004. Disponible: <http://www.itu.int/Net/Wsis/Docs/Geneva/Official/Dop-Es.html>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>46</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de principios: construir la sociedad de la información: un desafío global para el nuevo milenio. *Cumbre mundial sobre la sociedad de la información*. Ginebra, 2003; Túnez, 2005. 12 mayo 2004. Disponible: <http://www.itu.int/Net/Wsis/Docs/Geneva/Official/Dop-Es.html>. Acceso en: 30 jul. 2022.

Debe promoverse el empleo de las TIC en todos los niveles de la educación, la formación y el desarrollo de los recursos humanos, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas con discapacidades y los grupos desfavorecidos y vulnerables.

Sin embargo, como luego veremos, la introducción de la enseñanza de las TIC en los diferentes niveles educativos parece una condición necesaria pero no suficiente para la inclusión digital, pues hay muchas personas que han abandonado el sistema educativo desde hace tiempo y necesitan de apoyo especial para su incorporación a la nueva sociedad digital<sup>47</sup>.

Así, nos encontramos con personas mayores que tienen miedo o pánico a Internet, pues creen que es algo demasiado técnico y complejo y que ellos ya han llegado tarde para poder subirse al carro tecnológico, otros consideran que es muy peligrosa<sup>48</sup>, debido a las noticias sensacionalistas que relacionan constantemente Internet con las redes de pederastia, de *phishing* bancario (o robo de identidad), de tráfico de datos, ciberacoso (ciberbullying), o incluso aquellas personas que lo consideran algo *snob*, para ricos y famosos. Pero frecuentemente, exceptuando la falta de seguridad o confianza personal, el mayor problema para no usar Internet por parte de las personas que disponen de acceso a la red, se debe a la falta de interés, a que no encuentran unos contenidos que les resulten útiles y que les motive a utilizarlos y disfrutarlos<sup>49</sup>. De hecho, tal y como muestra el Eurobarómetro, la falta de interés es la segunda razón por la que los ciudadanos de la UE no están interesados en las tecnologías de la información<sup>50</sup>.

Pero no podemos obviar la realidad y esta es que, Internet nace ligado a las grandes empresas tecnológicas norteamericanas, y que muy pronto se abandonó la visión libertaria y semianárquica inicial, ya que cada vez más hay una visión de Internet mucho más comercial que divulgativa. Como nos recuerda Menou<sup>51</sup> en base a un estudio sobre experiencias sobre inclusión digital llevadas a cabo en Latinoamérica, el acento en el uso de los Personal Computer (en adelante, PCs) y la estrechez de los programas de alfabetización digital, hacen que dichos programas se parezcan mucho más a una dotación de nuevas herramientas para buscar incrementos de productividad y para la expansión del comercio electrónico, y mucho menos lo que serían las actividades encaminadas a un empoderamiento real y efectivo de los ciudadanos.

## 2.1 La brecha digital y sus consecuencias

La *brecha digital* la podríamos denominar como “la distancia entre aquellas personas y comunidades que dominan, acceden y utilizan eficazmente las TIC, y aquellas que no lo hacen”, o, como el acceso diferenciado que tienen las personas a las TIC, su habilidad para utilizarlas, el empleo actual que hacen de las mismas y el impacto que su uso tiene sobre su bienestar personal. Para Pérez Tapias<sup>52</sup> la brecha digital (*digital divide*) vendría a ser una división metafórica entre los ciudadanos que pueden usar y beneficiarse de las nuevas tecnologías y los que no. La inclusión digital no pasa sólo por mejorar y expandir las infraestructuras que

<sup>47</sup> OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD. *Ordenadores y hogares españoles: ¿Sigue siendo un recurso fundamental para la sociedad digital?*. 2022. Disponible: <https://www.ontsi.es/es/publicaciones/ordenadores-y-hogares-espanoles-2022>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>48</sup> OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD. *Cómo se protege la ciudadanía ante los ciberriesgos: estudio sobre percepción y nivel de confianza en España*. 2022. Disponible: <https://www.ontsi.es/es/publicaciones/ciberriesgos-ciudadania-abril2022>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>49</sup> MAHOU, Xosé; BARRAL, Bran; FERNÁNDEZ, Ángela; BOUZAS-LORENZO, Ramón; CERNADAS, Andrés. eHealth and mHealth development in Spain: promise or reality? *Int. J. Environ. Res. Public Health*, v. 18, n. 24, dec. 2021. Disponible: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8700823/pdf/ijerph-18-13055.pdf>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>50</sup> EUROBARÓMETRO: Los europeos confían más en los medios informativos tradicionales. *Noticias*: Parlamento Europeo. 12 jul. 2022. Disponible: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220704IPR34401/eurobarometro-los-europeos-confian-mas-en-los-medios-informativos-tradicionales>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>51</sup> MENO, Michel J. La Alfabetización informacional dentro de las políticas nacionales sobre tecnologías de la información y comunicación (TICs): la cultura de la información, una dimensión ausente. *Anales De Documentación*, n. 7, p. 241–261, 2004. Disponible: <https://revistas.um.es/analesdoc/article/view/3771/3671>. Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>52</sup> PÉREZ TAPIAS, José Antonio. *Internautas y náufragos: la búsqueda del sentido en la cultura digital*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

permitan la conectividad –que también–, sino por la puesta en marcha de procesos de empoderamiento de las personas a través de creación y difusión de las adecuadas herramientas digitales.

Las TIC no sólo forman ya parte de nuestro paisaje cotidiano cambiando la vida de muchas personas en un periodo muy corto de tiempo, sino que en gran medida hoy ya dependemos de ellas para muchos aspectos de la vida cotidiana (telefonía celular, Internet, Televisión digital, etc.)<sup>53</sup> y los cambios que se están produciendo son muy rápidos, son complejos a la vez que intensos y profundos y requieren de nuevas habilidades y actitudes por parte de los potenciales usuarios<sup>54</sup>

En Europa la brecha digital es muy importante y los datos muestran como viene a sumarse y a amplificar los factores habituales de exclusión como son: el bajo nivel formativo, la edad, el género, la ocupación o el nivel de ingresos o el lugar de residencia.

Elementos todos ellos que, según Tezanos (2001), no favorecen el uso y conocimiento de las TIC a favor de una ciudadanía social plena, ya que actualmente, en los países desarrollados, el hacer un uso eficaz de las TIC es cada vez más imprescindible para la plena participación en la vida social política y económica y todo parece indicar que cada vez lo será más.

El proyecto *E-learning for E-inclusion* (EL4EI<sup>55</sup>), entiende la brecha digital como<sup>56</sup>:

la distribución asimétrica entre naciones, individuos y comunidades. [...] de la capacidad y los medios para obtener el software y utilizar las TIC para obtener las máximas ventajas y tiene el conocimiento y las capacidades para usarlo de forma correcta; y quienes carecen de todo lo anterior.

La *brecha digital* se ve como un fenómeno multidimensional que incluye barreras diversas tanto por el lado del usuario (falta de confianza y de motivación) como por el lado de la producción de sistemas de *e-learning*, con sistemas excesivamente formales, tecnologías que cambian constantemente y que no se adaptan a los aspectos culturales, sociales y lingüísticos de los usuarios. Por lo que, la inclusión digital requiere prestar más atención a los contextos sociales y culturales y no sólo a las cuestiones técnicas de cómo enviar un e-mail, navegar o participar en un chat.

Según diversos autores, las TIC están generando una nueva forma de organización social en la que el poder y la productividad quedan en manos de quienes pueden acceder y utilizar las TIC en su beneficio, produciéndose así una nueva dualización entre *infopobres* e *inforricos*, entre quienes tienen acceso a las TIC y quienes no, o entre los que disponen de conocimientos y medios para usar las TIC como elementos de producción, de negocio y creación, y los que las usan como una vía o instrumento de ocio y consumo. Y esa dualización no parece ser exclusiva de ciertos países o comunidades, sino que puede producirse entre las diversas divisiones geográficas, sociales o comunitarias<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> MAHOUE, Xosé; BARRAL, Bran; FERNÁNDEZ, Ángela; BOUZAS-LORENZO, Ramón; CERNADAS, Andrés. eHealth and mHealth development in Spain: promise or reality? *Int. J. Environ. Res. Public Health*, v. 18, n. 24, dec. 2021. Disponible: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8700823/pdf/ijerph-18-13055.pdf>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>54</sup> SALVADOR, Adelina Calvo; PERNIA, Susana Rojas. Exclusión social y tecnología. *Comunicar: Revista Científica de Comunicación y Educación*, v. 15, n. 29, p. 143–148, 2007. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/158/15802924.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>55</sup> Las siglas EL4EI corresponden a un proyecto financiado por la UE, denominado *E-learning for E-inclusion* y desarrollado por Tránsit Pojectes, que tenía como finalidad principal la recopilación, evaluación y difusión de experiencias de e-learning para grupos desfavorecidos que favorezcan la inclusión digital. Se asume que todas las sociedades europeas tienen el problema de los colectivos desfavorecidos como los que dejan la educación obligatoria, con baja cualificación y desempleados, inmigrantes, disminuidos, etc.; e involucrarlos en su alfabetización digital es una manera de evitar la brecha digital e incluirlos en nuestra sociedad. Así, se busca proporcionar herramientas para evitar la brecha digital entre los ciudadanos de la Unión Europea, dinamizar la comunicación, el diálogo y la transferencia entre los profesionales, organizaciones y colectivos interesados y contribuir al desarrollo del aprendizaje digital en todos los grupos sociales. <http://www.el4ei.net/esp/queesel4ei.html>

<sup>56</sup> APOSTOLOU, Georgia; BARONIO, Ilario; BERNARD, François; BRAUD, Alexis; BRIAND, Michel, *et al.* *E-learning towards social inclusion*. Barcelona, 2004. Disponible: [http://charte.velay.greta.fr/pdf/charter\\_E-learning\\_towards\\_social\\_inclusion.pdf](http://charte.velay.greta.fr/pdf/charter_E-learning_towards_social_inclusion.pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

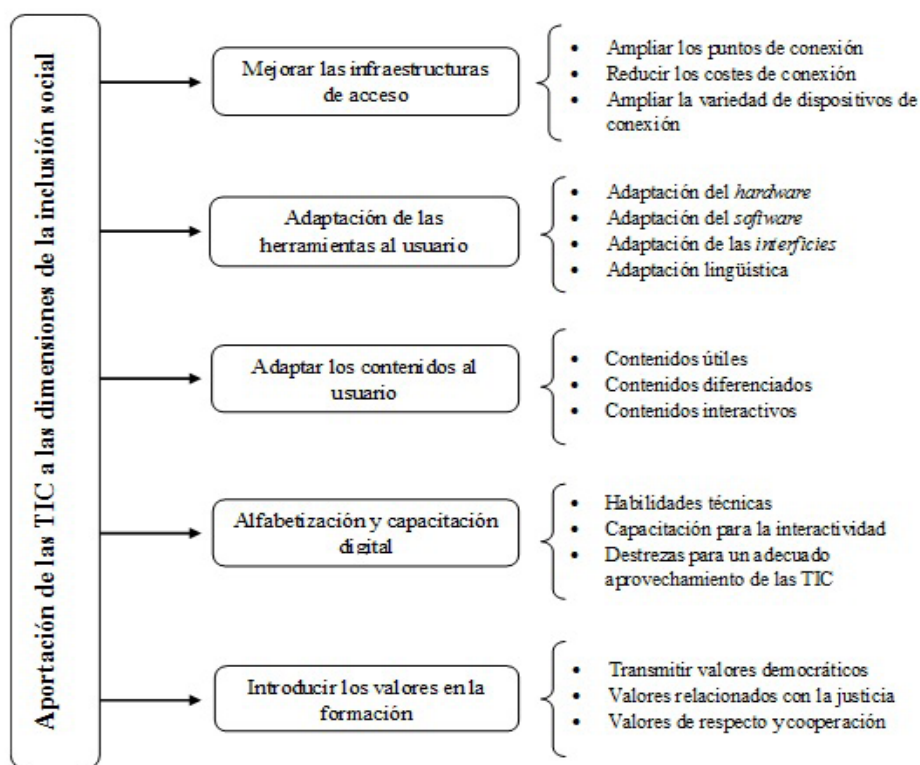
<sup>57</sup> SALVADOR, Adelina Calvo; PERNIA, Susana Rojas. Exclusión social y tecnología. *Comunicar: Revista Científica de Comunicación y Educación*, v. 15, n. 29, p. 143–148, 2007. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/158/15802924.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.

Frente a esta situación, parece necesario y urgente que las AAPP hagan un apuesta firme por la *inclusión digital*, poniendo en marcha un conjunto de políticas públicas relacionadas con la creación y difusión de contenidos y el desarrollo de capacidades locales en las redes digitales alámbricas e inalámbricas en cada país, que incluya las adecuadas garantías de privacidad y seguridad y abarque la capacitación en habilidades que permitan desarrollar nuevas herramientas basadas en el código abierto y que puedan ser utilizadas por diversos dispositivos<sup>58</sup>.

### 3 El uso de las TIC para romper el *status quo* en favor de la inclusión social

Las minorías han mostrado que el uso de Internet puede contribuir de forma importante a su desarrollo, en tanto que las TIC pueden contribuir a reducir las desigualdades sociales. Pero también puede ayudar a incrementar las ya existentes, pues la brecha digital denota la existencia de importantes desigualdades de acceso y uso de las TIC y, con el objetivo de simplificar y facilitar su estudio, al igual que hicimos con la exclusión social, agrupamos las principales dimensiones o vías de intervención pública para favorecer la inclusión a través de una difusión y uso adecuado de las TIC.

**Figura 2:** Aportación de las TIC a las dimensiones de la inclusión social



Fuente: Elaboración propia.

*Mejorar las infraestructuras de acceso.* Si bien la inversión en infraestructuras y equipamientos es el primer paso para facilitar la inclusión, pues aunque la mejora de la conectividad sabemos que no es suficiente para la inclusión social, sí es una condición necesaria. Por eso el hecho de que se disponga de lugares de conexión pública (bibliotecas, centros sociales y comunitarios, etc.) y se facilite la conexión individual a través de

<sup>58</sup> ROBINSON, Scott S. *¿Brecha o inclusión digital?: asociación para el progreso de las telecomunicaciones (Apc)*. 2006. Disponible: [Http://Old.Apc.Org/Apps/Img\\_Upload/5ba65079e0e45cd29dfdb3e618dda731/Cuerpo\\_Acad\\_06a.Pdf](http://Old.Apc.Org/Apps/Img_Upload/5ba65079e0e45cd29dfdb3e618dda731/Cuerpo_Acad_06a.Pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

diversos dispositivos (PCs, teléfonos celulares, aparatos de televisión, *tablets*, etc.), puede facilitar mucho la inclusión digital.

*Adaptación de las herramientas al usuario.* Las TIC han de adaptarse al usuario y no a la inversa. Tanto el *hardware*, como el *software* y las *interfaces*, deben ser adaptados a los procesos de aprendizaje y a la diversidad lingüística y cultural. Para lo cual es importante que se tengan presentes las necesidades de los diferentes colectivos en riesgo de exclusión y se aprovechen los avances y la actual versatilidad de la tecnología existente para adaptarse a los diferentes colectivos con dificultades especiales (personas ciegas, sordas, con minusvalías, etc.).

*Lenguaje adaptado a los usuarios y con contenidos útiles para todos los colectivos.* Del mismo modo, también los contenidos han de adaptarse a los colectivos concretos para que todas y cada una de las personas encuentren atractivo el uso de las TIC, bien porque les es útil, les resuelve problemas, les facilita la vida diaria, les abre nuevas oportunidades laborales o económicas, les facilita la comunicación con su comunidad, hace menos costoso su acceso a los servicios públicos, les permite desarrollar su creatividad creando y difundiendo nuevos contenidos o les hace sentirse más cómodos y reconocidos socialmente e integrados en el nuevo contexto tecnológico. Tal como reconoce la ONU (2004), se ha de proteger especialmente a los colectivos más desfavorecidos si queremos de verdad una sociedad más inclusiva y equitativa<sup>59</sup>.

Y mientras las recomendaciones anteriores no se implementan, las lenguas se ven obligadas a adaptarse para actuar en el espacio electrónico, de forma que, según Echeverría (2008), la escritura electrónica (chats, e-mails, blogs, mensajes, etc.) puede tener un impacto en las lenguas habladas y escritas similar al que en su día tuvo la aparición de la imprenta, por lo que la alfabetización digital requiere nuevas competencias lingüísticas para poder expresarse adecuadamente en el espacio electrónico, hasta el punto de que podríamos hablar, según este autor, de un nuevo lenguaje, las *e-lenguas*, adaptadas al entorno electrónico, que se puedan digitalizar, informatizar, hipertextualizar, telematizar y memorizar; para no verse relegadas en el uso y desarrollo de las TIC. Pero no parece lógico que el proceso de adaptación recaiga exclusivamente en las lenguas, como decíamos más arriba, las TIC también deben asumir su parte de responsabilidad y avanzar en el proceso de adaptación a las particularidades de las lenguas y de sus usuarios.

Para lograr los anteriores objetivos, la formación se ha de basar en habilidades y destrezas, por lo que ha de ser inminentemente práctica y aplicada y no exclusivamente técnica. Tal vez por ello, los programas de la UE centrados en el *e-learning* no han acabado de funcionar, mientras que las intervenciones basadas en un aprendizaje mixto (*blended learning*), combinando la formación presencial con la formación *online*, parecen dar muchos mejores resultados.

*Capacitación y alfabetización digital de todos los colectivos excluidos o en riesgo de estarlo.* Si bien la escuela y la enseñanza reglada parecen el mejor medio para la capacitación y la alfabetización, no podemos ni debemos dejarle a la escuela, a la enseñanza oficial y reglada, todo el peso de la alfabetización digital<sup>60</sup>, pues ese tipo de enseñanza no alcanza a las personas que abandonaron la escuela hace muchos años y además, los contextos de la enseñanza formal tradicional, no siempre se adaptan adecuadamente a los nuevos contextos y las nuevas formas de aprendizaje que requiere actualmente el uso de las TIC.

<sup>59</sup> “La diversidad cultural es el patrimonio común de la humanidad. La Sociedad de la Información debe fundarse en el reconocimiento y respeto de la identidad cultural, la diversidad cultural y lingüística, las tradiciones y las religiones, además de promover un diálogo entre las culturas y las civilizaciones” (...) “La creación, difusión y preservación de contenido en varios idiomas y formatos deben considerarse altamente prioritarias en la construcción de una Sociedad de la Información integradora” (ONU, 2004).

<sup>60</sup> GUTIÉRREZ MARTÍN, Alfonso. *Alfabetización digital: algo más que ratones y teclas*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003. MARTÍNEZ, Fabiola. *Uso de internet por personas con pena privativa de libertad*. Maracaibo: Universidad Del Zulia, 2005. Disponible: [Http://Tesis.Luz.Edu.Ve/Tde\\_Arquivos/62/Tde-2010-09-22t09:00:56z-562/Publico/Martnez\\_De\\_Salvo\\_Fabiola.Pdf](http://Tesis.Luz.Edu.Ve/Tde_Arquivos/62/Tde-2010-09-22t09:00:56z-562/Publico/Martnez_De_Salvo_Fabiola.Pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

Según Travieso y Planella<sup>61</sup>, la *alfabetización digital* puede entenderse como: “la capacidad para comprender y utilizar las fuentes de información cuando se presentan a través del ordenador o cualquier otro dispositivo electrónico” entendiéndose que la *alfabetización*, según Gilster<sup>62</sup>, pasaría a ser la principal *destreza de supervivencia* en el actual contexto tecnológico, y se relacionaría más con el dominio de las ideas y menos con el dominio de las teclas. La disponibilidad de un PC, un celular, o una conexión a Internet, e incluso la alfabetización y la inclusión digital, no implican necesariamente la inclusión social, pero pueden favorecerla de forma muy significativa. De hecho, esta “alfabetización digital o mediática”, es decir, la introducción de las personas en el uso de los medios digitales se ha ido equiparando progresivamente a la alfabetización en las primeras etapas de la vida escolar, colocándose al mismo nivel de importancia el aprendizaje de la lectura y la escritura y la capacidad de interacción con los medios digitales<sup>63</sup>.

Estos autores proponen acciones formativas dirigidas al desarrollo de habilidades técnicas, sociales y éticas relativas al uso de las TIC, que deberían estar organizadas por las AAPP, por el Tercer Sector u otras instituciones como podrían ser las penitenciarias. Pero estos procesos de alfabetización no están exentos de dificultades, pues como recuerdan Travieso y Planella<sup>64</sup>, no hay demasiadas actuaciones que profundicen en dicha capacitación. Aspectos estos últimos que no siempre tienden a ser bien vistos por los poderes establecidos, pues no hemos de olvidar que la difusión de las TIC también es en muchas ocasiones un mecanismo de control político. Tal vez por eso, vemos con frecuencia que los gobiernos orientan las políticas sociales a compensar rentas mediante ayudas económicas y renuncian a luchar contra las causas que generan las desigualdades sociales y la exclusión.

El *vacío* tecnológico coexiste con las desigualdades sociales, económicas, de clase, de residencia, de raza o de género; y en algunos casos aún tiende a crecer, pues mientras hay colectivos (inmigrantes con pocos recursos, amas de casa, personas desempleadas, personas mayores, residentes en zonas rurales) que se conectan cada vez menos a Internet<sup>65</sup>, los que lo hacen habitualmente cada vez disponen de un mayor ancho de banda, lo que nos lleva a un desarrollo cada vez más asimétrico en donde: la distancia entre los que tienen un buen conocimiento de las TIC y los que no las dominan, tiende a crecer porque los primeros acumulan información y aprendizaje más fácilmente y con mayor rapidez que los segundos. De tal forma que, a medida que crece y se democratiza la información, también crecen los medios para “ocultarla” debido a los procesos de segmentación, siendo la barrera educacional la más relevante de todas a la hora de acceder a un uso responsable de las TIC. Por eso creemos que la alfabetización es un potente instrumento hacia una sociedad más justa, equitativa, transparente y democrática<sup>66</sup>.

*Introducción de los valores en la formación.* Hoy ya no podemos permitirnos ser ingenuos, ya no podemos pensar que más y mejor tecnología nos lleva necesariamente a una mejor sociedad, más solidaria, justa, interactiva, democrática y bien comunicada; pues dependerá mucho del uso que se haga de esta tecnología y de las capacidades de la población para extraer de esa tecnología los aspectos más positivos a la vez que se protege contra los negativos, que, lógicamente, siempre estarán presentes.

<sup>61</sup> TRAVIESO, José Luis; RIBERA, Jordi Planella. La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica. *Uoc Papers: Revista SOBRE La Sociedad Del Conocimiento*, n. 6, p. 1-9, 2008. Disponible: [https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso\\_planella.pdf](https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso_planella.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>62</sup> GILSTER, Paul. *Digital Literacy*. Nueva York: Wiley Computer Pub, 1997.

<sup>63</sup> AGUADED GÓMEZ, José Ignacio; MARÍN GUTIÉRREZ, Isidro; DÍAZ PAREJA, Elena. La alfabetización mediática entre estudiantes de primaria y secundaria en Andalucía. *Revista Iberoamericana De Educación a Distancia*, v. 18, n. 2, p. 275-298, 2015. Disponible: <https://revistas.uned.es/index.php/ried/article/view/13407>. Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>64</sup> TRAVIESO, José Luis; RIBERA, Jordi Planella. La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica. *Uoc Papers: Revista SOBRE La Sociedad Del Conocimiento*, n. 6, p. 1-9, 2008. Disponible: [https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso\\_planella.pdf](https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso_planella.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>65</sup> DELFINO, Gisela; BERAMENDI, Maite; ZUBIETA, Elena. Participación social y política en Internet y brecha generacional. *Revista de Psicología (PUCP)*, v. 37, n. 1, p. 195-216, 2019.

<sup>66</sup> TRAVIESO, José Luis; RIBERA, Jordi Planella. La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica. *Uoc Papers: Revista SOBRE La Sociedad Del Conocimiento*, n. 6, p. 1-9, 2008. Disponible: [https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso\\_planella.pdf](https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso_planella.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

Como nos recomienda Young<sup>67</sup>, se han de buscar unos mayores niveles de justicia social y justicia distributiva haciendo llegar el uso responsable de las TIC a las poblaciones más necesitadas. Y en ese sentido, creemos que la capacitación tiene que incorporar el sentido crítico en la gestión de la información, la capacidad de crear conocimiento, las habilidades que sean útiles para la vida cotidiana y facilitar la comunicación y la integración en la comunidad para sentirse miembros de esta. Pues las TIC en sí mismas aportan poco y lo realmente relevante o significativo es el uso, aprovechamiento y apropiación que se haga de las mismas. Lo importante no es hablar de PCs, teléfonos móviles, *tablets*, etc. sino ver como todos estos nuevos dispositivos pueden afectar y cambiar las relaciones humanas haciéndolas más justas y equitativas.

Así, el equipo redactor de las conclusiones del EL4EI nos dice respecto a la inclusividad de la sociedad de la información

Si queremos [...] que sea realmente inclusiva, las tecnologías digitales han de presentarse unidas inseparablemente a valores, como instrumentos sociales capaces de mejorar la participación democrática y las vidas de las personas”<sup>68</sup>.

Y en ese sentido de introducir los valores dentro de la capacitación y utilizando la terminología de Nussbaum y Sen<sup>69</sup> al abordar el tema de la equidad en función de la igualación de las capacidades básicas, creemos que los procesos de empoderamiento de las personas excluidas o en riesgo de exclusión, deben dar un paso más allá y pasar de los *funcionamientos* a las *capacidades*. Siguiendo las propuestas de Sen<sup>70</sup>, entendemos que los funcionamientos (*functionnings*) aportan muy poco si no conseguimos mejorar las capacidades (*capabilities*), ya que en el campo que nos ocupa, el de las TIC, los funcionamientos vendrían a ser unos conocimientos técnicos que nos permitirían un cierto uso de las tecnologías (enviar un e-mail, ver a nuestros familiares y amigos cuando hablamos con ellos por teléfono, descargar ciertos contenidos,[...]), mientras que las capacidades implican el uso de los saberes técnicos en actividades que generen un valor añadido para su usuario (ser capaz de crear, mantener y gestionar un *blog*, crear actividades para la comunidad, etc.), un cierto reconocimiento social, saberse partícipe de la sociedad en las que estamos inmersos, conociendo y reconociendo nuestro lugar en la misma.

Los *funcionamientos* reflejan las diversas tareas que una persona valora hacer o ser y las *capacidades* estarían integradas por la combinación de funcionamientos que esa persona puede conseguir<sup>71</sup>. De forma que, en el caso de las TIC, los funcionamientos vendrían definidos por el uso efectivo de los mismos, o sea, por las acciones y actividades que se llevan a cabo utilizando las TIC, mientras que el espacio de las capacidades se estaría refiriendo a los usos potenciales de esas TIC, lo que dependería tanto de las infraestructuras, de las herramientas de *hardware* y *software*, como del conocimiento técnico y las habilidades para su uso.

Así, en lo que a la sociedad de la información se refiere, la exclusión/inclusión estaría relacionada con las *capacidades* de uso de las TIC, las cuales vendrían condicionadas tanto por las infraestructuras de conectividad como por las habilidades personales. Y esto sería válido tanto para las personas como para las actuaciones colectivas e institucionales<sup>72</sup>.

Es necesario pues convertir los conocimientos funcionales en capacidades, si queremos avanzar en la inclusión, pero la mayor parte de las inversiones se centran en la mejora de las infraestructuras y los conocimientos técnicos y mucho menos en los procesos de empoderamiento que les permita a esas personas

<sup>67</sup> YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra, 2000.

<sup>68</sup> APOSTOLOU, Georgia; BARONIO, Ilario; BERNARD, François; BRAUD, Alexis; BRIAND, Michel, *et al. E-learning towards social inclusion*. Barcelona, 2004. Disponible: [http://charte.velay.greta.fr/pdf/charter\\_E-learning\\_towards\\_social\\_inclusion.pdf](http://charte.velay.greta.fr/pdf/charter_E-learning_towards_social_inclusion.pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>69</sup> NUSSBAUM, Martha C.; SEM, Amartya. *La calidad de vida*. México: Fondo De Cultura Económica, 1996.

<sup>70</sup> SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid, ES: Alianza, 2003.

<sup>71</sup> SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid, ES: Alianza, 2003.

<sup>72</sup> ECHEVERRÍA, Javier. Apropiación social de las tecnologías de la información y la comunicación. *Revista Iberoamericana De Ciencia, Tecnología Y Sociedad*. v. 4, n. 10, p. 171-182, jan. 2008. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/924/92441011.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.

gestionar y apropiarse de sus propias vidas y de las ventajas de las TIC<sup>73 74 75</sup>. De lo que se deduce, que muchos de los indicadores actuales sobre el desarrollo de las TIC en una determinada sociedad, que miden la cantidad de herramientas disponibles (PCs, conexiones a Internet, teléfonos móviles, conexiones de banda ancha, etc.), no son los más apropiados para el contexto tecnológico que se desea promover, ya que deberían centrarse en la medición de las acciones que se llevan, o pueden llevarse, a cabo.

En este sentido, el espacio para el optimismo es limitado, pues los *stakeholders* de los países desarrollados proveedores de contenidos, están más interesados en expandir el consumo y menos en expandir el conocimiento, y las élites de los países en vías de desarrollo no parecen interesadas en extender la conectividad a los sectores excluidos a unos precios asumibles por los potenciales usuarios ya que la tasa de retorno no cubriría las inversiones requeridas, por lo que se dedican a una provisión de servicios para las élites con capacidad de compra y a influir en los gobiernos para preservar sus privilegios por vía normativa incrementando el coste de acceso de esos nuevos competidores y no dejando entrar a nuevos proveedores con nuevas tecnologías o contenidos.

Además, muchos de esos países han privatizado sus servicios de telecomunicaciones, transfiriendo así a las multinacionales extranjeras la capacidad de influir sobre los marcos normativos estatales y se encuentran ante sociedades con una polarización significativa entre ricos y pobres, entre élites dominantes y poblaciones subalternas, entre discursos hegemónicos y dominantes y discursos subsidiarios, y en donde los programas de “inclusión digital” pueden llevar implícito un cierto control político de estas poblaciones. Y a todo esto, contribuye también que estos países no avancen en el *e-gobierno* a través de sus *ventanillas virtuales* a pesar de los múltiples puntos de conexión instalados a lo largo de sus territorios, pues por parte de las administraciones públicas se siguen procesos verticales (*top down*) sin hacer participar a los interesados y con los que la población no se siente en absoluto implicada<sup>76</sup>.

### 3.1 Algunas experiencias

La situación de España, y la de varios países europeos, cuenta con más fracasos que éxitos. En España se puso en marcha un gran proyecto de inclusión social y digital mediante las TIC al que se denominó “Info 21” que fracasó debido a la descoordinación interna, y ahora existe una nueva versión de ese proyecto que se llama “España.es” y que se centra en tres ejes: mejora y desarrollo de las infraestructuras, alfabetización digital (navegador, sistema operativo, e-mail, etc.) y desarrollo específico para discapacitados sensoriales. El problema es que, si bien todo esto es necesario, parece claramente insuficiente, pues falta incluir en todo este proceso el elemento humano mediante la participación e inclusión de los valores, y además no abarca al conjunto de los colectivos en riesgo de exclusión ni se adapta específicamente a sus necesidades<sup>77 78</sup>.

A pesar de todos los fallos y errores en que se ha incurrido, según el último informe de las Naciones Unidas sobre el Gobierno Electrónico, España habría ocupado la decimoséptima posición en el ranking

<sup>73</sup> CASACUBERTA, David. E-learning e inclusión social en el marco del sistema universitario español. *Revista De Universidad Y Sociedad Del Conocimiento*. v. 1, n. 1, set. 2004.

<sup>74</sup> CERNADAS, Andrés. *La salud y el acceso a los sistemas sanitarios públicos: desigualdades e inequidades*. Madrid: Editorial Síntesis, 2010.

<sup>75</sup> PUYOL GONZÁLEZ, Angel. *El discurso de la igualdad*. Barcelona: Crítica, 2001.

<sup>76</sup> ROBINSON, Scott S. *¿Brecha o inclusión digital?: asociación para el progreso de las telecomunicaciones* (Apc). 2006. Disponible: [Http://Old.Apc.Org/Apps/Img\\_Upload/5ba65079e0c45cd29dfdb3e618dda731/Cuerpo\\_Acad\\_06a.Pdf](http://Old.Apc.Org/Apps/Img_Upload/5ba65079e0c45cd29dfdb3e618dda731/Cuerpo_Acad_06a.Pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

<sup>77</sup> CASACUBERTA, David. E-learning e inclusión social en el marco del sistema universitario español. *Revista De Universidad Y Sociedad Del Conocimiento*. v. 1, n. 1, set. 2004.

<sup>78</sup> BERRÍO ZAPATA, Cristian; CHAVES DOS SANTOS; Zilah Edelburga; CHALHUB OLIVEIRA, Tania. Exclusión digital de las comunidades de personas con discapacidad en Brasil. *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud*, v. 31, n. 4, oct./dic. 2020.



mundial de los países con mejor *E-Government Development* entre los años 2016 y 2020<sup>79 80 81</sup> posición que si, bien es muy elevada, indica una paralización y un estancamiento en los años

Otros proyectos como las experiencias educativas de la “Red Conecta” de la Fundación de Esplai de Cataluña, parecen estar logrando éxitos importantes. Así, e-Educa, un proyecto europeo que tiene como objetivo principal desarrollar una nueva forma de *e-learning*, basado en el software libre, que no tiene coste alguno y además, al basarse en código abierto, es mucho más adaptable a las necesidades de los diferentes colectivos, parece funcionar razonablemente bien<sup>82</sup>. En una línea similar estaría «e-Learning for e-Inclusion», un proyecto que busca, a modo de banco de buenas prácticas, la creación de una biblioteca digital de estrategias y metodologías para combatir la exclusión social y digital dentro de la UE. Se trataría de aprovechar y poner en orden todo el trabajo exitoso realizado, para después poder ofrecerlo a través de la Red a todos aquellos que tengan interés en desarrollar iniciativas o actividades similares. Se trataría de que no se vayan repitiendo una y otra vez los mismos errores y se pueda ver qué es lo que ha dado buenos resultados y cuáles han sido las formas de superar ciertas barreras o dificultades, aportando a través de la denominada *biblioteca digital* todos los documentos necesarios que expliquen las diferentes metodologías y estrategias. Siendo conscientes, no obstante, de que tanto la exclusión como exclusión digital obedecen a una causalidad múltiple y variable, por lo que las estrategias y metodologías pueden variar en cada caso y difícilmente la biblioteca puede llegar a ser del todo exhaustiva<sup>83</sup>.

Y lo mismo podríamos decir de la *Casa de Shere Rom*, que es una propuesta para la implantación en colaboración con las Asociaciones Gitanas, de espacios educativos intergeneracionales e interculturales que fomenta el aprendizaje colaborativo apoyado en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. En este caso, se puso en práctica el *blended learning* mediante la creación de contenidos prácticos y aplicados a las necesidades y requerimientos de los potenciales usuarios, potenciando especialmente la motivación. Otras experiencias con alumnado en riesgo de exclusión social<sup>84</sup>, han mostrado la potencialidad de las TIC para la integración social del colectivo afectado, y lo mismo podríamos decir de experiencias orientadas a las personas privadas de libertad, las cuales consiguen a través de las TIC una oportunidad para reducir los efectos de su reclusión y les permite la comunicación interna y también con su entorno exterior<sup>85</sup>.

Las políticas públicas de inclusión digital han avanzado en las últimas décadas de forma considerable en América Latina, implementándose progresivamente diversos programas cuyos propósitos se han basado en tratar de extender a toda la población el acceso a las TIC, tendiendo a involucrar de manera activa a las orga-

<sup>79</sup> UNITED NATIONS. *E-government survey 2016: e-government in support of sustainable development*. New York: United Nations, 2016. Disponible: <https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2016-Survey/E-Government%20Survey%202016.pdf>. Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>80</sup> UNITED NATIONS. *E-government survey 2018: gearing e-government to support transformation towards sustainable and resilient societies*. New York: United Nations, 2018. Disponible: [https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2018-survey/e-government%20survey%202018\\_final%20for%20web.pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2018-survey/e-government%20survey%202018_final%20for%20web.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

<sup>81</sup> NACIONES UNIDAS. *E-Gobierno: Encuesta 2020: Gobierno digital en la década de acción para el desarrollo sostenible*. Nueva York: Naciones Unidas, 2020. Disponible: [https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20\(Spanish%20Edition\).pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20(Spanish%20Edition).pdf). Acceso en: 1 ago. 2022.

<sup>82</sup> CASACUBERTA, David. E-learning e inclusión social en el marco del sistema universitario español. *Revista De Universidad Y Sociedad Del Conocimiento*. v. 1, n. 1, set. 2004.

<sup>83</sup> CASACUBERTA, David. E-learning e inclusión social en el marco del sistema universitario español. *Revista De Universidad Y Sociedad Del Conocimiento*. v. 1, n. 1, set. 2004.

<sup>84</sup> CAMIÑA GARCÍA, Verónica; COBAS, Susana Viqueira. Alumnado en riesgo de exclusión social y tic. In: ARNAIZ, P.; HURTADO, M. D.; SOTO, F. J. (coord.). *25 años de integración escolar en España: tecnología e inclusión en el ámbito educativo, laboral y comunitario*. [S. l.]: Objetivo Centro Gráfico, 2010. Disponible: [http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6515&IDTIPO=246&RASTRO=c\\$m4330](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6515&IDTIPO=246&RASTRO=c$m4330). Acceso en: 28 nov. 2022.

<sup>85</sup> MARTÍNEZ, Fabiola. *Uso de internet por personas con pena privativa de libertad*. Maracaibo: Universidad Del Zulia, 2005. Disponible: [Http://Tesis.Luz.Edu.Ve/Tde\\_Arquivos/62/Tde-2010-09-22t09:00:56z-562/Publico/Martinez\\_De\\_Salvo\\_Fabiola.Pdf](Http://Tesis.Luz.Edu.Ve/Tde_Arquivos/62/Tde-2010-09-22t09:00:56z-562/Publico/Martinez_De_Salvo_Fabiola.Pdf). Acceso en: 28 nov. 2018. MARX, Karl. *Escritos de juventud: manuscritos económicos y filosóficos de 1844*. México: Fondo De Cultura Económica, 1982.

nizaciones sociales en relación con los Estados y a convertirse en una cuestión central en la agenda pública<sup>86</sup><sup>87</sup><sup>88</sup>, aunque no siempre se alcanzaran los objetivos previstos.

Así, siguiendo las recomendaciones de algunos organismos internacionales, varios países pusieron el foco en el diseño de nuevas políticas de inclusión digital y en la incorporación de estas tecnologías en diversos ámbitos públicos. Este planteamiento dio lugar a destacados programas, como el *Plan Ceibal*, de Uruguay<sup>89</sup>; el *One Laptop per-Child*, de Perú<sup>90</sup>; el proyecto *Mi Compu*, de Ecuador<sup>91</sup>; el Programa *Conectar Igualdad*, de Argentina<sup>92</sup>; o el *Plan Vive Digital*, de Colombia<sup>93</sup>

Destaca también el caso de Brasil, cuyas políticas de inclusión digital han presentado un carácter largoplacista y de continuidad en el tiempo pese a los cambios de gobierno<sup>94</sup>. Estas políticas se han basado en la existencia de programas que apuntan a la inclusión y a reducir las desigualdades existentes en el uso de las TIC<sup>95</sup>. Este país ha realizado en los últimos años diversos estudios sobre educación e inclusión digital, los cuales abordan el desarrollo de herramientas, la proposición de métodos o estrategias para promocionar el uso de los diversos dispositivos TIC por grupos específicos, como las personas en situación de vulnerabilidad social, los estudiantes o las personas mayores<sup>96</sup><sup>97</sup>. Sin embargo, a pesar de la implementación de estas políticas y programas, este país todavía se enfrenta a graves problemas de alfabetización digital de su población, que impiden avanzar y obtener los resultados deseados en cuanto a inclusión digital<sup>98</sup>.

## 4 Algunas conclusiones

A modo de conclusión, podríamos decir que las TIC deberían facilitar que las minorías en general, o una persona en singular, pueda dibujar el futuro en un papel y encontrar un hueco donde ubicarse, sentirse integrante del mismo, sentirse parte de su mundo. Pero hemos de ser cuidadosos pues, inclusión no significa

<sup>86</sup> CUEVAS-CERVERÓ, Aurora; GARCÍA-MORENO, María-Antonia. Ideas, un modelo de evaluación para inclusión digital y alfabetización informacional orientado a salud. *Profesional de la Información*, v. 19, n. 3, p. 240-245, may./jun. 2010.

<sup>87</sup> SILVA, Algeless Milka Pereira Meireles da; DÍAZ GÓMEZ, Darwin Andrés. Inclusión digital y los retos para la innovación educativa en Brasil y Colombia. *Revista Iberoamericana de Psicología: Ciencia y Tecnología*, v. 11, n. 3, p. 81-88, 2018.

<sup>88</sup> MIHAL, Ivana. Inclusión digital y gestión cultural en el Mercosur: el Programa Puntos de Cultura. *Estudios de Comunicación y Política*, n. 34, p. 126-137, sep./oct. 2014.

<sup>89</sup> RIVOIR CABRERA, Ana Laura. Innovación para la inclusión digital: el plan ceibal en Uruguay. *Mediaciones Sociales*, n. 4, p. 299-328, 2009.

<sup>90</sup> NEGROPONTE, Nicholas; BENDER, Walter; BATTRO, Antonio; CAVALLO, David. One laptop per child. *In: Keynote address at National Educational Computing Conference*, San Diego, CA, v. 5, p. 2007, apr. 2006.

<sup>91</sup> GLASSERMAN MORALES, Leonardo David; MERCADO-VARELA, M. A.; GARCÍA-HOLGADO, Alicia; GARCÍA-PENALVO, Francisco J. Análisis DAFO del Simulador de Habilidades Informáticas del proyecto Mi Compu. MX. *In: XVIII SIMPOSIO INTERNACIONAL DE INFORMÁTICA EDUCATIVA. Anais [...]*. Salamanca, España, 2016, p. 129-134.

<sup>92</sup> LAGO MARTÍNEZ, Silvia; MAROTIAS, A.; AMADO, S. Inclusión digital en la educación pública argentina. El Programa Conectar Igualdad. *Revista Educación y Pedagogía*, v. 24, n. 62, p. 205-218, ene./abr. 2012.

<sup>93</sup> GARCÍA ALONSO, Roberto; CALDAS, Johan M; DAVILA, Diego E.; THOENE, Ulf. Políticas públicas de inclusión digital en Colombia: una evaluación del Plan Vive Digital I (2010-2014). *Revista espacios*, v. 41, n. 7, p. 13, 2020.

<sup>94</sup> GENDLER, Martín; MARTÍNEZ, Silvia Lago; MÉNDEZ, Anahí. Políticas de inclusión digital en Argentina y el Cono sur: cartografía, perspectivas y problemáticas. *INTERRITÓRIOS: Revista de Educação*, Universidade Federal de Pernambuco, v. 2, n. 3, 2016.

<sup>95</sup> SILVA, Algeless Milka Pereira Meireles da; DÍAZ GÓMEZ, Darwin Andrés. Inclusión digital y los retos para la innovación educativa en Brasil y Colombia. *Revista Iberoamericana de Psicología: Ciencia y Tecnología*, v. 11, n. 3, p. 81-88, 2018.

<sup>96</sup> GONÇALVES, Vinícius P; NERIS, Vania P; SERAPHINI, Sibelius; DIAS, Tereza C. M.; PESSIN, Gustavo; JOHNSON, Thienne; UEYAMA, Jô. Providing adaptive smartphone interfaces targeted at elderly people: an approach that takes into account diversity among the elderly. *Universal Access in the Information Society*, v. 16, n. 1, p. 129-149, mar. 2017.

<sup>97</sup> GONZÁLEZ, José Refugio Romo; ORTIZ, Javier Tarango. Factores sociodemográficos, educativos y tecnológicos en estadios iniciales de cibercultura en comunidades universitarias. *Revista Apertura*, v. 7, n. 2, p. 101-116, 2015. Disponible: <https://www.scielo.org.mx/pdf/apertura/v7n2/2007-1094-apertura-7-02-00101.pdf>. Acceso en: 1 ago. 2022.

<sup>98</sup> SUAIDEN NETO, Elias. *La sociedad de la información en Brasil y España*: estudio comparado basado en programas de inclusión digital. Getafe, Madrid: [S. n.], 2009.

adaptación, y además, la exclusión puede tener matices según las realidades sociales sobre las que se trabaje, y en este caso si bien se ha consultado literatura de fuentes y ámbitos geográficos diversos, puede haber un cierta preponderancia de literatura europea y anglosajona que pueda primar determinadas percepciones más eurocéntricas sobre otras que no por ser menos estudiadas o difundidas son menos interesantes y ejemplares.

La tecnología sería la que debería adaptarse a los diferentes perfiles de usuarios y no al revés. De ahí que la personalización, la flexibilidad y la simplicidad deban ser características intrínsecas de la solución final.

Es por ello que el concepto de empoderamiento ciudadano es capital<sup>99</sup>. Cuando hablamos de empoderamiento nos referimos a la serie de procesos mediante los cuales las personas que viven en situaciones de marginalidad o exclusión (de alguna de las tipologías anteriormente comentadas) empiezan a romper esa situación retomando el poder de decisión sobre su contexto, algo que permite que las variables que influyen en su proceso de exclusión puedan ser alteradas por quienes las padecen, quebrando la condición de “subordinación-marginación”<sup>100</sup>.

Pero a día hoy no se puede decir que eso esté ocurriendo, los contenidos siguen sin estar adaptados a los intereses de los distintos grupos de potenciales usuarios, lo mismo que ocurre en muchos casos con el lenguaje utilizado, y las personas que se quedan al margen de esta revolución tecnológica, ven como crece su brecha respecto de aquella parte de la población sí puede utilizar las TIC en beneficio propio, pues mientras los segundos avanzan, los primeros se quedan estancados y las distancias entre ambos se incrementan.

#### 4.1 Limitaciones del estudio y futuras investigaciones

Tal como se expuso en el resumen inicial, los resultados de esta investigación podrían mejorarse ampliando y analizando las experiencias y los datos con más detalle, bien de forma más global si se desea obtener una imagen amplia y panorámica aunque de menos profundidad, o bien de forma desagregada focalizar y estudiar ámbitos geográficos más concretos y delimitados, lo que permitiría conocer con mayor profundidad las problemáticas y necesidades de los distintos colectivos y áreas geográficas y así poder formular intervenciones más oportunas.

La voluntad de los autores de no circunscribirse a un ámbito geográfico concreto, pero a la vez, limitarse en buena parte a los países desarrollados o en vías de desarrollo, creemos que serían las principales deficiencias del presente estudio.

## Financiación

El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación *Brecha Digital e Inhibidores en la Implementación del e-Gobierno. Especial Impacto en el Ámbito de la Salud* (CSO2014-53014-R) del PROGRAMA ESTATAL DE INVESTIGACIÓN, DESARROLLO E INNOVACIÓN ORIENTADA A LOS RETOS DE LA SOCIEDAD.

<sup>99</sup> DELGADO PEÑA, José Jesús; GÓMEZ, Ruth Campoy; MANCERA, María Purificación Subires. Geografía, TICs e inclusión social: empoderamiento ciudadano desde el ámbito educativo para una regeneración urbana. *Cuadernos Geográficos*, v. 54, n. 1, p. 307–336, jul. 2015. Disponible: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/cuadgeo/article/view/2539/3237>. Acceso en: 29 jul. 2022.

<sup>100</sup> CONTRERAS, Rodrigo. Empoderamiento campesino y desarrollo local. *Revista Austral De Ciencias Sociales*. v. 4, p. 55-68, 2000. Disponible: <http://revistas.uach.cl/pdf/racs/n4/art03.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.

## Bibliografía

AGUADED GÓMEZ, José Ignacio; MARÍN GUTIÉRREZ, Isidro; DÍAZ PAREJA, Elena. La alfabetización mediática entre estudiantes de primaria y secundaria en Andalucía. *Revista Iberoamericana De Educación a Distancia*, v. 18, n. 2, p. 275-298, 2015. Disponible: <https://revistas.uned.es/index.php/ried/article/view/13407> Acceso en: 28 nov. 2018.

ANAUT BRAVO, Sagrario; PORRAS, Javier Arza. La exclusión social en los hogares con algún miembro con discapacidad durante el período de crisis en España. *Revista Española De Discapacidad*, v. 3, n. 1, 2015.

ANGHEL Brindusa *et al.* *La desigualdad de la renta, el consumo y la riqueza en España*: Documentos ocasionales n° 1806. Madrid, ES: Banco de España, 2018.

APOSTOLOU, Georgia; BARONIO, Ilario; BERNARD, François; BRAUD, Alexis; BRIAND, Michel, *et al.* *E-learning towards social inclusion*. Barcelona, 2004. Disponible: [http://charte.velay.greta.fr/pdf/charter\\_E-learning\\_towards\\_social\\_inclusion.pdf](http://charte.velay.greta.fr/pdf/charter_E-learning_towards_social_inclusion.pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

ARIZA, Libardo José; ITURRALDE, Manuel. La prisión como espacio de exclusión o de reconciliación. *Dearq*: Revista De Arquitectura/Journal Of Architecture, n. 18, p. 20-31, 2016.

BACIGALUPE, Amaia *et al.* Desigualdades socioeconómicas y COVID-19 en España. *Gaceta Sanitaria*, v. 36, n. 1, p. 13-21, 2022.

BALSELLS, Luis Alejandro Casasola; GONZÁLEZ, Juan Carlos Guerra; María BALSELLS, Araceli Casasola; CHAMORRO, Vicente Antonio Pérez. Accesibilidad web de cita previa por internet en atención primaria. *Gac Sanit*, Barcelona, v. 33, n. 1, jan./fev. 2019. Disponible: [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0213-91112019000100015](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112019000100015). Acceso en: 29 jul. 2022.

BARRAL BUCETA, Bran; BOUZAS LORENZO, Ramón; CERNADAS RAMOS, Andrés; FERNÁNDEZ DA SILVA, Ângela. Equity policies in health plans: accessibility and something more? *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 55, 2021.

BERRÍO ZAPATA, Cristian; CHAVES DOS SANTOS; Zilah Edelburga; CHALHUB OLIVEIRA, Tania. Exclusión digital de las comunidades de personas con discapacidad en Brasil. *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud*, v. 31, n. 4, oct./dic. 2020.

BHALLA, Ajit; LAPEYRE, Frederic. Social exclusion: towards an analytical and operational framework. *Development And Change*, v. 28, n. 3, p. 413-433, 1997. Disponible: [http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms\\_161351.pdf](http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/meetingdocument/wcms_161351.pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

CABERO ALMENARA, Julio; OSUNA, Julio Barroso (coord.). *Nuevos retos en tecnología educativa*. [S. l.]: Síntesis, 2015.

CABRERA, José Pedro; RUBIO, Martín José; FERNÁNDEZ, Jurado Yolanda; ALEXANDRES Fernández, RÚA, Vieytes Antonio; FERNÁNDEZ Velasco Elena; RUIZ LÓPEZ, José Antonio; MALGESINI, Rey Graciela. *Nuevas tecnologías y exclusión social: un estudio sobre las posibilidades de las tic en la lucha por la inclusión social en España*. Madrid, ES: Fundación Telefónica, 2005. Disponible: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/24466/Nuevas%20Tecnolog%0c3%0adas%20y%20Exclusi%0c3%0b3n%20social.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso en: 29 jul. 2022.

CAMIÑA GARCÍA, Verónica; COBAS, Susana Viqueira. Alumnado en riesgo de exclusión social y tic. *In*: ARNAIZ, P.; HURTADO, M. D.; SOTO, F. J. (coord.). *25 años de integración escolar en España: tecnología e inclusión en el ámbito educativo, laboral y comunitario*. [S. l.]: Objetivo Centro Gráfico, 2010. Dispo-

- nible: [http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6515&IDTIPO=246&RASTRO=c\\$m4330](http://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6515&IDTIPO=246&RASTRO=c$m4330). Acceso en: 28 nov. 2022.
- CÁRDENAS-RODRÍGUEZ, Rocío; TERRÓN-CARO, Teresa; GIMENO, Ma Carmen Monreal. Educación primaria y alumnas gitanas. análisis de las barreras sociales en contextos de exclusión. *Revista De Investigación Educativa*, v. 37, n. 1, p. 75–91, 2019.
- CASACUBERTA, David. E-learning e inclusión social en el marco del sistema universitario español. *Revista De Universidad Y Sociedad Del Conocimiento*. v. 1, n. 1, set. 2004.
- CERNADAS, Andrés. *La salud y el acceso a los sistemas sanitarios públicos: desigualdades e inequidades*. Madrid: Editorial Síntesis, 2010.
- CERNADAS, Andrés; FERNÁNDEZ, Ángela. Healthcare inequities and barriers to access for homeless individuals: a qualitative study in Barcelona (Spain). *International Journal for Equity in Health*, v. 84, 20 mar. 2021. Disponible: <https://equityhealthj.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/s12939-021-01409-2.pdf>. Acceso en: 30 jul. 2022.
- CONTRERAS, Rodrigo. Empoderamiento campesino y desarrollo local. *Revista Astrual De Ciencias Sociales*. v. 4, p. 55-68, 2000. Disponible: <http://revistas.uach.cl/pdf/racs/n4/art03.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.
- CUEVAS-CERVERÓ, Aurora; GARCÍA-MORENO, María-Antonia. Ideas, un modelo de evaluación para inclusión digital y alfabetización informacional orientado a salud. *Profesional de la Información*, v. 19, n. 3, p. 240-245, may./jun. 2010.
- DELFINO, Gisela; BERAMENDI, Maite; ZUBIETA, Elena. Participación social y política en Internet y brecha generacional. *Revista de Psicología (PUCP)*, v. 37, n. 1, p. 195-216, 2019.
- DELGADO PEÑA, José Jesús; GÓMEZ, Ruth Campoy; MANCERA, María Purificación Subires. Geografía, TICs e inclusión social: empoderamiento ciudadano desde el ámbito educativo para una regeneración urbana. *Cuadernos Geográficos*, v. 54, n. 1, p. 307–336, jul. 2015. Disponible: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/cuadgeo/article/view/2539/3237>. Acceso en: 29 jul. 2022.
- DOMÍNGUEZ-AMORÓS Màrlus; SOLÍS, Patricio. La desigualdad social en Europa y América Latina: dimensiones relevantes de la investigación comparativa. *Revista Española De Sociología*, v. 30, n. 3, p. 1-11, 2021. Disponible: <https://recyt.fecyt.es/index.php/res/article/view/89305/65678>. Acceso en: 30 jul. 2022.
- DURANA, Ana Arriba González de. *El concepto de exclusión en política social*. [S. l.]: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2002. Disponible: <http://ipp.csic.es/sites/default/files/content/workpaper/2002/dt-0201.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.
- ECHEVERRÍA, Javier. Apropiación social de las tecnologías de la información y la comunicación. *Revista Iberoamericana De Ciencia, Tecnología Y Sociedad*. v. 4, n. 10, p. 171-182, jan. 2008. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/924/92441011.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.
- ESCUADERO MUÑOZ, Juan Manuel; ALFAGEME GONZÁLEZE, Maria Begoña *et al.* *Inclusión y exclusión educativa: realidades, miradas y propuestas*. Valencia, ES: Nau Llibres, 2016. v. 8.
- EUROBARÓMETRO: Los europeos confían más en los medios informativos tradicionales. *Noticias: Parlamento Europeo*, 12 jul. 2022. Disponible: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220704IPR34401/eurobarometro-los-europeos-confian-mas-en-los-medios-informativos-tradicionales>. Acceso en: 30 jul. 2022.
- FRIEDMAN, Milton. *Libertad de elegir*. México: Editorial Orbis, 1983.
- FUNDACIÓN TELEFÓNICA. *La sociedad de la información en España 2010*. Barcelona: Ariel, 2011. Disponible: <https://www.fundaciontelefonica.com/cultura-digital/publicaciones/la-sociedad-de-la-informacion-en-espana-2010/1/#openModal>. Acceso en: 28 nov. 2018.

FUNDACIÓN TELEFÓNICA. *Sociedad digital en España 2020-2021*. mayo 2021. Disponible: <https://www.fundaciontelefonica.com/cultura-digital/publicaciones/sociedad-digital-en-espana-2020-2021/730/#openModal>. Acceso en: 30 jul. 2022.

GARCÍA ALONSO, Roberto; CALDAS, Johan M; DAVILA, Diego E.; THOENE, Ulf. Políticas públicas de inclusión digital en Colombia: una evaluación del Plan Vive Digital I (2010-2014). *Revista espacios*, v. 41, n. 7, p. 13, 2020.

GARCÍA, Iolanda. Políticas para la inclusión social mediante tecnologías de la información y la comunicación. *Education In The Knowledge Society*, v. 6, n. 1, jan. 2005. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/2010/201021059003.pdf>. Acceso en: 29 jul. 2022.

GENDLER, Martín; MARTÍNEZ, Silvia Lago; MÉNDEZ, Anahi Políticas de inclusión digital en Argentina y el Cono sur: cartografía, perspectivas y problemáticas. *INTERRITÓRIOS: Revista de Educação*, Universidade Federal de Pernambuco, v. 2, n. 3, 2016.

GILSTER, Paul. *Digital Literacy*. Nueva York: Wiley Computer Pub, 1997.

GLASSERMAN MORALES, Leonardo David; MERCADO-VARELA, M. A.; GARCÍA-HOLGADO, Alicia; GARCÍA-PENALVO, Francisco J. Análisis DAFO del Simulador de Habilidades Informáticas del proyecto Mi Compu. MX. *In: XVIII SIMPOSIO INTERNACIONAL DE INFORMÁTICA EDUCATIVA*. Anais [...]. Salamanca, España, 2016, p. 129-134.

GONÇALVES, Vinícius P; NERIS, Vania P; SERAPHINI, Sibelius; DIAS, Tereza C. M.; PESSIN, Gustavo; JOHNSON, Thienne; UYAMA, Jô. Providing adaptive smartphone interfaces targeted at elderly people: an approach that takes into account diversity among the elderly. *Universal Access in the Information Society*, v. 16, n. 1, p. 129-149, mar. 2017.

GONZÁLEZ, José Refugio Romo; ORTIZ, Javier Tarango. Factores sociodemográficos, educativos y tecnológicos en estadios iniciales de cibercultura en comunidades universitarias. *Revista Apertura*, v. 7, n. 2, p. 101-116, 2015. Disponible: <https://www.scielo.org.mx/pdf/apertura/v7n2/2007-1094-apertura-7-02-00101.pdf>. Acceso en: 1 ago. 2022.

GONZÁLEZ, Ma Begoña Alfrageme; GONZÁLEZ, Ma Teresa González; DOMÍNGUEZ, Begoña Martínez; CANO NIETO, José Miguel; ENTRENA, Ma Jesús Rodríguez; RUIZ, Mónica Vallejo. *Inclusión Y Exclusión Educativa*: Realidades, Miradas Y Propuestas. [S. l.]: Nau Llibres, 2016. v. 8.

GONZÁLEZ, Ruth Pinedo; SÁNCHEZ, Félix López. Soledad social y emocional, factores de riesgo asociados en personas que ejercen la prostitución. *Apuntes De Psicología*, v. 33, n. 1, p. 17-22, 2015.

GUTIÉRREZ MARTÍN, Alfonso. *Alfabetización digital: algo más que ratones y teclas*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003.

LAGO MARTÍNEZ, Silvia; MAROTIAS, A.; AMADO, S. Inclusión digital en la educación pública argentina. El Programa Conectar Igualdad. *Revista Educación y Pedagogía*, v. 24, n. 62, p. 205-218, ene./abr. 2012.

LEVIS, Diego. Cumbre mundial sobre la sociedad de la información: modelo para armar. *Signo y pensamiento*, v. 23, n. 44, p. 29-40, apr. 2004.

LEY 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social. BOE-A-2011-20655. Comunidad Autónoma del País Vasco. *Boletín Oficial del Estado*, n. 315, 31 dic. 2011. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es-pv/l/1998/05/22/12>. Acceso en: 30 jul. 2022.

MAHOU, Xosé; BARRAL, Bran; FERNÁNDEZ, Ángela; BOUZAS-LORENZO, Ramón; CERNADAS, Andrés. eHealth and mHealth development in Spain: promise or reality? *Int. J. Environ. Res. Public Health*, v. 18, n. 24, dec. 2021. Disponible: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8700823/pdf/ijer-ph-18-13055.pdf>. Acceso en: 30 jul. 2022.

MARTÍNEZ, Fabiola. *Uso de internet por personas con pena privativa de libertad*. Maracaibo: Universidad Del Zulia, 2005. Disponible: [Http://Tesis.Luz.Edu.Ve/Tde\\_Arquivos/62/Tde-2010-09-22t09:00:56z-562/Publico/Martinez\\_De\\_Salvo\\_Fabiola.Pdf](http://Tesis.Luz.Edu.Ve/Tde_Arquivos/62/Tde-2010-09-22t09:00:56z-562/Publico/Martinez_De_Salvo_Fabiola.Pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

MARX, Karl. *Escritos de juventud: manuscritos económicos y filosóficos de 1844*. México: Fondo De Cultura Económica, 1982.

MAY, Peter J. Reconsidering policy design: policies and publics. *Journal Of Public Policy*, v. 11, n. 2, p. 187–206, apr. 1991. Disponible: [Http://Www.Journals.Cambridge.Org/Abstract\\_S0143814x0000619x](http://Www.Journals.Cambridge.Org/Abstract_S0143814x0000619x). Acceso en: 28 nov. 2018.

MÉNDEZ LÓPEZ, Ángel Joel. Pensar las exclusiones: construir la inclusión social. *Humanismo y Trabajo Social*, v. 11, p. 87-99, 2012.

MENOU, Michel J. La Alfabetización informacional dentro de las políticas nacionales sobre tecnologías de la información y comunicación (TICs): la cultura de la información, una dimensión ausente. *Anales De Documentación*, n. 7, p. 241–261, 2004. Disponible: <https://revistas.um.es/analesdoc/article/view/3771/3671>. Acceso en: 28 nov. 2018.

MIHAL, Ivana. Inclusión digital y gestión cultural en el Mercosur: el Programa Puntos de Cultura. *Estudios de Comunicación y Política*, n. 34, p. 126-137, sep./oct. 2014.

MILANOVIC, Branko; BUSTILLO, Rafael Muñoz de. La desigualdad de la distribución de la renta en América Latina: situación, evolución y factores explicativos. *América Latina Hoy*, v. 48, p. 15-42, feb. 2008.

NACIONES UNIDAS. E-Gobierno: Encuesta 2020: Gobierno digital en la década de acción para el desarrollo sostenible. Nueva York: Naciones Unidas, 2020. Disponible: [https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20\(Spanish%20Edition\).pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/2020%20UN%20E-Government%20Survey%20(Spanish%20Edition).pdf). Acceso en: 1 ago. 2022.

NEGROPONTE, Nicholas; BENDER, Walter; BATTRO, Antonio; CAVALLO, David. One laptop per child. *In: Keynote address at National Educational Computing Conference*, San Diego, CA, v. 5, p. 2007, apr. 2006.

NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

NUSSBAUM, Martha C.; SEM, Amartya. *La calidad de vida*. México: Fondo De Cultura Económica, 1996.

OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. *Los ciudadanos ante la e-salud: opiniones y expectativas de los ciudadanos sobre el uso y aplicación de las TIC en el ámbito sanitario*. [S. l]: ONTSI, 2016. Disponible: <https://www.picuida.es/los-ciudadanos-ante-la-e-salud-2016/>. Acceso en: 30 jul. 2022.

OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. *Los ciudadanos ante la e-salud: estudio sobre opiniones y expectativas de los ciudadanos sobre el uso y aplicación de las TIC en el ámbito sanitario*. [S. l]: ONTSI, 2012. Disponible: [https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/informe\\_ciudadanos\\_esalud.pdf](https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/informe_ciudadanos_esalud.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD. *Cómo se protege la ciudadanía ante los ciberriesgos: estudio sobre percepción y nivel de confianza en España*. 2022. Disponible: <https://www.ontsi.es/es/publicaciones/ciberriesgos-ciudadania-abril2022>. Acceso en: 30 jul. 2022.

OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD. *Ordenadores y hogares españoles: ¿Siguen siendo un recurso fundamental para la sociedad digital?*. 2022. Disponible: <https://www.ontsi.es/es/publicaciones/ordenadores-y-hogares-espanoles-2022>. Acceso en: 30 jul. 2022.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de principios: construir la sociedad de la información: un desafío global para el nuevo milenio?. *Cumbre mundial sobre la sociedad de la información*.

Ginebra, 2003; Túnez, 2005. 12 mayo 2004. Disponible: [Http://Www.Itu.Int/Net/Wsis/Docs/Geneva/Official/Dop-Es.Html](http://Www.Itu.Int/Net/Wsis/Docs/Geneva/Official/Dop-Es.Html). Acceso en: 30 jul. 2022.

PÉREZ TAPIAS, José Antonio. *Internautas y náufragos: la búsqueda del sentido en la cultura digital*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

POVEDA-PUENTE, Rakel; HERNANDIS, Sacramento Pinazo; PÉREZ-COSÍN, José Vicente; LOIS, Juan Manuel Belda. Personas mayores usuarias habituales de tecnología de la información y la comunicación: análisis del perfil. *AZARBE: Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*. n. 4, p. 51–58, 2015.

PUYOL GONZÁLEZ, Angel. *El discurso de la igualdad*. Barcelona: Crítica, 2001.

RIVOIR CABRERA, Ana Laura. Innovación para la inclusión digital: el plan ceibal en Uruguay. *Mediaciones Sociales*, n. 4, p. 299-328, 2009.

ROBINSON, Scott S. *¿Brecha o inclusión digital?: asociación para el progreso de las telecomunicaciones (Apc)*. 2006. Disponible: [Http://Old.Apc.Org/Apps/Img\\_Upload/5ba65079e0c45cd29dfdb3e618dda731/Cuerpo\\_Acad\\_06a.Pdf](http://Old.Apc.Org/Apps/Img_Upload/5ba65079e0c45cd29dfdb3e618dda731/Cuerpo_Acad_06a.Pdf). Acceso en: 28 nov. 2018.

RODRÍGUEZ KURI, Solveig E.; FERNÁNDEZ CÁCERES, Carmen. Inserción social de usuarios de drogas en rehabilitación: un estudio cualitativo. *Revista de Psicología Universidad de Antioquia*, v. 6, n. 2, p. 57-78, sep. 2014.

RODRÍGUEZ, Gladys Stella. Cumbre mundial sobre la sociedad de la información: Desafíos. *Frónesis*, Caracas, v. 12, n. 2, p. 37-61, ago. 2005.

ROMERO, Belén Agrela; CASAL, Camino Gutiérrez; CONTRERAS, Teresa Fernández. Repensar la ética en trabajo social desde una perspectiva de género. *Cuadernos de Trabajo Social*, v. 30, n. 1, p. 51-64, ene. 2017.

RYE, Johan Fredrik. Labour migrants and rural change: the “mobility transformation” of Hitra/Frøya, Norway, 2005–2015. *Journal Of Rural Studies*, v. 64, p. 189–199, nov. 2018.

SALVADOR, Adelina Calvo; PERNIA, Susana Rojas. Exclusión social y tecnología. *Comunicar: Revista Científica de Comunicación y Educación*, v. 15, n. 29, p. 143–148, 2007. Disponible: <https://www.redalyc.org/pdf/158/15802924.pdf>. Acceso en: 28 nov. 2018.

SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid, ES: Alianza, 2003.

SILVA, Algeless Milka Pereira Meireles da; DÍAZ GÓMEZ, Darwin Andrés. Inclusión digital y los retos para la innovación educativa en Brasil y Colombia. *Revista Iberoamericana de Psicología: Ciencia y Tecnología*, v. 11, n. 3, p. 81-88, 2018.

SUAIDEN NETO, Elias. *La sociedad de la información en Brasil y España: estudio comparado basado en programas de inclusión digital*. Getafe, Madrid: [S. n.], 2009.

TEZANOS, José Félix. *Tendencias en desigualdad y exclusión social*. [S. l.]: Editorial Sistema, 2001. v. 16.

TÖRENLI, Nurcan. The ‘other’ faces of digital exclusion: ICT gender divides in the broader community. *European Journal of Communication*, v. 21, n. 4, p. 435-455, dec. 2006.

TRAVIESO, José Luis; RIBERA, Jordi Planella. La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica. *Uoc Papers: Revista SOBRE La Sociedad Del Conocimiento*, n. 6, p. 1-9, 2008. Disponible: [https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso\\_planella.pdf](https://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso_planella.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

UNITED NATIONS. *E-government survey 2012: e-government for the people*. New York: United Nations, 2012. Disponible: [Https://Publicadministration.Un.Org/Egovkb/Portals/Egovkb/Documents/Un/2012-Survey/Complete-Survey.Pdf](https://Publicadministration.Un.Org/Egovkb/Portals/Egovkb/Documents/Un/2012-Survey/Complete-Survey.Pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.



UNITED NATIONS. *E-government survey 2014*: e-government for the future we want. New York: United Nations, 2014. Disponible: [https://Publicadministration.Un.Org/Egovkb/Portals/Egovkb/Documents/Un/2014-Survey/E-Gov\\_Complete\\_Survey-2014.Pdf](https://Publicadministration.Un.Org/Egovkb/Portals/Egovkb/Documents/Un/2014-Survey/E-Gov_Complete_Survey-2014.Pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

UNITED NATIONS. *E-government survey 2016*: e-government in support of sustainable development. New York: United Nations, 2016. Disponible: <https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2016-Survey/E-Government%20Survey%202016.pdf>. Acceso en: 30 jul. 2022.

UNITED NATIONS. *E-government survey 2018*: gearing e-government to support transformation towards sustainable and resilient societies. New York: United Nations, 2018. Disponible: [https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2018-survey/e-government%20survey%202018\\_final%20for%20web.pdf](https://publicadministration.un.org/egovkb/portals/egovkb/documents/un/2018-survey/e-government%20survey%202018_final%20for%20web.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

VAN WINDEN, Willem. *Essays on urban ict policies*. Amsterdam: Thela Thesis, 2003. v. 328.

WATSON, James R.; CRAWLEY, Jamie; KANE, Deborah J. Social exclusion, health and hidden homelessness. *Public Health*, v. 139, p. 96–102, 2016.

WILCHES-FLÓREZ, Olga Cecilia; WILCHES-FLÓREZ, Ángela María. Posibilidades y limitaciones en el desarrollo humano desde la influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la salud: el caso latinoamericano. *Persona y Bioética*, v. 21, n. 1, p. 114–133, ene./jun. 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *From innovation to implementation*: eHealth in the WHO european region. Geneva, Switzerland: World Health Organization, 2016. Disponible: [https://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0012/302331/From-Innovation-to-Implementation-eHealth-Report-EU.pdf](https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0012/302331/From-Innovation-to-Implementation-eHealth-Report-EU.pdf). Acceso en: 30 jul. 2022.

YOUNG, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra, 2000.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) features the letters 'CEUB' in a bold, white, sans-serif font. The letter 'B' is stylized with a vertical line through its center, resembling a Greek letter beta.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The background of the cover is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, seated female statue is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. Behind her is a long, low building with a series of white, curved, cantilevered balconies. In the background, a tall, rectangular skyscraper rises against a blue sky with scattered white clouds. The overall scene is bright and clear, suggesting a sunny day.

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

**Constitucionalismo e  
Administração Pública digitais:**  
inovação tecnológica e políticas  
públicas para o desenvolvimento  
no Brasil

**Digital constitutionalism  
and State Administration:**  
technological innovation and  
public policies for development in  
Brazil

José Sérgio da Silva Cristóvam

Raquel Cavalcanti Ramos Machado

Thanderson Pereira de Sousa

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Constitucionalismo e Administração Pública digitais: inovação tecnológica e políticas públicas para o desenvolvimento no Brasil\*

## Digital constitutionalism and State Administration: technological innovation and public policies for development in Brazil

José Sérgio da Silva Cristóvam\*\*

Raquel Cavalcanti Ramos Machado\*\*\*

Thanderson Pereira de Sousa\*\*\*\*

\* Recebido em 31/05/2021  
Aprovado em 31/01/2022

\*\* Professor Adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado e Doutorado do PPGD/UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC). Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB Nacional. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SC. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS).  
E-mail: jscristovam@gmail.com.

\*\*\* Mestre pela Universidade Federal do Ceará. Doutora pela Universidade de São Paulo. Professora de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Visiting Scholar da Wirtschaftsuniversität, Viena, Áustria.  
E-mail: raquelramosmachado@gmail.com.

\*\*\*\* Doutorando em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), Bolsista Capes/Proex, Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC) (2019), Membro do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC), do Grupo de Pesquisa em Serviços Públicos e Condições de Efetividade (PPGD/UFC) e da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS).  
E-mail: thandersonsousa@hotmail.com.

### Resumo

No cenário da revolução tecnológica e de constantes inovações, a investigação tem, na condição de objetivo, o delineamento da noção de constitucionalismo digital, Administração Pública digital e incentivos normativos de inovação, bem como, igualmente, aborda os desafios da digitalização para políticas públicas de desenvolvimento democrático e sustentável. Constitui problema de pesquisa a necessidade de uma noção consentânea do constitucionalismo digital, seus impactos na Administração Pública — especificamente em nível Federal — e as empreitadas que surgem de políticas específicas para transformação dos direitos sociais e serviços públicos no Brasil. Metodologicamente, emprega-se abordagem dedutiva, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que o constitucionalismo digital é corrente a tratar da aplicação de normas constitucionais tuteladoras de direitos fundamentais, inclusive acerca da garantia e acesso de direitos por mediação digital. Consequentemente, o constitucionalismo digital reverbera a Administração Pública federal, havendo incentivos de inovação pela eficiência, boa administração e adequação. Há, também, no plano infraconstitucional, inúmeros incentivos que afetam a atuação administrativa. Por último, configura-se como desafio da Administração federal a conformação do Governo Digital, que demanda políticas públicas e diálogo adequado para promoção do acesso à internet e dispositivos tecnológicos universais, inclusivos e igualitários — evitando a distinção entre cidadãos que estejam ou não conectados/digitalizados e garantindo àqueles que têm o maior acesso aos serviços públicos.

**Palavras-chave:** constitucionalismo digital; administração pública; inovação tecnológica; políticas públicas; desenvolvimento.

### Abstract

In the scenario of the technological revolution and constant innovations, this research aims at outlining the notion of digital constitutionalism, digital

Public Administration and innovation regulatory incentives, as well as addressing the challenges of digitalization for public policies of democratic and sustainable development. The need for a consensual notion of digital constitutionalism, its impacts on the Federal Public Administration, and the undertakings that arise from specific policies for the transformation of social rights and public services in Brazil constitute the research problem. Methodologically, a deductive approach is employed, with bibliographic and documentary research techniques. We conclude that digital constitutionalism is current in dealing with the application of constitutional norms that protect fundamental rights, including the guarantee and access to rights through digital mediation. Consequently, digital constitutionalism reverberates in the federal public administration, with incentives for innovation through efficiency, good administration, and adequacy. There are, also, at the infra-constitutional level, countless incentives that affect the administrative performance. Finally, configuring the Digital Government is a challenge for the Federal Administration, which demands public policies and adequate dialogue to promote internet access and universal, inclusive and equal technological devices - avoiding the distinction between citizens who are or are not connected / digitized and guaranteeing those who have more access to public services.

**Keywords:** digital constitutionalism; state administration; technological innovation; public policies; development.

## 1 Introdução

O desenvolvimento tecnológico e avanço da elaboração constante em matéria de tecnologias de informação e comunicação (TICs) são fenômenos evidentes na contemporaneidade. Em vista disso, relações estabelecidas em níveis pessoais e sociais são redimensionadas, da mesma forma que os vínculos entre Estado e cidadãos. A tecnologia passou a mediar, fortemente, as interações e suas dimensões nas esferas privada e pública.

Assentindo que o ordenamento jurídico, também, acompanha as revoluções da vida, entre elas a revolução da tecnologia, busca-se, por meio da investigação a ser realizada — considerando o contexto brasileiro — desenhar uma noção pertinente de constitucionalismo digital, sua reverberação na Administração Pública federal, mapear os incentivos normativos de inovação tecnológica e, por igual, tratar de desafios próprios do modelo digitalizado de gestão para direitos sociais e políticas públicas — indispensáveis ao desenvolvimento.

Constituem problemas de pesquisa as seguintes indagações: (i) em que termos pode ser construída, de modo claro e congruente, a noção de constitucionalismo digital para o Brasil? (ii) De que maneira o constitucionalismo digital influencia a Administração Pública e quais incentivos jurídicos de inovação podem ser identificados/aplicados à gestão federal? (iii) Quais os desafios da digitalização de direitos fundamentais sociais e políticas públicas respectivas?

A tese, que se pretende confirmar ou retificar, indica que o constitucionalismo, hodiernamente, possui dimensão digital que, no contexto brasileiro, perpassa a concretização de normas constitucionais de garantia e salvaguarda de direitos fundamentais ao cenário virtual, o acesso a direitos por intermédio tecnológico e a sinergia ao desenvolvimento democrático e sustentável. Tal configuração deságua, diretamente, na Administração Pública e sua estrutura de prestação de serviços públicos — exigindo a criação de políticas específicas.

Metodologicamente, a investigação adota abordagem do tipo dedutiva, apoiando-se nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Em seu aspecto estrutural, o texto possui três seções a tratar do constitucionalismo digital, da Administração Pública digital e dos incentivos de inovação e desenvolvimento em tecnologias de informação e comunicação e políticas públicas.

A título de desenlace, o constitucionalismo digital tem de ser compreendido como a aplicação de normas constitucionais para proteção de direitos fundamentais no ambiente virtual e promoção de acesso pela

mediação tecnológica, mantendo a configuração do Estado e fomentando o desenvolvimento democrático e sustentável. A Administração Pública federal teve diversas iniciativas de aplicação de tecnologia em suas atividades, seguindo os caminhos do constitucionalismo digital. Diversos incentivos normativos, seja constitucional ou infraconstitucional, são encontrados no ordenamento pátrio. Verificou-se, enquanto desafio, a Administração estabelecer um Governo Digital universal, inclusivo e igualitário — adotando políticas públicas específicas para atender os incentivos jurídicos, a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável e a Agenda Digital para América Latina e Caribe (eLAC 2022).

## 2 Para uma noção de constitucionalismo digital

A partir da segunda metade do século XX, é possível contemplar revolução baseada, sobretudo, na evolução das tecnologias de informação. Há uma passagem da cultura material para a informacional, com destaque para manipulação de tecnologias, por exemplo, em microeletrônica, computação, telecomunicações e radiodifusão.<sup>1</sup>

Segundo Manuel Castells, a principal característica da revolução assenta-se no manejo de conhecimentos e informações para a elaboração de outros conhecimentos e tecnologias de informação e processamento, “em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.”<sup>2</sup> Inicialmente, a racionalidade das novas tecnologias se dá pela geração, processamento e transmissão de informações.

O andamento evolutivo, impulsionado entre 1950 e 1970, fixou ciclos permanentes de inovação e geração de estruturas em tecnologia, de forma que indivíduos e instituições passaram a aplicar, ciclicamente, esforços para a manutenção de periodicidade — essa organização viabiliza, pois, o avanço constante das tecnologias de informação e comunicação (TICs), impactando, profundamente, as formas de organização humana em suas mais diversas searas: social, econômica, política e jurídica.

A revolução tecnológica constitui fenômeno global<sup>3</sup> e coloca, no centro da produção humana, em distintos aspectos, a utilização de rotações lógicas digitais e tecnologias derivadas, incrementais ou disruptivas, como internet, computadores, celulares etc. Nesse aspecto, não há filiação à Teoria do Determinismo Tecnológico — a entender que são as tecnologias, originárias e derivadas, que marcam o estímulo para o desenvolvimento da humanidade. Pelo contrário, acredita-se que são exatamente as demandas humanas que, essencialmente, impõem o desenvolvimento e aplicação constante de tecnologias de informação e comunicação (TICs).

Nessa esteira, Andrew Feenberg considera que, de fato, é a dinâmica social uma causa para a evolução das tecnologias: história, cultura, valores e exiguidades tornam as conexões estruturais tecnológicas um conjunto rumo ao novo — ao desenvolvimento.<sup>4</sup> Entretanto, a complexidade humana como causa, diretamente, da evolução não afasta a necessidade de se repensar a tratativa desse novo paradigma que é o mundo digital.

Irena Bojanova pondera que o modelo decorrente da constante revolução digital pede que organizações e indivíduos atualizem e redefinam seus sistemas, habilidades e mentalidades.<sup>5</sup> Também, conforme Manuel Castells, “quando as pessoas mudam, as instituições também acabam mudando.”<sup>6</sup> A inserção de hábitos digitais, portanto, acarreta um repensar dos papéis, deveres e obrigações dos múltiplos atores em uma democracia constitucional.

<sup>1</sup> CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação – economia sociedade e cultura*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 1.

<sup>2</sup> CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação – economia sociedade e cultura*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 1. p. 69.

<sup>3</sup> BÉGON-TAVERA, Hélène. *La transformation numérique des administrations*. Paris: DILA, 2021.

<sup>4</sup> FEENBERG, Andrew. *Critical theory of technology*. New York: Oxford University Press, 1991.

<sup>5</sup> BOJANOVA, Irena. The digital revolution: what's on the horizon? *It Professional*, Washington, DC, v. 16, n. 1, p. 8-12, jan. 2014.

<sup>6</sup> CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. São Paulo: Zahar, 2018.

Em orientação semelhante, Nicolas Suzor<sup>7</sup> assenta ser premente a discussão acerca da limitação de poder na era digital — perspectiva inafastável do constitucionalismo. É preciso salvaguardar a restrição de poder no Estado de Direito e identificar os canais de aplicação de valores constitucionais, de modo a proteger apropriada estrutura estatal e os direitos fundamentais.

Por esse quadrante, há inevitabilidade de revisar constitucionalismo e Administração Pública numa ótica digital. O constitucionalismo, enquanto resultado da Modernidade, pode ser entendido como a associação de movimentos sociais, políticos e jurídicos que desembocam na elaboração de constituições, sobretudo com a ideia de “limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”.<sup>8</sup> Não obstante, a noção de constitucionalismo e, conseqüentemente, de constituições têm se alterado na história e tempo, impregnando-se de características determinadas pela dialética social.

Indicam-se duas principais modificações no constitucionalismo. A primeira diz respeito ao abandono de constituições na condição de textos abstratos e sem conseqüências/vinculações práticas. A segunda, em seu turno, trata da passagem do constitucionalismo liberal, com constituições negativas, restringindo a ação estatal e garantindo liberdades individuais, para o constitucionalismo social, marcado pela preocupação com necessidades materiais e a constitucionalização de direitos de segunda dimensão ou direitos coletivos — a exemplo da Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919. Importante aclarar, de todo modo, que o âmago valorativo das constituições é modificado, identicamente, em tempos de neoliberalismo e no embate das forças sociais.

O Brasil vive a presença de um modelo de constitucionalismo contemporâneo, ainda em progresso, que, para Lenio Streck, implica um “redimensionamento nas práxis político-jurídica”,<sup>9</sup> apoiado na dimensão do Estado democrático de direito e na reformulação das teorias das fontes, da norma, interpretação e decisão. Tal redimensionamento, ainda segundo Streck, tem a aptidão de retirar os juristas da tendência de adotar teorias estrangeiras de forma acrítica.<sup>10</sup>

Portanto, é notório o avanço do constitucionalismo em estágios que são dependentes do contexto histórico, social e político: liberal, social e contemporâneo. Além de reconhecer seus diferentes estágios, é premente admitir que cada estágio/fase conta com aspectos próprios — responsáveis pela caracterização, modelagem e reflexão acerca de seus desdobramentos.

Nessa circunstância, é de se reconhecer que o constitucionalismo hodierno, inclusive no Brasil, possui aspecto digital inquestionável<sup>11</sup> — resultado da revolução tecnológica que se consolida, cada vez mais, e, igualmente, pela inevitabilidade de se repensar direitos fundamentais e arquétipo constitucional nessa conjuntura.

<sup>7</sup> SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. *Sage Journals*, Thousand Oaks, jul./set. 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2056305118787812>. Acesso em: 21 jan. 2022. p. 04.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 37.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 37.

<sup>10</sup> A estrutura teórica encampada por Streck, definindo constitucionalismo contemporâneo, visa repelir a discricionariedade e o ativismo judicial enquanto externalidades negativas do neoconstitucionalismo — posição a que este estudo se afilia, mas não constitui objeto de análise. Para maiores digressões, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. O controle da Administração Pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos humanos e participação política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020. p. 118-145.

<sup>11</sup> Sobre o tema, ver: TAKANO, Camila Cardoso; SILVA, Lucas Gonçalves da. O constitucionalismo digital e as novas tecnologias da informação e comunicação (TIC). *Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 6, n. 1, p. 1-15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/6392>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Em registro, Giovanni De Gregorio<sup>12</sup> pontua que a percepção da tecnologia, no âmbito da União Europeia, por exemplo, moveu-se de uma ótica econômica liberal para uma ótica constitucional, buscando não apenas regular as relações digitais, mas também encontrar o empenho do direito constitucional em reagir à ameaça de direitos e subversão do papel estatal por atores tecnológicos privados.

O constitucionalismo digital tem sido objeto de investigações teóricas há alguns anos. A designação “constitucionalismo digital” é empregada em diversos contextos e, inclusive, com manifestação de conflitos em termos de significado.<sup>13</sup>

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes e Victor Oliveira Fernandes indicam que a expressão, inicialmente, referia-se às tentativas de restringir a atuação de atores privados na internet. Posteriormente, passou a denotar diversos mecanismos jurídicos e políticos de proteção de direitos fundamentais no meio virtual. Para os referidos autores, o constitucionalismo digital corresponde “a uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço”.<sup>15</sup>

Em outra direção, Edoardo Celeste considera o constitucionalismo digital a ideologia que estabelece e assegura um corpo normativo de proteção dos direitos fundamentais e do equilíbrio de Poderes no meio virtual. Segundo o autor, o termo “ideologia” deve ser compreendido de forma neutra, de modo a eliminar incoerências observáveis na aplicação em cenários de crença ou política, por exemplo.<sup>16</sup>

Respeitado o mérito e contributo das referidas concepções, é preciso avançar no sentido de fazer com que o delineamento de tal corrente possa dar conta, substancialmente, da complexidade das relações mediadas e vivenciadas nos espaços criados pelos dispositivos tecnológicos e conectivos.

Dessarte, cumpre definir o constitucionalismo digital como dimensão contemporânea de investigações estruturadas com base na aplicação de normas constitucionais para garantia e proteção de direitos fundamentais no ambiente virtual, acesso a tais direitos pela mediação tecnológica, pela educação digital, pelo diálogo governamental adequado, assim como pela salvaguarda dos poderes de Estado, pela regulação da atuação de grandes conglomerados de tecnologia e, portanto, pelo fomento ao desenvolvimento democrático e sustentável.

A definição acima guarda sintonia com a construção teórica de Giovanni De Gregorio: unir os termos “constitucionalismo” e “digital” implica um ângulo de reconhecimento sobre as influências da tecnologia na evolução do constitucionalismo e como este pode fazer frente aos poderes emergentes digitais.<sup>17</sup>

A concepção agrega, especificamente, três componentes que não podem ser marginalizados em discussões constitucionais atuais e futuras: (i) proteção e acesso a direitos fundamentais por plataformas tecnoló-

<sup>12</sup> GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal Of Constitutional Law*, Oxford, v. 1, n. 19, p. 41-70, jan. 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/19/1/41/6224442>. Acesso em: 21 jan. 2022. p. 42.

<sup>13</sup> CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: mapping the constitutional response to digital technology's challenges. *SSRN Electronic Journal*, [s. l.], p. 3-21, aug. 2018. p. 3.

<sup>14</sup> CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review Of Law, Computers & Technology*, London, v. 33, n. 1, p. 76-99, jan. 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2019.1562604>. Acesso em: 21 jan. 2022.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>16</sup> CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: mapping the constitutional response to digital technology's challenges. *SSRN Electronic Journal*, [s. l.], p. 3-21, aug. 2018.

<sup>17</sup> GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal Of Constitutional Law*, Oxford, v. 1, n. 19, p. 41-70, jan. 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/19/1/41/6224442>. Acesso em: 21 jan. 2022. p. 58.

gicas; (ii) a regulação de grandes atores privados de tecnologia<sup>18</sup>; e, por último, (iii) a garantia do desenvolvimento democrático e sustentável. Esses itens demandam os respectivos esclarecimentos.

É premente discutir os avanços tecnológicos e as condições em que diversos direitos passam e passarão a ser acessados pela mediação digital. No Brasil, notadamente, há iniciativas no âmbito federal que conduzem, há alguns anos, a uma forma de governar e administrar baseada em tecnologias de informação e comunicação. Exemplos disso constituem a política de governança digital federal,<sup>19</sup> o sistema nacional de transformação digital<sup>20</sup> e o portal Gov.br.<sup>21</sup> Nesse ponto, importante fazer valer as disposições da Constituição de 1988 para que a transformação digital no acesso a direitos não constitua, a bem da verdade, um óbice — afastando os cidadãos do rol de direitos assegurados pela ordem jurídica brasileira.

Ainda, a regulação de grandes atores privados do setor de tecnologia consiste na determinação do complexo de ações e técnicas aplicáveis nesse espaço, a prevenir e corrigir práticas que violem aspectos nucleares da dignidade humana, os direitos fundamentais e o próprio funcionamento equilibrado da configuração de Estado. Neste artigo, registra-se a preocupação com a manipulação torpe de dados pessoais, violação de normas de cibersegurança, interferências políticas entre outras condutas.<sup>22</sup> É relevante constitucionalizar essas questões, sob pena de se pautar o debate pela dimensão puramente digital e, portanto, “desde o princípio [...] conduzido em termos favoráveis às empresas de tecnologia”<sup>23</sup> e aos gestores de dados.

Por derradeiro, o fomento ao desenvolvimento democrático e sustentável tem ligação direta com as relações estabelecidas entre Estado, empresas de tecnologia e Sociedade. Mostra-se pressuroso equiponderar os vínculos que são estabelecidos, numa perspectiva macro, entre esses atores, abrindo caminho para condições em que as constituições sejam, efetivamente, respeitadas, tornejando cenário em que os interesses de grandes companhias tecnológicas suplantem a ordem jurídica constitucional interna e, conseqüentemente, capturem o Estado. Ainda, a ideia de sustentabilidade para esse contexto implica a condição de permanência da equiponderação entre Estado, empresas de tecnologia e Sociedade em níveis satisfatórios, organizando e reorganizando as interações ocorridas no ambiente virtual.<sup>24</sup>

Por certo, a inclusão desses componentes, no seio do constitucionalismo digital, contempla preocupação central com a questão da dependência tecnológica que, em geral, atinge os países da América Latina, inclusive o Brasil.<sup>25</sup> Países que estão na periferia do desenvolvimento tecnológico devem estar atentos aos processos elaborados no meio digital, dado que nessa hipótese “a ação técnica é um exercício de poder”.<sup>26</sup>

<sup>18</sup> Relevante esclarecer que a regulação do desenvolvimento de tecnologia deve ser aplicada tanto ao setor privado como ao setor público, uma vez que este possui, igualmente, potencialidades excludentes. Todavia, o evidente investimento massivo, no âmbito privado, torna o setor, ainda, mais delicado, inclusive por conta da captura digital.

<sup>19</sup> A dita política teve seu início em 2016 com o Decreto n.º 8.638, posteriormente substituído pelo Decreto n.º 10.332, BRASIL. Decreto n.º 10.332, abril de 2020. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm#art14](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm#art14). Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>20</sup> BRASIL. Decreto n.º 9.319, de 21 de março de 2018. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9319.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9319.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>21</sup> BRASIL. Portal Gov.br. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/ferramentas/portal-gov.br>. Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>22</sup> Importante registrar que já existem, no Brasil, leis que buscam ordenar a vida virtual, como o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Mas é inegável que o devir impõe desafios ainda não imagináveis e, por certo, situações que extrapolam a previsão legal existente. Por isso, importante que as constituições, no esteio do constitucionalismo digital, sirvam como regra instrumentos primeiros de regulação do cotidiano digital.

<sup>23</sup> MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu, 2018. p. 29.

<sup>24</sup> Importante frisar que a noção de sustentabilidade desenhada para o prisma do constitucionalismo digital é distinta da elaboração teórica de Juarez Freitas na obra FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

<sup>25</sup> FILGUEIRAS, Luiz. Padrão de reprodução do capital e capitalismo dependente no Brasil atual. *Caderno CRH*, Salvador, v. 31, n. 84, p. 519-534, dec. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010349792018000300519&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010349792018000300519&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>26</sup> FEENBERG, Andrew. *Entre a razão e a experiência: ensaios sobre tecnologia e modernidade*. Portugal: MIT Press, 2017. p. 178.



### 3 Do constitucionalismo à Administração Pública digital: incentivos jurídicos de inovação para direitos sociais e serviços públicos no Brasil

Considerando-se o constitucionalismo digital, há de se reconhecer evidente repercussão no regime jurídico da Administração Pública no Brasil, que, então, preocupa-se com o desenvolvimento tecnológico e sua aplicação nas suas atividades interna e externa, máxime em matéria de direitos sociais corporificados com a prestação de serviços públicos. Nesse cenário, é detectável que o Direito Administrativo atual, de forma inquestionável, lida com ocorrências inseridas em um contexto altamente tecnológico, comunicativo e informacional, características da Sociedade digital.<sup>27</sup> Hélène Bégon-Tavera explica que “as administrações são desafiadas por essas transformações [tecnológicas]”.<sup>28</sup>

Nessa esteira, pode-se conceber a Administração Pública digital enquanto uma nova organização da gestão, baseada na manipulação de processos tecnológicos e prestação de serviços públicos cada vez mais atualizados, pois, com foco na digitalização de atividades intrínsecas e extrínsecas — marcando o abandono da atuação analógica, “com vistas a trazer eficiência à gestão pública e a transformar a forma com que se relaciona com os cidadãos”.<sup>29</sup>

Decerto, a reconfiguração da Administração Pública, de modo a atender performance imposta pelas constantes transformações tecnológicas, é inovação para o administrar que decorre, diretamente, do Princípio da Eficiência, fixado no artigo 37 da Constituição de 1988. Nesse raciocínio, Camille Reis e Fábio Carvalho afirmam que “a eficiência caminha lado a lado com a modernização da Administração, que deve circundar o agir do gestor”.<sup>30</sup>

Sobre a questão da eficiência, Emerson Gabardo assevera que, apesar das controvérsias acerca do seu significado exato, o seu núcleo essencial reside no dever de otimização administrativa. Em continuidade, indica que o conteúdo da otimização não é predeterminado, tampouco poderá ser esclarecido, inequivocamente, pela doutrina ou pela atividade interpretativa do Poder Judiciário, por exemplo. Circunscrever a otimização administrativa é uma escolha pública derivada da atuação legiferante.<sup>31</sup>

No caso, pode-se inferir que a opção legislativa, em nível constitucional, é pela criação de condições favoráveis e/ou o aproveitamento máximo dos instrumentos que possam surgir e estejam em disponibilidade para a Administração Pública, fomentando, assim, a aplicação de tecnologias de informação e comunicação (TICs) na inovação da garantia e acesso aos direitos sociais previstos — especialmente pela prestação de serviços públicos.

A eficiência impõe, legitimamente, que direitos como saúde, educação, trabalho, transporte, previdência social e assistência sejam reflexionados na implementação e proteção a partir das TICs, e que o acesso tecnológico a cada um desses direitos seja de fácil compreensão e manuseio. Devem-se disponibilizar serviços por meio da tecnologia e essa disponibilização deve ser simples para o usuário.<sup>32</sup> Tal imperativo conduz a

<sup>27</sup> SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020.

<sup>28</sup> BÉGON-TAVERA, Hélène. *La transformation numérique des administrations*. Paris: DILA, 2021. p. 21.

<sup>29</sup> SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020. p. 106.

<sup>30</sup> REIS, Camille Lima; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 11-28, set./dez. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/reis2020/24>. Acesso em: 21 jan. 2022. p. 22-23.

<sup>31</sup> GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. In: *Enciclopédia jurídica da PUCSP: direito constitucional e administrativo*. São Paulo: PUCSP, 2017. p. 05.

<sup>32</sup> Cass Sunstein esclarece que a Administração não pode conjurar a complexidade da tecnologia para furtar-se da simplificação de normas e procedimentos, questões a serem resolvidas internamente. SUNSTEIN, Cass. *Simpler: the future of government*. New York: Simon & Schuster, 2013. p. 10-11.

Administração ao processo de dinamização da persecução do interesse público, de feito a ininterruptamente amodernar o projeto externado na Constituição de 1988.

Em outra perspectiva, é possível perceber o direito à boa administração na qualidade de nascente para a atualização das prestações públicas. Nesse sentido, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz ressalta que a boa administração deve estar aberta à realidade, “pois só a partir dela se pode melhorar o presente para construir um melhor futuro”.<sup>33</sup> E acrescenta que “a modernização enseja uma nova forma de delinear políticas e programas públicos, uma nova forma de prestar serviços públicos; uma nova forma de executar as demais funções de uma Administração Pública moderna”.<sup>34</sup>

Portanto, o Princípio Constitucional da Eficiência e a boa administração são molas propulsoras para a aplicação de tecnologias da informação e comunicação no agir administrativo. Constituem incentivos jurídicos fundamentais para a inovação nos direitos sociais e, como efeito, nos serviços públicos, estes considerados atividades econômicas de incumbência e titularidade do Estado — exercidas direta ou indiretamente — sob regime de Direito Público.<sup>35</sup> “Não é difícil concordar com a afirmação de que os serviços públicos constituem um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais sociais”.<sup>36</sup>

Em reforço, seguindo as lições de Adriana Schier, vital assentir “uma noção de serviço público diretamente vinculada aos cânones da Constituição Federal”, pois é exatamente esse eixo o que fará os serviços públicos corporificarem direitos fundamentais — mesmo que cada tipo de serviço exija técnicas de ação peculiares.<sup>37</sup>

O artigo 175, da Constituição de 1988, ao determinar responsabilidade e titularidade dos serviços públicos ao Poder Público, informa que lei disporá sobre “a obrigação de manter serviço público adequado”. Numa interpretação teleológica e sistemática, mesmo o constituinte transferindo para o plano infraconstitucional a definição de serviço adequado, instantâneo é acatar que a ordem vigente assegura a adequação dos serviços públicas, maneira de tutelar a dignidade humana, os direitos fundamentais sociais e, igualmente, a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública. Esse raciocínio conduz a outro incentivo de inovação: a adequabilidade.

No aplainado infraconstitucional, vários são os incentivos jurídicos à inovação para o setor e prestações públicas. A Lei n.º 8.987, de 1995, ao regram as concessões e permissões de serviços públicos indica, além do serviço adequado,<sup>38</sup> que a atualidade “compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.<sup>39</sup> Ademais, constitui cláusula essencial dos contratos de concessão aquelas que tratam da modernização, conforme art. 23, V, da Lei n.º 8.987/1995.

<sup>33</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 29.

<sup>34</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 103.

<sup>35</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 170.

<sup>36</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. p. 129.

<sup>37</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 138-139.

<sup>38</sup> Neste sentido: “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. BRASIL. *Lei n.º 8.987 de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>39</sup> BRASIL. *Lei n.º 8.987 de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.

A Lei n.º 8.666, de 1993, ao disciplinar as licitações e contratações públicas, estabelece que a margem de preferência prevista para licitações poderá considerar o desenvolvimento e inovação tecnológica (art. 3º, § 6º, III), inclusive criando uma margem preferencial maior que a padrão caso envolva produtos manufaturados e serviços decorrentes de inovação tecnológica brasileira (art. 3º, § 7º). O art. 6º conceitua, por sua vez, produtos de pesquisa e desenvolvimento como os “bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante”<sup>40</sup>. Já o art. 24, XXXIV, dispensa a licitação realizada por pessoa jurídica de Direito Público que tenha a finalidade de adquirir, de Fundações, insumos estratégicos desenhados a partir de projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e impulsionamento de inovações para o Sistema Único de Saúde (SUS) e, igualmente, aos necessários para transferência de tecnologia.

Recentemente, o Brasil passou a contar com uma nova lei de licitações e contratos públicos, a Lei n.º 14.133, de 2021. Lei que permite que a Administração Pública opte, durante dois anos, se licitará/contratará adotando o novo marco jurídico ou as Leis n.º 8.666/1993, n.º 10.520/2002 e n.º 12.462/2011. A escolha deve ser informada, expressamente, no edital, aviso ou instrumento de contratação direta (art. 191, Lei n.º 14.133/2021).

A nova lei de licitações tem progresso significativo quanto ao fomento da inovação tecnológica. O seu art. 2º assevera que suas disposições se aplicam, diretamente, à contratação de tecnologias da informação e comunicação. Passa a constituir objetivo licitatório o incentivo de inovação e desenvolvimento sustentável (art. 11, IV). Com relação à margem de preferência, a nova lei faz uma padronização: bens e serviços manufaturados originados por desenvolvimento e inovação tecnológica nacional têm margem preferencial limitada a 20% (art. 26, § 2º). A modalidade do diálogo competitivo é forma explícita e restritamente aplicável para contratos que tratem de inovação tecnológica ou técnica (art. 32, I, a). É mantida a dispensa de licitação para contratações (i) com objeto que envolvam transferência de tecnologia ou licenciamento de uso encampadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT), (ii) contratação de instituição nacional que apoia, capta e executa — estatutariamente — tarefas de desenvolvimento tecnológico e incentivo de inovação e (iii) aquisição de insumos estratégicos para o SUS criados por fundações que apoiam órgãos de desenvolvimento científico e tecnológico (art. 75, IV, d, XV e XVI). O procedimento de manifestação de interesse poderá ser restrito a *startups*, emergentes e de alto potencial, que atuem na pesquisa, desenvolvimento e concretização de produtos e soluções de inovação tecnológica de largo impacto — com confirmação por métricas específicas (art. 81, § 1º). Por derradeiro, nas contratações de projetos e serviços especializados, incluídos programas, aplicações de internet para computadores, máquinas, dispositivos e TICs, os autores deverão ceder os direitos patrimoniais à Administração Pública (art. 93).<sup>41</sup>

Na mesma linha, o Estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias (Lei n.º 13.303, de 2016) define, no âmbito do desempenho da função social, que poderão ser celebrados convênios ou contratos para promoção de inovação tecnológica, atestado a repercussão positiva na marca

<sup>40</sup> BRASIL. *Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>41</sup> As exceções para esta regra estão dispostas nos parágrafos 1º e 2º do art. 93: § 1º Quando o projeto se referir a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o caput deste artigo incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

§ 2º É facultado à Administração Pública deixar de exigir a cessão de direitos a que se refere o caput deste artigo quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação, considerados os princípios e os mecanismos instituídos pela Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004. BRASIL. *Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 13 abr. 2021.

respectiva (art. 27, § 3º).<sup>42</sup> Na contratação de obras ou serviços pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, haverá definição da matriz de risco, que, entre outros itens, conterà as frações do objeto que permitem ou não a discricionariedade das contratadas para adoção de inovações metodológicas ou tecnológicas (art. 42, X, *b e c*). As contratações integrada e semi-integrada de obras e serviços de engenharia terão convocação com arquivo técnico esclarecendo a liberdade de inovação metodológica ou tecnológica (art. 42, §1º, I, *d*). Os contratos de execução de obras e serviços de engenharia admitem a contratação do tipo integrada para inovação tecnológica e do objeto de licitação ou manipulação de tecnologias restritas no mercado (art. 43, IV).

Com fulcro no art. 175 da Constituição de 1988, a Lei n.º 13.460, de 2017,<sup>43</sup> que trata da participação, proteção e defesa dos cidadãos usuários de serviços públicos, aclara que serviços e atendimentos observarão o princípio da atualidade, que deságua na inovação tecnológica (art. 4º). A prestação de serviço adequado tem como diretriz a “aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações” (art. 5º, XIII)<sup>44</sup>. É direito básico o acesso a informações precisas e acessíveis, inclusive disponíveis na *internet* (art. 6º, VI). A avaliação realizada pelos órgãos e entidades alcançados pela Lei n.º 13.460/2017 considerará as ações de melhoria e aperfeiçoamento das prestações (art. 23, V).

Mais recentemente e selando um compromisso com o *upgrade* da Administração Pública brasileira, inclusive com forte influência das adaptações demandas pela pandemia de Covid-19, foi sancionada a Lei n.º 14.129, de 2021, instituindo o Governo Digital.<sup>45</sup> A Lei n.º 14.129/2021 é aplicável à Administração Pública Federal direta — Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Tribunal de Contas da União, Ministério Público da União — e indireta, empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias que atuem no serviço público.<sup>46</sup>

Sobre o tema, a Lei n.º 14.129/2021 sentencia que a Administração aplicará soluções tecnológicas em seus processos internos e atividades de prestação finalística. O Governo Digital é definido, legalmente, como a utilização de tecnologias para prestação de serviços públicos, com garantia de acesso universalizado e manutenção do atendimento presencial (art. 14), definição que vem na direção apontada por estudos teóricos da área.<sup>47</sup> Nesse contexto, a Administração Pública digital participará da execução da Estratégia Nacional de Governo Digital, editada pelo Executivo Federal (art. 15).

<sup>42</sup> BRASIL. *Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm). Acesso em: 13 abr. 2013.

<sup>43</sup> BRASIL. *Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>44</sup> BRASIL. *Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>45</sup> BRASIL. *Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021*. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.129-de-29-de-marco-de-2021-311282132>. Acesso: 13 abr. 2021.

<sup>46</sup> Órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta dos demais entes da Federação têm de criar atos normativos específicos para aplicação das disposições da Lei n.º 14.129/2021.

<sup>47</sup> Sobre o tema, ver: ALBUQUERQUE, Bruno M.; SILVA, Fernanda Cláudia A.; SOUSA, Thanderson Pereira de. A era eletrônica da administração pública federal: desafios e evolução no cenário brasileiro. *Revista Vianna Sapiens*, v. 8, n. 2, p. 340-358, 13 dez. 2017.; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020.; SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020.

Em síntese, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional<sup>48</sup>, o Brasil conta com diversos incentivos normativos de inovação para direitos sociais e serviços públicos, indispensáveis e estimuladores da reconfiguração da Administração Pública federal para uma Sociedade tecnológica e conectada. Com efeito, não há dúvidas de que o ordenamento jurídico brasileiro está atento para as necessidades que emergem do avanço das tecnologias de informação e comunicação.

#### 4 Desenvolvimento, tecnologias e políticas públicas: desafios do Brasil e Agenda Digital para a América Latina e o Caribe (eLAC2022)

As noções de constitucionalismo e Administração Pública digitais recuperadas neste artigo apontam para a consolidação e desenvolvimento do projeto expressado na Constituição de 1988. À vista disso, não há controvérsia de que a percepção de desenvolvimento deve considerar normas constitucionais e, também, infraconstitucionais — dando uma interpretação conforme.

Salutar, pois, prenunciar o conceito de desenvolvimento adotado aqui: avanço interdependente econômico, social e político, com modificações fundamentais e delineamento sustentável. Sobre o tema, Daniel Wunder Hachem faz importante alerta ao demonstrar ser inviável a sua confusão “com o mero crescimento, circunscrito à elevação produtiva em termos quantitativos, nem com a modernização, que não acompanha a melhoria generalizada das condições de bem-estar social”.<sup>49</sup>

Assim, é reconhecível que a utilização de tecnologias e a prática de inovação manifestam-se na qualidade de transformações basilares e indispensáveis ao desenvolvimento sustentável, compreendendo a melhora na educação, no sistema de saúde, amplificação de representatividade, contributo para instituições acessíveis, aperfeiçoamento do trabalho e otimização de indicadores econômicos.

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável reconhece que as TICs têm papel importantíssimo para o progresso humano, inclusive o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) n.º 09 trata de indústrias, inovação e infraestrutura. Mas, identicamente, os demais ODS's podem ser pensados com base no emprego de TIC's enquanto instrumentais de implemento.<sup>50</sup>

Em que pesem os incentivos e iniciativas jurídicos de digitalização da Administração Pública federal e disponibilização de serviços públicos, o desafio que se coloca ao Brasil, bem como aos países da América Latina, é o progresso digital universal e inclusivo para a promoção do desenvolvimento sustentável e humanizado. Pensar nas tecnologias de informação e comunicação, enquanto propulsoras para o funcionamento do organismo social e da economia, não dispensa o enfrentamento de problemas que estão ligados aos fatores de partida da digitalização: acesso aos recursos tecnológicos e conexão com velocidade adequada — realidades desafiadoras segundo a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL).<sup>51</sup>

No Brasil, segundo a pesquisa Tecnologias da Informação e Comunicação 2019,<sup>52</sup> realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – Brasil, cerca de 20 milhões de

<sup>48</sup> Importante destacar que o estudo optou por fazer análise da Constituição de 1988 e de leis, em sentido restrito, relevantes para o setor público. Existem profusos instrumentos normativos — *lato sensu* — que tratam da temática abordada, uma análise total e completa está fora dos limites da pesquisa. São diversos os decretos regulamentares, resoluções, instruções normativas etc.

<sup>49</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. *AC&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 152-153.

<sup>50</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de desenvolvimento sustentável: indicadores brasileiros para os objetivos de desenvolvimento sustentável*. 2015. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>51</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. *Universalizar el acceso a las tecnologías digitales para enfrentar los efectos del COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45938-universalizar-acceso-tecnologias-digitales-enfrentar-efectos-covid-19>. Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>52</sup> CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO – BRA-

domicílios não possuem acesso à internet; as classes D/E são as mais afetadas pela falta de acesso e, igualmente, as que mais predominantemente dependem de serviços públicos como saúde e educação; 47 milhões de cidadãos não são usuários de internet (26%); ainda, segundo a pesquisa, quanto menor a escolaridade dos cidadãos menor o acesso — o que impede a mobilidade social que deveria ser resultado dos serviços públicos digitais; o acesso é menor fora das áreas urbanas. Nesse sentido:

em 2019, pela primeira vez, a proporção de domicílios das classes DE que estavam conectados atingiu a metade do total de domicílios nessas classes. Apesar desse avanço, persistiu o padrão de desigualdade no acesso à Internet no país: em 2019, a proporção de domicílios de classe A conectados à rede foi aproximadamente o dobro da observada entre aqueles pertencentes às classes DE.<sup>53</sup>

Sucessivamente, a pesquisa constatou que a presença de computadores e internet é bem mais expressiva nas classes mais altas. Enquanto 95% da classe A conta com computador e internet, apenas 12% das classes D/E têm acesso a essas tecnologias. A respeito das classes D/E, o acesso à internet é mais comum por intermédio de aparelho celular. A discrepância no acesso de conexão e dispositivos de tecnologia provocou e provoca, especialmente em relação ao contexto da pandemia de Covid-19, desigualdade em direitos como o trabalho e a educação. O CETIC.Br denota: “a baixa qualidade da conexão e a quantidade de dispositivos disponíveis impedem a realização concomitante dessas atividades, o que pode precarizar as experiências de teletrabalho e ensino remoto, impactando parcelas já vulneráveis da população”.<sup>54</sup>

A digitalização, adotada como padrão de governo pela Lei n.º 14.129/2021, deve partir de políticas públicas racionais que conduzam ao desenvolvimento sustentável, universal e inclusivo. A normatividade não pode implicar, objetivamente, a negligência de características sensíveis do Brasil, inclusive compartilhadas com os países latino-americanos, conforme boletim informativo da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Nessa orientação, Marcelo Varela, Clarice Oliveira e Frederico Moesch<sup>55</sup> asseveram que o emprego de soluções tecnológicas está associado à proteção de direitos.

A prestação de serviços públicos de saúde, educação, tutela do emprego e guarda de cidadãos vulnerabilizados não pode estar condicionada a um modelo de prestação digital de serviços que não têm compromisso com a universalização, inclusão e a igualdade, pois, se assim for, estará em descompasso com a Constituição de 1988 e os compromissos por ela assumidos, aprofundando as desigualdades socioeconômicas. Inclusive, o custo de acesso à conexão e, portanto, dos serviços públicos — nesse contexto — é de 14% a 12% nos países latino-americanos, ultrapassando 6 vezes o referencial estabelecido pela Comissão de Banda Larga das Nações Unidas, que é de 2%.<sup>56</sup>

Na VII Conferência Ministerial sobre a Sociedade da Informação da América Latina e o Caribe, realizada em novembro de 2020, o Brasil seguiu a renovação da Agenda Digital para a América Latina e Caribe (eLAC 2022), com compromissos em nove perspectivas: infraestrutura digital; transformação digital e economia

---

SIL. *TIC Domicílios 2019*: pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. 2019. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic\\_dom\\_2019\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_2019_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021. p. 62-67.

<sup>53</sup> CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO – BRASIL. *TIC Domicílios 2019*: pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. 2019. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic\\_dom\\_2019\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_2019_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021. p. 62.

<sup>54</sup> CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO – BRASIL. *TIC Domicílios 2019*: pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. 2019. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic\\_dom\\_2019\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_2019_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021. p. 64.

<sup>55</sup> VARELLA, Marcelo; OLIVEIRA, Clarice; MESCH, Frederico. Salto digital nas políticas públicas: oportunidades e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 07, n. 03, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4808/3657>. Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>56</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. *Universalizar el acceso a las tecnologías digitales para enfrentar los efectos del COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45938-universalizar-acceso-tecnologias-digitales-enfrentar-efectos-covid-19>. Acesso em: 13 abr. 2021.

global; governo digital; inclusão, competências e habilidades digitais; tecnologias emergentes para o desenvolvimento sustentável; confiança e segurança social; e mercado digital regional.

Para fins de análise, consideram-se relevantes os seguintes objetivos da eLAC 2022: (i) a adoção do modelo de Governo Digital, com manejo aberto de plataformas, normas, sistemas e interfaces de prestações públicas, (ii) a democratização de aptidões para o novo modelo de administração e (iii) o estímulo para desenvolvimento e inovação tecnológica em matéria de desenvolvimento sustentável.<sup>57</sup> A eLAC 2022 guarda coesão com a Agenda 2030 e, atualmente, tem compatibilidade com a Lei n.º 14.129/2021.

Acerca da universalização, o marco do Governo Digital no Brasil assegura o acesso aos serviços digitalizados a todos, inclusive aos cidadãos provenientes de locais de difícil acesso e/ou baixa renda (art. 14). A participação social ocorrerá, de modo mais concentrado, no laboratório de inovação (art. 4º, VIII, art. 44 e 45), que receberá ideias, sugestões, indicação de ferramentas de gestão e controle. Por fim, o art. 50 anuncia que o governo poderá custear, total ou parcialmente, o acesso e conexão para os serviços públicos digitalizados.<sup>58</sup>

Mas existem inquições a demandar reflexão. Sobre o tema, Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Laura Nathalie Hernandez Rivera lecionam que “acesso igualitário e irrestrito à tecnologia e à internet demanda que ele venha acompanhado de educação e alfabetização digital”.<sup>59</sup> Não se pode olvidar que é essa educação digital que dará efetividade ao laboratório de inovação e à participação social — pelo menos com relação a uma parcela considerável dos cidadãos brasileiros.<sup>60</sup> Isso exige políticas públicas de educação que, por sua vez, têm custos para o Estado. Assim, garantir acesso — integral ou parcial — à internet e dispositivos tecnológicos requer o desenho de políticas públicas específicas.

Todos os direitos têm um custo, mesmo com a digitalização e a eficiência no setor público, direitos sociais e serviços públicos continuam dependendo de investimentos, até porque “todos os direitos são positivos”.<sup>61</sup> Como organizar novas políticas públicas e conciliá-las com um regime de austeridade fiscal, imposto pela Emenda Constitucional n.º 95/2016, a crise econômica agravada pela pandemia de Covid-19 e a tributação significativa e regressiva é questionamento e empecilho que acompanha, indissociavelmente, a premência de garantir direitos e serviços digitalizados de maneira universal e inclusiva.

Ainda, em outra ótica, é indispensável que a implementação do uso de tecnologias de informação e comunicação esteja alinhada internamente no âmbito da Administração Pública, apoiada no planejamento público — a evitar que as respostas tecnológicas se transformem em problemas e minem os investimentos respectivos.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. *Agenda digital para América Latina y el Caribe (elac2022)*. 2020. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46439/1/S2000903\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46439/1/S2000903_es.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>58</sup> BRASIL. *Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021*. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.129-de-29-de-marco-de-2021-311282132>. Acesso: 13 abr. 2021.

<sup>59</sup> MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; HERNANDEZ RIVERA, Laura Nathalie. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 03, p. 601-616, 2017. p. 605.

<sup>60</sup> Sobre cidadania digital e participação ver: SOUZA, Luciana Cristina. Dignidade humana na webesfera governamental brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 03, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4875/3644>. Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>61</sup> HOLMES, Stephen; SUNTEINS, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 35.

<sup>62</sup> VALLE, Vanice Lúrio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 11-28, jan./abr. 2021.

## 5 Considerações finais

A revolução tecnológica experimentada atualmente reverbera sobre diversas dimensões da vida humana. Não distinto, o ordenamento jurídico e o atendimento das necessidades dos cidadãos são repensados com base no uso de inovações em tecnologias da informação e comunicação (TIC's). À vista disso, constitucionalismo e Administração Pública redimensionam-se apoiados em inovação e na necessidade de debuxar políticas específicas. Importante esclarecer, adicionalmente, que essas alterações decorrem, estritamente, das demandas humanas, afastando, pois, filiação ao determinismo tecnológico.

Nesse esteio, da atenção à realidade latino-americana e brasileira de modo particular, conclui-se que a noção de constitucionalismo digital constitui vertente com fito de aplicar e garantir normas constitucionais de proteção de direitos fundamentais, acesso a esses direitos por instrumental tecnológico, tutela das configurações do Estado e desenvolvimento sustentável em correspondência às demandas que surgem recorrentemente. Tal inferência, conseqüentemente, leva ao entendimento de que a Constituição de 1988 tem a capacidade de acompanhar transformações em matéria digital.

A constitucionalização digital, tendência que leva o Estado a adotar manipulação de tecnologias de informação e comunicação em sua rotina, deságua na Administração Pública federal, que deve atuar para o alcance dos objetivos e responsabilidades definidos. Eficiência, boa administração e adequação são fundamentos do agir administrativo pautado em processamentos eletrônicos e efetivação de políticas por intermédio de TICs.

A Administração Pública federal avançou nesse aspecto, por exemplo, a partir de iniciativas como a criação do comitê de governança digital, o sistema de transformação digital e o Gov.br. Infraconstitucionalmente, são diversos os incentivos normativos de inovação e adoção de tecnologias, como aqueles inventariados a partir da Lei n.º 8.987/1995, Lei n.º 8.666/1993, Lei n.º 14.133/2021, Lei n.º 13.303/2016, Lei n.º 13.460/2017 e Lei n.º 14.129/2021.

Por certo, os incentivos constitucionais e infraconstitucionais de inovação tecnológica, em sinergia com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e a Agenda Digital para os países da América Latina e Caribe (eLAC 2022), geram para a Administração Pública o desafio de aderir ao modelo de prestação digitalizada de serviços públicos e garantir o acesso universal, inclusivo e igualitário.

Em síntese, é indelével que a implementação do Governo Digital passa, pois, indissociável e significativamente, pelo custeio de políticas públicas de promoção de educação e cidadania digitais, de acesso à internet e a dispositivos tecnológicos — empreitada inegável na concretização da Constituição de 1988, dos incentivos jurídicos de inovação e da eLAC 2022.

Momentoso cogitar que o desenvolvimento tecnológico não pode implicar uma forma de distinção entre os cidadãos usuários de serviços públicos e, portanto, titulares dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988. Se assim for, em um país que se pretende democrático como o Brasil, além da já recorrente distinção entre cidadãos com e sem acesso ao Poder Judiciário para a tutela de direitos básicos, haverá, também, a marca distintiva entre os cidadãos que possuem, ou não, acesso à internet e dispositivos tecnológicos. Uma dimensão normativa, política, social e ética de desenvolvimento, compatível com a Constituição de 1988 e seu edifício de promessas inclusivas, não pode negligenciar tal questão. Ademais, o uso de tecnologias de informação e comunicação não pode ocorrer de forma desorientada e desalinhada do projeto constitucional de 88. Se assim for, o potencial valor inovativo da tecnologia é subvertido em prejuízo para a coletividade.



## Referências

- ALBUQUERQUE, Bruno M.; SILVA, Fernanda Cláudia A.; SOUSA, Thanderson Pereira de. A era eletrônica da administração pública federal: desafios e evolução no cenário brasileiro. *Revista Vianna Sapiens*, v. 8, n. 2, p. 340-358, 13 dez. 2017.
- BÉGON-TAVERA, Hélène. *La transformation numérique des administrations*. Paris: DILA, 2021.
- BOJANOVA, Irena. The digital revolution: what's on the horizon? *It Professional*, Washington, DC, v. 16, n. 1, p. 8-12, jan. 2014.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. *Decreto n.º 10.332, abril de 2020*. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm#art14](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10332.htm#art14). Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. *Decreto n.º 9.319, de 21 de março de 2018*. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9319.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9319.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm). Acesso em: 13 abr. 2013.
- BRASIL. *Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021*. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.129-de-29-de-marco-de-2021-311282132>. Acesso: 13 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei n.º 8.987 de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.
- BRASIL. *Portal Gov.br*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/ferramentas/portal-gov.br>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação – economia sociedade e cultura*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 1.
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. São Paulo: Zahar, 2018.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. *International Review Of Law, Computers & Technology*, London, v. 33, n. 1, p. 76-99, jan. 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2019.1562604>. Acesso em: 21 jan. 2022.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: mapping the constitutional response to digital technology's challenges. *JSRN Electronic Journal*, [s. l.], p. 3-21, aug. 2018.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO – BRASIL. *TIC Domicílios 2019*: pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. 2019. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic\\_dom\\_2019\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123121817/tic_dom_2019_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. *Agenda digital para América Latina y el Caribe (elac2022)*. 2020. Disponível em: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46439/1/S2000903\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46439/1/S2000903_es.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. *Universalizar el acceso a las tecnologías digitales para enfrentar los efectos del COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45938-universalizar-acceso-tecnologias-digitales-enfrentar-efectos-covid-19>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. O controle da Administração Pública no contexto do constitucionalismo contemporâneo: um debate a partir das mudanças trazidas pela LINDB. In: GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos humanos e participação política*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2020. p. 118-145.

FEENBERG, Andrew. *Critical theory of technology*. New York: Oxford University Press, 1991.

FEENBERG, Andrew. *Entre a razão e a experiência*: ensaios sobre tecnologia e modernidade. Portugal: MIT Press, 2017.

FILGUEIRAS, Luiz. Padrão de reprodução do capital e capitalismo dependente no Brasil atual. *Caderno CRH*, Salvador, v. 31, n. 84, p. 519-534, dec. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_artt ext&pid=S010349792018000300519&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artt ext&pid=S010349792018000300519&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 13 abr. 2021.

FREITAS, Juares. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. In: *Enciclopédia jurídica da PUCSP: direito constitucional e administrativo*. São Paulo: PUCSP, 2017.

GREGORIO, Giovanni de. The rise of digital constitutionalism in the European Union. *International Journal Of Constitutional Law*, Oxford, v. 1, n. 19, p. 41-70, jan. 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/19/1/41/6224442>. Acesso em: 21 jan. 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HOLMES, Stephen; SUNTEINS, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; HERNANDEZ RIVERA, Laura Nathalie. Democratização na era digital: desafios para um diálogo consciente e igualitário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 03, p. 601-616, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acesso em: 13 abr. 2021.

MOROZOV, Evgeny. *Big tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de desenvolvimento sustentável: indicadores brasileiros para os objetivos de desenvolvimento sustentável*. 2015. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

REIS, Camille Lima; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 11-28, set./dez. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/reis2020/24>. Acesso em: 21 jan. 2022.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SOUZA, Luciana Cristina. Dignidade humana na webesfera governamental brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 03, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4875/3644>. Acesso em: 13 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUNSTEIN, Cass. *Simpler: the future of government*. New York: Simon & Schuster, 2013.

SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. *Sage Journals*, Thousand Oaks, jul./set. 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2056305118787812>. Acesso em: 21 jan. 2022.

TAKANO, Camila Cardoso; SILVA, Lucas Gonçalves da. O constitucionalismo digital e as novas tecnologias da informação e comunicação (TIC). *Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 6, n. 1, p. 1-15, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/6392>. Acesso em: 20 jan. 2022.

VALLE, Vanice Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 11-28, jan./abr. 2021.

VARELLA, Marcelo; OLIVEIRA, Clarice; MESCH, Frederico. Salto digital nas políticas públicas: oportunidades e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 07, n. 03, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4808/3657>. Acesso em: 13 abr. 2021.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

**TEMAS DIVERSOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

The cover features a photograph of a modern, multi-story building with a prominent white statue in the foreground. The statue is seated and appears to be holding a book or tablet. The building has a distinctive architectural style with large windows and a curved facade. The sky is blue with some clouds. The overall scene is bright and clear.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

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

**Qualidade de Vida no Trabalho:**  
a Percepção dos Magistrados do  
Tribunal de Justiça do Estado do  
Tocantins

**Quality of life at work:** the  
Perception of the Magistrates of  
the Court of Justice of the State of  
Tocantins

Michelle Araújo Luz Cilli

Waldecy Rodrigues

Alex Pizzio

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Qualidade de Vida no Trabalho: a Percepção dos Magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins\*

## Quality of life at work: the Perception of the Magistrates of the Court of Justice of the State of Tocantins

Michelle Araújo Luz Cilli\*\*

Waldecy Rodrigues\*\*\*

Alex Pizzio\*\*\*\*

### Resumo

Nas últimas décadas, houve um forte movimento para desenvolver tecnologias, qualificação de servidores públicos e sistemas de avaliação de desempenho, com o propósito de melhorar a eficiência do judiciário. Em contrapartida, pesquisas na área da Qualidade de Vida no Trabalho (QVT) alertam que, muitas dessas mudanças, em prol de celeridade e eficiência, podem estar relacionadas ao adoecimento físico e mental dos profissionais. Em contribuição com os estudos relacionados à temática de QVT, este artigo traz um enfoque à carreira da magistratura. Pela técnica de Grupo Focal, foram identificadas algumas fontes de mal-estar na carreira dos juizes estaduais relacionadas ao uso isolado de métricas quantitativas para medir o trabalho do magistrado sem considerar, adequadamente, a especificidade qualitativa exigida nos instrumentos decisórios relacionados à prestação jurisdicional.

**Palavras-chaves:** Qualidade de Vida no Trabalho; Magistratura; Grupo Focal.

### Abstract

In the last decades, there has been a strong movement to develop technologies, qualification of public servants and performance evaluation systems, with the purpose of improving the efficiency of the judiciary. In contrast, research in the area of Quality of Life at Work warns that many of these changes in favor of speed and efficiency may be related to the physical and mental illness of professionals. In contribution to the studies related to the theme of Quality of Life at Work, this article focuses on the career of the judiciary. Through the Focus Group technique, some sources of discomfort in the career of state judges were identified, related to the isolated use of quantitative metrics to measure the work of the magistrate without adequately considering the qualitative specificity required in the decision-making instruments related to the judiciary career.

**Keywords:** Quality of life at work; Judiciary; Focus Group.

\* Recebido em 12/05/2021  
Aprovado em 22/08/2022

\*\* Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Tocantins.  
Email: michellearaujo@uft.edu.br

\*\*\* Graduado e Mestre em Economia, Doutor em Sociologia e Professor do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade Federal do Tocantins. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 2.  
Email: waldecy@uft.edu.br

\*\*\*\* Graduado, Mestre e Doutor em Ciências Sociais e Professor do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Regional da Universidade Federal do Tocantins. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 2. Email: alexpizzio@uft.edu.br

# 1 Introdução

Existe um problema seminal tratado nas teorias organizacionais sobre como compreender a dinâmica da evolução da produtividade do trabalho humano, com base em fatores comportamentais/motivacionais ou da própria estrutura administrativa das organizações e mesmo de sua interação. Vasconcelos<sup>1</sup> aponta que a evolução das teorias da administração, desde sua gênese com Taylor e Fayol, são pródigas em compreender a interação entre as estruturas organizacionais e dos processos de trabalho, mas com lacunas ao abordar as condições de satisfação hedônica dos trabalhadores envolvidos nessa lógica, bem como sua dimensão comportamental que, na maior parte dos casos, não estão sujeitas, somente, a aspectos materiais de motivação ao trabalho.

Nesse contexto, surgiu a abordagem da Qualidade de Vida no Trabalho (QVT) que não é necessariamente nova, pois a própria ciência administrativa, em suas teorias consideradas como seminais, também trabalhou com aspectos motivacionais e de relações humanas. Destaca-se, nesse contexto, a contribuição de Maslow (Teoria da Hierarquia das Necessidades), que relacionou a escola de necessidades do ser humano, em relação à evolução de sua vida, à chamada Teoria X de McGregor. Essa teoria preconizava que, quando o trabalhador está motivado, também, simbolicamente, vai além da aceitação das responsabilidades de sua função, como pode superar as próprias expectativas. Herzberg verificou que os trabalhadores técnicos em nível superior, tais como engenheiros e contadores, associavam a insatisfação com o trabalho ao ambiente de trabalho; e a satisfação com o trabalho ao conteúdo<sup>1</sup>.

Essas teorias organizacionais abordadas (Maslow, McGregor e Herzberg) podem ser consideradas como antecedentes relativos à abordagem da Qualidade de Vida do Trabalho (QVT). Entretanto, essa abordagem vai além das teorias organizacionais, com forte contribuição da chamada medicina psicossomática, que aborda o ser humano com base em uma visão holística, integrada e interdisciplinar<sup>2</sup>.

Os estudos sobre a Qualidade de Vida no Trabalho (QVT) tiveram início pelo entendimento de que o trabalho tem grande influência na qualidade de vida das pessoas e que atentar para isso é importante, também, para a organização. Havia um excesso por parte do ambiente profissional, e refletir sobre isso se tornou relevante até mesmo para diminuir a mortalidade e aumentar a longevidade da população. Começaram a despontar indicadores negativos no desempenho das organizações, como o aumento no índice de erros, queda da produtividade e da qualidade, acidentes, doenças de trabalho e aumento das reclamações de cidadãos usuários. Pela identificação desses impactos ruins, começou-se a desenvolver estudos com o objetivo de eliminar ou reduzir esses problemas<sup>3</sup>.

Apesar de terem crescido os estudos sobre a Qualidade de Vida no Trabalho (QVT), nas últimas décadas, ainda são poucos que abordam o trabalho no poder judiciário brasileiro, necessitando, portanto, que sejam desenvolvidas mais pesquisas envolvendo as carreiras jurídicas. Em especial, pelas mudanças recentes na organização do trabalho, que envolvem sistemas de avaliação com metas e comparativos nacionais.

Esse cenário gera um alerta sobre a relevância de estudar a Qualidade de Vida no Trabalho do judiciário, sobretudo dos magistrados, que são profissionais fundamentais para uma prestação jurisdicional eficiente, beneficiando a sociedade como um todo. A importância de realização desses estudos consiste na necessária contribuição ao sistema, com base em indicadores e informações que melhor representem as diversas realidades que compõem o trabalho nos tribunais de justiça estaduais.

<sup>1</sup> VASCONCELOS, Anselmo Ferreira et al. Qualidade de vida no trabalho: origem, evolução e perspectivas. *Caderno de pesquisas em Administração*, v. 8, n. 1, p. 23-35, 2001.

<sup>2</sup> FRANÇA, A C. Limongi. Qualidade de vida no trabalho: conceitos, abordagens, inovações e desafios nas empresas brasileiras. *Revista Brasileira de Medicina Psicossomática*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 79-83, abr./mai./jun. 1997.

<sup>3</sup> FERNANDES, Livia Carolina; FERREIRA, Mário César. Qualidade de vida no trabalho e risco de adoecimento: estudo no poder judiciário brasileiro. *Psicol. USP*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 296-306, ago. 2015.



A análise da QVT pode incluir diversas abordagens como a dimensão da tarefa, estados psicológicos, resultados pessoais e do trabalho, motivação, satisfação e comprometimento. Envolve, ainda, a questão econômica do que pode ser considerado justiça salarial, a segurança que se tem no emprego, autorrealização e participação na tomada de decisão. Pode estar, também, relacionada a fatores ambientais, organizacionais e comportamentais, com cargos que podem ser mais produtivos e satisfatórios, bem como com o alinhamento disso ao perfil do trabalhador. O presente artigo vem de encontro a essa necessidade de compreender a qualidade de vida no trabalho, com base na perspectiva dos magistrados, com o propósito de contribuir com uma melhor avaliação de desempenho individual de forma a cooperar com a motivação dos profissionais.

Dado o exposto, o presente artigo está dividido da seguinte maneira. Primeiramente, aborda-se a metodologia utilizada no artigo, em que são apresentadas pesquisas que tratam sobre o QVT e, na sequência, expõe-se o uso do método de Grupo Focal como uma estratégia metodológica para se verificarem aspectos subjetivos relacionados à QVT. Por fim, apresenta-se a experiência do grupo focal realizado com magistrados do estado do Tocantins.

## 2 Abordagem metodológica

### 2.1 Qualidade de Vida no Trabalho

Em apertada análise histórica, na década de 1950, registrou-se o surgimento de um modelo inicial de QVT baseado na satisfação do empregado. Em 1960, o QVT incorporou o foco na saúde e bem-estar, ganhando mais evidência. Nas décadas de 1970 e 1980, analisando-se os efeitos da reestruturação produtiva, foram desenvolvidos muitos estudos sobre a humanização da gestão do trabalho. Esses estudos aumentaram, significativamente, na década de 1990, quando passaram a ter destaque no Brasil<sup>456</sup>.

A busca pela eficiência e produtividade continuam em evidência de forma a atender os anseios da sociedade atual de produzir mais e melhor com o mínimo necessário. Para isso, há uma constante busca por novas tecnologias que facilitem e potencializem a capacidade produtiva. Nesse esforço, busca-se, cada vez mais, o aperfeiçoamento e a capacitação profissional para lidar com toda essa demanda.

Muitas dessas mudanças contribuíram para a precarização do trabalho, que implica: redução ou perda de direitos; falta de mecanismos de prevenção ou reparação dos riscos; redução de pessoal, terceirização, trabalho informal e contratos temporários; organizações muito rígidas com baixa liberdade de contribuições; demanda alta por produtividade, melhor desempenho e mais comprometimento; falta ou dificuldades nas condições físicas e estruturais para o desempenho da atividade; muita cobrança por qualificação contínua, especialização e habilidade para trabalho em equipe<sup>45678</sup>.

<sup>4</sup> LIPP, Marilda E. Novaes; TANGANELLI, M. Sacramento. Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho: Diferenças entre Homens e Mulheres. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 15, n. 3, p. 537-548, 2002.

<sup>5</sup> FERREIRA, Mário César. *Qualidade de Vida no Trabalho: Uma Abordagem Centrada no Olhar dos Trabalhadores*. Brasília: Paralelo 15, 2012.

<sup>6</sup> CARMO, Marina Maia do. *“Tribunal da cidadania?! Pra quem?!”*: Qualidade de vida no trabalho em um órgão do Poder Judiciário brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações – PSTO, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>7</sup> FERNANDES, Livia Carolina. *“Estamos o tempo todo enxugando gelo”*: qualidade de vida no trabalho e vivências de bem-estar e mal-estar em um órgão do Poder Judiciário. 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado) Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>8</sup> PIZZIO, Alex; KLEIN, Karla. Qualidade de vida no trabalho e adocimento no cotidiano de docentes do Ensino Superior. *Educação & Sociedade*, v. 36, p. 493-513, 2015.

Por isso, o mercado e organizações vêm buscando profissionais cada vez mais preparados e flexíveis. Ou seja, aqueles que se esforcem para atender às exigências e metas organizacionais, dentro dessa perspectiva mais reduzida de estrutura. Assim, as organizações rearranjam normas que redistribuem atribuições, investem em inovações tecnológicas e gestão flexível da produção e do trabalho para monitorar a demanda, a produção, o tempo e a performance dos trabalhadores. O que ocorre muitas vezes com a intensificação da carga horária<sup>678</sup>.

Essas mudanças vêm gerando situações estressantes que causam o mal-estar pela exposição recorrente ou constante a experiências ruins que o profissional precisa vivenciar para executar seu ofício, tais como: aborrecimento, decepção, constrangimento, desconforto, desvalorização, frustração, incômodo, desrespeito, menosprezo, injustiça salarial, falta de condições de trabalho ou de reconhecimento, não vislumbrar perspectivas de crescimento pessoal e profissional etc. A presença dessas situações, de forma constante, indica ausência de QVT<sup>45678</sup>.

Segundo Fogaça e Coelho Júnior<sup>9</sup>, tem sido frequente o relato de trabalhadores sobre sentimentos de ansiedade e estresse como consequências prejudiciais da nova organização do trabalho. Muitos desses sentimentos ruins, vivenciados pelos indivíduos no ambiente profissional, afetam a saúde e o desempenho.

Situações como essas provocam sofrimento físico e mental, frustram as expectativas dos indivíduos e podem gerar consequências desastrosas como os acidentes de trabalho, as doenças osteomusculares e as doenças mentais que têm liderado os afastamentos laborais<sup>10</sup>. O que demonstra que as consequências desse ambiente disfuncional são ruins e impactam, negativamente, ambos: trabalhador e organização.

Esse ambiente de estresse pode ser ainda agravado por mudança de emprego, de local de residência, pressão, interrupções constantes e exigências ocupacionais exageradas<sup>11</sup>. Pode, também, causar o estado de Burnout que é comum em meio ao estresse crônico relacionado a profissionais com atividades com alto grau de relações interpessoais que demandam muita qualificação intelectual, responsabilidade por decisões importantes e existência de peso emocional.

As autoras mencionam que alguns desses impactos vêm ocorrendo em forma de: arteriosclerose, distúrbios no ritmo cardíaco, enfarte e derrame cerebral. Ou mesmo doenças, como: diabetes, câncer (em face de diminuição da imunidade), úlceras, gastrites, doenças inflamatórias, colites, problemas dermatológicos (micoses, psoríase, queda de cabelo), problemas relacionados à obesidade e problemas sexuais como impotência e frigidez entre outros.

Entre as consequências na saúde mental, pode ocasionar fadiga, perda dos poderes de organização e da capacidade de planejamento, tensão muscular, rompimento dos padrões de sono, falta de concentração, distúrbios de pensamento, perda de memória de curto e longo prazo, dificuldade de absorção de conteúdo e de pensamento lógico, capacidade analítica e queda de produtividade. Afeta, ainda, a velocidade das respostas e a capacidade de julgamento.

Dada a gravidade dessas consequências, o estresse vem sendo estudado em diversas carreiras, pelo impacto que pode causar ao aumentar as possibilidades de erros, número de faltas e até a intercorrência do uso de drogas. Pode, ainda, implicar mudanças em traços da personalidade e/ou pioras de problemas já existentes, fazendo surgir ou agravar quadro de depressão e baixa autoestima. Esse estresse prolongado, também, pode tornar o ambiente de trabalho mais difícil pela baixa tolerância e falta de empatia, com tendência nas análises e resoluções de problemas de forma superficial<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> FOGACA, Natasha; COELHO JUNIOR, Francisco Antônio. A hipótese “trabalhador feliz, produtivo”: o que pensam os servidores públicos federais. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 759-775, dec. 2015.

<sup>10</sup> PIZZIO, Alex; KLEIN, Karla. Qualidade de vida no trabalho e adoecimento no cotidiano de docentes do Ensino Superior. *Educação & Sociedade*, v. 36, p. 493-513, 2015.

<sup>11</sup> LIPP, Marilda E. Novaes; TANGANELLI, M. Sacramento. Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho: Diferenças entre Homens e Mulheres. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 15, n. 3, p. 537-548, 2002.

Em oposição a esse quadro, o bem-estar é fruto de necessidades satisfeitas, sentimento de valor e reconhecimento pelos resultados alcançados<sup>12</sup>. Quando os indivíduos estão satisfeitos com o trabalho e seu desempenho, este torna-se fonte de bem-estar, em especial, quando percebem sua utilidade social<sup>13</sup>. Ademais, as pessoas que se consideram felizes atribuem isso a quatro áreas: social, afetiva, saúde e profissional<sup>11</sup>. Ou seja, a esfera profissional é relevante para a satisfação como um todo, pois os indivíduos “quando satisfeitos com a atividade que realizam, se sentem mais motivados, têm mais disposição para ir trabalhar, e o trabalho flui. E, se o trabalho flui, a consequência direta é melhora no desempenho”<sup>14</sup>.

Pizzinato *et al.*<sup>15</sup> reforçam que a satisfação no trabalho influencia, sim, no bem-estar, mas uma realização mais plena do indivíduo, com o seu ofício, gera a realização pessoal. Então, quando o indivíduo vê discrepâncias negativas e constantes abalos para aquela expectativa de realização, o sofrimento começa a aparecer. Portanto, é importante manter um clima positivo e acolhedor no ambiente profissional para evitar as fontes de estresse que ocasionam os adoecimentos e, conseqüentemente, impactam a produtividade.

Para os autores, a pressão em nível pessoal ou institucional é uma questão chave para o clima organizacional. Em especial, quando implica manter-se no trabalho em detrimento de outras áreas da sua vida. Essa pressão depende ou pode ser intensificada de acordo com características do ofício, por exemplo, se a atividade exercida é fundamental à vida de outras pessoas, se o trabalho está centralizado em uma figura específica, não podendo ser realizado por outras, gerando dificuldade de substituição e sentimento de culpa na ausência do trabalho.

Fogaça e Coelho Júnior<sup>14</sup> identificaram que o bem-estar afetivo no trabalho impacta 23% do desempenho individual e que os trabalhadores com maior nível de bem-estar são aqueles que se descrevem com desempenho individual elevado. Isso demonstra que o bem-estar no trabalho não apenas diz respeito à prevalência das emoções positivas relacionadas ao trabalho, como também corresponde ao sentimento do indivíduo sobre o bom desenvolvimento das suas capacidades para o alcance do seu projeto de vida.

Essa discussão importa porque o trabalho atribui ao indivíduo sua própria identidade social; uma identificação psicológica que forma um caminho para inserção social<sup>16</sup>. Essa identificação, muitas vezes, já é idealizada desde a infância para algumas profissões e cria estereótipos, padrões de comportamento para determinados profissionais. Assim, o indivíduo vincula seu projeto de vida à sua carreira e à instituição que, por sua vez, oferece ao profissional seu reconhecimento de cidadão e valor. O trabalho cumpre o papel de viabilizar a mudança e a transformação da trajetória do indivíduo na sociedade.

Ou seja, envolve, também, expectativas, sentimentos e percepções, uma vez que a satisfação no trabalho também contribui para o bem-estar pessoal. Torna-se, então, fundamental investir em mecanismos, políticas e mudanças organizacionais para a melhoria desses índices, a fim de que os trabalhadores reduzam seu

<sup>12</sup> FERNANDES, Livia Carolina. “*Estamos o tempo todo enxugando gelo*”: qualidade de vida no trabalho e vivências de bem-estar e mal-estar em um órgão do Poder Judiciário. 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado) Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>13</sup> FERREIRA, Mário César. *Qualidade de Vida no Trabalho: Uma Abordagem Centrada no Olhar dos Trabalhadores*. Brasília: Paralelo 15, 2012.

<sup>14</sup> FOGACA, Natasha; COELHO JUNIOR, Francisco Antônio. A hipótese “trabalhador feliz, produtivo”: o que pensam os servidores públicos federais. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 759-775, dec. 2015. p. 11.

<sup>15</sup> PIZZINATO, Adolfo et al. Significados do trabalho e qualidade de vida percebida em trabalhadores do judiciário. *Gerias, Rev. Interinst. Psicol.*, Juiz de fora, v. 7, n. 2, p. 188-198, dez. 2014.

<sup>16</sup> CARMO, Marina Maia do. “*Tribunal da cidadania?! Pra quem?!*”: Qualidade de vida no trabalho em um órgão do Poder Judiciário brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações – PSTO, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

FERNANDES, Livia Carolina. “*Estamos o tempo todo enxugando gelo*”: qualidade de vida no trabalho e vivências de bem-estar e mal-estar em um órgão do Poder Judiciário. 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado) Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

PIZZIO, Alex; KLEIN, Karla. Qualidade de vida no trabalho e adoecimento no cotidiano de docentes do Ensino Superior. *Educação & Sociedade*, v. 36, p. 493-513, 2015.

sofrimento e as organizações alcancem seu objetivo. Essa necessidade de atenção à QVT é uma demanda não somente da esfera privada, mas também do serviço público, que, nas últimas décadas, realizou grandes investimentos na profissionalização da máquina pública, com o desenvolvimento de tecnologias e de qualificação profissional dos gestores, visando a melhorias em diversas áreas, mas também minimizar gastos e aumentar arrecadação<sup>17</sup>.

Todavia, esse esforço também gerou situações que se assemelham com o conceito de precarização do trabalho. Pois, nas últimas décadas, o setor público passou por muita redução do quadro de pessoal, com desajustes organizacionais, gerando acúmulo de tarefas, condições e estruturas insuficientes, desvalorização do trabalho, relações profissionais conflitantes com gestores, intensificação das demandas, entre outros. Tudo isso aliado a uma alta expectativa da sociedade<sup>18</sup>.

Nesse sentido, apesar de existir a hipótese “trabalhador feliz, produtivo”<sup>19</sup>, sugerindo que funcionários felizes e satisfeitos apresentam melhor desempenho, ainda é escassa a realização de estudos que comprovem a veracidade da premissa para embasar melhores políticas nas organizações. É preciso ter mais dados e pesquisas para que a relação causa e efeito seja estabelecida e para que isso resulte em melhorias nas condições de trabalho.

É, justamente, nessa esfera que consiste a aplicação de métodos para o estudo da QVT, visando minimizar ou mesmo eliminar as fontes do mal-estar organizacional causado pelas demandas atuais da sociedade que almeja um profissional cada vez mais qualificado, atualizado e eficiente na entrega de resultados. Ao realizar um diagnóstico e identificar as situações que geram esse mal-estar, podem-se buscar meios de solucionar os problemas, a fim de evitar as situações de adoecimentos, afastamentos ou mesmo abandono de trabalho ou carreira. Situações que podem agravar os problemas dos indivíduos e ocasionar maiores transtornos para as organizações, em especial, as do setor público.

A Qualidade de Vida no Trabalho pode ser compreendida, então, como o grau de satisfação e bem-estar do indivíduo, com relação ao seu trabalho, considerando-se as demandas laborais da instituição e sua função social, com base em uma gestão humanizada que prioriza a saúde física e mental dos trabalhadores, fornecendo as condições e a estrutura necessária para o exercício do ofício, dentro de uma perspectiva de desenvolvimento profissional e pessoal.

Os métodos de QVT vêm sendo aplicados para a análise de várias carreiras. Contudo, a literatura aponta que ainda há pouca pesquisa sobre a Qualidade de Vida no Trabalho vinculado ao poder judiciário, especialmente dos magistrados brasileiros<sup>20</sup>. Esses métodos consideram diversos fatores que ajudam a compreender as fontes de bem-estar e mal-estar no ambiente profissional a fim de auxiliar na busca por soluções. Focam na compreensão das necessidades psicossociais do indivíduo frente à organização do trabalho e os impactos do trabalho sobre os trabalhadores e na eficiência organizacional.

### Procedimentos metodológicos

<sup>17</sup> LEITE, Leonardo Queiroz. *História da Reforma Gerencial do estado de 1995*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Administração Pública e Governo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

<sup>18</sup> CARMO, Marina Maia do. *“Tribunal da cidadania?! Pra quem?!”*: Qualidade de vida no trabalho em um órgão do Poder Judiciário brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações – PSTO, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>19</sup> PIZZIO, Alex; KLEIN, Karla. Qualidade de vida no trabalho e adoecimento no cotidiano de docentes do Ensino Superior. *Educação & Sociedade*, v. 36, p. 493-513, 2015.

<sup>20</sup> FOGACA, Natasha; COELHO JUNIOR, Francisco Antônio. A hipótese “trabalhador feliz, produtivo”: o que pensam os servidores públicos federais. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 759-775, dez. 2015.

<sup>21</sup> LIPP, Marilda E. Novaes; TANGANELLI, M. Sacramento. Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho: Diferenças entre Homens e Mulheres. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 15, n. 3, p. 537-548, 2002.

Uma alternativa para uma análise mais significativa consiste em questionar, diretamente, aquele que pode falar das atividades e do ambiente laboral em que atua: o próprio trabalhador<sup>21</sup>. Também pondera que medir a QVT, apenas, por métodos quantitativos pode não oferecer a clareza suficiente sobre os índices, uma vez que, por métodos qualitativos como entrevistas, questionários abertos ou grupos focais, as informações podem ser melhor obtidas ao dar voz ao trabalhador.

Isso porque os métodos qualitativos permitem uma captação melhor de sentimentos, percepções e opiniões do indivíduo com relação ao contexto em que estão inseridos, expectativas e o valores pessoais, entendendo, assim, o que realmente é preciso para garantir o bem-estar.

Dentre as pesquisas qualitativas, a técnica de Grupo Focal é bastante indicada para fazer associação a outros métodos de pesquisa, como questionários e entrevistas, pois ajuda a esclarecer tópicos, entender opiniões, sentimentos, crenças, valores, confrontar pontos de vista e compreender o posicionamento dos indivíduos em relação a alguma situação, serviço ou produto, bem como obter um melhor entendimento do contexto, com base nas diferentes percepções e atitudes dos participantes. Além de apresentar novos pontos de vista para verificar se as opiniões se mantêm ou se ganham novas perspectivas.

O grupo focal é utilizado internacionalmente, com uma boa atuação em levantamento de problemas, estruturação de diagnósticos e possíveis soluções, uma vez que consiste em reuniões com pessoas que representam o objeto de estudo. Possibilita uma interação mais próxima e descontraída com os participantes em que o pesquisador atua como mediador do debate ao fomentar uma discussão focada em um determinado objetivo, incentivando o diálogo. Assim, favorece a manifestação de opiniões por meio de uma conversa em grupo e minimiza a pressão de uma entrevista individual. Contudo, o moderador precisa criar o ambiente adequado para que essas diferentes percepções apareçam, sem que haja restrição ou sejam pressionados à mudança<sup>222324</sup>.

Trata-se de um excelente método para obter informações de situações ainda em andamento, pois oferecem alternativas para a perspectiva em questão<sup>24</sup>. Ademais, contribui para dar voz a grupos que não são ouvidos ou que não costumam ser ouvidos, quando há alguma espécie de preconceito ou estereótipo<sup>25</sup>.

Também, vem sendo aplicado com sucesso em questões concernentes à área da saúde para ajudar a disseminar informações que auxiliarão a prevenção, bem como tratamento de doenças. Bem como a compreensão do problema e possíveis soluções com base no ponto de vista do próprio grupo pesquisado<sup>222426</sup>.

É pelo intercâmbio entre participantes e os *insights* do processo grupal que se obtêm os dados valiosos. O método é útil para investigar o que os participantes pensam, mas excelente em desvendar por que pensam de determinada maneira, podendo gerar situações catárticas. O foco do grupo é a discussão em si e não o consenso das informações ou a conclusão do debate<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> CARMO, Marina Maia do. *“Tribunal da cidadania?! Pra quem?!”*: Qualidade de vida no trabalho em um órgão do Poder Judiciário brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações – PSTO, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>22</sup> IERVOLINO, Solange Abrocesi; PELICIONI, Maria Cecília Focesi. A Utilização do Grupo Focal Como Metodologia Qualitativa na Promoção da Saúde. *Rev. Esc. Enf. USP*, v. 35, n. 2, p. 115-21, jun. 2001.

<sup>23</sup> RESSEL, Lúcia Beatriz; BECK, Carmem Lúcia Colomé; GUALDA, Dulce Maria Rosa; HOFFMANN, Izabel Cristina; SILVA, Rosângela Marion da; SEHNEM, Graciela Dutra. O uso do Grupo Focal em Pesquisa Qualitativa. *Texto Contexto Enferm*, Florianópolis, v. 17, n. 4, p. 779-86, out./dez. 2008.

<sup>24</sup> BARBOUR, Rosaline. *Grupos focais*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

<sup>25</sup> BORGES, Camila Delatorre; SANTOS, Manoel Antônio dos. Aplicações da técnica do grupo focal: fundamentos metodológicos, potencialidades e limites. *Rev. SPAGESP*, Ribeirão Preto, v. 6, n. 1, p. 74-80, jun. 2005.

<sup>26</sup> VIEIRA, Gisele de Lacerda Chaves; CECÍLIO, Sumaya Giarol; TORRES, Heloísa de Carvalho. A percepção dos usuários com diabetes sobre a estratégia de educação em grupos na promoção do autocuidado. *Escola Anna Nery*, v. 21, n. 1, 2017.

<sup>27</sup> ASCHIDAMINI, Ione Maria; SAUPE, Rosita. Grupo Focal Estratégia Metodológica Qualitativa: Um Ensaio Teórico. *Cogitare Enfermagem*, v. 9, n. 1, junho 2004. ISSN 2176-9133. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/ce.v9i1.1700>. Acesso em: 24 set. 2020.

Na aplicação do método, o ideal é que a reunião seja composta por um grupo pequeno para que haja uma boa participação de todos e o moderador consiga acompanhar, o que também vai depender do tipo de discussão. Pode envolver a partir de três participantes, para questões mais sensíveis, com um grupo mais vulnerável. Mas não deve passar de cerca de doze participantes para possibilitar um debate com iguais oportunidades de falas e expressões. A reunião deve durar entre uma e duas horas para manter a qualidade do debate. O uso de um moderador “de fora”, em alguns quesitos, pode ajudar a eliciar explicações que sirvam para contextualizar os dados sendo gerados<sup>27,28,29</sup>.

O grupo deve ser selecionado de forma a atender o propósito da pesquisa. Com base nesse preceito, define-se a variedade dos participantes a fim de ser representativo, considerando características, tais como: idade, gênero, tempo de serviços etc. Sem que estejam em um grupo muito restrito de proximidade ou convivência de forma a inibir manifestações por receio de julgamentos ou cerceamento futuro, como pode ocorrer em situação de chefe e subordinado ou familiares<sup>28,29</sup>. A própria disposição do grupo para reunião precisa cooperar com a participação mútua e em iguais condições, estando todos no mesmo campo de visão uns dos outros e do moderador. Isso auxilia a participação e o sentimento de inclusão no grupo<sup>27</sup>.

A realização de grupo focal pode ocorrer em ambiente virtual. Contudo, deve-se prezar para que os participantes estejam nas mesmas condições de expressão como se estivessem em uma reunião presencial. Nesse caso, participar do debate, por meio da escrita, não é aconselhável, pois pode inibir a fluidez do debate, além de inviabilizar a detecção de expressões verbais e não verbais durante a realização do grupo<sup>28</sup>.

A técnica de Grupo Focal foi escolhida para a realização deste trabalho, para abordar aspectos mais profundos e subjetivos sobre a Qualidade de Vida no Trabalho (QVT) dos Magistrados atuantes na Justiça Estadual do Tocantins. As atividades tiveram início com uma breve apresentação de dados quantitativos de uma pesquisa sobre Qualidade de Vida no Trabalho para captar a percepção dos magistrados sobre alguns itens específicos, conforme as considerações da literatura<sup>30</sup>, a respeito dos métodos qualitativos conseguirem compreender melhor as informações, diretamente do trabalhador, ouvindo os seus motivos.

A realização do Grupo Focal ocorreu de forma virtual<sup>31</sup>, por meio do aplicativo Google Meet e a gravação da reunião foi, devidamente, autorizada. Como em uma prática presencial, os participantes conversaram livremente, manifestando suas opiniões individuais. Todos os participantes presentes na sala mantiveram suas câmeras abertas e contribuíram com o debate oralmente. Apesar de alguns terem se manifestado mais frequentemente que outros, houve a totalidade de participações. Mesmo os participantes mais tímidos, quando acionados, manifestavam suas opiniões de forma satisfatória, contribuindo com a discussão.

Participaram onze magistrados com atuação em todo o estado do Tocantins. No início da aplicação do método, foi explicado aos participantes sobre o sigilo e a confidencialidade de forma que seus nomes não seriam expostos quanto aos seus posicionamentos individuais. Também foi solicitado que os integrantes do grupo mantivessem esse posicionamento quanto às informações apresentadas no grupo.

A reunião teve a duração de cerca de 60 minutos e foi realizada dentro das expectativas previstas, abordando os seguintes tópicos: interesse profissional durante a infância e adolescência; após a decisão pela carreira na magistratura, a expectativa que tinham e a realidade encontrada no exercício da profissão; o que consideram ser a Qualidade de Vida e a Qualidade de Vida no Trabalho; o que é necessário para se sentir

<sup>28</sup> BARBOUR, Rosaline. *Grupos focais*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

<sup>29</sup> IERVOLINO, Solange Abrocesi; PELICIONI, Maria Cecilia Focesi. A Utilização do Grupo Focal Como Metodologia Qualitativa na Promoção da Saúde. *Rev. Esc. Enf. USP*, v. 35, n. 2, p. 115-21, jun. 2001.

<sup>30</sup> CARMO, Marina Maia do. *“Tribunal da cidadania?! Pra quem?!”*: Qualidade de vida no trabalho em um órgão do Poder Judiciário brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações – PSTO, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>31</sup> O grupo focal foi realizado de forma virtual, devido à Pandemia do Covid 19 que demandou adaptações no ambiente de trabalho, em especial, no meio acadêmico, onde aulas foram suspensas e continuam a ocorrer de forma remota e virtual, na maior parte do mundo, até que a segurança contra o vírus se estabeleça.

valorizado no trabalho; o que acham do sistema de metas atual a que são submetidos no sistema judiciário; o que o sistema de metas precisaria melhorar para ajudar o sistema jurídico atual; o que falta na carreira da magistratura e o que é preciso para sentir mais realizado na carreira.

### 3 Resultados e discussão

Os magistrados, quando perguntados sobre a realidade que encontraram na carreira da magistratura, deixaram algumas questões bem evidentes. Em relação aos aspectos positivos, mencionaram que se sentem satisfeitos com o salário e com o cargo que contribui com a sociedade. Quanto aos aspectos negativos, apontaram: 1) excesso de trabalho sem iguais condições de estrutura para os profissionais que exercem o mesmo cargo; 2) pouco controle sobre a atividade, muito monitoramento pelos órgãos de fiscalização, envolvendo reforma das decisões; 3) a pressão que sofrem devido ao peso de suas decisões *versus* o cumprimento das metas de produtividade.

Essa fala inicial foi importante para compreender as expectativas dos magistrados frente à realidade na qual estão inseridos atualmente, uma vez que essa perspectiva inicial, atendida ou não, vai compor o sentimento de satisfação para com o cargo<sup>32,33</sup>. Tratou-se de um momento importante, também, para desinibir os participantes incentivando-as a falar de sentimentos pessoais como uma abertura para tratar do tema<sup>34</sup>.

Como o propósito do estudo do QVT, conforme visto na literatura, consiste em identificar os problemas para que seja possível elaborar políticas e meios para a correção desses gargalos, a análise focou o que os participantes indicaram como questões negativas que podem gerar o mal-estar e, conseqüentemente, causar sofrimento e impacto na saúde dos magistrados. Cumpre, ainda, o papel de colaborar com a demanda de que é necessário que haja mais dados para que essas mudanças no trabalho ocorram com relação aos cuidados para com o trabalhador<sup>35</sup>.

#### 3.1 Significado de QVT para os Magistrados

Os participantes mencionaram que o bem-estar no trabalho é conseguir planejar e ter a condição de executar aquilo que foi proposto e isso depende de algumas questões. Na organização, é preciso dispor de uma boa estrutura física e de equipamentos. Uma boa equipe em quantidade que seja compatível com a carga de trabalho, estando integrada, estimulada, reconhecida financeiramente e equilibrada emocionalmente. É importante ter boas condições de saúde física e mental, e remuneração compatível com as responsabilidades e padrão do cargo. É preciso dispor desse conjunto de fatores que viabilizam o trabalho para que o profissional se sinta satisfeito.

Muitos afirmaram que se sentem realizados pela questão financeira e pelo cumprimento da função social da carreira, ao sentir que fazem diferença na sociedade. Todavia, apesar disso, consideram que a qualidade de vida é um somatório de questões que envolvem o indivíduo, com paz e bens materiais razoáveis para satisfazer necessidades e vontades e que permita uma boa administração de tempo para as outras áreas.

<sup>32</sup> CARMO, Marina Maia do. *“Tribunal da cidadania?! Pra quem?!”*: Qualidade de vida no trabalho em um órgão do Poder Judiciário brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações – PSTO, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>33</sup> PIZZINATO, Adolfo et al. Significados do trabalho e qualidade de vida percebida em trabalhadores do judiciário. *Geraiis, Rev. Interinst. Psicol.*, Juiz de fora, v. 7, n. 2, p. 188-198, dez. 2014.

<sup>34</sup> BARBOUR, Rosaline. *Grupos focais*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

<sup>35</sup> FOGACA, Natasha; COELHO JUNIOR, Francisco Antônio. A hipótese “trabalhador feliz, produtivo”: o que pensam os servidores públicos federais. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 759-775, dez. 2015.

Uma das questões abordadas refere-se ao sofrimento constante na divisão de tempo entre a profissão e outras esferas da vida. Ressaltou-se que é preciso ter condição de atender as demandas profissionais durante o expediente para não impactar o tempo dedicado ao âmbito privado. Pois o sentimento de culpa aparece de todos os lados, seja ao deixar de fazer alguma coisa do trabalho ou, por sacrificar, o tempo dedicado à esfera familiar. Isso porque, para a atividade de julgar, é preciso estar com consciência tranquila, livre de culpa, sabendo que o melhor para a sociedade está sendo feito, mas que a família também está sendo atendida.

Essa percepção corresponde ao que foi pontuado na literatura de que todos os aspectos da vida do indivíduo importam para a criação e manutenção da satisfação pessoal<sup>36</sup>, sendo esse bem-estar revertido ao sentimento de eficiência e produtividade na área profissional<sup>37</sup>.

Vale, ainda, pontuar que muitos dos fatores que agravam o ambiente de estresse podem ser encontrados na carreira dos magistrados<sup>38</sup>. Inclusive, são um público muito propício ao sofrimento com o estado de Burnout. A gravidade desse quadro afeta não somente os profissionais, mas também a sociedade, pelos efeitos negativos de todo esse mal-estar que impacta a capacidade produtiva e, também, a tolerância e empatia dos magistrados.

### 3.2 Organização e condições estruturais do Trabalho

Muitos dos magistrados comentaram sobre o excesso de processo a qual são acometidos. Alguns falaram que a distribuição de atividades e estrutura é injusta. A carga de trabalho é diferente entre os magistrados, com relação ao número de processos, e a quantidade de servidores e assessores que auxiliam os trâmites burocráticos. Não havendo proporcionalidade ou critérios para essas divisões. Sugerem que devam ser estabelecidos critérios para que haja equilíbrio de atribuições e estrutura entre os profissionais que possuem o mesmo cargo e, portanto, deveriam gozar de mesmas condições.

Nessa discussão, a organização do trabalho é importante, pois trata-se do principal fator para a promoção da QVT<sup>39</sup>, sendo a relação da estrutura organizacional com os indivíduos um dos fatores essenciais para o sucesso da organização<sup>40</sup>. Portanto, percebeu-se, pela fala dos magistrados, que um sentimento de injustiça e de desvalorização em relação à forma como o trabalho é distribuído e organizando, demonstrando um alerta com relação à insatisfação que possuem com a organização nesse aspecto.

Houve queixas de que o excesso de trabalho provoca frustração pela falta de controle. Percebeu-se que a realidade da carreira foi um impacto negativo para aqueles que escolheram a magistratura para obter melhor qualidade de vida. Ao abandonar o setor privado pela carreira pública, compreendiam a carreira por sua missão social, podendo ser exercida sem a pressão do “mercado” privado. No entanto, sentem que continuam sofrendo pressões, mas pela fiscalização dos órgãos de controle que demandam julgamentos mais céleres.

<sup>36</sup> PIZZIO, Alex; KLEIN, Karla. Qualidade de vida no trabalho e adoecimento no cotidiano de docentes do Ensino Superior. *Educação & Sociedade*, v. 36, p. 493-513, 2015.

<sup>37</sup> PIZZINATO, Adolfo et al. Significados do trabalho e qualidade de vida percebida em trabalhadores do judiciário. *Genais Rev. Interinst. Psicol.*, Juiz de fora, v. 7, n. 2, p. 188-198, dez. 2014.

<sup>38</sup> LIPP, Marilda E. Novaes; TANGANELLI, M. Sacramento. Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho: Diferenças entre Homens e Mulheres. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 15, n. 3, p. 537-548, 2002.

<sup>39</sup> CARMO, Marina Maia do. “Tribunal da cidadania?! Pra quem?!”: Qualidade de vida no trabalho em um órgão do Poder Judiciário brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações – PSTO, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

<sup>40</sup> FOGACA, Natasha; COELHO JUNIOR, Francisco Antônio. A hipótese “trabalhador feliz, produtivo”: o que pensam os servidores públicos federais. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 759-775, dez. 2015.



### 3.3 Acompanhamento dos órgãos de controle

Alguns magistrados mencionaram que se sentem (ou já sentiram em algum momento) frustrados no exercício de suas atividades por entender que fazem um bom trabalho, mas suas decisões estão sob constante revisão. Acreditam que a administração e órgãos de fiscalização, nacional e local, interferem muito no trabalho da magistratura e que sentem falta de controle, liberdade e autonomia no exercício da profissão. O que impacta o ânimo para o trabalho e mesmo para continuar a carreira, devido a essas limitações e imposições.

Foi pontuada pelos juízes uma falta de clareza ou mesmo justiça com relação ao sistema de metas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ao cálculo de cada meta, conforme a fala de um dos magistrados:

então, se você produz muito, mas a entrada de processo foi maior, não adianta. Você não conseguiu cumprir a sua meta. Nós chamamos isso de meta um. Pra mim é a pior de todas. Eu, por exemplo, consigo findar o ano com mil processos julgados e uma entrada de mil e cem processos. Então, não adiantou eu ter feito mil processos. Eu estou mal na foto. Em outro estado o colega consegue julgar 600 processos, mas ele teve uma entrada de 500 processos (processos da mesma natureza). Ele está bem, tendo julgado 60% do que eu julguei. Então, isso não existe (juiz 1).

Os magistrados ponderaram que, ao reduzir os processos a números e não entender os casos, como demandas e necessidades que resultarão em consequências específicas nos rumos de vida e negócios dos indivíduos, há prejuízos múltiplos. Todos perdem, a sociedade, com uma prestação jurisdicional com menos qualidade, a organização que precisa atuar com revisões e uma série de questões administrativas oriundas das consequências e os servidores com a administração da frustração e o impacto na própria saúde e qualidade de vida, conforme explicam:

no Judiciário, a partir da criação do sistema métrico de metas, nós estamos tratando as pessoas como números. Então, o Estado, o juiz, entra na casa de qualquer pessoa, através de uma ordem judicial, ele afasta uma pessoa do lar, ele tira o filho do contato com a mãe ou com o pai, ele fecha uma empresa, ele abre uma empresa, enfim, ele retira a liberdade total de uma pessoa, colocando essa pessoa presa e isso não pode ser de uma forma numérica. Esse é o problema. Então, a grande crítica que eu faço a esse sistema métrico é essa. Certamente, ele tem vantagens que eu não consigo enxergar, mas enfim, é a crítica que eu faço (juiz 1).

Nesse ponto, mencionam que a sociedade não compreende as reais dificuldades da carreira do magistrado. Julga, apenas, que é uma carreira que ganha muito e trabalha pouco, sem ter a real noção de como é lidar com a liberdade, patrimônio e vida das pessoas. Situação compatível com o que é apontado na literatura sobre o peso que a demanda de julgar causas dispense do magistrado e os impactos negativos que esse trabalho pode causar para diversas esferas da sociedade<sup>41</sup>. Para a carreira da magistratura, então, o Custo Humano do Trabalho (CHT)<sup>42</sup>, tratando-se do efeito físicos, afetivos e cognitivos para atender as exigências cargo, é muito alto, uma vez que é um trabalho que demanda a necessidade de atenção, processo de tomada de decisão e o dispêndio emocional constante e advindos pelo sentimento de responsabilidade de decidir sobre o futuro de outros.

No debate, ponderou-se que muitas cobranças do sistema métrico CNJ, às vezes, não consideram aspectos qualitativos inerentes à tomada de decisões que interferem, sobretudo, no destino das pessoas. Os magistrados são muito cobrados do ponto de vista quantitativo, em que questões qualitativas que são mais essenciais não fazem parte diretamente do sistema de métricas no qual são submetidos:

o juiz tem uma imagem de mordomia, mas ninguém sabe que vivem todos adoecendo, longe dos seus familiares, porque não tem condição de conviver. Essa cobrança por metas, o CNJ pouco importa se o

<sup>41</sup> GONÇALVES, Flávio José Moreira. Políticas públicas para a formação e avaliação de magistrados: a contribuição da educação judicial através das escolas de magistratura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 288-314, 2015.

<sup>42</sup> CARMO, Marina Maia do. *"Tribunal da cidadania?! Pra quem?!"*. Qualidade de vida no trabalho em um órgão do Poder Judiciário brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações – PSTO, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

caso da “fulana” vai ser decidido com qualidade ou não, eu quero é que resolva. Não importa se é bom, se é ruim, se foi certo ou se foi errado. Então, a sociedade não sabe o preço que paga, por cobrar do juiz que trate as pessoas, como número, simplesmente. Olha, tem cem casos ali. Bom, são cem casos. Não tem Pedro, Joaquim Manoel, Raimundo, não existem pessoas ali, existem números. Infelizmente, isso é um fator que decepciona o juiz do ponto de vista pessoal, porque ele é humano e ele sente bem quando ele faz o trabalho bem feito. E se sente mal quando percebe que está produzindo para atender uma demanda estatística e não focar na qualidade daquilo que ele está fazendo (juiz 2).

Houve concordância entre alguns dos magistrados que se manifestaram a respeito de que existem gargalos que precisam ser sanados para que haja uma melhor avaliação do trabalho do judiciário. Em contribuição a esse cenário que, reconhecidamente, precisa de indicadores, o juiz 8 propõe que sejam corrigidas ou criadas fórmulas mais eficientes que consideram os aspectos mencionados para abarcar os diferentes casos e estruturas que compõem o sistema de justiça, conforme explica:

como os colegas juiz 1 e juiz 2 falaram anteriormente, o que eu vejo que precisa é a criação de uma fórmula complexa, talvez um algoritmo pra poder se estabelecer e eliminar as distorções, como a que foi citada pelo juiz 1. Então, por exemplo, se eu tenho um magistrado que tem uma estrutura melhor do que a minha, teve uma distribuição de quinhentos e fez seiscentos eu preciso ter critérios complexo para distinguir do juiz 2 que fez mil tendo sido distribuído mil e cem. Hoje, isso não acontece [...]. Tem que ter outros critérios através de fórmulas complexas que digam o seguinte, se você tem dois assessores e sua entrada é menor, você está em outro patamar do que aquele juiz que tem uma entrada maior e um assessor. Então, a meu ver, falta a elaboração desse critério que talvez possa ser criado com um algoritmo (juiz 8).

Outro magistrado (juiz 7) complementa que recebeu, recentemente, retorno sobre os indicadores do tribunal em que atua ranqueado como baixo comparado aos parâmetros nacionais. Disse sentir frustração por não entender como pode se esforçar diuturnamente e, ainda sim, ter um desempenho inferior a outro tribunal que possui processos que ficam sem o recebimento de inicial por quatro anos, por exemplo. Acredita que falta clareza no processo. São várias metas e nem todos os magistrados têm condição de compreender muitas delas, porque, possivelmente, existem outras variáveis nessa conta que desconhecem.

Ademais, a capacidade de produção depende muito da quantidade de assessores de que dispõem. Então, se um tribunal tem mais assessores que outro, isso influencia muito as metas. A realidade é que tem juízes que possuem um único assessor para mais de cinco mil processos. Outros que têm o equivalente a um assessor para cada mil processos. Quando sobe para os cargos mais altos, então, tem desembargador com dez assessores para, apenas, três mil processos (equivalendo um assessor para trezentos processos). Ou seja, a relação entre a distribuição dos processos e a quantidade de assessores não condiz, muitas vezes, com a necessidade do cargo, mas com a posição dele na hierarquia do tribunal.

Para os magistrados, o sistema é desproporcional e as metas não transmitem a realidade. Este demonstrou ser um dos principais fatores de insatisfação dos magistrados com relação à organização e acompanhamento dos órgãos de controle, conforme declaração:

eu fiz um cálculo nesta semana que demonstra que desde 2016 eu faço a mesma quantidade de julgamentos, variando muito pouquinho. Só que o número de entradas triplicou, então, eu não tenho poderes. Então, isso tem que ser levado em consideração, esse tipo de conta também, porque a coisa mais fácil é fazer o que o tribunal faz e jogar pra cima dos magistrados. Vocês precisam produzir mais, mas não somos nós. Nós não temos poderes sobrenaturais, entendeu? O meu limite chegou, desde 2016. Dalí eu não consigo passar. Então, acho que essas metas são péssimas (juiz 7).

Ao mencionar que há quatro anos chegou ao seu limite, que continua mantendo a produção, apesar da estrutura que lhe é oferecida, o participante demonstra sentimento de desvalorização e sobrecarga. Esse quadro revela situações apontadas como motivadores de estresse já que advém de mal-estar gerado e não resolvido por um tempo prolongado<sup>43</sup>. Tratou-se de um resultado compatível com a pesquisa de Gonçal-

<sup>43</sup> LIPP, Marilda E. Novaes; TANGANELLI, M. Sacramento. Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho:

ves<sup>44</sup>, que demonstrou que os juízes se sentem pressionados para atingir resultados e frustrados por não lhes serem oferecidos os meios necessários para o cumprimento desse objetivo.

Os magistrados acreditam como o principal problema dessa meta a falta de um rigor epistemológico para a construção e a leitura dos números. Pondera que é preciso repensar e melhorar a construção dos parâmetros, dos *inputs*, considerando tipo e área do processo, volume de processos e equipe disponível. É preciso revisar essa fórmula que gera os dados para que seja mais justa, a fim de melhorar a leitura da situação real dos tribunais ao fazer comparativos.

Um dos juízes afirmou que é preciso ter números, dados, indicadores, visto que são suportes importantes para a tomada de decisão na administração da justiça. O problema é que os números podem estar sendo mal analisados ou não estar passando a informação correta. No entanto, é necessário que esse sistema de avaliação seja constantemente melhorado a fim de representar as oportunidades de condições atuais, com base na exposição da realidade do sistema. É preciso gerar dados de maior qualidade para uma leitura melhor das distintas realidades que compõem o judiciário brasileiro. O juiz considera que o sistema já melhorou muito e mesmo a própria prestação jurisdicional, mas esses ajustes são necessários, conforme pontua:

então, eu acho que isso dá pra pensar na situação anterior, pra se pensar numa situação nova melhor. Nós já melhoramos bastante. Hoje, pra encerrar, quando nós entramos, a gente era alguma coisa em torno de cento e trinta juízes, alguma coisa assim em 2008. Agora, nós somos cento e doze que produzem muito mais do que produzíamos em 2008. Doze anos depois e produzimos muito mais do que uma quantidade maior de pessoas (juiz 6).

Os discursos dos magistrados, de forma geral, correspondem a muitos dos sentimentos e percepções apontados na literatura que geram frustração para com a carreira. Situação que foi agravada pela precarização das condições de trabalho ao longo dos anos. Os magistrados sentem-se excessivamente cobrados pelos órgãos de controle e, também, da sociedade, e se esforçam para atender as metas e demandas, apesar das dificuldades de estrutura e de pessoal impostas pelo trabalho<sup>45</sup>.

Conforme o exposto, esses sentimentos prolongados estão relacionados a fatores que geram o adoecimento físico e mental. Por isso, precisam ser urgentemente analisados e resolvidos de forma que a saúde dos trabalhadores não seja sacrificada em detrimento das demandas da organização. Ao contrário, é preciso que se criem mecanismos para uma análise de desempenho individual mais condizente com a realidade, visando a um melhor atendimento da sociedade por meio do trabalho de profissionais satisfeitos com o seu ofício.

Perguntados sobre o que falta na carreira para sentirem-se valorizados, a maioria dos participantes responderam que falta reconhecimento, valorização e compreensão social. Houve, ainda, registros indicando a falta de tempo e afirmando a necessidade de maior liberdade e autonomia, de critérios mais objetivos e claros para as metas e melhorias na política remuneratória para que seja mais adequada com a realidade e a inflação.

Dado o exposto, conforme apresentado na literatura, investir em QVT é importante, porque o sucesso do método pode gerar produtividade, mas isso depende da expectativa e dinâmicas entre os trabalhadores e a instituição<sup>46</sup>. Portanto, é fundamental investir em ações que minimizem a sobrecarga, a cobrança e a pressão das atividades laborais, com base no redesenho de processos e tarefas, considerando a experiência

Diferenças entre Homens e Mulheres. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 15, n. 3, p. 537-548, 2002.

<sup>44</sup> GONÇALVES, Flávio José Moreira. Políticas públicas para a formação e avaliação de magistrados: a contribuição da educação judicial através das escolas de magistratura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 288-314, 2015.

<sup>45</sup> GONÇALVES, Flávio José Moreira. Políticas públicas para a formação e avaliação de magistrados: a contribuição da educação judicial através das escolas de magistratura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 288-314, 2015.

<sup>46</sup> FERREIRA, Mário César. *Qualidade de Vida no Trabalho: Uma Abordagem Centrada no Olhar dos Trabalhadores*. Brasília: Paralelo 15, 2012.

já adquirida pelo órgão e os impactos atuais, expectativas e necessidades dos trabalhadores na tomada de decisão<sup>47</sup>.

Nesse sentido, as métricas, da forma como são postas, atualmente, provocam frustração a esses profissionais por entender que comprometem a qualidade do trabalho, ao passo que não conseguem atender a expectativa dos órgãos de controle e a satisfação da sociedade que fica, cada vez mais, inalcançada. Ademais há um sentimento de desvalorização em relação à própria carreira em comparação aos pares, pois não há critérios justos para com todos do mesmo cargo na proporção do trabalho desenvolvido, analisando percentuais de entrada e julgamentos, sem considerar uma média quantitativa viável por juiz.

A pesquisa identificou, ao incentivar a livre manifestação na discussão proposta, que há um perfil de magistrados jovens, com muito interesse em servir à sociedade e ter seu trabalho reconhecido por isso. O grupo pareceu não ser contrário ao sistema de avaliação, apenas apontou os gargalos que precisam ser corrigidos para representar melhor a realidade, evitando avaliações injustas. Assim, uma opção seria realizar ajustes com a participação dos servidores envolvidos no processo, de forma que favoreça à sociedade e também a Qualidade de Vida dos Trabalhadores da Magistratura e do judiciário como um todo.

## 4 Considerações finais

Os resultados do grupo focal demonstraram a compatibilidade das queixas dos magistrados, com os estudos produzidos anteriormente, o que oferece um alerta à situação da QVT dos profissionais do judiciário que precisa ser resolvida. Ao dar voz aos magistrados, pôde-se captar suas percepções sobre a Qualidade de Vida no Trabalho da qual dispõem atualmente, permeada pelo sentimento de frustração no desempenho da atividade, com baixo reconhecimento e valorização social. Bem como pela insatisfação com os órgãos de controle e fiscalização, apontando as necessidades de ajustes no sistema de metas estabelecido pelo CNJ. Os magistrados pontuaram questões não consideradas em todo o sistema que podem gerar uma avaliação desproporcional ao exercício da atividade com base na estrutura da qual dispõem e organização do trabalho a qual são submetidos.

Nesse sentido, o sistema de metas e as novas demandas por celeridade e eficiência podem ter gerado pressão e sobrecarga de trabalho a esses profissionais, conduzindo ao processo de sofrimento e adoecimento dos trabalhadores. As demandas atuais do ambiente profissional, geradas pela reestruturação produtiva, criaram fontes de estresse que envolvem chefes autoritários, sobrecarga de trabalho, sentimento de desvalorização e de desqualificação. Essas mudanças impactaram, também, o setor público e geraram mudanças na estrutura organizacional do sistema de justiça do Brasil.

O ambiente profissional, de forma geral, vem registrando uma série de impactos negativos relacionados ao estresse que toda a mudança produtiva causou nos trabalhadores. As pesquisas mencionadas neste artigo demonstram que a insatisfação e pressão geradas por esses problemas podem ocasionar: a) Impactos na produção – erros frequentes, retrabalho, desperdício, danos de equipamentos, redução de produtividade e qualidade, entre outros; b) Impactos nos trabalhadores – sobrecarga de trabalho, desmotivação, doenças laborais e licenças-saúde, rotatividade de trabalhadores, absenteísmo, suicídio, entre outros; c) Impactos nos usuários/consumidores – queixas, reclamações e demandas não atendidas.

Esse é o objetivo da avaliação constante das políticas: analisar a melhor forma de atuação para atingir o fim desejado. Não adianta ter celeridade, se a qualidade é perdida e se isso ocorre às custas da saúde física e mental daqueles que contribuem com a administração da justiça no país. O propósito dos estudos da QVT

<sup>47</sup> FERNANDES, Livia Carolina; FERREIRA, Mário César. Qualidade de vida no trabalho e risco de adoecimento: estudo no poder judiciário brasileiro. *Psicol. USP*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 296-306, ago. 2015.

é justamente o de obter um melhor conhecimento sobre o trabalho e as condições que envolvem o trabalhador, a fim de identificar os impactos negativos a fim de transformá-los.

Por meio dessa avaliação, todos ganham a organização que contará com resultados mais positivos, atendendo sua função social, o trabalhador que sofrerá menos com adoecimentos mentais e físicos, por conta da minimização de estressores no trabalho e a sociedade com uma prestação jurisdicional mais eficiente.

## Referências

ASCHIDAMINI, Ione Maria; SAUPE, Rosita. Grupo Focal Estratégia Metodológica Qualitativa: Um Ensaio Teórico. *Cogitare Enfermagem*, v. 9, n. 1, jun. 2004. ISSN 2176-9133. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/ce.v9i1.1700>. Acesso em: 24 set. 2020.

BARBOUR, Rosaline. *Grupos focais*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

BORGES, Camila Delatorre; SANTOS, Manoel Antônio dos. Aplicações da técnica do grupo focal: fundamentos metodológicos, potencialidades e limites. *Rev. SPAGESP*, Ribeirão Preto, v. 6, n. 1, p. 74-80, jun. 2005. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-29702005000100010&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-29702005000100010&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 24 set. 2020.

CARMO, Marina Maia do. “*Tribunal da cidadania?! Pra quem?!?*”: Qualidade de vida no trabalho em um órgão do Poder Judiciário brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações – PSTO, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

FERNANDES, Livia Carolina. “*Estamos o tempo todo enxugando gelo?*”: qualidade de vida no trabalho e vivências de bem-estar e mal-estar em um órgão do Poder Judiciário. 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado) Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

FERNANDES, Livia Carolina; FERREIRA, Mário César. Qualidade de vida no trabalho e risco de adoecimento: estudo no poder judiciário brasileiro. *Psicol. USP*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 296-306, ago. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-656420130011>. Acesso em: 24 set. 2020.

FERREIRA, Mário César. *Qualidade de Vida no Trabalho: Uma Abordagem Centrada no Olhar dos Trabalhadores*. Brasília: Paralelo 15, 2012.

FRANÇA, A C. Limongi. Qualidade de vida no trabalho: conceitos, abordagens, inovações e desafios nas empresas brasileiras, *Revista Brasileira de Medicina Psicossomática*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 79-83, abr./mai./jun. 1997.

FOGACA, Natasha; COELHO JUNIOR, Francisco Antônio. A hipótese “trabalhador feliz, produtivo”: o que pensam os servidores públicos federais. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 759-775, dez. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395126953>. Acesso em: 24 Set. 2020.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Políticas públicas para a formação e avaliação de magistrados: a contribuição da educação judicial através das escolas de magistratura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 288-314, 2015.

IERVOLINO, Solange Abrocesi; PELICIONI, Maria Cecilia Focesi. A Utilização do Grupo Focal Como Metodologia Qualitativa na Promoção da Saúde. *Rev. Esc. Enf. USP*, v. 35, n. 2, p. 115-21, jun. 2001.

LEITE, Leonardo Queiroz. *História da Reforma Gerencial do estado de 1995*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Administração Pública e Governo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

LIPP, Marilda E. Novaes; TANGANELLI, M. Sacramento. Stress e Qualidade de Vida em Magistrados da Justiça do Trabalho: Diferenças entre Homens e Mulheres. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, v. 15, n. 3, p. 537-548, 2002.

PIZZIO, Alex; KLEIN, Karla. Qualidade de vida no trabalho e adoecimento no cotidiano de docentes do Ensino Superior. *Educação & Sociedade*, v. 36, p. 493-513, 2015.

PIZZINATO, Adolfo et al. Significados do trabalho e qualidade de vida percebida em trabalhadores do judiciário. *Gerais, Rev. Interinst. Psicol.*, Juiz de fora, v. 7, n. 2, p. 188-198, dez. 2014. Disponível em: [http://pep-sic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-82202014000200007&lng=es&nrm=iso](http://pep-sic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-82202014000200007&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 24 set. 2020.

RESSEL, Lúcia Beatriz; BECK, Carmem Lúcia Colomé; GUALDA, Dulce Maria Rosa; HOFFMANN, Izabel Cristina; SILVA, Rosângela Marion da; SEHNEM, Graciela Dutra. O uso do Grupo Focal em Pesquisa Qualitativa. *Texto Contexto Enferm*, Florianópolis, v. 17, n. 4, p. 779-86, out./dez. 2008.

VASCONCELOS, Anselmo Ferreira et al. Qualidade de vida no trabalho: origem, evolução e perspectivas. *Caderno de pesquisas em Administração*, v. 8, n. 1, p. 23-35, 2001.

VIEIRA, Gisele de Lacerda Chaves; CECÍLIO, Sumaya Giarol; TORRES, Heloísa de Carvalho. A percepção dos usuários com diabetes sobre a estratégia de educação em grupos na promoção do autocuidado. *Escola Anna Nery*, v. 21, n. 1, 2017.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) features the letters 'CEUB' in a bold, white, sans-serif font. The letter 'B' is stylized with a vertical line through its center, resembling a Greek letter beta.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The background of the cover is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, seated female statue is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. Behind her is a long, white building with a series of vertical supports and a flat roof. In the distance, a tall, white, rectangular tower rises against a blue sky with scattered white clouds. The overall scene is bright and clear, suggesting a sunny day.

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

**Proposta de um índice síntese  
para o mercado de trabalho  
brasileiro**

**Proposing a synthesis index for  
the brazilian labor market**

Andreia Pereira de Freitas

Gustavo Inácio de Moraes

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Proposta de um índice síntese para o mercado de trabalho brasileiro\*

## Proposing a synthesis index for the Brazilian labor market

Andreia Pereira de Freitas\*\*

Gustavo Inácio de Moraes\*\*\*

### Resumo

Este artigo propõe a criação de um indicador consolidado para as condições do mercado de trabalho, por meio de um índice/nota, que reflita a melhora ou a piora de situação desse mercado. Como consequência, posiciona e possibilita o seu acompanhamento ao decorrer do tempo, para além da taxa de desemprego. Para criação do Índice Síntese do Mercado de Trabalho (ISMT), utilizam-se os dados da PNAD Contínua, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, do período do primeiro trimestre de 2012 ao quarto trimestre de 2018. O ISMT, além de comunicar de forma simples e direta, permite um olhar por estado das condições do mercado de trabalho.

**Palavras Chave:** indicadores; mercado de trabalho; análise fatorial; Brasil.

### Abstract

This paper proposes to create a consolidated indicator for the conditions of the Brazilian labor market, through an index / score, which reflects the improvement or worsening of the situation of this market. As a consequence, positioning and making it possible to monitor it over time, in addition to the unemployment rate. For the creation of the labor market synthesis index (ISMT), data from the Continuous PNAD, National Household Sample Survey, from the 1st period, are used, from first quarter of 2012 until fourth quarter of 2018. In addition to communicating in a simple and direct way, ISMT allows you to look at the state of the labor market conditions by state.

**Keywords:** indicators; labor market; factorial analysis; Brazil.

## 1 Introdução

Os indivíduos oferecem sua força de trabalho no mercado de trabalho, buscando maximizar bem-estar e: a decisão de trabalhar ou não, a quantidade de horas dedicadas ao trabalho, a qualificação que terá, quando deverá sair do emprego, são decisões que geram a oferta de trabalho<sup>1</sup>. Por outro

\* Recebido em 30/04/2021  
Aprovado em 25/06/2021

\*\* Doutora em Economia pela PUCRS.  
Email: apf.andreia.freitas@gmail.co.

\*\*\* Professor no programa de pós-graduação de Economia da PUCRS, PPGE-PUCRS. Doutor em Economia Aplicada, Esalq-USP.  
Email: gustavo.moraes@pucrs.br

<sup>1</sup> BORJAS, G. J. *Economia do trabalho*. Porto Alegre: AMGH, 2012.



lado, as empresas, considerando-se a maximização do lucro, definem se contratam ou demitem, determinando a demanda de trabalho. Assim, empresas e trabalhadores interagem no mercado de trabalho, encontrando um equilíbrio, que, numa economia de livre mercado, é alcançado quando a oferta é igual à demanda. Governos influenciam as decisões dos trabalhadores e das empresas ao regular as regras do mercado de trabalho, conceder subsídios e/ou impor tributos.

O mercado de trabalho é um tema de múltiplos entendimentos, considerando que o espaço do trabalho deve ser examinado como um todo e, mesmo considerando-se as relações de poder e conflito (enfoque da corrente de pensamento Marxista), o livre mercado e qualificação (neoclássicos), e a intervenção do estado (keynesianos); os aspectos regionais e demográficos podem formar diferentes composições na relação capital-trabalho, de forma que coexista mais de um mercado: o formal, regulamentado, com carteira assinada e leis trabalhistas; e outro informal, em que os participantes não usufruem desses benefícios □ abordados pela ótica da segmentação de mercado<sup>2</sup>.

Independentemente da forma como se olhe para o mercado de trabalho, estão presentes no mercado de trabalho as relações de trabalho, e variáveis como: emprego, desemprego, salário, duração do eventual desemprego, número de horas trabalhadas etc. De natureza múltipla e heterogênea, o mercado de trabalho não apresenta uma comunicação simples e objetiva, ou seja, suas variáveis se interligam formando um complexo, e, atentar, apenas, uma dimensão não permite um diagnóstico preciso de como se encontra o mercado de trabalho. A análise sobre o mercado de trabalho deve considerar as várias perspectivas que formam o todo.

Dessa forma, este artigo tem o objetivo de tornar mais clara a informação sobre o mercado de trabalho e comunicar à condição do mercado de trabalho, indicando uma nota, que revele o estado do mercado de trabalho. Poder contar com um índice síntese que consiga identificar a situação do mercado de trabalho, transmitir, posicionar e acompanhar a sua evolução, juntamente ao ciclo econômico, seria, sem dúvida, um ganho de tempo e de entendimento para orientação da política econômica. Portanto, a intenção desse ensaio é oferecer uma proposta de índice que contemple todas as dimensões do mercado de trabalho, atendendo a complexidade das avaliações de mercado de trabalho e, enfim, responder por meio do índice se o mercado de trabalho melhorou ou piorou, de forma objetiva.

Para isso, utilizam-se os dados da PNAD Contínua, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, que investigam, trimestralmente, um conjunto de informações sobre a força de trabalho, objetivando identificar tendências e flutuações da força de trabalho brasileira. O período analisado abrange desde o 1º trimestre de 2012 ao 4º trimestre de 2018, e o estudo está estruturado da seguinte forma: esta seção introdutória, seguida da seção 2, em que se trata da evolução do mercado de trabalho e descreve-se um panorama das diferentes dimensões do mercado de trabalho. Na seção 3, trata-se da metodologia utilizada e apresenta-se uma breve explicação de como se dá a pesquisa da PNAD Contínua. Na seção 4, exibem-se os resultados do estudo; e, na seção 5, relatam-se as considerações finais.

## 2 Evolução do mercado de trabalho e as diferentes dimensões do mercado de trabalho

O Brasil experimenta, principalmente a partir da década de 90, um processo de abertura econômica, que provoca efeitos para a economia como um todo. Os setores econômicos, diante de uma maior concorrência, se veem obrigado a uma reestruturação da produção, em que são desfeitos vários postos de trabalho, diferentes empresas são contratadas para suprir essas funções e, assim, produzir os bens e serviços anteriormente ofertados. Essas alterações trazem uma nova realidade para o mercado brasileiro e suas ocupações,

<sup>2</sup> OLIVEIRA, S. R.; PICCININI, V. C. Mercado de trabalho: múltiplos (des)entendimentos. *RAP - Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 5, p. 1517-1538, set./out. 2011.

que, por sua vez, aliado ao crescimento demográfico, exerce maior pressão sobre a taxa de desemprego do país. Ainda podem ser listadas a abertura econômica, a passagem de uma economia inflacionária para uma economia com estabilidade de preços, o processo de privatizações, e a transição do papel do Estado quanto à prevalência das negociações entre empresas e trabalhadores geram implicações sobre o emprego, desemprego, rotatividade do trabalho, informalidade e ganhos reais<sup>3</sup>.

A metade da década de 70 foi sinalizada por mudanças políticas: democratização do país, que surge como alternativa e aversão ao regime militar autoritário; a retomada do movimento sindical; entre outras. Mas essa dinâmica foi impactada pelo corte de financiamento por parte dos Estados Unidos, que, até então, vinha financiando o crescimento econômico, gerando queda da produção industrial e desemprego em massa, o que revela uma situação de desemprego aberto. Como não se dispunha de um sistema de seguro desemprego, a desocupação interage, de alguma forma, com atividades não regulares, que possibilitasse a sobrevivência e a procura por outro trabalho. Assim, o desemprego aberto é acompanhado por outras formas de desemprego difíceis de serem separadas da conjuntura de precariedade que domina a atividade informal<sup>4</sup>.

As transformações econômicas da década de 90, em especial o processo de reestruturação produtiva, mudam o padrão de integração do mercado de trabalho: há uma diminuição dos postos de trabalho, aumento do desemprego, maiores exigências para absorver trabalhadores assalariados; além do aumento de autônomos (em terceirização de serviços, e por conta própria). Esse processo impacta a qualidade de integração do mercado de trabalho, enfraquecendo a proteção dos direitos trabalhistas, contribuindo para queda da renda do trabalho. A resposta à reorganização produtiva e ao desemprego vem se verificando no interior das famílias, em rearranjos de inserção de seus integrantes no mercado de trabalho, que nem sempre conseguem auferir os rendimentos anteriormente configurados<sup>5</sup>.

No período de 2003 a 2010, a economia brasileira apresentou uma elevação da taxa de crescimento, com aumento do consumo e investimento. Os setores mais dinâmicos são intermediação financeira, comércio, indústria extrativa, serviços industriais de utilidade pública, serviços de informação, e construção civil. Destacam-se o segmento de serviços; e, na indústria, as atividades ligadas a commodities e à construção. Já no mercado de trabalho, ressalta-se redução dos indicadores de pobreza, de desigualdade de renda, da taxa de desemprego, da taxa de informalidade e aumento da ocupação total. É atribuído esse resultado ao dinamismo do mercado interno e as condições externas favoráveis. Acrescenta que, mesmo em 2013, onde se apresenta uma queda da atividade econômica, o mercado de trabalho não reverte à tendência de crescimento da renda e do emprego<sup>6</sup>.

O crescimento do PIB em 2007 e 2008 também é decorrente do aumento do consumo e investimento. No entanto, o autor revela que os dados da PME do IBGE indicam que a crise mundial de 2008 não provocou alteração no mercado de trabalho nas metrópoles, pois as atividades econômicas afetadas pela crise não estavam nessas áreas. Considerando-se a evolução do mercado de trabalho metropolitano de 2003 a 2008, verifica-se que: i) o crescimento do PIB não elevou a participação da PEA, dos que moram nas metrópoles; a queda do PIB em 2008 foi acompanhada pela redução da taxa de participação (57% jun/2008 para 56,4% set/2009); ii) o aumento de PIB elevou a participação da PEA nas metrópoles, mas o crescimento da PEA foi menor que a população total; iii) cai a taxa de desemprego do mercado de trabalho assalariado (passando de 16,9% em 2003 para 9,8% em set/2008 — efeito do crescimento econômico sobre o mercado de

<sup>3</sup> CHAHAD, J. P. Z.; MENEZES FILHO, N. A. *Mercado de trabalho no Brasil: salário, emprego e desemprego numa era de grandes mudanças*. São Paulo: Editora LTDA, 2002.

<sup>4</sup> DEDECA, C. S. Notas sobre a evolução do mercado de trabalho no Brasil. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 94-111, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/sYwxkbSHZc6H4hCtRBppGDN/?lang=pt>. Acesso em: 15 jun. 2022.

<sup>5</sup> MONTALI, L. Família e trabalho na reestruturação produtiva: ausência de políticas de emprego e deterioração das condições de vida. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 42, 2000.

<sup>6</sup> AMITRANO, C. R. Considerações sobre o mercado de trabalho no Brasil. In: CORRÊA, Vanessa Petrelli. *Padrão de acumulação e desenvolvimento brasileiro*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.

trabalho metropolitano e atinge 10,9% em 2009-); iv) a formalização do mercado metropolitano passou de 69,6% em 2003 para 73,5% em 2008. Chegando em 75,2% em 2009. Dessa forma, segundo o autor, a taxa de participação do mercado de trabalho assalariado, a taxa de desemprego e formalização indicam algum êxito nas medidas adotada pelo governo para manter a atividade econômica<sup>7</sup>.

Numa perspectiva de 2015 menciona-se que a crise mundial de 2008 alterou o contexto internacional, acabando com a melhora em termos de troca comercial externa brasileira, além de aumentar a concorrência internacional sobre a produção interna de produtos manufaturados. A melhora do mercado de trabalho dependeria da expansão da produção, para elevar o poder de compra da renda do trabalho. Segundo o autor, são necessários investimentos em infraestrutura, o que faz com que se aumente a produtividade e está gere ocupações mais especializadas e melhor remuneradas; e o desenvolvimento da própria produção manufatureira. Ainda ressalta que o aumento da produtividade e uma menor dispersão para remuneração do trabalho passa por um aprimoramento da regulação do trabalho assalariado, abrangendo valorização do salário mínimo, melhor organização dos assalariados, obtenção de maiores reajustes no salário, redução da rotatividade e ampliação dos vínculos de trabalho mais estáveis<sup>8</sup>.

Outra interpretação alega que a crise mundial de 2008 afetou o Brasil pela interrupção de capital, alto custo das operações de crédito, que levaram à queda da atividade econômica. Conforme os dados da CAGED, entre out/2008 e mar/2009, a retração afetou os setores mais dinâmicos e os que dependiam de crédito e da demanda externa (agroindústria). Assim, o ajustamento do mercado de trabalho se deu pelo número de ocupações formais: homens com escolaridade mais alta passaram à condição de inativos ou desempregados; mulheres mais velhas (cônjuges) entraram no mercado de trabalho (diminuindo a taxa de desemprego); jovens de 15 a 19 anos de idade apresentaram menor probabilidade de se empregar (aumentando o desalento e diminuindo a taxa de ocupação e de desemprego)<sup>9</sup>. Esses resultados e análises são confirmados, mesmo que para distinto período e com abordagem metodológica distinta<sup>10</sup>.

As alterações estruturais da economia nos anos 90 fizeram com que o país diminuísse a sua capacidade de gerar empregos e renda. A nova configuração das ocupações urbanas, com menor participação da indústria e maior do setor de serviços e comércio, trouxe diminuição da segurança e proteção do trabalhador. Mostra uma maior presença do serviço doméstico remunerado; de pequenos negócios com poucos empregados e sem contrato formalizado; aumento de ocupações de apoio às pessoas e as famílias, organizadas em torno de autônomos e pequenos empreendedores com número reduzido de empregados e sem contrato formal<sup>11</sup>.

O tema da informalidade no Brasil tem sido principalmente explorado no sentido de caracterizar a informalidade, com análises sobre determinantes da variação de salários, presença ou não de segmentação, padrão da mobilidade de trabalhadores entre outros<sup>12</sup>. Levantam-se questões, contudo, que argumentam que a informalidade não está ligada à ideia de precariedade da ocupação, não estando, portanto, relacionada à perda de bem-estar ou desproteção por parte do trabalhador<sup>13</sup>. Argumenta-se que a informalidade pode ser

<sup>7</sup> BALTAR, P. Crise Econômica e Emprego no Brasil. In: MORETTO, A; KREIN, J. D.; POCHMANN, M.; MACAMBIRA, J. *Economia, desenvolvimento regional e mercado de trabalho do Brasil*. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho: Banco do Nordeste do Brasil: Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2010.

<sup>8</sup> BALTAR, P. O crescimento da economia e o mercado de trabalho no Brasil. *Texto para Discussão, IPEA*, Brasília, n. 2036, 2015.

<sup>9</sup> CACCIAMALI, M. C.; TATEI, F. Crise econômica mundial: mudanças nas características do desemprego no mercado de trabalho brasileiro. In: MORETTO, A; KREIN, J. D.; POCHMANN, M.; MACAMBIRA, J. *Economia, desenvolvimento regional e mercado de trabalho do Brasil*. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho: Banco do Nordeste do Brasil: Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2010.

<sup>10</sup> POCHMANN, M. Reação do mercado de trabalho no Brasil metropolitano frente à crise internacional. In: MORETTO, A; KREIN, J. D.; POCHMANN, M.; MACAMBIRA, J. *Economia, desenvolvimento regional e mercado de trabalho do Brasil*. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho: Banco do Nordeste do Brasil: Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2010.

<sup>11</sup> BALTAR, P. Emprego e informalidade das ocupações urbanas no Brasil dos anos 90. In: Encontro Nacional dos Estudos Populacionais da ABEP, 11., 2016. *Anais [...]*. [S.l.]: ABEP, 2016.

<sup>12</sup> ULYSSEA, G. Informalidade no mercado de trabalho brasileiro: uma resenha da literatura. *Texto para Discussão, IPEA*, Rio de Janeiro, n. 1070, 2005.

<sup>13</sup> SOARES, F. V. Do informal workers queue for formal jobs in Brazil? *Texto para Discussão, IPEA*, n. 1.021, 2004.

escolha por parte do trabalhador e não da falta de ocupação formal<sup>14</sup>. Destaca-se, sobretudo, que a informalidade não deve ser tratada como um resultado do mercado de trabalho, mas como determinante da oferta e demanda por mão de obra, sendo portanto endógena ao processo<sup>15</sup>.

O elevado grau de informalidade no mercado de trabalho brasileiro requer atenção, embora tenha reduzido de 43,6% em 2002 para 32,5% em 2012. A PNAD e PME, no período de 2002 a 2012, revela características da mão de obra e a informalidade, decompostas por atividades econômicas e por regiões metropolitanas (RM) e regiões não metropolitanas (RNM), constatando uma taxa de informalidade maior nas RNM. Decompondo a informalidade em efeitos de nível (avalia a informalidade dentro de cada grupo), e efeito composição (avalia o peso da informalidade em cada grupo), verificam que a participação dos trabalhadores escolarizados explica 60% da queda da informalidade. Considerando-se a escolaridade e experiência, a queda da participação dos trabalhadores menos instruídos e sem ou pouca experiência explicam por 80% da redução da informalidade no Brasil de 2002 a 2009 e a formalização das ocupações se dá pela transição de trabalhadores do setor informal para o formal, e absorção de desempregados pelo setor formal, colaborando para a queda da informalidade<sup>16</sup>.

O mercado de trabalho passou por uma transformação na década de 90 e, ainda, nos anos 2000. Atualmente, presenciamos alterações não vistas antes. A mulher assume papel cada vez mais expressivo no mercado de trabalho e, em paralelo, a necessidade de se repensarem as configurações existentes na sociedade, na família e atribuições desta; além de maneiras de lidar com o efeito disso, e a crise de cuidados<sup>17</sup>. A informalidade constitui uma realidade do mercado de trabalho brasileiro, as ocupações que estão experimentando oscilações na sua forma de existir, onde características não observáveis (como habilidades, flexibilidade, adaptação, iniciativa, proatividade, entre outras) começam a prevalecer.

É preciso buscar alternativas que contribuam para o aumento da produtividade do trabalhador, com melhoria da qualidade de ensino e não apenas uma expansão da oferta do serviço (Fernandes e Menezes Filho – 2002 / Pauli, Nakabashi e Sampaio – 2012). Faz-se necessário inserir o jovem no mercado de trabalho, não somente para reduzir o nível de desemprego e/ou desalento, mas para que ele tenha condição de fazer girar a economia e a sua situação pessoal de vida (Silva e Kassouf – 2002).

O mercado de trabalho lida com questões complexas e que estão interrelacionadas. Assim, olhar apenas para a dimensão do desemprego, por exemplo, e verificar que caiu um determinado percentual, não significa, necessariamente, que o mercado de trabalho está melhor. As dimensões do mercado de trabalho isoladas não contemplam o entendimento real do mercado de trabalho, portanto devem ser analisadas em conjunto. Dessa forma, justifica-se a tentativa da construção de um índice que expresse, em apenas um único número, o estado do mercado de trabalho. Informa-se de maneira sintética, a situação do mercado de trabalho; permite-se uma melhor compreensão das variáveis do mercado e suas relações, agora indicada por “um índice”.

### 3 Metodologia

Nos anos 2000, diante das grandes modificações experimentadas pelo mercado de trabalho, ao longo dos anos 90, Saboia (2000) propôs um indicador para o mercado de trabalho brasileiro, construído com base nos

<sup>14</sup> TANNURI-PIANTO, M. E.; PIANTO, D. M. *Informal employment in Brazil: a choice at the top and segmentation at the bottom: a quantile regression approach*. Mimeo, 2002.

<sup>15</sup> ULYSSEA, G. Informalidade no mercado de trabalho brasileiro: uma resenha da literatura. *Texto para Discussão, IPEA*, Rio de Janeiro, n. 1070, 2005.

<sup>16</sup> BARBOSA FILHO, F. de H.; MOURA, R. L. Evolução recente da informalidade do emprego no Brasil: uma análise segundo as características da oferta de trabalho e o setor. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 45, n. 1, abr. 2015.

<sup>17</sup> PASSOS, L.; GUEDES, D. Participação feminina no mundo do trabalho e a crise de cuidados da modernidade: conexões diversas. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 50, jan./jun. 2018.

dados da PME (Pesquisa Mensal de Emprego) do IBGE e baseado no IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). Considera estatísticas de três grupos: desemprego, ocupação/informalidade e rendimento (cada grupo se transforma num indicador formado pela média ponderada de três variáveis: uma variável considerada estatística base do grupo, com peso 2 e mais duas complementares, com peso 1 cada). Esses três indicadores comporiam um indicador-síntese para o mercado de trabalho (calculado por média aritmética dos três indicadores formados por cada grupo), caracterizando as condições do mercado de trabalho, com uma variação de zero a um.

O grupo do desemprego é composto por taxa de desemprego, desemprego de longa duração e desemprego de chefes de família; o grupo do rendimento: rendimento médio real, percentual de trabalhadores que recebem menos do que o salário mínimo horário e relação entre a remuneração dos empregados com carteira e sem carteira assinada no setor privado; e o grupo de inserção: percentual de ocupados com carteira assinada, percentual de pessoas subocupadas por insuficiência de horas trabalhadas e percentual de ocupados com 11 anos ou mais de estudo.

Para aquelas estatísticas cujo crescimento resulta na melhoria do mercado de trabalho (como exemplo, inserção ocupacional e o rendimento), o índice é calculado por:

$$I = \frac{E - E_{min}}{E_{max} - E_{min}} \quad (1)$$

$E$  é que:

$E_{min}$  é o valor da estatística escolhida,

$E_{max}$  é o seu valor máximo da variável estatística do ano-série,

é o seu valor mínimo da variável estatística do ano-série.

Para aquelas estatísticas cujo crescimento resulta na piora do mercado de trabalho (como exemplo, taxa de desemprego), o índice é calculado por:

$$I = \frac{E - E_{max}}{E_{min} - E_{max}} \quad (2)$$

Em que:

$E$  é o valor da estatística escolhida,

$E_{min}$  é o seu valor mínimo da variável estatística do ano-série,

$E_{max}$  é o seu valor máximo da variável estatística do ano-série.

Essa metodologia foi testada em relação aos anos de 1991 a 1999, para as seis regiões metropolitanas cobertas pela PME<sup>18</sup>. Encontrou-se para o desemprego: tendência de piora pelas taxas de desemprego que cresceram, o percentual de desempregados há 12 meses ou mais, também mostrou tendência de aumento, e o percentual de chefes entre os desempregados mostrou-se estável no período; além disso, foram observados importantes diferenciais entre as Regiões Metropolitanas. Para a ocupação/informalidade, o percentual ocupado formal caiu fortemente em todas as Regiões Metropolitanas, assim como o percentual de ocupados

<sup>18</sup> SABOIA, J. Um novo índice para o mercado de trabalho urbano no Brasil. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 123-146, jan./jun. 2000.

na indústria; e em resposta ao aumento de escolaridade da população brasileira nos últimos anos, o número de trabalhadores universitários cresceu em todas as seis regiões. Para o rendimento, em relação ao rendimento médio real, houve, após 1992 até 1997, um aumento; em relação à renda dos ocupados com 12 anos ou mais de estudo e com até 4 anos de estudo, apresentou piora até 1994, melhorando após Plano Real; e, em relação à renda dos ocupados com carteira e sem carteira, também apresentou tendência de piora, seguindo a mesma trajetória.

Outra alternativa, ainda, foi a apresentação de um Índice de Tendência de Precarização (ITP) para o mercado de trabalho da Região Metropolitana de São Paulo<sup>19</sup>, baseado em estudo anterior, que utiliza a base de dados PED/DIEESE/SEADE e a metodologia de cálculo do IDH<sup>20</sup>, com diferenças que alcançam a não utilização do índice de Gini, e que as variáveis que fazem parte do índice derivam da PED/DIEESE/SEADE. O ITP também contempla três dimensões do mercado de trabalho (ocupação, desemprego e rendimento) e segue a mesma lógica de estudo anterior<sup>21</sup>. Cada grupo (ocupação, desemprego e rendimento) é formado por um indicador criado com base na média ponderada de um indicador-básico (peso 0,67) e um indicador-complementar (peso 0,33).

Esses pesos são utilizados como indicadores criados para chegar, por meio da média aritmética ao índice final, o ITP. Verifica-se que houve uma piora da precarização do mercado de trabalho na Região Metropolitana de São Paulo entre 1995 a 2003. No período de 2004 a 2009, houve uma melhora da situação do mercado de trabalho, evidenciada pela queda do Índice de Tendência de Precarização. Olhando o resultado parcial, a dimensão da inserção do mercado de trabalho, verifica-se melhora na inserção ocupacional dos trabalhadores no mercado de trabalho metropolitano paulista, superando o resultado inicial de 1995. Na dimensão desemprego, no ano de 1995, apresentam-se os menores valores da taxa de desemprego total e do tempo médio para procura de trabalho. Por isso, o valor do índice é 0 (zero) nesse primeiro ano da série. Em 2003, o seu valor chega a 0,980, e cai para 0,210 em 2009, indicando uma tendência de melhora no desemprego entre 2004 e 2009. E, na dimensão rendimento, o índice mostra o valor de 0,330 em 1995 e 0,284 em 1997, sendo essa queda causada pelo aumento do rendimento médio real por hora dos ocupados e pela queda na diferença salarial entre os ocupados. Em 2003, o índice da dimensão rendimento foi igual a 0,919, caindo para 0,608, em 2009, indicando uma tendência de melhora da dimensão<sup>22</sup>.

Acompanhando-se a evolução do mercado de trabalho urbano das seis regiões metropolitanas cobertas pela PME (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Salvador e Recife), no período de 2003 a 2013, criou-se um indicador do mercado de trabalho. Um deles, motivado pelo IDH e outro, ainda, formado com base na análise de componentes principais (ACP). Utiliza-se os dados da PME; o primeiro indicador apresenta o mesmo método do indicador mencionado acima<sup>23</sup>; e o segundo indicador é construído com base na Análise de Componentes Principais (ACP). A extração dos componentes principais é feita com base em uma matriz de correlação dos dados iniciais. As variáveis mais importantes desse indicador são: taxa de desemprego, rendimento médio, relação de rendimentos com carteira/sem carteira, carteira assinada e subocupação, sendo também importantes desemprego de longa duração e sub-remunerada. Os pesos negativos são atribuídos a variáveis que representam aspectos desfavoráveis ao mercado de trabalho e pesos positivos às de aspecto favoráveis; e o índice resultante enumera, nas primeiras posições, as regiões com mais alta

<sup>19</sup> OLIVEIRA, M. P.; MARQUES, R. M. Discutindo uma proposta de índice de precarização para o mercado de trabalho da região metropolitana de São Paulo. *Pesquisa & Debate*, São Paulo, v. 22, n. 2 (40), p. 321-341, 2011.

<sup>20</sup> TONI, M. de. *Para onde vai o mercado de trabalho? A tendência à precarização das relações de trabalho: um estudo da região metropolitana de Porto Alegre*. 2004. Tese (Doutorado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

<sup>21</sup> SABOIA, J. Um novo índice para o mercado de trabalho urbano no Brasil. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 123-146, jan./jun. 2000.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, M. P.; MARQUES, R. M. Discutindo uma proposta de índice de precarização para o mercado de trabalho da região metropolitana de São Paulo. *Pesquisa & Debate*, São Paulo, v. 22, n. 2 (40), p. 321-341, 2011.

<sup>23</sup> SABOIA, J. Um novo índice para o mercado de trabalho urbano no Brasil. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 123-146, jan./jun. 2000.

renda, maior formalidade, menor desemprego, menor desigualdade, menor subcontratação, menor desemprego de longa duração e menor sub-remuneração. Ambos os índices indicam resultados consistentes, o que atesta a melhoria do mercado de trabalho a partir de 2004. Além de mostrar uma grande diferença entre as condições encontradas no mercado de trabalho das regiões metropolitanas do Sul/Sudeste e do Nordeste<sup>24</sup>.

O objetivo do presente artigo consiste em transformar em um índice as informações presentes sobre a força trabalho, dispostas em várias dimensões do mercado de trabalho, simplificando a informação em um único número. Será utilizada a base de dados da PNAD Contínua, por ser uma base que fornece informações de forma contínua, o que permite o acompanhamento e observação de ocorrência de alterações de comportamento dos indicadores. De abrangência nacional, a cada trimestre, são divulgadas as informações completas sobre o mercado de trabalho, e atualização da informação mensal se faz por meio de trimestres móveis, em que o ajuste do trimestre móvel se assemelha ao do trimestre convencional, sendo o processo realizado para os 12 trimestres móveis e para os 4 convencionais, e não há sobreposição de dados de um trimestre e o imediatamente anterior (a informação trimestral é nova). Além disso, a base de dados contempla informações sobre o mercado de trabalho formal e informal, considerando-se todos os tipos de trabalho nele inseridos (militar, empregado público e privado, empregador, conta própria, doméstico, e trabalhador familiar não remunerado).

A análise fatorial preocupa-se em identificar as fontes subjacentes de variação comum, ou seja, a variação em cada variável observada é atribuível aos fatores comuns ocultos e a um fator específico (interpretável como erro de medida). A análise baseia-se em correlações, seus fatores são determinados pela correlação compartilhada por um conjunto de observações<sup>25</sup>.

A base de dados utilizada é a da PNAD Contínua do 1º trimestre de 2012 ao 4º trimestre de 2018, disponibilizada pelo IBGE. Toda a base foi utilizada na pesquisa, excetuando-se as pessoas com menos de 14 anos de idade. A extração dos fatores foi realizada pelo Método de Análise dos Componentes Principais (ACP). Conforme Fávero et al. (2009), o componente principal é dado pela combinação linear das variáveis originais e com a maior variância possível. Os outros componentes principais subsequentes são escolhidos para que não sejam correlacionados aos componentes principais anteriores, o que elimina o problema de multicolinearidade dos dados. Com base nos fatores gerados pela análise, é criado o índice síntese do mercado de trabalho.

Antes da Criação do índice, foi realizada a atualização dos salários (trazendo os valores dos salariais a dezembro de 2018), usando a média trimestral do número índice da série histórica do IPCA, disponibilizada pelo IBGE. A extração dos fatores, como já mencionado, ocorreu através do Método ACP (que maximiza a variância total explicada), e os fatores foram rotacionados pelo método Varimax, preservando a ortogonalidade entre os fatores comuns. Para adequação da análise, realizaram-se os testes de Kaiser-Meyer-Olkin (KMO), que examinam a correlação entre as variáveis. O valor do KMO varia de 0 a 1, quanto mais próximo de um, mais adequada é a utilização da técnica; e o teste de Esfericidade Bartlett, que testa a  $H_0$ : Matriz de Correlações é igual à Matriz de Identidade, ou seja, quando  $H_0$  é rejeitada, há correlações e o modelo pode ser utilizado. Além disso, as comunalidades (também conhecida como variância comum, àquela compartilhada entre as variáveis) nos dizem o quanto cada fator captou de cada indicador<sup>26</sup>.

A Análise Estatística por meio do Método ACP, gerou fatores, que, por meio do critério da raiz característica, constituem  $\sum_{i=1}^n \left( \frac{\gamma_i}{\sum \gamma_{ij}} \right) v_j \sum_{i=1}^n \left( \frac{\gamma_i}{\sum \gamma_{ij}} \right) v_j$ ; escrito abaixo:

$$\text{Índice} = \tag{3}$$

<sup>24</sup> SABOIA, J.; KUBRUSLY, L. S. Indicadores para o mercado de trabalho metropolitano no Brasil. *IE-UFRJ Discussion Paper*, TD 021, 2014.

<sup>25</sup> FÁVERO, L. P.; BELFIORE, P. *Manual de análise de dados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

<sup>26</sup> HAIR JR, J. F.; BLACK, W. C.; BABIN, B. J.; ANDERSON, R. E.; TATHAM, R. L. *Análise multivariada de dados*. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2009.

<sup>27</sup> FÁVERO, L. P.; BELFIORE, P. *Manual de análise de dados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

$\gamma_i$  = raiz característica do fator;

$v_j$  = fator extraído;

$n$  = número de fatores.

Posteriormente, o índice foi ponderado pela projeção da população no trimestre referência da pesquisa e padronizado. A padronização utilizada foi a Padronização Z, que consiste em transformar a variável em Z scores, possibilitando a eliminação de viés resultante das diferenças de escalas, sendo calculada da seguinte forma:

$$z = \frac{(X - \text{média})}{\text{desvio-padrão}} \quad (3)$$

Após esse procedimento, os Z scores são ajustados de acordo com as especificações abaixo, sendo utilizado o valor de 3,9, por ser esse comportar 100% das observações na distribuição Z, e o valor de 1,282051, que representa o fator de escalonamento da nota ( $F_{en}$ ). A amplitude da Estatística Z compreende o valor de -3,9 a +3,9 (cobrindo 100% das observações), sendo equivalente a 7,78. Como o índice criado expressa uma nota ao mercado de trabalho, em que a nota máxima é 10; distribui-se o valor do índice na amplitude da estatística Z. Assim, o fator de escalonamento da nota ( $F_{en}$ ) é estimado da seguinte forma:  $F_{en} = 10/7,78$ , o que corresponde a 1,282051. Dessa maneira, o valor -3,9 é a menor distância, em termos de estatística, que o índice poderia ter, representando o pior resultado possível do mercado de trabalho, ou seja, a nota zero (0) e o valor +3,9 é a maior distância em termos estatísticos que o índice poderia alcançar, ou seja, o melhor resultado atingível do mercado de trabalho, representando a nota dez (10), esse é o mercado de trabalho perfeito. O Índice Síntese do Mercado de Trabalho (ISMT) é calculado:

$$ISMT = \begin{cases} Z > 0, & \{10 - ((3,9 - Z) * 1,282051)\} \\ Z = 0, & 5 \\ Z < 0, & \{((Z - 3,9) * 1,282051) + 10\} \end{cases} \quad (4)$$

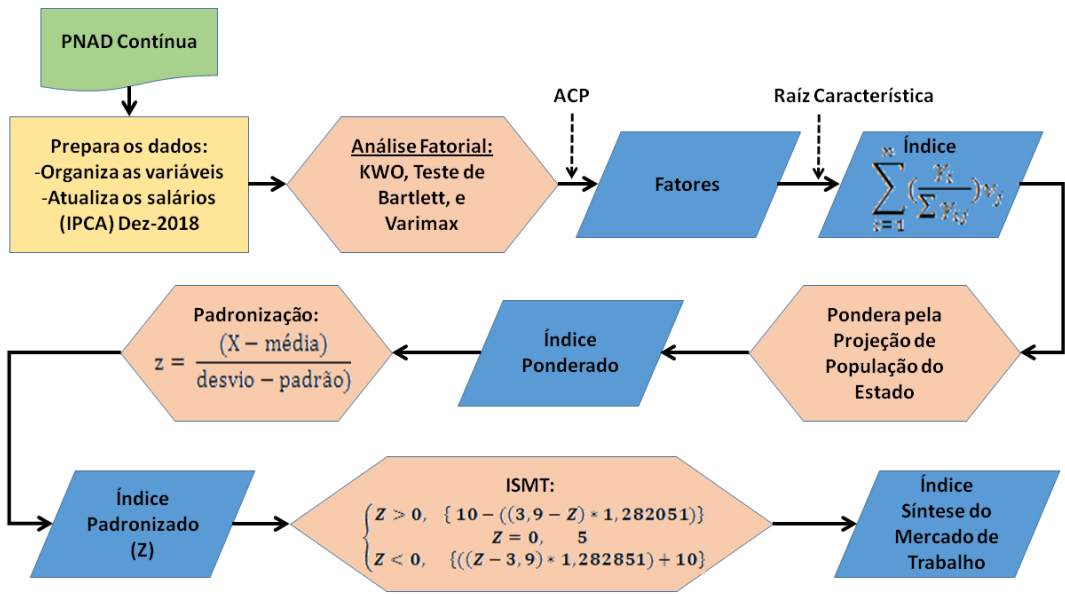
$Z$  = Índice ponderado e padronizado

ISMT = Índice Síntese do Mercado de Trabalho

Na Figura 1, apresenta-se um resumo de como foi criado o Índice Síntese do Mercado de Trabalho. Nela podem-se visualizar as etapas do processo de criação do índice. Na Figura 2, observamos a síntese do processo de transformação do índice padronizado à nota final do mercado de trabalho, a qual é denominada Índice Síntese do Mercado de Trabalho.

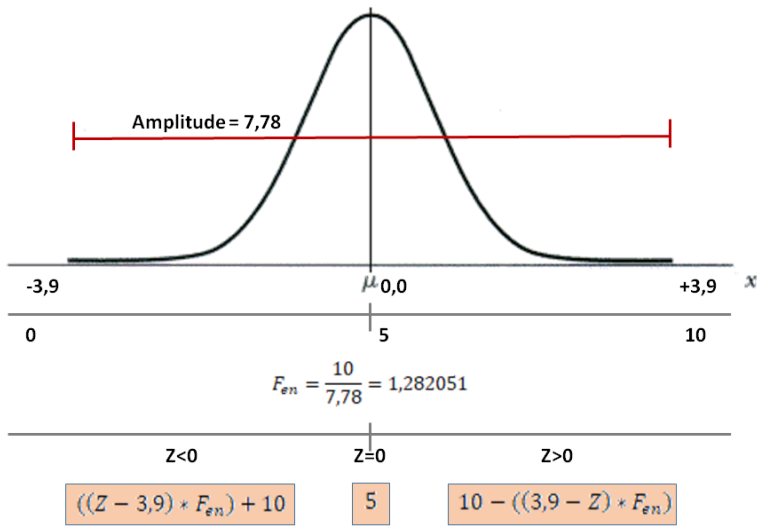


**Figura 1: elaboração do Índice Síntese do Mercado de Trabalho**



Fonte: elaboração própria.

**Figura 2: elaboração da Nota do Índice Síntese do Mercado de Trabalho**



Fonte: elaboração própria.

Os dados da evolução do mercado de trabalho brasileiro são atualizados, mensalmente, por meio de trimestres móveis, sendo divulgados indicadores relativos ao último trimestre móvel<sup>28</sup>. Assim, a cada trimestre são divulgadas informações completas sobre o mercado de trabalho nos recortes geográficos da pesquisa. O cálculo dos pesos do trimestre móvel é semelhante ao trimestre convencional e esse processo é feito para os 12 trimestres móveis, e não apenas para os 4 trimestres convencionais. O ajuste pelo total da população

<sup>28</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD Contínua – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2019*. [S.l.]: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>.

é realizado pelas informações do dia 15 do mês central do trimestre móvel, da mesma forma que os trimestres convencionais. Comparando-se, ao longo do tempo, os dados do trimestre convencional aos dados de trimestre móvel: o trimestre convencional não ocorre repetição de dados entre um trimestre e o imediatamente anterior; quando se considera estimativas convencionais ou móveis numa sequência mensal, ocorre a repetição de 2 meses, sendo, apenas, os dados do 3º mês informações novas. Em relação ao 3º trimestre anterior, os dados não se repetem. Dessa forma, verificando os dados entre trimestres, não há repetição destes, as informações são todas novas<sup>29</sup>.

No sentido de aperfeiçoar a captação de informações, a partir do 4º trimestre de 2015, a PNAD Contínua reformulou premissas de outras formas de trabalho (incluindo: trabalho infantil, voluntário, cuidado de pessoas e afazeres domésticos), permitindo melhor detalhamento das atividades. A coleta dessas informações passou para 5ª entrevista do domicílio (de 2012 a 2014 era realizada na 1ª entrevista). A investigação dessas informações é realizada continuamente em 20% dos domicílios selecionados da amostra e são acumulados, compondo a informação anual. Essas alterações, de certa forma, causaram efeitos que afetam a comparabilidade com os indicadores (2012-2015), uma vez que houve uma melhora na captação das outras formas de trabalho<sup>30</sup>.

## 4 Resultados e discussão

A seguir, apresentam-se o resultado da Análise Fatorial e os testes pertinentes à análise. Na Tabela 1, observa-se que o teste KMO indica adequação da análise, mostrando o valor de 0,817, e o teste de Bartlett (p-valor: 0,000) aponta a rejeição de  $H_0$ : Matriz de Correlações é igual à Matriz de Identidade, ou seja, existe correlação entre as variáveis, constatando apropriada a análise.

**Tabela 1: testes de KMO e Bartlett**

Teste de KMO e Teste de Bartlett		
Kaiser-Meyer-Olkin Measure of Sampling Adequacy.		,817
Bartlett's esto f Sphericity	Approx. Chi-Square	225778900,937
	df	351
	Sig.	,000

Fonte: elaboração própria, com base no *software* SPSS.

Na Tabela 2, expressa-se o resultado da Análise Fatorial, foram extraídos 7 fatores dos 27 indicadores analisados, que explicam 64,86% da variância das variáveis, sendo o total da variância explicada, superior à média.

<sup>29</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD Contínua – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2019*. [S.l.]: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>.

<sup>30</sup> IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD Contínua – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2019*. [S.l.]: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>.

**Tabela 2: resultado da Análise Fatorial, Raiz Característica e Variância Explicada**

Fatores	Initial Eigenvalues			Rotation Sums of Squared Loadings		
	Total	% of Variance	Cumulative %	Total	% of Variance	Cumulative %
1	7,06	26,15	26,15	6,67	24,70	24,70
2	3,43	12,70	38,85	3,63	13,43	38,13
3	1,92	7,11	45,96	1,70	6,31	44,45
4	1,68	6,23	52,19	1,65	6,12	50,57
5	1,36	5,04	57,23	1,44	5,35	55,91
6	1,05	3,89	61,12	1,34	4,96	60,87
7	1,01	3,74	64,86	1,08	3,99	64,86
				17,51		

Fonte: elaboração própria, utilizando o software SPSS.

Na Tabela 3, exibem-se a comunalidade e os valores das cargas fatoriais e os respectivos fatores gerados. São apresentados em negrito os valores considerados para a formação do fator. De acordo com a literatura, não há um ponto de corte com base no qual determinada comunalidade deve ser considerada alta ou baixa. Cargas muito baixas em relação às demais podem sugerir que o pesquisador descarte a variável da análise fatorial<sup>31</sup>. Há sugestão para que se utilize cargas superiores a 0,50<sup>32</sup>. Alguns valores, no limiar da recomendação, foram adotados, por serem os valores expressivos da variável na formação do fator (por exemplo: a variável “rendimento mensal no trabalho principal” com o valor de 0,494).

Da Análise Fatorial foram extraídos 7 fatores: o Fator 1 está associado a variáveis que são relacionadas ao Trabalho Principal (horas trabalhadas, duração do trabalho/experiência e tipo de trabalho); o Fator 2 relaciona as variáveis ligadas à ocupação secundária (tipo de trabalho, horas trabalhadas, se tem carteira assinada e rendimento do trabalho secundário). O Fator 3 nos fala sobre a localização do domicílio (tipo de área — capital, resto da RM, resto RIDE, resto da UF — e se é urbano ou rural); o Fator 4 nos mostra informações sobre as pessoas residentes no domicílio (idade, grau de parentesco e número de pessoas), e o Fator 5 revela sobre outros trabalhos, trabalhos extras, pontuais ou ocasionais (rendimento mensal e horas trabalhadas). Já o Fator 6 nos comunica sobre a cor ou raça, o nível de instrução e o rendimento principal e o Fator 7 indica o sexo e se o indivíduo se encontra ocupado, subocupado, desocupado, desalentado (sua condição).

**Tabela 3: comunalidades e cargas fatoriais**

Variáveis	Comunalidades	Fatores						
		1	2	3	4	5	6	7
Situação do Domicílio (urbano ou rural)	,582	-,041	,002	<b>,752</b>	,016	,008	-,113	-,033
Tipo de área (capital, resto da RM, resto RIDE, resto da UF)	,596	-,037	,011	<b>,765</b>	-,021	-,015	,072	,055
Número de pessoas no domicílio	,480	-,015	-,007	,077	<b>,650</b>	,017	-,211	-,082
Condição de parentesco no domicílio	,524	-,150	-,020	-,092	<b>,695</b>	-,021	,024	-,089
Sexo	,612	-,276	,001	-,138	-,153	-,014	-,065	<b>,699</b>
Idade	,654	-,119	-,005	-,007	<b>-,771</b>	,009	-,061	-,202
Cor ou Raça	,631	,015	-,001	-,093	,138	,051	<b>-,773</b>	,063

<sup>31</sup> FÁVERO, L. P.; BELFIORE, P. *Manual de análise de dados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

<sup>32</sup> HAIR JR, J. F.; BLACK, W. C.; BABIN, B. J.; ANDERSON, R. E.; TATHAM, R. L. *Análise multivariada de dados*. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2009.

Variáveis	Comunalidades	Fatores						
		1	2	3	4	5	6	7
Trabalhou por pelo menos 1h, remuneradamente, na semana de referência	,860	<b>-,917</b>	-,066	,083	,014	,000	-,085	-,021
Quanto trabalho tinha na semana de referência	,972	<b>,935</b>	,303	,014	-,011	,048	,050	,032
Ocupação principal	,796	<b>,861</b>	,012	,152	-,007	-,019	-,168	-,047
Tipo de trabalho (militar, empregado público ou privado, empregador, doméstico, conta própria, trabalhador familiar não remunerado)	,746	<b>,843</b>	,046	,161	-,056	,016	,024	-,062
Atividade principal	,710	<b>,724</b>	,082	-,298	-,021	,012	,107	,281
Era temporário	,504	<b>,623</b>	,058	-,242	,117	-,015	,185	,072
Rendimento mensal no trabalho principal	,458	,392	,051	-,172	-,055	,111	<b>,494</b>	-,114
Tempo de trabalho	,886	<b>,934</b>	,060	,018	-,067	,009	,076	,011
Ocupação secundária	,775	,062	<b>,873</b>	,059	-,021	-,055	-,037	-,021
Tipo de trabalho secundário (militar...)	,808	,061	<b>,894</b>	,047	-,023	,023	,031	-,034
Atividade secundária	,758	,051	<b>,860</b>	-,041	-,013	,093	,052	,047
Carteira assinada	,418	,208	<b>,589</b>	-,068	,038	-,012	-,067	,130
Rendimento mensal no trabalho secundário	,465	,013	<b>,565</b>	-,013	-,005	,334	,171	-,062
Rendimento mensal em outros Trabalhos	,701	,004	,081	,000	-,002	<b>,833</b>	,036	-,005
Gostaria de trabalhar mais horas, que as trabalhadas?	,941	<b>,966</b>	,054	-,024	-,014	,001	,064	-,004
Nível de instrução	,671	,219	,069	-,410	,206	,017	<b>,538</b>	,343
Condição (ocupado, desempregado, subocupado, desalentado)	,415	,194	-,005	,309	,191	,031	-,009	<b>,495</b>
Horas efetivamente trabalhadas na ocupação principal	,410	<b>,612</b>	,010	-,035	,034	-,002	,017	-,179
Horas efetivamente trabalhadas na ocupação secundária	,526	,034	<b>,721</b>	,001	-,005	,047	-,006	-,048
Horas efetivamente trabalhadas em Outros trabalhos	,614	,012	,090	-,003	-,007	<b>,777</b>	-,047	,021

Fonte: elaboração própria, utilizando o *software* SPSS.

O Índice Síntese do Mercado de Trabalho (ISMT) foi criado conforme os procedimentos metodológicos elencados na seção anterior. A seguir expõem-se a análise, acompanhada da tabela de apresentação do Índice Síntese Trimestral do Mercado de Trabalho do Brasil, e o gráfico referente ao índice (Gráfico 1). Observa-se, na Tabela 4, que os valores em negrito referem-se aos melhores e piores resultados do índice no período analisado. O melhor resultado é 5,64 no 2º trimestre de 2012, refletindo o bom desempenho do mercado de trabalho, que, então, se comportava num crescente, recuperando a crise de 2008/2009, com valorização dos salários reais e crescimento das ocupações formais e taxas de desemprego e informalidade em níveis baixos.

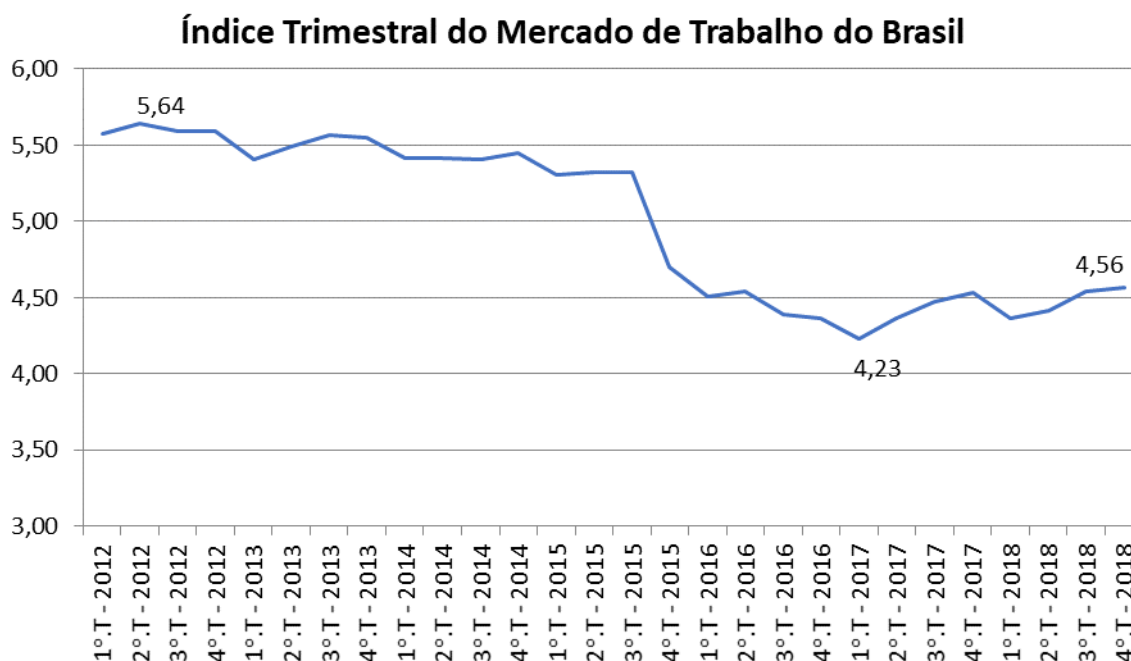
Em 2013, o crescimento do PIB ficou abaixo das expectativas e indicou perda de dinamismo, puxado principalmente pela indústria. No 4º trimestre de 2015, houve há uma queda no índice, passando de 5,32 para 4,70, a maior variação do índice no período de análise (-0,62). Essa piora das condições do mercado de trabalho se deve, principalmente, à diminuição da população ocupada. Do 2º trimestre de 2016 para o 3º trimestre de 2016, com a continuidade da recessão, não ocorreram admissões, e a taxa de desemprego aumentou; o mercado de trabalho permaneceu numa trajetória de deterioração do trabalho e de precariedade;

o índice no período variou, negativamente, 0,15 pontos e continuou essa trajetória até atingir seu valor mais baixo (4,23) no 1º trimestre de 2017.

O Índice Síntese Trimestral do Mercado de Trabalho do Brasil se mostra capaz de acompanhar os ciclos econômicos, captando a informação por meio das variáveis envolvidas em todo o contexto do mercado de trabalho e expressando, por meio dele, o momento que se encontra o mercado de trabalho, conforme Gráfico 1.

A análise também pode ser acompanhada pelo Gráfico 2. Examinando a trajetória dos fatores extraídos da Análise Fatorial, percebe-se que o Fator 1, que explica 1/4 da formação do índice, apresenta uma queda expressiva no 4º trimestre de 2015, o que explica a queda do índice. Observa-se, também, que os Fatores 2, 4 e 5 indicam tendência declinante no mesmo período. A diminuição da carteira assinada nota-se pelo Fator 2, e o rendimento de outros trabalhos, assim como trabalhos extras, também exibem redução. O Fator 7 mostra no 3º e, principalmente, no 4º trimestre de 2015, uma subida significativa, evidenciando o aumento do desemprego, da subocupação e do desalento, sinalizando o aumento da informalidade e do processo de precarização do mercado de trabalho. Além disso, o sexo está altamente correlacionado à condição em que se encontra o indivíduo (ocupado, subocupado, desempregado, desalentado).

**Gráfico 1: Índice Síntese Trimestral do Mercado de Trabalho do Brasil (0 < ISMT < 10)**



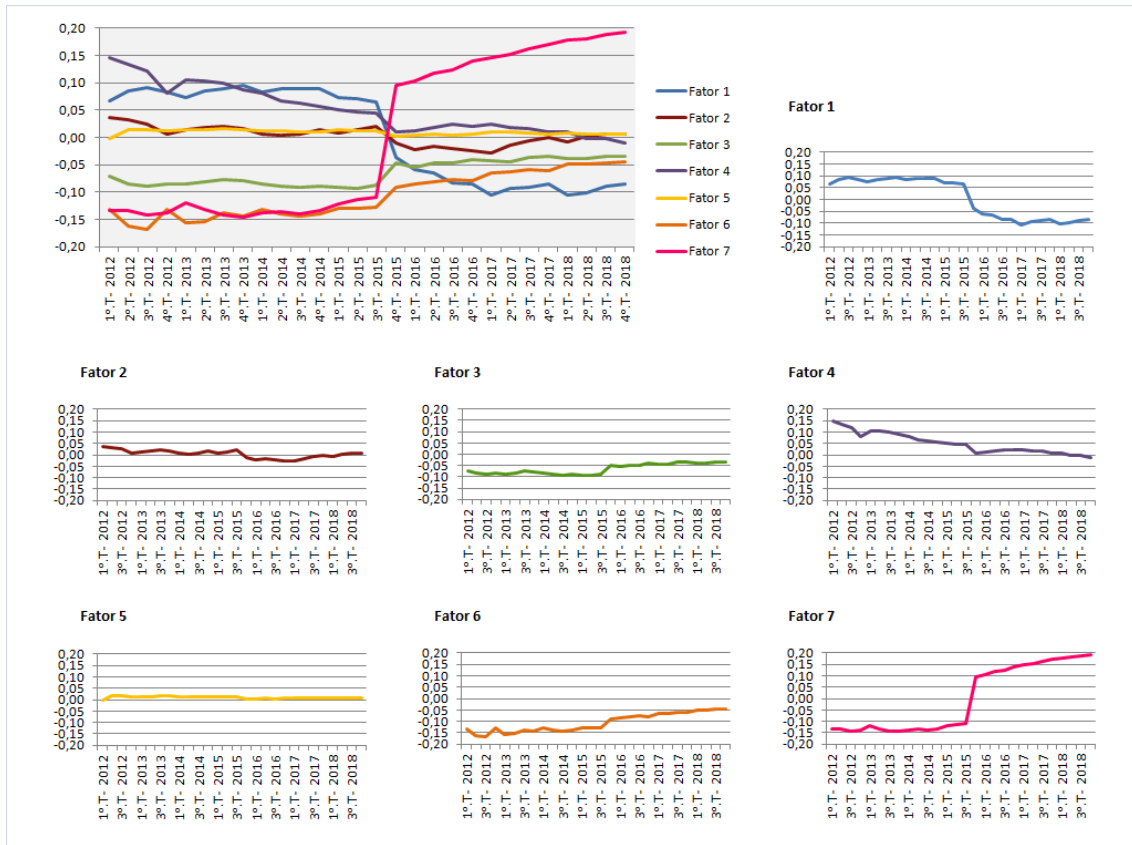
Fonte: elaboração própria.

De forma geral, o Fator 3 e 5 revelam-se relativamente estáveis no período analisado. O Fator 3 refere-se à localização do município (tipo de área — capital, resto da RM, resto da RIDE, resto da UF — e se é rural ou urbano) e o Fator 5, a trabalhos extras. O Fator 6 expressa uma tendência crescente em todo o período analisado, apontando um crescimento no nível de escolaridade do mercado de trabalho. Nota-se um aumento mais acentuado no 3º trimestre de 2015, mostrando que a crise e o desemprego afetaram os trabalhadores com um menor grau de instrução, pela exigência das ocupações com maior grau de conhecimento. Além de sugerir que a entrada do jovem no mercado de trabalho seja mais difícil, pela maior qualificação requerida.

Com a recuperação da economia, o mercado de trabalho começa a dar indícios de melhora apresentando, nos trimestres de 2017, uma elevação do índice, mostrando uma tendência modesta do emprego formal

(Fator 1 e Fator 2) e uma tendência mais expressiva do Fator 7, que capta certo grau de precariedade com a variável de subocupação.

**Gráfico 2: trajetória dos fatores de formação do Índice Síntese Trimestral de Mercado de Trabalho do Brasil**



Fonte: elaboração própria.

Na Tabela 4, ademais, apresenta-se o Índice Síntese do Mercado de Trabalho para cada estado brasileiro e na sequência exibem-se os mapas do ano inicial e final do estudo, evidenciando as diferenças do mercado de trabalho brasileiro.

**Tabela 4: Índice Síntese Estadual Anual do Mercado de Trabalho dos Estados Brasileiros (0 < ISEAMT < 10)**

Índice Estadual Anual do Mercado de Trabalho dos Estados Brasileiros							
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Rondônia	6,69	6,32	5,73	5,9	5,46	5,27	5,19
Acre	5,1	4,8	4,6	4,6	3,5	3,5	3,6
Amazonas	4,73	4,63	4,34	3,94	3,68	3,63	3,45
Roraima	4,34	4,97	5,22	4,46	3,45	3,38	3,55
Pará	6,91	6,61	6,44	6,39	5,68	5,68	5,54
Amapá	3,82	3,6	3,87	3,45	2,92	2,87	2,45
Tocantins	5,68	5,56	5,51	5,24	4,68	4,34	4,48
Maranhão	5,8	5,39	5,66	5,63	4,83	4,68	4,46
Piauí	6,76	6,51	6,86	6,44	4,97	4,8	5
Ceará	4,46	4,16	4,16	3,77	3,53	3,55	3,99

Índice Estadual Anual do Mercado de Trabalho dos Estados Brasileiros							
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Rio Grande do Norte	4,36	4,41	4,26	4,31	3,45	3,38	3,65
Paraíba	5,29	5,34	5,29	5,32	4,24	4,29	4,38
Pernambuco	4,43	4,14	4,29	4,02	3,33	3,21	3,6
Alagoas	<b>3,33</b>	3,6	3,5	3,11	2,84	2,55	<b>2,4</b>
Sergipe	5,83	5,78	5,95	5,71	4,68	4,38	4,63
Bahia	6,07	5,71	5,95	5,83	4,95	4,63	4,51
Minas Gerais	6,56	6,44	6,22	6,17	5,49	5,58	5,71
Espírito Santo	6,12	5,98	5,63	5,07	4,21	4,38	4,8
Rio de Janeiro	3,55	<b>3,36</b>	<b>3,04</b>	<b>2,82</b>	<b>2,26</b>	<b>2,26</b>	<b>2,4</b>
São Paulo	6,32	6,25	6,05	5,8	5,22	5,27	5,41
Paraná	7,18	7,2	7	6,49	5,9	5,95	5,9
Santa Catarina	<b>7,69</b>	7,18	7,08	6,98	6,25	<b>6,42</b>	<b>6,29</b>
Rio Grande do Sul	7,37	<b>7,47</b>	<b>7,27</b>	<b>7,03</b>	<b>6,29</b>	6,29	6,07
Mato Grosso do Sul	6,37	6,54	6,51	6,1	5,61	5,61	5,93
Mato Grosso	6,51	6,64	6,54	6,12	5,29	5,46	5,71
Goiás	5,93	5,88	5,73	5,44	4,58	4,63	4,78
Distrito Federal	4,04	4,19	3,72	3,36	2,87	2,82	2,82

Fonte: elaboração própria.

Se considerarmos um panorama trimestral do período analisado para o Brasil e seus Estados, nota-se a diversidade do mercado de trabalho brasileiro. No entanto, o ISMT permite o acompanhamento do mercado de trabalho brasileiro e a sua evolução, assim como um olhar por estado, considerando-se as características do mercado de trabalho de cada estado, possibilitando, assim, um olhar regional.

Na tabela 5, indicamos o ISMT por trimestres para os estados brasileiros, os valores grafados em vermelho são índices que apresentam nota menor que um desvio padrão em relação à média, e valores grafados em azul estão acima de um desvio padrão em relação à média.

**Tabela 5: Índice Síntese Trimestral do Mercado de Trabalho dos Estados Brasileiros**

Trimestre	Índice Trimestral do Brasil	Variação do Índice Trimestral Brasil	Índice Trimestral Estadual																										
			RO	AC	AM	RR	PA	AM	TO	MA	PI	CE	RN	PB	PE	AL	SE	BA	MG	ES	RJ	SP	PR	SC	RS	MS	MT	GO	DF
1º-T - 2012	5,58	0,00	6,44	4,97	4,68	3,99	6,73	4,09	5,76	5,95	6,83	4,87	3,99	5,36	4,58	<b>3,41</b>	5,85	6,25	6,44	5,85	3,60	6,25	7,03	<b>7,71</b>	7,32	6,15	6,54	5,95	3,99
2º-T - 2012	<b>5,64</b>	0,07	6,83	5,17	4,78	4,38	7,03	3,70	5,66	5,76	6,83	4,68	4,58	5,46	4,38	<b>3,11</b>	5,56	6,15	6,73	6,25	3,70	6,34	7,22	<b>7,81</b>	7,42	6,44	6,54	5,95	3,90
3º-T - 2012	5,59	-0,05	6,54	4,97	4,48	4,58	6,83	3,50	5,56	5,85	6,83	4,29	4,58	5,27	4,48	<b>3,31</b>	5,76	6,05	6,64	6,15	3,50	6,44	7,32	<b>7,71</b>	7,32	6,34	6,44	5,95	4,19
4º-T - 2012	5,59	0,00	6,93	5,17	4,97	4,38	7,03	3,99	5,76	5,66	6,54	3,99	4,29	5,07	4,29	3,50	6,15	5,85	6,44	6,25	<b>3,41</b>	6,25	7,13	<b>7,52</b>	7,42	6,54	6,54	5,85	4,09
1º-T - 2013	5,41	-0,18	6,54	4,78	4,58	4,48	6,73	3,60	5,56	5,36	6,54	3,99	4,19	5,07	3,90	<b>3,41</b>	5,76	5,46	6,25	5,85	<b>3,41</b>	6,15	7,13	<b>7,42</b>	7,32	6,34	6,54	5,95	3,80
2º-T - 2013	5,49	0,08	6,73	4,68	4,78	4,97	6,64	<b>3,11</b>	5,46	5,27	6,44	4,09	4,48	5,46	3,99	3,60	5,66	5,56	6,54	6,05	3,41	6,34	7,13	7,22	<b>7,42</b>	6,54	6,64	5,85	4,19
3º-T - 2013	5,57	0,08	6,15	4,97	4,48	5,36	6,54	3,80	5,56	5,36	6,34	4,19	4,38	5,36	4,29	3,80	5,85	5,76	6,54	6,15	<b>3,41</b>	6,25	7,22	7,03	<b>7,52</b>	6,73	6,83	5,85	4,58
4º-T - 2013	5,55	-0,01	5,85	4,78	4,68	5,07	6,54	3,90	5,66	5,36	6,73	4,38	4,58	5,46	4,38	3,60	5,85	6,05	6,44	5,85	<b>3,21</b>	6,25	7,32	7,03	<b>7,62</b>	6,54	6,54	5,85	4,19
1º-T - 2014	5,41	-0,14	5,56	4,58	4,38	5,07	6,44	3,90	5,36	5,66	7,03	4,19	4,19	5,17	4,19	3,50	5,95	5,95	6,15	5,66	<b>3,21</b>	6,05	7,13	7,03	<b>7,32</b>	6,34	6,44	5,76	3,99
2º-T - 2014	5,41	0,00	5,66	4,48	4,38	5,27	6,54	3,90	5,36	5,66	6,64	4,29	4,19	5,36	4,38	3,41	5,66	5,95	6,25	5,76	<b>3,01</b>	6,05	7,03	6,93	<b>7,32</b>	6,64	6,54	5,76	3,80
3º-T - 2014	5,41	0,00	5,66	4,58	4,48	5,07	6,44	3,80	5,46	5,36	6,93	4,19	4,29	5,27	4,19	3,41	5,95	5,85	6,25	5,66	<b>3,01</b>	6,05	7,03	7,13	<b>7,22</b>	6,64	<b>6,73</b>	5,66	3,60
4º-T - 2014	5,45	0,04	6,05	4,58	4,09	5,46	6,34	3,90	5,85	5,76	6,83	3,99	4,38	5,36	4,38	3,70	6,25	6,05	6,25	5,46	<b>2,92</b>	6,05	6,83	<b>7,22</b>	<b>7,22</b>	6,44	6,44	5,76	3,50
1º-T - 2015	5,31	-0,14	5,85	4,68	4,19	4,78	6,44	3,50	5,27	5,56	6,64	3,80	4,29	5,56	4,19	3,31	6,34	6,05	6,15	5,27	<b>2,82</b>	5,95	6,64	7,13	<b>7,22</b>	6,25	6,34	5,66	3,50
2º-T - 2015	5,32	0,01	5,95	4,58	3,99	4,68	6,44	3,60	5,36	5,66	6,83	3,80	4,48	5,56	4,19	3,11	5,85	5,95	6,34	5,36	<b>3,01</b>	5,95	6,73	<b>7,22</b>	<b>7,22</b>	6,15	6,44	5,66	3,60
3º-T - 2015	5,32	0,00	6,15	4,68	4,19	4,48	6,73	3,41	5,46	5,85	6,64	3,90	4,58	5,46	4,09	3,21	5,95	5,95	6,54	5,27	<b>3,01</b>	5,95	6,54	<b>7,13</b>	<b>7,13</b>	6,34	6,15	5,56	3,41
4º-T - 2015	4,70	-0,62	5,66	4,29	<b>3,41</b>	3,90	5,95	3,31	4,87	5,46	5,66	3,60	3,90	4,68	3,60	2,82	4,68	5,36	5,66	<b>4,38</b>	<b>2,43</b>	5,36	6,05	6,44	<b>6,54</b>	<b>5,66</b>	5,56	4,87	2,92
1º-T - 2016	4,51	-0,20	5,56	3,90	3,60	3,80	5,85	<b>2,62</b>	4,68	5,27	5,17	<b>3,41</b>	<b>3,31</b>	4,58	3,50	2,82	4,87	5,07	<b>5,36</b>	<b>4,19</b>	<b>2,33</b>	<b>5,27</b>	5,95	<b>6,34</b>	<b>6,34</b>	<b>5,36</b>	<b>5,17</b>	<b>4,68</b>	<b>2,72</b>
2º-T - 2016	4,54	0,03	5,66	3,60	3,90	3,90	5,66	3,01	4,87	4,78	<b>4,97</b>	3,70	3,60	<b>4,29</b>	3,41	2,82	4,87	5,07	<b>5,56</b>	<b>4,38</b>	<b>2,23</b>	<b>5,17</b>	<b>5,85</b>	<b>6,15</b>	<b>6,25</b>	5,76	<b>5,46</b>	4,78	2,82
3º-T - 2016	<b>4,39</b>	-0,15	5,27	<b>3,31</b>	3,70	<b>3,31</b>	5,66	3,01	4,58	<b>4,58</b>	<b>4,87</b>	<b>3,50</b>	<b>3,50</b>	<b>3,99</b>	<b>3,21</b>	2,82	4,58	4,97	<b>5,46</b>	<b>4,09</b>	<b>2,23</b>	<b>5,17</b>	<b>5,85</b>	<b>6,25</b>	<b>6,25</b>	5,66	5,27	4,48	3,01
4º-T - 2016	<b>4,37</b>	-0,03	5,36	<b>3,31</b>	<b>3,50</b>	<b>2,82</b>	<b>5,56</b>	3,01	4,58	4,68	<b>4,87</b>	<b>3,50</b>	<b>3,41</b>	<b>4,09</b>	<b>3,21</b>	<b>2,92</b>	<b>4,38</b>	<b>4,68</b>	<b>5,56</b>	<b>4,19</b>	<b>2,23</b>	<b>5,27</b>	<b>5,95</b>	<b>6,25</b>	<b>6,34</b>	5,66	5,27	4,38	2,92
1º-T - 2017	<b>4,23</b>	-0,14	<b>5,07</b>	<b>3,11</b>	3,60	<b>2,92</b>	<b>5,36</b>	<b>2,82</b>	<b>4,38</b>	<b>4,58</b>	<b>4,68</b>	<b>3,31</b>	<b>3,31</b>	<b>4,09</b>	<b>3,11</b>	<b>2,43</b>	<b>4,09</b>	<b>4,48</b>	<b>5,36</b>	<b>3,99</b>	<b>2,13</b>	<b>5,17</b>	<b>5,85</b>	<b>6,34</b>	<b>6,25</b>	5,46	5,17	4,29	2,82
2º-T - 2017	<b>4,37</b>	0,14	5,27	<b>3,41</b>	3,70	<b>3,21</b>	5,76	<b>2,92</b>	<b>4,29</b>	4,68	<b>4,58</b>	<b>3,41</b>	<b>3,21</b>	<b>4,19</b>	<b>3,01</b>	<b>2,52</b>	4,48	4,68	<b>5,56</b>	<b>4,38</b>	<b>2,13</b>	<b>5,27</b>	5,95	<b>6,34</b>	<b>6,34</b>	5,56	<b>5,46</b>	4,68	2,92
3º-T - 2017	4,47	0,11	5,36	3,70	3,60	3,60	5,85	<b>2,92</b>	<b>4,09</b>	4,78	5,07	3,60	<b>3,50</b>	4,38	<b>3,21</b>	<b>2,62</b>	<b>4,29</b>	<b>4,58</b>	5,66	4,58	<b>2,43</b>	<b>5,27</b>	5,95	<b>6,44</b>	6,34	<b>5,66</b>	5,56	4,87	2,82
4º-T - 2017	4,53	0,06	5,36	3,80	3,60	3,80	5,76	<b>2,82</b>	<b>4,58</b>	4,68	<b>4,87</b>	3,90	<b>3,50</b>	4,48	3,50	<b>2,62</b>	4,68	4,78	5,76	4,58	<b>2,33</b>	5,36	6,05	<b>6,54</b>	<b>6,25</b>	5,76	<b>5,66</b>	4,68	<b>2,72</b>
1º-T - 2018	<b>4,37</b>	-0,17	<b>4,97</b>	3,60	<b>3,50</b>	3,70	<b>5,36</b>	<b>2,43</b>	<b>4,38</b>	<b>4,48</b>	<b>4,48</b>	3,80	<b>3,41</b>	<b>4,29</b>	3,60	<b>2,33</b>	<b>4,48</b>	<b>4,58</b>	<b>5,56</b>	4,48	<b>2,33</b>	<b>5,27</b>	<b>5,85</b>	<b>6,34</b>	<b>6,15</b>	5,76	<b>5,46</b>	4,68	<b>2,62</b>
2º-T - 2018	<b>4,41</b>	0,05	<b>4,97</b>	<b>3,41</b>	<b>3,21</b>	3,50	<b>5,56</b>	<b>2,52</b>	<b>4,38</b>	<b>4,48</b>	<b>4,97</b>	3,90	3,60	<b>4,29</b>	3,60	<b>2,13</b>	4,58	4,48	5,76	4,78	2,33	5,36	5,95	<b>6,25</b>	<b>5,95</b>	5,85	5,66	4,78	2,92
3º-T - 2018	4,54	0,13	5,36	3,70	3,60	3,50	<b>5,66</b>	<b>2,52</b>	4,58	<b>4,48</b>	5,27	4,09	3,80	4,48	3,60	<b>2,52</b>	<b>4,48</b>	<b>4,58</b>	5,85	4,97	<b>2,43</b>	5,46	<b>5,85</b>	<b>6,34</b>	<b>6,05</b>	6,05	5,76	4,78	2,82
4º-T - 2018	4,56	0,02	5,46	3,70	<b>3,50</b>	3,50	<b>5,56</b>	<b>2,33</b>	4,58	<b>4,38</b>	5,27	4,19	3,80	4,48	3,60	<b>2,62</b>	4,97	<b>4,38</b>	5,66	4,97	2,52	5,56	5,95	<b>6,25</b>	<b>6,15</b>	6,05	5,95	4,87	2,92
Média	5,00	-0,04	5,79	4,23	4,06	4,20	6,18	3,28	5,07	5,21	5,91	3,95	3,98	4,88	3,86	3,05	5,28	5,38	6,02	5,17	2,81	5,76	6,52	6,84	6,83	6,09	6,04	5,28	3,40
Mínimo	4,23	-0,62	4,97	3,11	3,21	2,82	5,36	2,33	4,09	4,38	4,48	3,31	3,21	3,99	3,01	2,13	4,09	4,38	5,36	3,99	2,13	5,17	5,85	6,15	5,95	5,36	5,17	4,29	2,62
Máximo	5,64	0,14	6,93	5,17	4,97	5,46	7,03	4,09	5,85	5,95	7,03	4,87	4,58	5,56	4,58	3,80	6,34	6,25	6,73	6,25	3,70	6,44	7,32	7,81	7,62	6,73	6,83	5,95	4,58
Desvio-padrão	0,53	0,15	0,56	0,65	0,51	0,77	0,53	0,54	0,55	0,53	0,91	0,38	0,47	0,55	0,48	0,46	0,71	0,65	0,44	0,75	0,52	0,45	0,59	0,53	0,57	0,41	0,55	0,59	0,59

Fonte: Elaboração Própria

## 5 Considerações finais

Este trabalho se propôs a criar um índice, que permitisse um posicionamento do país no mercado de trabalho, de forma a informar o caminho percorrido e a tendência possível de direção. O ISMT mostrou-se capaz de acompanhar o ciclo econômico, além de refletir as particularidades de cada estado, indicando para este, também, uma orientação de percurso. O ISMT de cada estado acompanhou a tendência do índice Nacional, descrevendo uma queda expressiva das ocupações do 3º trimestre de 2015 para o 4º trimestre de 2015, seguida pelo aumento da precarização do mercado de trabalho, evidenciadas pela orientação da trajetória dos fatores extraídos pela análise fatorial que contribuíram para a formação do ISMT.

O objetivo da nota do ISMT é comunicar de forma simples, clara e direta a situação do mercado de trabalho, sendo a sua principal contribuição, o fato de poder sintetizar em apenas um número, todas as informações do mercado de trabalho. Outra contribuição é permitir ter um olhar por estado das condições do



mercado de trabalho, possibilitando, também, uma medida (nota) estadual. Assim, este artigo cumpre o seu propósito, além de reconhecer que a base de dados, adotada para criação do indicador, é uma base contínua e nacional, em que a informação é sempre nova, e acompanha o indivíduo durante o período analisado; sendo completa na sua forma de abrangência, considerando todo tipo de trabalho, seja ele regulamentado (formal) ou não (informal).

## Referências

- AMITRANO, C. R. Considerações sobre o mercado de trabalho no Brasil. *In: CORRÊA, Vanessa Petrelli. Padrão de acumulação e desenvolvimento brasileiro*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.
- BALTAR, P. Crise Econômica e Emprego no Brasil. *In: MORETTO, A.; KREIN, J. D.; POCHMANN, M.; MACAMBIRA, J. Economia, desenvolvimento regional e mercado de trabalho do Brasil*. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho: Banco do Nordeste do Brasil: Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2010.
- BALTAR, P. O crescimento da economia e o mercado de trabalho no Brasil. *Texto para Discussão, IPEA*, Brasília, n. 2036, 2015.
- BALTAR, P. Emprego e informalidade das ocupações urbanas no Brasil dos anos 90. *In: Encontro Nacional dos Estudos Populacionais da ABEP*, 11., 2016. *Anais [...]*. [S.l.]: ABEP, 2016.
- BARBOSA FILHO, F. de H.; MOURA, R. L. Evolução recente da informalidade do emprego no Brasil: uma análise segundo as características da oferta de trabalho e o setor. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 45, n. 1, abr. 2015.
- BORJAS, G. J. *Economia do trabalho*. Porto Alegre: AMGH, 2012.
- CACCIAMALI, M. C.; TATEI, F. Crise econômica mundial: mudanças nas características do desemprego no mercado de trabalho brasileiro. *In: MORETTO, A.; KREIN, J. D.; POCHMANN, M.; MACAMBIRA, J. Economia, desenvolvimento regional e mercado de trabalho do Brasil*. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho: Banco do Nordeste do Brasil: Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2010.
- CHAHAD, J. P. Z.; MENEZES FILHO, N. A. *Mercado de trabalho no Brasil: salário, emprego e desemprego numa era de grandes mudanças*. São Paulo: Editora LTDA, 2002.
- DEDECA, C. S. Notas sobre a evolução do mercado de trabalho no Brasil. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 94-111, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/sYwxkbSHZc6H4hCtRBppGDN/?lang=pt>. Acesso em: 15 jun. 2022.
- FÁVERO, L. P.; BELFIORE, P. *Manual de análise de dados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.
- FERNANDES, R.; MENEZES FILHO, N. A. Escolaridade e demanda relativa por trabalho: uma avaliação para o Brasil nas décadas de 80 e 90. *In: CHAHAD, J. P. Z.; MENEZES FILHO, N. A. (org.). Mercado de trabalho no Brasil: salário, emprego e desemprego numa era de grandes mudanças*. São Paulo: Editora LTDA, 2002.
- HAIR JR, J. F.; BLACK, W. C.; BABIN, B. J.; ANDERSON, R. E.; TATHAM, R. L. *Análise multivariada de dados*. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2009.
- IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *PNAD Contínua – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2019*. [S.l.]: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>.

- MONTALI, L. Família e trabalho na reestruturação produtiva: ausência de políticas de emprego e deterioração das condições de vida. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 42, 2000.
- MONTALI, L. Rearranjos familiares de inserção, precarização do trabalho e empobrecimento. *In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais ABEP*, 14., 2004, Caxambú, MG. *Anais [...]*. [S.l.]: ABEP, 2004.
- OLIVEIRA, M. P.; MARQUES, R. M. Discutindo uma proposta de índice de precarização para o mercado de trabalho da região metropolitana de São Paulo. *Pesquisa & Debate*, São Paulo, v. 22, n. 2 (40), p. 321-341, 2011.
- OLIVEIRA, S. R.; PICCININI, V. C. Mercado de trabalho: múltiplos (des)entendimentos. *RAP - Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 5, p. 1517-1538, set./out. 2011.
- PASSOS, L.; GUEDES, D. Participação feminina no mundo do trabalho e a crise de cuidados da modernidade: conexões diversas. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 50, jan./jun. 2018.
- PAULI, R. C. de; NAKABASHI, L.; SAMPAIO, A. V. Mudança estrutural e mercado de trabalho no Brasil. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 459-478, jul./set. 2012.
- POCHMANN, M. Reação do mercado de trabalho no Brasil metropolitano frente à crise internacional. *In: MORETTO, A; KREIN, J. D.; POCHMANN, M.; MACAMBIRA, J. Economia, desenvolvimento regional e mercado de trabalho do Brasil*. Fortaleza: Instituto de Desenvolvimento do Trabalho: Banco do Nordeste do Brasil: Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2010.
- SABOIA, J. Um novo índice para o mercado de trabalho urbano no Brasil. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 123-146, jan./jun. 2000.
- SABOIA, J.; KUBRUSLY, L. S. Indicadores para o mercado de trabalho metropolitano no Brasil. *IE-UFRJ Discussion Paper*, TD 021, 2014.
- SILVA, N. D. V.; KASSOUF, A. L. A exclusão social dos jovens no mercado de trabalho brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 19, n. 2, jul./dez. 2002.
- SOARES, F. V. Do informal workers queue for formal jobs in Brazil? *Texto para Discussão, IPEA*, n. 1.021, 2004.
- TANNURI-PIANTO, M. E.; PIANTO, D. M. *Informal employment in Brazil: a choice at the top and segmentation at the bottom: a quantile regression approach*. Mimeo, 2002.
- TONI, M. de. *Para onde vai o mercado de trabalho? A tendência à precarização das relações de trabalho: um estudo da região metropolitana de Porto Alegre*. 2004. Tese (Doutorado em Sociologia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.
- ULYSSEA, G. Informalidade no mercado de trabalho brasileiro: uma resenha da literatura. *Texto para Discussão, IPEA*, Rio de Janeiro, n. 1070, 2005.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

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

**A função do jurista na defesa da  
seguridade social e o argumento  
do cost of rights**

**The role of the jurist in the  
defense of social security and the  
cost of rights argument**

João Paulo Mansur

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# A função do jurista na defesa da seguridade social e o argumento do cost of rights\*

## The role of the jurist in the defense of social security and the cost of rights argument

João Paulo Mansur\*\*

### Resumo

Este artigo investiga o orçamento da seguridade social entre os anos de 2013 e 2018 em busca dos fundamentos com que a contabilidade estatal alega que a seguridade social é deficitária. Documentos oficiais são confrontados, criticamente, com relatórios de auditores fiscais independentes da Receita Federal. Conclui-se que políticas públicas e manobras jurídico-contábeis são utilizadas pelo Governo Federal para fragilizar o orçamento da seguridade, difundindo o mito do *déficit*, que se torna justificativa da agenda das reformas sociais. Espera-se oferecer ao auditório jurídico fundamentos concretos para intervenções judiciais na realidade, uma vez que parece esgotada a eficácia argumentativa de qualquer discurso que não adentre o terreno do *cost of rights* para defender os direitos sociais.

**Palavras-chave:** Seguridade social; Ajuste fiscal; Reforma trabalhista; Reforma previdenciária; Déficit da seguridade social; Renúncias fiscais.

### Abstract

this article studies the Brazilian social security budget between the years 2013 and 2018 in search of the fundamentals with which State accounting claims that social security is in deficit. Official documents are critically cross-checked against reports issued by independent tax auditors from the Brazilian Internal Revenue Service (Receita Federal). It is concluded that public policies and legal/accounting maneuvers are used by the Federal Government to weaken the security budget, spreading the deficit myth, which becomes the justification for the social reform agenda. This article is expected to offer the legal audience concrete foundations for judicial interventions, since the argumentative efficacy of any discourse that does not encompass the field of cost of rights to defend social rights seems to have been exhausted.

**Keywords:** Social security; Fiscal adjustment; Reforms in labor legislation; Pension reform; Deficit in social security; Tax exemptions.

\* Recebido em 14/05/2021  
Aprovado em 17/07/2021

\*\* Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito e graduando em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo.  
E-mail: jpmansur@gmail.com.

# 1 Introdução

Ao estudar o relatório final da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em 2017 na seguridade social, uma pesquisa recente de Carlos Luiz Strapazzon<sup>1</sup> observou importantes irregularidades por parte do Governo Federal na aplicação do orçamento social. Destacam-se diversos lançamentos de despesas estranhas e subtrações de receitas predeterminadas em lei. As conclusões de sua pesquisa são importantíssimas para se questionar a validade dos argumentos que afirmam que a seguridade social não possui equilíbrio atuarial e que, por isso, os direitos sociais que ela provê precisam ser reformados. Neste artigo, investiga-se semelhante objeto de pesquisa ao examinar, com base em documentos oficiais, o orçamento da seguridade social entre os anos de 2013 e 2018. Relatórios de auditores fiscais independentes da receita federal auxiliarão a crítica dos dados. Será possível perceber quais têm sido as principais estratégias utilizadas para espoliar o orçamento da seguridade social. Ainda se visualizará como, a partir dessas manobras, são criadas bases para a ideologia do *déficit* da seguridade, responsável por inverter a realidade: a seguridade social não está sendo reformada constantemente porque ela é inviável financeiramente, mas as suas contas são, conscientemente, oneradas a fim de ela ser reformada.

Quero desenvolver agora a perspectiva teórico-metodológica que guiou este artigo e que tem reflexos importantes para as suas justificativa e conclusões: é imprescindível que os juristas defensores dos direitos sociais se apropriem de debates financeiros para realizarem, em seus espaços próprios de atuação, uma proteção mais efetiva da seguridade social, ou, se for o caso, para propor reformas que sejam razoáveis e de acordo com dados contábeis confiáveis. O discurso dos direitos sociais, quando se restringe a uma argumentação estritamente jurídica, se torna vulnerável a questionamentos sobre sua viabilidade financeira. Uma longa tradição teórica de natureza positivista<sup>2</sup> direciona o jurista a buscar as suas razões discursivas, exclusivamente, nos textos normativos: existem direitos sociais porque as leis, a Constituição ou os tratados internacionais os preveem. Mas essa autorreferência do raciocínio jurídico encontra sérios obstáculos em dizeres irônicos como: “— Bonito nas palavras, mas não há dinheiro para custear esses gastos, *rights cost money!*”. A fraseologia jurídica positivista, então, nos limites estreitos de seu campo argumentativo, não encontra outra saída exceto reafirmar a sua *norma fundamental*: “— Mas a Constituição garante!”. Às vezes, revela ainda mais fragilidade ao dizer que a existência de recursos para efetivação das políticas sociais não é um problema jurídico. Desse debate imaginário relativo à legitimidade dos direitos sociais, fica a sensação de que, pelo lado de seus defensores, há seres humanos românticos, com belas intenções, mas alheados da realidade social, com ideias fora de lugar, que em longo prazo, geram efeitos práticos danosos por, supostamente, fragilizarem as finanças públicas. De outro lado, os adversários dos direitos sociais, embasados empiricamente em alguns dados financeiros, mesmo que isolados ou mal trabalhados, aparecem perante os auditórios públicos<sup>3</sup> como portadores de um discurso duro e frio, mas técnico, pautado naquilo que seria possível de se fazer e que, em longo prazo, traria melhores condições de vida a todos.

<sup>1</sup> STRAPAZZON, Carlos Luiz. A dança dos números da previdência social: revisitando a auditoria do TCU de 2017. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 20, n. 1, p. 137-172, 2019.

<sup>2</sup> Ao utilizar o conceito de tradição jurídica, estou me referindo não apenas os traços comuns que permitem a classificação de autores e de pensamentos jurídicos coletivos dentro de uma mesma cultura jurídica. Suponho também que há inúmeras tensões internas e diferenças específicas dentro dessa tradição. Apenas não convém, neste artigo, explorá-las. Essa tradição positivista começou, ainda, com escola francesa da exegese e alcançou expressão mais completa em autores do século XX, como Hans Kelsen e Herbert Hart. Ver HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 401; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2003; HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

<sup>3</sup> Utilizo livremente nesta exposição metodológica teorias argumentativo-retóricas de PERELMAN. Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998; PERELMAN. Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. - Barcelona: Gedisa, 1997; ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica - para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000; ATIENZA, Manuel. *Traz la justicia: Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

Reafirmar a força normativa e o caráter contramajoritário dos direitos sociais é sempre importante. O ordenamento jurídico não apenas reflete as relações sociais que o constituem; ele tem alguma potencialidade, mesmo que pequena, para guiar a sociedade, como gostam de enfatizar, às vezes de forma muito acentuada, os teóricos do constitucionalismo dirigente.<sup>4</sup> Mas diante do arrocho neoliberal promovido nas políticas sociais, esse caráter programático do direito se colapsou,<sup>5</sup> ocasionando o que Enzo Bello, Gilberto Bercovici, e Martonio Lima<sup>6</sup> chamaram de o fim das ilusões constitucionais de 1988. Mudou-se o sentido que se atribuía àquelas ideias jurídicas fora de lugar. O descompasso entre direito e sociedade tinha, anteriormente, cunho progressista: ele existiria em decorrência de uma meta deliberada à qual o direito elevaria progressivamente a sociedade. O direito puxava a sociedade para frente. Mas agora essa distância entre o que o direito prevê e o que a sociedade realmente é passou a ser apontada pela ideologia neoliberal como um horizonte inatingível. Em consequência, em vez de transformar a realidade, mesmo que lentamente, a solução para o desalinhamento entre *ser e dever ser* se tornou modificar a norma. Temos de reconhecer que essa mudança de sentido esvaziou qualquer possibilidade para defesas dos direitos sociais que clamem exclusivamente pela força da Constituição. Vale lembrar, é dito: “— *Rights cost money and there is no money!* Reformem a Constituição!”

Já passou da hora, portanto, de a luta pelas políticas sociais também ser travada pelos juristas em outro terreno, naquele em que se fala a linguagem do *cost of rights*, sobre o qual Stephen Holmes e Cass Susstein<sup>7</sup> e Richard Posner<sup>8</sup> tanto discutiram. Deve-se ir além das restritas áreas de atuação oferecidas pelas teorias jurídicas de cunho positivista e entrar no campo argumentativo em que os adversários dos direitos sociais estão habituados. Argumentos econômicos que questionam a viabilidade financeira das políticas sociais são mais bem refutados por outros que tenham a mesma natureza. Caso se mantenha a estratégia ineficaz de interceder pela seguridade social com alegações estritamente jurídicas, o resultado, provavelmente, continuará a ser desastroso. Isso exige reconhecer que, até mesmo as teorias principiológicas, que a partir de meados do século XX foram responsáveis por alargar um pouco as fronteiras da autopoiese do direito, esgotaram as suas potencialidades. Dworkin<sup>9</sup> já dava indícios do curto alcance dos discursos principiológicos ao conferir muita centralidade à fórmula de que os direitos, por fazerem parte das esferas individuais dos sujeitos, deveriam ser garantidos independentemente dos reflexos na felicidade (gastos) de quem não os usufrui. Ao dissociar argumentos com base em princípios e argumentos com base na utilidade (economia), sua perspectiva teórica esbarrou na mesma esterilidade das teorias positivistas. Especialmente em época de crise econômica, que promove ataques ferozes aos direitos sociais,<sup>10</sup> a principiológica dworkiniana não oferece subsídios convincentes para defesas dos direitos sociais contra aqueles argumentos de caráter economicista que querem reformá-los.

Analisando-se pautas parlamentares recentes, ficará mais claro o que se diz sobre os limites argumentativos das teorias principiológicas. A principal alegação jurídica com que se questiona a constitucionalidade da reforma previdenciária brasileira se ampara no princípio jurídico da vedação do retrocesso social. A partir da interpretação principiológica da Constituição de 1988 e de tratados internacionais de direitos humanos, teoriza-se que os direitos sociais são cláusulas pétreas, embora eles não estejam expressamente previstos

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

<sup>5</sup> MUSTAFA, Patrícia Soraya. Estado capitalista brasileiro: análise dos direitos sociais em tempos de ortodoxia neoliberal. *Rev. Katálysis*, v. 22, n. 1, p. 100-109, 2019; SILVA, Mauri Antônio da. Os reflexos da crise econômica sobre os direitos trabalhistas no Brasil. *Rev. Katálysis*, v. 22, n. 2, p. 252-272, 2019; VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017. CRUZ, Sebastião Carlos Velasco e. *Trajetórias: capitalismo neoliberal e reformas econômicas nos países da periferia*. São Paulo: Unesp, 2007.

<sup>6</sup> BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Rev. Direito Práx.*, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019.

<sup>7</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Company, 1999.

<sup>8</sup> POSNER, Richard A. The cost of rights: implications for central and Eastern Europe--and for the United States. *Tulsa law journal*, v. 32, n. 1, p. 1-19, 1996.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 94.

<sup>10</sup> CASTILHO, Daniela Ribeiro; LEMOS, Esther Luíza de Souza; GOMES, Vera Lúcia Batista. Crise do capital e desmonte da seguridade social: desafios (im)postos ao serviço social. *Serv. Soc. Soc.*, n. 130. p. 447-466, 2017.

como tanto no rol do artigo 60, § 4º da CF. Logo, a reforma previdenciária seria inconstitucional em tudo aquilo que fez retroceder o padrão de vida social. O princípio da vedação do retrocesso social também tem sido utilizado para questionar a reforma trabalhista e a Emenda Constitucional n.º 95 de 2016,<sup>11</sup> que instituiu o Novo Regime Fiscal, congelando os gastos públicos por vinte anos. Não se nega a importância desse princípio, que é muito bem fundamentado por pesquisadores como Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>12</sup> Luís Roberto Barroso<sup>13</sup> e Flávia Piovesan<sup>14</sup> nas raízes históricas sociais-democratas nas quais se fundou a república de 1988.<sup>15</sup> Mas precisamos reconhecer que esse princípio é categoricamente ignorado pelo parlamento e pelos tribunais brasileiros. Não é prudente, portanto, que a sociedade brasileira deposite as esperanças de enfrentamento do poderosíssimo neoliberalismo apenas em uma argumentação estritamente jurídica fundada em importantes, mas impotentes, princípios.

Em vez, portanto, de defender a seguridade social exclusivamente a partir do raciocínio jurídico típico, realizando conexões lógicas e principiológicas entre premissas e conclusões, que têm a sua relevância, mas que se mostra insuficiente diante do avanço neoliberal, este artigo adentra no território do *cost of rights*. Analisando o orçamento social de 2013 a 2018 se verá que o déficit é obra de manobras jurídico-contábeis e de políticas públicas que deliberadamente oneram a seguridade. A partir das conclusões deste artigo, espera-se oferecer alicerces empíricos sólidos para subsidiar intervenções judiciais a favor dos direitos sociais. A apropriação da discussão financeira pelos juristas é fundamental nesse processo, posto que são eles que possuem o monopólio do acesso aos tribunais. Quem sabe, uma base empírica não seja o conteúdo concreto que o princípio da vedação do retrocesso social necessite em ações declaratórias de inconstitucionalidade para alcançar força argumentativa e ser instrumento efetivo contra as reformas sociais?

## 2 Forjando o mito do déficit da seguridade social com “manobras jurídico-contábeis”

Difunde-se, há algum tempo, a tese de que a seguridade social, no modelo instituído pela Constituição Federal brasileira de 1988, seria deficitária. Essa propagação não é mera invenção irrefletida. Ao contrário, é bem orquestrada. Possui respaldo oficial, visto que consta, em documentos contábeis do Poder Executivo, como os balanços da seguridade social, cuja elaboração é de responsabilidade do atual Ministério da Economia. Parlamentares e estadistas, além da grande mídia, em posse desses documentos, alardeiam a bancarrota da seguridade, a exemplo da propaganda do governo Temer, que, em tom impressionista, profetizava: “reformular para não acabar”.<sup>16</sup> Os discursos nesse sentido possuem um objetivo real: promover ajustes fiscais, extinguindo direitos sociais ou limitando o acesso a eles, com a finalidade de liberar recursos para produção de superávit primário no orçamento fiscal.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Letícia Regina Camargo. Conventionality control and amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. *Rev. Investig. Const.*, v. 5, n. 2, p. 35-56, 2018.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 444; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Rev. TST*, v. 75, n. 3, 2009; SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais. Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, v. 82, p. 239-289, 2006.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 381.

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 253.

<sup>15</sup> O princípio foi nominalmente expresso pela primeira vez pela jurisprudência portuguesa. Ver José Joaquim Gomes Canotilho em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 468.

<sup>16</sup> BRASIL. Previdência: reformar para não acabar. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A9, 06 dez. 2016. 2016b, p. A9.

<sup>17</sup> SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a desvinculação das receitas da União. *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, p. 33-50, 2004. p. 46; SALVADOR, Evilasio da Silva. Fundo público e políticas sociais na crise do capitalismo. *Serv. Soc. Soc.*, n. 104, p. 605-631, 2010.

Sucessivos governos, respaldados pela contabilidade oficial, promoveram políticas no sentido do corte de gastos sociais. Dilma Rousseff fez microrreformas na Previdência e no Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) com as Medidas Provisórias 664 e 665, ambas de 2014, dificultando acesso à pensão por morte, ao seguro-desemprego e ao abono salarial. Michel Temer tentou, sem sucesso, uma reforma previdenciária mais ampla com a PEC 287 de 2016. Mas o seu Novo Regime Fiscal, implantado pela Emenda Constitucional n.º 95 de 2016, congelou gastos públicos no mesmo patamar real por vinte anos. Os ataques mais ferozes, porém, ocorreriam em 2019 com a reforma previdenciária orquestrada por Paulo Guedes, ministro da economia de Jair Bolsonaro e discípulo dos *Chicago Boys*, idealizadores da duríssima reforma da previdência chilena de 1981.<sup>18</sup>

Do ponto de vista jurídico, a seguridade social, prevista no texto constitucional de 1988, é composta pela integração de políticas públicas voltadas à satisfação de necessidades humanas relacionadas à saúde, à assistência social e à previdência social. A saúde gratuita é, em tese, um direito de todos e dever do Estado. A previdência social proporciona aos contribuintes e dependentes uma série de benefícios em caso de necessidades, como aposentadoria, pensão por morte, auxílio-doença, auxílio-reclusão etc. Há, ainda, o FAT, o Fundo de Amparo ao Trabalhador, que administra o seguro-desemprego e o abono salarial. A assistência social engloba serviços e benefícios pecuniários que amparam, com um salário-mínimo mensal, idosos maiores de 65 anos e deficientes que não possuem condições de terem seus sustentos providos por si mesmos ou por suas famílias. Trata-se do Benefício de Prestação Continuada (BPC), que não exige contribuição previdenciária prévia.

Esses amparos sociais devidos ao povo, caso tivessem sua execução vinculada à discricionariedade do Poder Executivo, bem provavelmente, sofreriam com orçamentos minguados.<sup>19</sup> Importante segurança constitucional — art. 165 e 195 da CF — para evitar essa situação foi o delineamento de um orçamento específico para seguridade social, distinto do orçamento fiscal. Este custeia gastos com a dívida, o funcionalismo público e as demais despesas não relacionadas à seguridade. Os gastos com as áreas da seguridade, por outro lado, são financiados pelo seu próprio orçamento. “As vinculações orçamentárias são barreiras para a expansão ainda maior do capital sobre os direitos sociais”.<sup>20</sup> A área social, assim, não é apenas promessa dependente do bel-prazer do governo: possui meios próprios de efetivação.

O artigo 195 da Constituição prevê determinados fatos geradores sobre os quais devem incidir os tributos vinculados ao orçamento da seguridade social. As principais fontes de custeio da seguridade social compõem-se pelas contribuições previdenciárias e pelas contribuições sociais. As contribuições previdenciárias são devidas pelos segurados da previdência e pelos seus empregadores, e são calculadas, embora haja exceções, a partir dos salários dos empregados. As contribuições sociais, uma vez extinta a CPMF, compreendem o PIS/Pasep, a COFINS e a CSLL. Há, ainda, outras fontes de receita do orçamento social, mas são de menor vulto, como rendimentos de fundos e investimentos que a seguridade social faz. O somatório das principais receitas, desconsiderando-se as de menor expressividade, em 2018, totalizou mais de R\$ 787 bilhões.

<sup>18</sup> Para uma análise da reforma da previdência chilena, mas, também, comparativamente, de mais outras nove reformas realizadas, desde os anos 80, em diversos países da América Latina, ver estudos de BORZUTZKY, Silvia. From Chicago to Santiago: neoliberalism and social security privatization in Chile. *Governance*, v. 18, n. 4, p. 655-674, 2005; MESA-LAGO, Carmelo. A reforma estrutural dos benefícios de seguridade social na América latina: modelos, características, resultados e lições. In: COELHO, Vera Schattan P. (org.). *A reforma da previdência social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003; MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios da seguridade social*. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007; CRUZ-SACO, María Amparo; MESA-LAGO, Carmelo (org.). *Do options exist? The reform of pension and health care systems in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 1988; JIMÉNEZ, Adolfo. Reflexiones sobre las reformas de los Sistemas de pensiones en América Latina. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, v. extraordinario, p. 71-86, 2005.

<sup>19</sup> GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira. Análise financeira do período 1990-2005*. 2006. 357 f. Tese. (Doutorado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2006. p. 115.

<sup>20</sup> SALVADOR, Evilasio da Silva; RIBEIRO, Isabela Ramos. Hegemonia e políticas sociais no Brasil: contribuições ao debate sobre vinculação orçamentária. *Rev. Katálysis*, v. 21, n. 1, p. 76-85, 2018. p. 84.



**Tabela 1: principais receitas da seguridade social (2013-2018)**  
(em bilhões de reais nominais)

	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Contribuições previdenciárias	307,1	337,5	350,3	358,1	374,8	391,2
COFINS	202,8	198,7	202,7	204,7	235,8	251,5
CSLL	64,3	64,8	60,4	68,1	75,7	78,5
PIS	52,0	52,5	53,5	53,9	62,6	66,1

Fonte: BRASIL. Ministério da Economia. Resultado do Tesouro Nacional: janeiro de 2019 - Anexo I. Brasília: 2019b. Elaboração própria.

Segundo o Ministério da Economia, a soma das principais fontes do orçamento da seguridade (CP, COFINS, PIS/Pasep, CSLL), em valores nominais, foi de R\$ 623,24 bilhões em 2013; R\$ 653,58 bilhões em 2014, e; 666,97 bilhões em 2015. Não obstante, o balanço da seguridade social (BRASIL, 2018b), elaborado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em 2018, demonstra que, de tais receitas, tão somente os seguintes valores foram destinados ao orçamento da seguridade social: R\$ 569,7 bilhões em 2013; R\$ 600,4 bilhões em 2014; R\$ 618 bilhões em 2015, em valores nominais dos respectivos anos.

**Tabela 2: receitas das contribuições sociais e previdenciárias versus destinação ao orçamento da seguridade social**  
(em bilhões de reais nominais)

	2013	2014	2015
Receitas das contribuições sociais e previdenciárias	623,24	653,58	666,97
Destinação ao orçamento da seguridade social	569,7	600,4	618

Fonte: BRASIL. Ministério da Economia. Resultado do Tesouro Nacional: janeiro de 2019 - Anexo I. Brasília: 2019b; BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Balanço da seguridade social: março de 2018. Brasília: 2018b. Elaboração própria.

O que explica a diferença entre as receitas constitucionalmente previstas para a seguridade social e o que lhe é efetivamente repassado é a Desvinculação de Receitas da União, a DRU, que relativizou os artigos 165 e 195 da Constituição Federal. Esse mecanismo foi introduzido em 1994 no ADCT da Constituição, com a Emenda Constitucional de Revisão n.º 1/1994, permitindo ao Governo Federal desvincular a aplicação de tributos federais vinculados a determinados fundos ou despesas. Em época de acirramento da política econômica neoliberal no Brasil, a DRU “[...] cumpre historicamente um papel de uma perversa ‘alquimia’ de transformar os recursos destinados ao financiamento da seguridade social em recursos fiscais para a composição do superávit primário e, por consequência, os utiliza para pagar juros da dívida”.<sup>21</sup>

Até o ano de 2015, o art. 76 do ADCT da CF permitia que 20% das receitas das contribuições sociais — a DRU não se aplica às contribuições previdenciárias — fossem remanejadas para o orçamento fiscal. Mas, no contexto de crise econômica, a Emenda Constitucional n.º 93 de 2016 permitiu que o percentual de desvinculação de receitas saltasse para 30%. A solução encontrada para a crise fiscal do Estado foi permitir que o orçamento fiscal se apropriasse de fatia maior do orçamento da seguridade social. Ao se observar, na tabela 3, a diferença entre o montante desvinculado no ano de 2015 e no ano de 2016, percebe-se o impacto da EC n.º 93.

<sup>21</sup> SALVADOR, Evilasio da Silva. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. *Serv. Soc. Soc.*, n. 130, p. 426-446, 2017. p. 430.

**Tabela 3: evolução da DRU (2010 - 2017)**  
(em bilhões de reais nominais e em % do PIB)

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Em bilhões de reais	46	50,5	54,8	60,1	59,9	60,6	92	100,4
Em % do PIB	1,2	1,2	1,1	1,1	1	1	1,5	1,5

Fonte: BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Balanço da seguridade social: março de 2018. Brasília: 2018b. Elaboração própria.

Extraír receitas da seguridade social com a Desvinculação de Receita da União, além de prejudicar a efetividade dos direitos sociais, auxilia o Governo Federal a fomentar o mitológico discurso do déficit da seguridade social. Isso ocorre porque os balanços da seguridade social feitos pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão não consideram os recursos obtidos com as desvinculações como receita do orçamento da seguridade, mas como receita do orçamento fiscal. Mas, se o orçamento da seguridade fosse deficitário, não haveria importância na DRU. Aliás, aumentou-se o percentual de 20% para 30% justamente porque havia recursos no referido orçamento para serem dele desvinculados.

Assim, a Desvinculação de Receitas da União ajuda a arquitetar uma perversa espiral de desconstrução das políticas sociais: retiram-se receitas do orçamento social para satisfação das despesas do orçamento fiscal e, então, afirma-se que a seguridade social não tem equilíbrio financeiro e atuarial. Supostamente incapaz de se sustentar, impõe-se a agenda das reformas. Uma vez suprimidos direitos sociais, os gastos estatais na seguridade diminuem, abrindo margem para novas estratégias de expropriação de recursos de seu orçamento e, dessa forma, reinicia-se o ciclo “mito do déficit – reformas – mito do déficit”.

Além da DRU, há outras manobras jurídico-contábeis que são utilizadas para esconder receitas do orçamento social e fomentar o discurso do déficit. A ANFIP, Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, em conjunto com a Fundação ANFIP<sup>22</sup>, chamou a atenção para um segundo instrumento: os órgãos que compõem a seguridade podem aplicar seus recursos financeiros para obterem dividendos e incorporarem-nos ao seu orçamento. Contudo, o executivo entende que os resultados obtidos por essas aplicações não pertencem ao orçamento social. Em 2015, por exemplo, o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) arrecadaria R\$ 14 bilhões com seus investimentos no BNDES se a contabilidade governamental, simplesmente, não os absorvesse para orçamento fiscal.

Quando a crise econômica afetou com gravidade a economia brasileira, o Estado brasileiro trouxe para si o ônus da anarquia do mercado capitalista ao renunciar a parte de tributos de IPI, contribuições sociais e contribuições previdenciárias com renúncias fiscais na tentativa de manter o patamar da taxa de lucro da burguesia. Nesse contexto, uma terceira sangria é apontada pelos cálculos da ANFIP: o executivo não repassa ao orçamento da seguridade a totalidade da compensação devida pela desoneração da folha de pagamento (art. 9º, IV, da lei 12.546 de 2011). O governo também não considera os repasses realizados como receita originária da seguridade social, mas como transferência intraorçamentária. Seria como se o orçamento fiscal estivesse doando suas receitas para a seguridade.

Quanto às contribuições sociais (PIS, CSLL, COFINS), não há previsão de contrapartida do orçamento fiscal na lei 12.546 de 2011. É dinheiro que sai direto da área social para a burguesia. O proletariado paga pelo preço da crise do capital. Quanto às contribuições previdenciárias, a legislação previu que o orçamento fiscal deveria compensar os valores estimados das renúncias ao RGPS. Mas o executivo calcula “por baixo” a estimativa de renúncia. Nos cálculos da ANFIP<sup>23</sup> em 2012, R\$ 5,28 bilhões não foram repassados; em 2013, esse valor quase dobrou (R\$ 10 bilhões), chegando em 2014 a R\$ 13,47 bilhões. Além disso, as compensações das contribuições previdenciárias renunciadas que são efetivamente repassadas não aparecem como

<sup>22</sup> ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2015*. Brasília: ANFIP, 2016. p. 37.

<sup>23</sup> ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2015*. Brasília: ANFIP, 2016. p. 38.

receita do orçamento social. Ficam como gastos do orçamento fiscal na seguridade. Dessa forma, o governo escondeu R\$ 1,7 bilhões em 2012; R\$ 9,02 bilhões em 2013; R\$ 18,05 bilhões em 2014 e R\$ 25,4 bilhões em 2015, do balanço final do orçamento social.

Cálculos da ANFIP reincorporaram as receitas perdidas com a DRU; inseriram os rendimentos dos investimentos dos órgãos da seguridade; compensaram integralmente as renúncias sobre as contribuições previdenciárias provenientes da desoneração em folha de pagamento; consideram tais compensações como receita da seguridade, e inseriram, pormenorizadamente, outras receitas aqui não retratadas. Na tabela 4, apresentam-se os resultados desses cálculos, que são confrontados com dados do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

**Tabela 4: receitas da seguridade social (2013 - 2017)**  
(em bilhões de reais nominais)

	2013	2014	2015	2016	2017
<b>1. Dados do Ministério do Planejamento</b>	576,5	607,9	627,2	613,2	657,9
<b>2. Cálculos da ANFIP</b>	651,4	687,5	694,4	719,1	780,3

Fonte: BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Balanço da seguridade social*: março de 2018. Brasília: 2018b. ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2017*. Brasília: 2018. Elaboração própria.

As receitas da seguridade, portanto, são muito maiores que as alegadas na contabilidade oficial. Mas esconder formalmente recursos é apenas umas das manobras jurídico-contábeis do executivo. O segundo modo para forçar o déficit da seguridade consiste em inserir despesas estranhas em seu orçamento, que não possuem relação com os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Uma das programações estranhas ocorre com as despesas do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Federais e com as do Regime de Previdência dos Militares, as quais, embora não haja previsão constitucional para tanto, são colocadas, incorretamente, no orçamento da seguridade. Juridicamente, a seguridade social deve abarcar, exclusivamente, o Regime Geral de Previdência Social.<sup>24</sup> O RPPS não é abarcado pelo art. 195 da CF. Suas despesas e receitas não devem compor o orçamento da seguridade. Inserir o Regime Previdenciário dos Militares em tal orçamento é um equívoco ainda pior, posto que tal regime não tinha, nos anos bases desta pesquisa, caráter contributivo, não se sujeitando às regras de equilíbrio financeiro e atuarial. Logo, o pagamento de suas aposentadorias (reformas) não é de natureza previdenciária, devendo ser arcadas pelo orçamento fiscal.

Há, ainda, outras rubricas estranhas inseridas nas despesas da seguridade, que, por serem de menor vulto, não serão exploradas aqui.<sup>25</sup> Retirando as “programações estranhas”, a ANFIP chega aos seguintes cálculos das despesas da seguridade social, que confrontamos com dados do governo:

<sup>24</sup> Não se pretende aderir à falsa tese de que os servidores públicos constituem classe privilegiada de trabalhadores, para os quais a reforma da previdência se faz precisa. O ILAESE — Instituto Latino Americano de Estudos Socioeconômicos, em posse de relatório do Banco Mundial, de novembro de 2017, verificou que “o rendimento anual médio de um servidor público é de R\$ 44.000, ou seja, R\$ 3.384 mensais. Já a renda anual média do trabalhador privado formal é de R\$ 26.000 (R\$ 2.000 mensais)”. Os ganhos dos servidores públicos, em média, são, portanto, 70% maiores que dos trabalhadores da iniciativa privada. Mas isso não se deve a privilégios, senão aos salários precários pagos em média pela iniciativa privada. Não há que se falar em privilégios se o rendimento médio do servidor público não ultrapassa o salário-mínimo necessário calculado pelo DIEESE, que, em novembro de 2017, mês de referência do relatório do Banco Mundial, estava em R\$ 3.731,39. Dados disponíveis em: ILAESE. 2019. *Contra-corrente: especial reforma da previdência*, Belo Horizonte, 76, fev. 2019, p. 4; DIEESE. *Pesquisa nacional da cesta básica de alimentos*: Salário-mínimo nominal e necessário. São Paulo: 2019. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 18 mar. 2020.

<sup>25</sup> Todas as despesas estranhas podem ser consultadas no relatório da ANFIP de 2015. ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2015*. Brasília: ANFIP, 2016. p. 40-41.

**Tabela 5: despesas da seguridade social (2013 - 2017)**  
(em bilhões de reais nominais)

	2013	2014	2015	2016	2017
<b>1. Dados do Ministério do Planejamento</b>	666,6	737,9	793,7	871,8	950,3
<b>2. Cálculos da ANFIP</b>	572,5	630	680,7	773,5	837,1

Fonte: BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Balço da seguridade social**: março de 2018. Brasília: 2018b; ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. **Análise da seguridade social 2017**. Brasília: 2018. Elaboração própria.

Tais manobras, de retirar receitas previstas constitucionalmente e inserir despesas estranhas, produzem efeitos de grande magnitude no balanço final da seguridade social. Para o ano de 2015, por exemplo, considerando-se o que determina a Constituição Federal, houve superávit de mais de 13,65 bilhões, tendo em vista a receita de R\$ 694,39 bilhões e a despesa de R\$ 680,78 bilhões.<sup>26</sup> Contudo, considerando-se os lançamentos estranhos, a exclusão de receitas e outras séries de inadequações realizadas pelo executivo, houve déficit de R\$ 166,5 bilhões.<sup>27</sup>

**Tabela 6: balanço da seguridade social (2013-2015)**  
(em bilhões de reais nominais)

	2013	2014	2015
<b>1. Dados do Ministério do Planejamento</b>	<b>-90,1</b>	<b>-130,1</b>	<b>-166,5</b>
1.1. Receitas	576,5	607,9	627,2
1.2. Despesas.	666,6	737,9	793,7
<b>2. Cálculos da ANFIP.</b>	<b>78,8</b>	<b>57,5</b>	<b>13,6</b>
2.1. Receitas	651,4	687,4	694,4
2.2. Despesas	572,5	629,9	680,7

Fonte: BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Balço da seguridade social**: março de 2018. Brasília: 2018b; ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. **Análise da seguridade social 2017**. Brasília: 2018. Elaboração própria.

Essas “maquiagens jurídico-contábeis”, nas contas da seguridade, servem para assegurar a argumentação de que “as contas não fecham”. Assim, o executivo, em parceria com outros poderes, a mídia e a burguesia alardeiam que os direitos sociais precisam ser reformados, o que significa, na verdade, reduzi-los qualitativa e quantitativamente ou suprimi-los.

### **3 O desmonte das receitas da seguridade social: sonegação, renúncias fiscais, refinanciamentos tributários e reformas em legislações trabalhistas**

Nos anos de 2016 e 2017, verificou-se, porém, que a seguridade social apresentou déficit mesmo após se refazerem as contas do orçamento social, eliminando as manobras jurídico-contábeis do executivo. O déficit não é do tamanho que o governo afirma ser. Mas, estariam, de 2016 em diante, validados os argumentos dos arautos do desmonte da seguridade social? O que dizer sobre a campanha publicitária de Michel Temer, publicada na Folha de São Paulo, cujo nome era “Reformar para não acabar”? Nela se afirmava que a previdência social poderia acabar da noite para o dia caso a reforma não fosse feita. Há de se concordar?

<sup>26</sup> ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2017*. Brasília: ANFIP, 2018. p. 86-87.

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Balço da seguridade social*: março de 2018. Brasília: MPDG, 2018b.

**Tabela 7: balanço da seguridade social (2016-2017)**  
(em bilhões de reais nominais)

	2016	2017
<b>1. Dados do Ministério do Planejamento.</b>	<b>-258,7</b>	<b>-292,4</b>
1.1. Receitas	613,2	657,9
1.2. Despesas.	871,8	950,2
<b>2. Cálculos da ANFIP.</b>	<b>-54,4</b>	<b>-56,9</b>
2.1. Receitas	719,1	780,3
2.2. Despesas	773,6	837,2

Fonte: BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Balanço da seguridade social: março de 2018. Brasília: 2018b; ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2017*. Brasília: 2018. Elaboração própria.

As respostas a essas questões não passam somente pela crítica à contabilidade oficial, mas também pela crítica de várias políticas públicas com que governos sucessivos orquestraram o desmonte da seguridade social em tempos de crise do capitalismo, como programas de renúncias fiscais e refinanciamentos tributários, reformas nas legislações trabalhistas e o estímulo à sonegação fiscal gerado por legislações lenientes. Mas, antes de se entrar nessa perspectiva, uma última questão contábil permanece. Entre 2005 e 2017, pelos dados da ANFIP,<sup>28</sup> somente os exercícios fiscais de 2016 e 2017 apresentaram déficit orçamentário na seguridade. Nesse intervalo, o resultado médio foi de superávit nominal de R\$ 43,4 bilhões anuais. Em valores não corrigidos, são R\$ 564,2 bilhões de saldo positivo em treze anos. Caso o orçamento fiscal não dragasse a seguridade social com as “manobras jurídico-contábeis”, se poderia constituir um fundo de reserva ao qual se socorreria em momento de dificuldade, como o desencadeado pela crise capitalista atual.

Com o advento da crise econômica, em um primeiro momento, o Governo Federal absorveu a anarquia do mercado capitalista para dentro do Estado. Renúncias a tributos devidos pela burguesia compuseram a primeira política estatal orientada nesse sentido. A lei 12.546 de 2011 instituiu a chamada desoneração da folha de pagamentos do programa Reintegra, que foi responsável por deixar de recolher vultosas quantias em IPI, contribuições sociais e contribuições previdenciárias. Está certo que renúncias tributárias, no Brasil, decorrem de políticas públicas diversas, como a que trata sobre desoneração de produtos da cesta básica (lei 12.839/13). Mas, com o programa Reintegra, houve salto quantitativo nas renúncias tributárias. Se as políticas econômicas não abdicassem dos recursos sociais, os déficits do orçamento da seguridade, de R\$ 54,4 bilhões em 2016 e de R\$ 56,9 bilhões em 2017, estariam solucionados. Porém, renunciaram-se a recursos que deveriam ir para a saúde, a assistência e a previdência em prol de uma maior lucratividade do empresariado.

**Tabela 8: renúncias de contribuições sociais**

	(em bilhões de reais nominais)					
	2005	2010	2013	2015	2016	2017
<b>1. COFINS</b>						
Arrecadação	89,597	140,023	199,410	200,926	204,679	235,759
Renúncia	5,411	31,272	54,767	62,322	59,912	61,839
Receita renunciada (%)	6	22,3	27,5	31	29,3	26,2
<b>2. PIS/PASEP</b>						
Arrecadação	22,083	40,377	51,079	52,939	53,895	62,243
Renúncia	1,317	6,067	10,87	12,489	11,929	12,304
Receita renunciada (%)	6	15	21,3	23,6	22,1	19,8
<b>3. CSLL</b>						
Arrecadação	26,232	45,754	62,545	59,665	68,143	75,651

<sup>28</sup> ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2017*. Brasília: ANFIP, 2018. p. 90

**Tabela 8: renúncias de contribuições sociais**

	(em bilhões de reais nominais)					
Renúncia	2,022	6,137	9,046	9,07	9,493	9,917
Receita renunciada (%)	7,7	13,4	14,5	15,2	13,9	13,1

Fonte: ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2017*. Brasília: 2018. Elaboração própria.

Outras renúncias que afetam a seguridade são as concedidas à agroindústria no tocante às contribuições previdenciárias. Em vez de contribuir ao RGPS com 20% sobre a folha de pagamento, como faz o empregador urbano, a ela é concedido o privilégio de contribuir com 2,6% sobre a arrecadação bruta obtida com o produto de comercialização de sua produção. Essa alíquota cai para 1,2% quando o empregador é pessoa física, o que equipara a sua situação à do lavrador em economia doméstica (segurado especial). Por fim, a agroindústria obtém isenção total das contribuições previdenciárias quando a comercialização de parte de sua produção tem como destino o mercado externo. Somente essa renúncia à agroindústria exportadora responde por um desfalque de aproximadamente R\$ 7 bilhões anuais.

Uma outra política pública que atua no desmonte da arrecadação da seguridade social provém do Refis (e variações) e do seu decorrente incentivo à sonegação. Esses programas suspendem a punibilidade dos crimes tributários caso o sonegador adira ao refinanciamento. Uma vez pago o parcelamento dos débitos, há extinção da punibilidade (Art. 15 da lei 9.964 de 2000). Trata-se de um arrependimento posterior ao crime com efeitos totais. Para efeito de comparação, isso não vale para atos de potencial lesivo infinitamente inferior, como furtos (art. 16 do Código Penal). Tratamento seletivo do direito tributário penal que conduz à leniência com a sonegação. Além disso, os sucessivos programas de refinanciamentos fiscais desde 2009, com reaberturas periódicas de prazos e renúncias a juros e multas, tornam a sonegação e o inadimplemento mais lucrativos que o recolhimento tributário em dia. O chamado “Refis da Crise” (Lei 11.941 de 2009), por exemplo, permitiu “parcelamentos em até 15 anos, redução de 100% sobre o valor do encargo legal e de 80% a 100% das multas de mora e de ofício; com a repactuação dos diversos parcelamentos anteriores”<sup>29</sup>. O Refis, assim, criou ambiente de complacência com a sonegação. O montante de dívida ativa previdenciária correspondia em 2017 a R\$ 430,5 bilhões, segundo a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional,<sup>30</sup> órgão responsável por recuperar esses recursos.<sup>31</sup> Isso sem contar os valores que os sonegadores tiveram êxito ao não declarar e não recolher, ou os que estão prescritos.

Por fim, destaca-se que a diminuição do valor pago à força de trabalho, com sucessivas reformas sociais, ajudou a desequilibrar as contas da seguridade social. A política econômica de compromisso com o empresariado, ao absorver os seus prejuízos para dentro do Estado, transformou a crise do capital em crise administrativa do Estado. O Estado fez dívida pública para salvar a burguesia. Uma vez esgotados os limites públicos de absorver para si a crise, sem que a taxa de lucro dos burgueses retornasse ao patamar anterior, as medidas dos governos em benefício da burguesia e do agronegócio passaram a outra estratégia: redução do preço pago à força de trabalho.

A reforma trabalhista (Lei 13.467/17) inseriu precárias modalidades de contrato de trabalho, a exemplo do “trabalho intermitente”, no qual o empregado fica em casa à espera de chamado do empregador. Duran-

<sup>29</sup> ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2017*. Brasília: ANFIP, 2018. p. 105

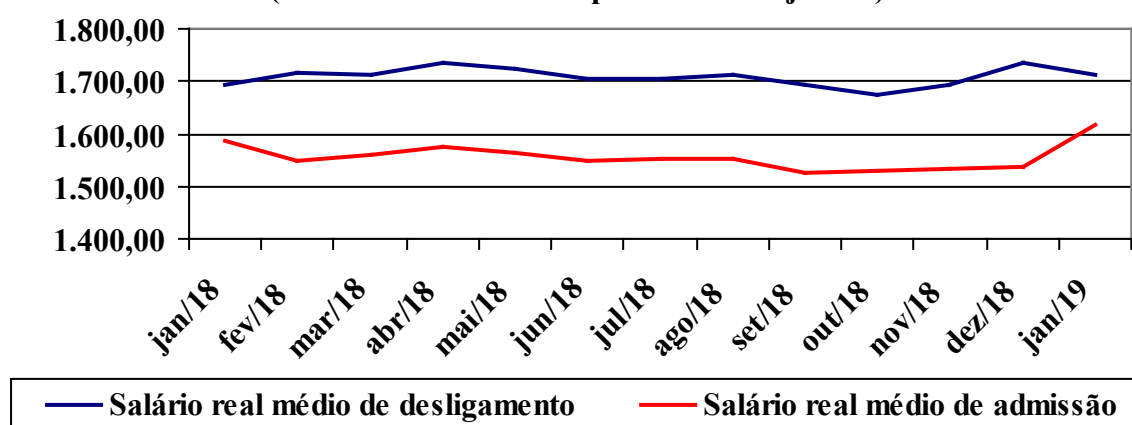
<sup>30</sup> PGFN. *PGFN em números: Dados de 2017*. Brasília: PGFN, 2018. p. 15.

<sup>31</sup> Nesse sentido é interessante o relato de Sr. Carlos Silva, Presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT à audiência pública de 03 de maio de 2017 à CPI da Previdência: “Se eu somar só o que não foi recolhido a título de contribuição previdenciária dos empregados nesse período de 2012 a 2015, eu teria ali mais de R\$108 bilhões não arrecadados. Agora, o que assusta mais é saber que esse número que aqui trago é um número conhecido pelo Governo Federal porque é um número declarado pelo devedor. O devedor informa nas guias GFIP aquilo que ele ou recolheu ou deve, mas não recolheu”. BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal destinada a investigar a contabilidade da previdência social, esclarecendo com precisão as receitas e despesas do sistema, bem como todos os desvios de recursos. *Relatório Final*. Brasília: SF, 2017. p.188.

te a espera, não recebe salário, sequer em sobreaviso. Pagam-se a ele, somente, as horas efetivamente trabalhadas, o que pode ocasionar remunerações abaixo do salário-mínimo mensal. Outra reforma impactante ocorreu com a alteração do contrato de trabalho em tempo parcial, que teve o limite máximo semanal estendido para 30h. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD-C) do IBGE,<sup>32</sup> do trimestre de outubro a dezembro de 2018, revelam que a taxa de subemprego da força de trabalho subiu de 17,3%, no trimestre outubro-dezembro de 2015, para 23,9% no mesmo trimestre de 2018. O trabalho intermitente e o trabalho em regime parcial contribuem para esse número. O “teletrabalho” foi outra forma pensada para baratear a força de trabalho ao aumentar a jornada diária e manter o preço do salário. Isso ocorre porque normas trabalhistas sobre limite à jornada de trabalho e sobre o pagamento de horas-extras não se aplicam ao contrato de teletrabalho. Outra maneira de diminuir o preço da força de trabalho, por fim, adveio da terceirização irrestrita, que, a partir da Lei 13.429/17, pode atingir atividades fins. Pesquisas revelam que, em média, os trabalhadores terceirizados ganham 17% menos que os contratados diretamente.<sup>33</sup>

As reformas nas leis trabalhistas repercutem, diretamente, no salário do empregado. O gráfico 1 mostra a diferença salarial média de admissão e de demissão entre janeiro de 2018 e janeiro de 2019. Despede-se quem ganha mais para contratar empregado mais barato.

**Gráfico 1: evolução do salário médio real de admissão e desligamento  
(em reais deflacionados pelo INPC em jan./19)**



Fonte: BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Trabalho. CAGED. *Nível de emprego formal celetista: jan/19*. Brasília: 2019a. Elaboração do Ministério da Economia.

Esses movimentos de precarização dos tipos de contratos trabalhistas, além de ocasionar barateamento da força de trabalho, são responsáveis por diminuir a arrecadação da seguridade social. Isso ocorre porque o salário (ou folha de pagamento) constitui a base de cálculo (salário de contribuição) sobre a qual incidem as contribuições previdenciárias dos empregados e empregadores. Menor massa salarial significa menor arrecadação do RGPS e dificuldades do sistema se manter superavitário em termos atuariais. A terceirização possui agravante: ela pulveriza a atividade empresarial ao subcontratar inúmeras empresas menores, fazendo aumentar o número de empresas optantes pelo SIMPLES, cujo regime tributário diferenciado diminui muito a arrecadação patronal para a seguridade social.

Além das modificações nos tipos contratuais trabalhistas, a reforma trabalhista suprimiu direitos individuais como: fim das *horas in itinere*, restrição à indenização por danos morais causados em decorrência da relação de emprego, inserção da figura do trabalhador “hiperssuficiente”, restrição à proteção ao trabalho

<sup>32</sup> IBGE. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua*: Trimestre móvel de out.-dez. 2018. Brasília: IBGE, 2018.

<sup>33</sup> STEIN, Guilherme; ZYLBERSTAJN, Eduardo; ZYLBERSTAJN, Hélio. Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 47, n. 2, p. 587-612, 2017.

da mulher, inclusão de dificuldades no acesso à justiça trabalhista etc. Todas essas restrições de direitos se refletem no preço pago à força de trabalho e, por conseguinte, nas arrecadações previdenciárias.

Com relação à dificuldade de acesso à justiça trabalhista, destaca-se que, em todo cumprimento de sentença condenatória trabalhista, a justiça do trabalho, de ofício, executa em favor do INSS as contribuições previdenciárias devidas (art. 114, VIII, CF). O Anuário Estatístico da Previdência Social de 2017, de elaboração do Ministério da Fazenda, traz a cifra de R\$ 2,5 bilhões arrecadados em reclamações trabalhistas no ano de 2015.<sup>34</sup> Esse número tende a diminuir após a reforma trabalhista, considerando-se que se restringiu o acesso à justiça do trabalho. Segundo estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho,<sup>35</sup> no intervalo de um ano antes da Reforma Trabalhista, houve 2.735.009 novas reclamações trabalhistas. Já entre fev/18 e fev/19, a quantidade caiu para 1.790.549.

## 4 Considerações finais

Este artigo investigou o orçamento da seguridade social entre 2013 e 2018 com base em dados disponíveis em documentos governamentais, como *Anuários estatísticos da previdência social*, *Balanços da seguridade social* e *Resultados do tesouro nacional*. Relatórios de auditores independentes da Receita Federal auxiliaram na crítica dos dados. Pode-se verificar que a contabilidade do Governo Federal lança mão de duas frentes para forjar o *déficit* da seguridade social. A primeira caracteriza-se por uma série de manobras jurídico-contábeis que tem por objetivo onerar o orçamento social em benefício do fiscal. Despesas estranhas, como os gastos com Regimes Previdenciários Próprios, são inseridas no orçamento da seguridade social, ao passo que receitas que lhe são próprias, como lucros oriundos de investimentos do FAT no BNDES, lhe são alijadas. Uma das maiores sangrias é dada pela Desvinculação de Receitas da União (DRU). Nas contradições e armadilhas ideológicas do neoliberalismo, a seguridade social perde duas vezes: sua receita é amputada e, justamente por isso, afirma-se que é preciso restringir direitos sociais. Cria-se o mito do *déficit* da seguridade social como justificativa da agenda das reformas sociais.

Mas nem todos os ataques à seguridade social ocorrem no plano jurídico-contábil. A depreciação do orçamento da seguridade social ganhou uma segunda frente a partir do acirramento da crise do capital no Brasil, em 2011. Políticas públicas renunciaram a quantidade vultosa de tributos devida pela burguesia, dentre os quais estão contribuições sociais, que se destinariam a financiar a seguridade. O Refis deixou de cobrar juros e multas de inadimplementos fiscais, além de criar um ambiente leniente com a sonegação. Em suma, dinheiro que deveria custear a assistência, a saúde e a previdência passou a ser usado com a finalidade de conservar o patamar da taxa de lucro burguesa. A *crack* do mercado, contudo, tornou-se um colapso administrativo-financeiro do Estado, que se endividou antes de conseguir absorver para si todos os efeitos da crise. Então, uma outra ofensiva foi lançada para satisfação dos interesses burgueses: o barateamento da força de trabalho. Reformas nas legislações trabalhistas, com supressão de direitos, se destacam como estratégia desse momento. Mas, ao se diminuir o preço da força de trabalho, o equilíbrio financeiro e atuarial da seguridade também foi afetado, posto que a folha de pagamento é, regra geral, base de cálculo para as contribuições previdenciárias.

Em conclusão da análise, percebem-se algumas manobras jurídico-contábeis e políticas públicas empregadas para prejudicar o orçamento da seguridade social e, conseqüentemente, arquitetarem-se os discursos de que os direitos sociais precisam ser reformados. Espera-se, assim, oferecer ao auditório jurídico fundamentos concretos para intervenções em defesa dos direitos sociais. Até o momento, os argumentos estritamente jurídicos que atestam a vedação constitucional de retrocesso social têm se mostrado ineficazes

<sup>34</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. *Anuário estatístico da previdência social de 2017*. Brasília: MF/DATAPREV, 2018<sup>a</sup>. p. 745

<sup>35</sup> TST. *Estatísticas da justiça do trabalho*. Brasília: TST, 2019.



em processos legislativos e arguições de inconstitucionalidades das reformas. Essa nossa argumentação é peremptoriamente ignorada. Nos é dito, explicitamente ou não, que não há dinheiro para manter os direitos sociais, que, portanto, precisam ser reformados. Este artigo entrou no território do *cost of rights* e percebeu que há recursos, mas que eles são desviados para o orçamento fiscal ou são renunciados em detrimento à satisfação das necessidades do povo. Com esses dados empíricos das finanças do orçamento social, o princípio da vedação do retrocesso social ganha concretude, se fortalece argumentativamente para enfrentar batalhas judiciais, sobretudo, ações declaratórias de inconstitucionalidade.

## Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social*. 2015. Brasília: ANFIP, 2016
- ANFIP; FUNDAÇÃO ANFIP. *Análise da seguridade social 2017*. Brasília: ANFIP, 2018.
- ATIENZA, Manuel. *Traz la justicia: Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- BANCO MUNDIAL. *Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil*. [S.l.: s.n.], 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Rev. Direito Práx.*, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019.
- BORZUTZKY, Silvia. From Chicago to Santiago: neoliberalism and social security privatization in Chile. *Governance*, v. 18, n. 4, p. 655-674, 2005.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Resultado do Tesouro Nacional: janeiro de 2019 - Anexo I*. Brasília: Ministério da Economia, 2019b.
- BRASIL Ministério da Economia. Secretaria do Trabalho. *CAGED - Cadastro geral de empregados e desempregados: jan/19. Nível de emprego formal celetista*. Brasília: 2019a. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/caged>. Acesso em: 24 mar. 2020.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. *Anuário estatístico da previdência social de 2017*. Brasília: MF/DATAPREV, 2018a.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Balço da seguridade social: março de 2018*. Brasília: MPDG, 2018b.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Déficit da seguridade social alcança 4% do PIB puxado pela despesa com previdência*. Brasília: MPDG, 2016a.
- BRASIL. Previdência: Reformar para não acabar. *Folha de São Paulo*, São Paulo, p. A9, 06 dez. 2016. 2016b.
- BRASIL Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal destinada a investigar a contabilidade da previdência social, esclarecendo com precisão as receitas e despesas do sistema, bem como todos os desvios de recursos. *Relatório Final*. Brasília: SF, 2017

CASTILHO, Daniela Ribeiro; LEMOS, Esther Luíza de Souza; GOMES, Vera Lúcia Batista. Crise do capital e desmonte da seguridade social: desafios (im)postos ao Serviço Social. *Serv. Soc. Soc.*, n. 130, p.447-466, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CRUZ, Sebastião Carlos Velasco e. *Trajatórias: capitalismo neoliberal e reformas econômicas nos países da periferia*. São Paulo: Unesp, 2007.

CRUZ-SACO, María Amparo; MESA-LAGO, Carmelo (org.). *Do options exist? The reform of pension and health care systems in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 1988.

DIEESE. *Pesquisa nacional da cesta básica de alimentos: Salário-mínimo nominal e necessário*. São Paulo: 2019. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 18 mar. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira: Análise financeira do período 1990-2005*. 2006. 357 f. Tese. (Doutorado em Economia)-Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2006.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007

HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Company, 1999.

ILAESE. *Contra-corrente: Especial reforma da previdência*, Belo Horizonte, 76, fev. 2019.

IBGE. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: Trimestre móvel de out.-dez. 2018*. Brasília: 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3086/pnacm\\_2018\\_dez.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3086/pnacm_2018_dez.pdf). Acesso em: 17 mar. 2020.

JIMÉNEZ, Adolfo. Reflexiones sobre las reformas de los Sistemas de pensiones en América Latina. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, v. extraordinario, p. 71-86, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MESA-LAGO, Carmelo. A reforma estrutural dos benefícios de seguridade social na América latina: modelos, características, resultados e lições. In: COELHO, Vera Schattan P. (org.). *A Reforma da previdência social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios da seguridade social*. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007.

MUSTAFA, Patrícia Soraya. Estado capitalista brasileiro: análise dos direitos sociais em tempos de ortodoxia neoliberal. *Rev. Katálisis*, v. 22, n. 1, p.100-109, 2019

PERELMAN. Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN. Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINTO, José Marcelino de Rezende. Uma análise da destinação dos recursos públicos, direta ou indiretamente, ao setor privado de ensino no Brasil. *Educação & Sociedade*, v. 37, n. 134, p. 133-152, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

POSNER, Richard A. The cost of rights: implications for central and Eastern Europe--and for the United States. *Tulsa law journal*, v. 32, n. 1, p. 1-19, 1996.

PGFN. *PGFN em números*: dados de 2017. Brasília: PGFN, 2018.

ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Letícia Regina Camargo. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. *Rev. Investig. Const.*, v. 5, n. 2, p. 35-56, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a desvinculação das receitas da União. *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, p. 33-50, 2004.

SALVADOR, Evilasio da Silva. Fundo público e políticas sociais na crise do capitalismo. *Serv. Soc. Soc.*, n. 104, p. 605-631, 2010.

SALVADOR, Evilasio da Silva. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. *Serv. Soc. Soc.*, n. 130, p. 426-446, 2017.

SALVADOR, Evilasio da Silva; RIBEIRO, Isabela Ramos. Hegemonia e políticas sociais no Brasil: contribuições ao debate sobre vinculação orçamentária. *Rev. Katálysis*, v. 21, n. 1, p. 76-85, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Rev. TST*, v. 75, n. 3, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais. Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, v. 82, p. 239-289, 2006.

SILVA, Mauri Antônio da. Os reflexos da crise econômica sobre os direitos trabalhistas no Brasil. *Rev. Katálysis*, v. 22, n. 2, p. 252-272, 2019.

STRAPAZZON, Carlos Luiz A dança dos números da previdência social: Revisitando a auditoria do TCU de 2017. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 20, n. 1, p. 137-172, 2019

STEIN, Guilherme; ZYLBERSTAJN, Eduardo; ZYLBERSTAJN, Hélio. Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 47, n. 2, p. 587-612, 2017.

TST. *Estatísticas da justiça do trabalho*. Brasília: TST, 2019. Disponível em: Estatísticas da Justiça do Trabalho - Corregedoria - TST. Acesso em 24 mar. 2019.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) features the letters 'CEUB' in a bold, white, sans-serif font. The letter 'B' is stylized with a vertical line through its center, resembling a Greek letter beta.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image shows a large, modern, white building with a prominent, abstract, curved facade. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated figure is visible. The background features a tall, modern building under a blue sky with scattered clouds. The entire scene is set against a dark red background with a subtle, repeating pattern of stylized floral or scrollwork motifs.

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

**O Estado de Bem Estar Social  
finlandês e seu modelo  
educacional**

**The Finnish Social Welfare State  
and their educational model**

André Augusto P. Brandão

Andrea Bello

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# O Estado de Bem Estar Social finlandês e seu modelo educacional\*

## The Finnish Social Welfare State and their educational model

André Augusto P. Brandão\*\*

Andrea Bello\*\*\*

### Resumo

O Objetivo deste artigo é apresentar uma breve análise da historiografia das experiências pioneiras do percurso do Estado de Bem Estar Social, como fenômeno político do século XX, e do sistema educacional finlandês, *case* mundial no campo da educação. Nossa metodologia apoia-se em pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico, recorrendo à literatura do campo da política social, notadamente à tese sobre a emergência e o desenvolvimento do *welfare state*, apresentada pela tipologia proposta por Gøsta Esping-Andersen (1991,1999), e documentos produzidos por organismos multilaterais e do governo da Finlândia. Primeiramente, apresentamos uma análise da nossa base teórica e sua relação com o Estado de Bem Estar Social e o modelo educacional finlandês. Em seguida, os resultados alcançados por aquele país a partir do momento em que situa a educação como estratégia de desenvolvimento elegendo-a como uma das principais políticas sociais para a redução da “herança da pobreza” sobre o desenvolvimento das crianças e jovens, desde as famílias. Afirmamos que a construção do modelo educacional da Finlândia não é obra de fatores isolados ou de missões pessoais de políticos, mas que está relacionada à emergência e ao desenvolvimento do seu Estado de Bem Estar Social e é resultado do conjunto de fatores históricos, culturais, sociais, políticos e econômicos que se conformaram em um novo pacto social. Finalmente, tentar reproduzir tal modelo em outros países e nações que não possuam políticas sociais tais como as que existem na Finlândia pode significar assumir um desafio com grandes chances de insucesso.

**Palavras chave:** Educação; Políticas Sociais; Welfare State; Equidade; Desenvolvimento.

### Abstract

The objective of this article is to present a brief analysis of the historiography of the pioneering experiences of the Social Welfare State, as a political phenomenon of the 20th century, and of the Finnish educational system, a worldwide case in the field of education. Our methodology is supported by qualitative research of a bibliographic nature, using literature in the field of social policy, notably the thesis on the emergence and development of the welfare state, taken by the typology proposed by Gøsta Esping-Andersen

\* Recebido em 16/04/2021  
Aprovado em 14/09/2021

\*\* Professor Titular da Universidade Federal Fluminense – Programa de Estudos Pós Graduados em Política Social  
Email: andre\_brandao@id.uff.br

\*\*\* Estudante de Doutorado da Universidade Federal Fluminense – Programa de Estudos Pós Graduados em Política Social  
Email: andreabello@id.uff.br

(1991,1999) , and documents Made available by multilateral agencies and the Finnish government. First, we present an analysis of our theoretical basis and its relationship with the Welfare State and the Finnish educational model. Then, the results achieved by that country from the moment of strategy in which situation education as development, choosing it as one of the main social policies for the reduction of “poverty improvement” on the development of children and young people, since the families. We affirm that the construction of the educational model in Finland is not the result of the final result or the results of politicians, but that it is related to the emergence and development of the Welfare State and is the result of a set of historical, cultural, social factors, political and economic factors that conformed to a new social pact. Finally, we conclude that it is reasonable to affirm that trying to reproduce such a model in other countries and nations that do not have social policies such as those that exist in Finland can signify taking on a challenge with great chances of failure.

**Keywords:** Education; Social politics; Welfare state; Equity; Development.

## 1 Introdução

Os testes aplicados pelo Programa Internacional de Avaliação dos Estudantes (PISA), realizados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), chamaram a atenção de governantes e pesquisadores de diversos campos, especialmente da educação, para as políticas educacionais implementadas por alguns países, entre eles, a Finlândia. Mas o que poderia explicar que um país, com uma pequena população<sup>1</sup>, boa parte de seu território sujeita a temperaturas que podem chegar a -20°, afetado por duas Guerras Mundiais, uma guerra civil e, ainda, pela crise econômica da década de 1990, possa alcançar esses e outros indicadores tão promissores ampliando, significativamente, suas políticas sociais em plena década de 1970, a ponto de destacar-se em um mundo globalizado e competitivo a partir dos resultados do seu modelo educacional?

Partindo da premissa de que a resposta a tal pergunta pode estar na relação entre o Estado de bem estar social da Finlândia e seu modelo educacional, o presente trabalho fará uma breve abordagem da historiografia das experiências pioneiras do percurso do Estado de Bem Estar Social, como um fenômeno político do século XX. Por limitação de escopo, não serão discutidas as teorias (e tipologias) do Estado de Bem Estar Social, seus múltiplos processos de desenvolvimento, suas crises e críticas, tampouco serão detalhados aspectos de caráter pedagógico e institucional da reforma do sistema educacional finlandês. O trabalho tangenciará todos esses tópicos, em um convite à reflexão sobre como o binômio *welfare state* e educação se inter-relacionam, com base no que chamaremos de “caso finlandês”, sem estabelecer comparações com outros modelos<sup>2</sup>.

## 2 A construção e a evolução do conceito de Estado de Bem Estar Social

Assume-se, nesta seção, a ideia de “construção” e não apenas “evolução” do Estado de Bem Estar Social, pois se entende que as teorias formuladas sobre o *welfare state* agrupam conjuntos de políticas sociais que não constituem, apenas, o resultado da “evolução” das sociedades e dos países, mas que também foram edificadas com base em diversos contextos e necessidades, ajustando-se às mudanças e às demandas das

<sup>1</sup> População = 5.532.159 habitantes. IBGE. Países. *Finlândia*. Disponível em <https://pais.es.ibge.gov.br/#/dados/finlandia>. Acesso em: 24 jan. 2021.

<sup>2</sup> Tampouco estamos afirmando que o “caso finlandês” estabelece um tipo de modelagem ideal para o campo das políticas educacionais.

sociedades, dentro de projetos de nação, de poder, de respostas às crises, de luta de classes, entre tantos outros elementos motivadores ou depressores, de tais políticas. O uso, simplesmente, do termo “evoluir” poderia sugerir uma interpretação restrita dos processos envolvendo os Estados de Bem Estar Social como algo “natural”, linear, contínuo, inevitável ou sempre dependente de uma relação causal<sup>3</sup>, o que não traduz a realidade quando se analisam diferentes exemplos de *welfare state* ou (e principalmente) as experiências no campo das políticas sociais dos países em desenvolvimento, em que, periodicamente, há expansão ou retração da oferta e da importância de tais políticas sociais nas agendas dos governos por ação de diferentes forças em disputa<sup>4</sup>.

As trajetórias, as formas e processos de construção e evolução dos Estados de Bem Estar Social são muito diversificados e analisá-los detalhadamente está além dos objetivos deste trabalho, cuja proposta é uma abordagem histórica resumida da construção e da evolução do *welfare state* que ocorreu na Europa ocidental a fim de contextualizar o modelo educacional da Finlândia. Sendo assim, por limitações de escopo, o presente trabalho estará restrito à tipologia proposta por Esping-Andersen, com enfoque nos países escandinavos, a partir de breve histórico de duas experiências pioneiras de Estados de Bem Estar Social, a saber, “o caso inglês” e o “caso alemão”.

## 2.1 Duas experiências pioneiras do Estado de Bem Estar Social contemporâneo

Os estudos historiográficos situam como padrão ou “paradigmas originários” daquilo que se pode considerar como a intervenção social do Estado na história do capitalismo até final do século XIX, o “caso inglês” e o “caso alemão”. O primeiro é caracterizado pelo arcabouço legal criado, ao longo dos séculos, para atender as questões de ordem e disciplinamento do trabalho como o *Speenhamland Act* (1796) e as *Poor Laws* (1598-1601/ 1834). O segundo se relaciona à associação entre a “legislação bismarckiana e a repressão/ antecipação do movimento socialista”<sup>5</sup>.

Iniciando pelo “caso inglês”, é importante abordar, ainda que de forma breve, as *Poor Laws* ou “Lei dos Pobres”. Essa legislação constituiu um aparato jurídico de assistência aos pobres, com base em fundos específicos, por determinação da Monarquia, no contexto do nascimento do Estado absolutista, da mercantilização das terras e consequente êxodo dos camponeses do meio rural, em dois momentos: primeiro, no século XVI (Antiga Lei dos Pobres) com arranjos locais e paroquiais e depois, já no século XIX na reforma da Lei (Nova Lei dos Pobres), centralizada na Coroa, fortemente caracterizada por ações coercitivas, classificando pobres como desocupados por vontade própria. Partia-se da premissa de que a pobreza era causada pelos pobres, sem nenhum tipo de compromisso com a proteção do bem estar e sim com a oferta de condições inferiores àquelas a que estes teriam caso se sujeitassem ao mais baixo dos salários, nas piores condições de trabalho possíveis, pois esta seria a melhor forma dos assistidos não deixarem de trabalhar<sup>6</sup>.

O ambiente de extrema pobreza e degradação, em que a assistência social pública tinha efeito degradante e opressivo e pouco impacto como apoio material, foi o mesmo em que surgiu o mercado de trabalho competitivo e o capitalismo como sistema social, seguido de iniciativas de autoproteção da sociedade que

<sup>3</sup> DRAIBE, Sônia M.; RIESCO, Manuel. Estados de bem-estar social e estratégias de desenvolvimento na América Latina: um novo desenvolvimentismo em gestação? *Sociologias* [online], v. 13, n. 27, p. 220-254, 2011. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222011000200009&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222011000200009&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>4</sup> FILGUEIRA, Fernando. *Welfare and democracy in Latin America: The development, crises and aftermath of universal, dual and exclusionary social States*. Prepared for the United Nations Research Institute for Social Development Project on Social Policy and Democratization. New York, 2005. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/252495352\\_Welfare\\_and\\_Democracy\\_in\\_Latin\\_America\\_The\\_Development\\_Crisis\\_and\\_Aftermath\\_of\\_Universal\\_Dual\\_and\\_Exclusionary\\_Social\\_States/link/00b7d535828ae6ecc6000000/download](https://www.researchgate.net/publication/252495352_Welfare_and_Democracy_in_Latin_America_The_Development_Crisis_and_Aftermath_of_Universal_Dual_and_Exclusionary_Social_States/link/00b7d535828ae6ecc6000000/download). Acesso em: 15 out. 2020.

<sup>5</sup> FIORI, José Luís. Estado de bem-estar social: padrões e crises. *Physis* [online], v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997. ISSN 1809-4481. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311997000200008>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>6</sup> KERSTENETKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2012. 289 p.

se manifestaram por meio de “leis fabris e uma legislação social, assim como a movimentação política e industrial da classe trabalhadora”<sup>7</sup>.

A reforma de 1834 tornou a “Lei dos Pobres” mais coercitiva, desumana e deletéria, mesmo assim: “ela constituiu a base para a previdência social inglesa até as vésperas da I Guerra Mundial”<sup>8</sup> e um modelo pioneiro de intervenção do Estado que foi replicado em outros países do continente europeu e, até mesmo, nos Estados Unidos, ainda longe de ser um Estado de Bem Estar Social<sup>9</sup>.

No contexto da reforma liberal das Leis dos Pobres, foi criada a “Comissão Real de 1905-1909” para avaliar o porquê do fracasso das *Poor Laws* e propor reformas. Foi elaborado, então, o “Relatório da Minoria sobre as Leis dos Pobres”<sup>10</sup>, que desconstruiu a ideia de que as causas da pobreza eram exclusivamente individuais, afirmando que suas origens eram sociais e econômicas, que se combinavam e potencializavam, de forma perversa, tais como fome, falta de educação para as crianças, além das flutuações do mercado de trabalho, os longos períodos de desemprego e a estigmatização dos pobres. A questão central do “Relatório das Minorias” era a de que a pobreza constituía um fenômeno estrutural e não se resolveria com o Estado oferecendo o mínimo para sobrevivência (o que já havia sido feito pela “Lei dos Pobres” de 1601 envolvendo alguma responsabilidade coletiva), mas sim garantindo o mínimo para o exercício da cidadania, para que os pobres fossem tratados como cidadãos e não como suplicantes agradecidos<sup>11</sup>.

Em 1942, um segundo relatório foi produzido com o objetivo de reformular as leis de assistência na Inglaterra, o “Relatório sobre Seguro Social e Serviços Aliados”, elaborado por William Beveridge. Esse relatório, mais conhecido como “Relatório de Beveridge”<sup>12</sup>, é considerado (pela segunda geração de estudos comparativos descritos por Esping-Andersen) como sendo o novo paradigma na relação entre Estado e sociedade que se traduz na expressão *welfare state*, isto porque, o “Relatório Beveridge” ao ratificar o *National Health Service Act*<sup>13</sup>, logo após o fim da II Guerra Mundial, criou um sistema universal, gratuito, de abrangência nacional com orçamento específico, independente de aspectos contratuais que, até aquele momento, era o que pautava a relação entre os indivíduos e as políticas sociais governamentais<sup>14</sup>. A concepção beveridgiana de um Estado de Bem Estar Social universalista se fundamentava nas perspectivas de Marshall<sup>15</sup> e Titmus<sup>16</sup> que defendiam, respectivamente, plenos direitos sociais, incluindo a participação de todos na riqueza social e a imperativa garantia de tais direitos sociais no contexto de uma economia de mercado<sup>17</sup>.

<sup>7</sup> POLANYI, Karl. *A Grande transformação as origem da nossa época*. Tradução Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Câmpus, 2000.

<sup>8</sup> HOBBSAWM, E. J. *Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979.

<sup>9</sup> KERSTENETKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2012. 289 p.

<sup>10</sup> Coordenado por Beatrice Webb entre os anos de 1905-1909. KERSTENETKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2012. 289 p.

<sup>11</sup> KATWALA, Sunder. “Introduction”. In: WALLIS, E. D. (ed.). *From the workhouse to the welfare state – What Beatrice Webb’s 1909 Minority Report can teach us today*. Londres: The Fabian Society. Disponível em: <https://fabians.org.uk/wp-content/uploads/2009/03/FromWorkhousetoWelfare.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>12</sup> O “Relatório Beveridge” (*Social Insurance and Allied Services*), de 1942 compôs, junto com textos posteriores, o “Plano Beveridge”. FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n. 46, 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-46>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>13</sup> Sistema Nacional de Saúde do Reino Unido.

<sup>14</sup> FIORI, José Luís. Estado de bem-estar social: padrões e crises. *Physis* [online], v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997. ISSN 1809-4481. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311997000200008>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>15</sup> Para Faria (1998, p.53) houve o contrário do que afirma Kerstenetzky, ou seja, as teorias de Titmus e Marshall é que foram impactados pelo Plano Beveridge e decorrentes reformas dos mecanismos de bem estar social nele inspiradas. FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n. 46, 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-46>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>16</sup> Richard Titmus é responsável por uma abordagem conceitual que influenciou diversas novas perspectivas na pesquisa comparativa do *welfare state*. Sua perspectiva de análise propõe a distinção clássica entre os estados de bem estar social como “residuais” e “institucionais”, sendo, no primeiro caso, o Estado responsável quando a família e o mercado não são suficientes, tendo sua ação restrita a grupos sociais marginais e mercedores e o segundo, o Estado que se responsabiliza por toda população de modo universal.

<sup>17</sup> KERSTENETKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda. 2012. 289 p.



O objetivo central de Beveridge era a criação de uma ampla rede de seguridade social que promovesse a solidariedade entre as classes e a estabilidade da Inglaterra pós Segunda Guerra Mundial, a partir de uma visão keynesiana, encarando a seguridade social como um mecanismo macroeconômico importante para a estabilidade do país. Para Beveridge, trabalho e o bem estar social eram indissociáveis e, por isso, o pleno emprego era um dos três pilares do seu plano<sup>18</sup> juntamente ao “Serviço Nacional de Saúde” e o abono de família<sup>19</sup>.

Em relação ao “caso alemão” do final do século XIX, este tem suas raízes no contrato de trabalho, na proteção social em relação aos contratos de trabalho, sustentado por contribuições compulsórias partilhadas entre trabalhadores e patrões<sup>20</sup>. O modelo implementado pelo chanceler Otto Von Bismarck concentrava-se nos trabalhadores homens e pressupunha um conjunto de regras e institucionalidades diferenciadas na sua gestão, inaugurando um novo paradigma<sup>21</sup>, conservador e corporativo, de relação entre Estado e sociedade, em que os direitos sociais são verticalmente concedidos por um governo autoritário que não reconhecia os direitos básicos da cidadania política<sup>22</sup>.

De fato, a os mecanismos de proteção social na Alemanha bismarckiana surgem em um contexto de centralização e autoritarismo<sup>23</sup>, com duas características muito marcantes: a primeira, o caráter seletivo/corporativo (sendo os únicos beneficiários os operários industriais considerados como categoria social com interesses comuns), sem a criação de uma rede de seguridade mínima e universal; e a segunda, a administração centralizada da seguridade social como estratégia de pacificação da classe operária e neutralização da organização desta no sentido de promover a “paz social”, além da reafirmação do poderio militar e industrial alemão para o restante do mundo<sup>24</sup>.

Partindo de tal breve historiografia das experiências pioneiras, inglesa e alemã, o Estado de bem estar social propagou-se pela Europa ocidental e Estados Unidos, sendo introduzido em diferentes regimes e estágios políticos, sociais e econômicos, sem demonstrar um padrão originário único<sup>25</sup> e se constituiu como um fenômeno do século XX (no contexto do pós guerra), materializado em um conjunto de programas de proteção social, educação, saúde, entre outros<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> O sistema seria financiado pelas contribuições de empregados e empregadores, mas o Estado arcaria integralmente com os abonos de família e com a maior parte dos custos do Sistema Nacional de Saúde. FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n. 46, 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-46>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>19</sup> FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n. 46, 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-46>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>20</sup> ARRETCHE, Marta. *Emergência e Desenvolvimento do Welfare State*: Teorias Explicativas. BIB, Rio de Janeiro, n. 39, 1.º semestre 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-39/452-emergencia-e-desenvolvimento-do-welfare-state-teorias-explicativas/file>. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>21</sup> No século XX, o modelo alemão teve muita influência na construção de outros sistemas de proteção e assistência social conservadores que passaram a existir na América Latina, especialmente depois da crise de 1929. Segundo Faria (1998, p.51), a Alemanha de Bismarck tornou-se um paradigma para uma visão de *welfare state* como “intervenção preventiva” frente ao crescimento da capacidade de mobilização e organização dos trabalhadores urbanos. FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n. 46, 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-46>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>22</sup> FIORI, José Luís. Estado de bem-estar social: padrões e crises. *Physis* [online], v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997. ISSN 1809-4481. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311997000200008>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>23</sup> Segundo Esping-Andersen (1991, p.94), a Alemanha é um caso típico de contraposição histórica à tese da “Abordagem Institucional” justamente porque as políticas de seguridade social lá implementadas e hoje consideradas como pioneiras de *welfare state* ocorreram antes da democracia e foram motivadas pela vontade de impedir sua realização. ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>24</sup> FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n. 46, 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-46>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>25</sup> KERSTENETKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda. 2012. 289 p.

<sup>26</sup> ARRETCHE, Marta. *Emergência e Desenvolvimento do Welfare State*: Teorias Explicativas. BIB, Rio de Janeiro, n. 39, 1.º semestre 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-39/452-emergencia-e-desenvolvimento-do-wel>

Há vasta literatura que aborda as diferentes correntes teóricas que buscam explicar o fenômeno do *welfare state*, com algumas de tais correntes tratando separadamente sua origem das razões de seu desenvolvimento ou de sua expansão. Para a breve análise aqui proposta da relação entre o Estado de Bem Estar Social e o modelo educacional finlandês, este trabalho assumirá a tipologia de Esping-Andersen como base teórica<sup>27</sup>.

## 2.2 Os três modelos do Estado de Bem Estar Social de Esping-Andersen

O Estado de Bem Estar Social pode ser considerado como um dos principais fenômenos políticos do século XX e, talvez, justamente por isso, sua construção e evolução, suas origens e desenvolvimento, tenham produzido tantos debates e pesquisas no mundo acadêmico. Nos estudos produzidos nos anos 50 e 60, as análises se voltavam, prioritariamente, para o *quantum* de gasto social mobilizado. Nas décadas subsequentes, há maior complexificação analítica e as pesquisas passam a considerar indicadores relativos aos formatos e características do gasto social. Com isso, as abordagens teóricas sobre o fenômeno do *welfare state* tornaram-se qualitativamente superiores, o que implicou maior refinamento e diversidade na explicação das razões de sua existência. Assim, ao longo do pós Segunda Guerra Mundial, surgiram os estudos históricos comparados<sup>28</sup>, tais como os de Titmus, Marshall, Wilensky, O'Connor, Offe, Ewald, Gough e Flora<sup>29</sup>. Mas é a obra de Esping-Andersen, já na década de 1990, que pode ser considerada como um salto analítico em relação aos estudos anteriores, um “ponto de não retorno” no debate sobre a emergência e desenvolvimento dos Estados de Bem Estar Social<sup>30</sup>.

Esping-Andersen<sup>31</sup> posiciona sua análise da emergência do Estado de Bem Estar Social em relação ao conceito de riscos sociais e na “tríade do welfare” — estado, mercado e família — sendo tais atores não equivalentes no sentido funcional, com diferentes capacidades em termos de ação e resultados no gerenciamento e compartilhamento dos riscos sociais. Segundo o autor, a família sempre foi a instituição social central, o *locus* principal de produção e consumo, até ser eclipsada pelo industrialismo<sup>32</sup>. Ainda que se mantenha como importante ator dentro dos Estados de Bem Estar Social, seu monopólio histórico de proteção e solidariedade social já não pode ser ressuscitado. O mercado, por sua vez, tampouco seria suficiente para proteger os indivíduos. A mercadorização das pessoas, o desemprego, o avanço da pobreza e das desigualdades na Europa, a partir do final do século XIX, demandaram intervenção estatal. A emergência do *welfare state* materializou um novo contrato social, com a introdução dos direitos sociais modernos, a desmercadorização

---

fare-state-teorias-explicativas/file. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>27</sup> ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>28</sup> ARRETCHE, Marta. *Emergência e Desenvolvimento do Welfare State*. Teorias Explicativas. BIB, Rio de Janeiro, n. 39, 1.º semestre 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-39/452-emergencia-e-desenvolvimento-do-welfare-state-teorias-explicativas/file>. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>29</sup> Os autores aqui citados compõem o recorte teórico e temporal analisado no artigo “Emergência e Desenvolvimento do *Welfare State*. Teorias Explicativas”. ARRETCHE, Marta. *Emergência e Desenvolvimento do Welfare State*. Teorias Explicativas. BIB, Rio de Janeiro, n. 39, 1.º semestre 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-39/452-emergencia-e-desenvolvimento-do-welfare-state-teorias-explicativas/file>. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>30</sup> ARRETCHE, Marta. *Emergência e Desenvolvimento do Welfare State*. Teorias Explicativas. BIB, Rio de Janeiro, n. 39, 1.º semestre 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-39/452-emergencia-e-desenvolvimento-do-welfare-state-teorias-explicativas/file>. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>31</sup> ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>32</sup> Esping-Andersen (1999, p. 35) afirma que, em teoria, na perspectiva padrão da economia política, a família teria assumido uma função secundária, de provedora de suporte emocional. Porém, na prática, a família manteve-se como produtora e importante fonte de bem estar, em grande medida, por conta do trabalho doméstico não remunerado assume como convincente a crítica das pesquisadoras feministas de que em todos os lugares, o trabalho doméstico não remunerado das mulheres ainda é uma fonte produtora de welfare e que a família nunca deixou de ser produtiva. Em verdade, o favorecimento ao homem nas políticas de transferência de renda do *welfare state* do pós guerra foi possível por causa do papel social das famílias, nele incluso o trabalho doméstico. ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

dos indivíduos — como resultado da prestação de serviços por parte do Estado tomada como direito — e, ainda, com a possibilidade de o indivíduo subsistir independentemente do contrato de trabalho<sup>33</sup>.

A partir de tais afirmações, o autor conclui que a política social seria a gestão pública de riscos sociais, tanto dos riscos “democráticos”, ou seja, aqueles que afetam a todos (velhice, por exemplo) quanto dos demais, estratificados socialmente, tais como desemprego e pobreza<sup>34</sup>. Nesse ponto, é importante destacar que Esping-Andersen não explica os diferentes tipos de *welfare state* e o desenvolvimento destes somente pelo indicador relativo ao volume do gasto público. Segundo esse autor<sup>35</sup>:

se nosso objetivo é testar teorias causais que envolvem agentes, devemos começar com as demandas promovidas realmente pelos atores que consideramos críticos na história do desenvolvimento do *welfare state*. É difícil imaginar que alguém fosse lutar por gastos *per se*.

As formas institucionais de prestação de serviços sociais, ou seja, os diferentes regimes de política social são explicados, pelo autor, pelas variadas matrizes de poder, no interior das quais os movimentos da classe trabalhadora conseguiram inserir seus interesses<sup>36</sup>. A partir da perspectiva dos “recursos de poder”, Esping-Andersen propõe um novo enquadramento conceitual e teórico do *welfare state*, distinguindo a existência de três tipos de regimes de distribuição de serviços sociais, que, em essência, correspondem à tipologia das políticas sociais propostas por Titmus<sup>37</sup>, como ele mesmo destaca<sup>38</sup>:

a abordagem de Titmus fecundou uma variedade de novas perspectivas na pesquisa comparativa do *welfare state* [...]. É uma abordagem que força os pesquisadores a saírem da caixa preta dos gastos para o conteúdo dos *welfare state*: programas direcionados versus programas universalistas, as condições de elegibilidade, tipo de benefícios e serviços e, talvez o mais importante, em que medida o nível de emprego e a vida profissional fazem parte da ampliação dos direitos do cidadão.

### 2.2.1 As causas do Welfare State

Segundo Esping-Andersen<sup>39</sup>, uma teoria de desenvolvimento dos Estados de Bem Estar Social precisa “reconsiderar suas hipóteses causais se quiser explicar os agrupamentos”. O objetivo inicial de Esping-Andersen era firmar tal teoria como tipo ideal, no sentido weberiano, sendo cada regime por ele proposto concebido sobre “dimensões culturais, históricas e políticas específicas a um conjunto de países relativamente similares”, o que impossibilita que tal tipologia seja representativa ou generalizável para outras regiões<sup>40</sup>. Nesse sentido, o autor aponta três fatores como sendo importantes para caracterizar os três tipos de *welfare state* que ele propôs. São eles: 1) modelo de formação política da classe trabalhadora<sup>41</sup>; 2) a edificação de coa-

<sup>33</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020. Pode se observar aqui, diálogo de Esping-Andersen com a obra clássica de Marshall (1967), destacando uma versão nova de cidadania — a cidadania social.

<sup>34</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>35</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>36</sup> ARRETCHE, Marta. *Emergência e Desenvolvimento do Welfare State*: Teorias Explicativas. BIB, Rio de Janeiro, n. 39, 1.º semestre 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-39/452-emergencia-e-desenvolvimento-do-welfare-state-teorias-explicativas/file>. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>37</sup> Titmuss (1958, p. 42, 43) diferencia os Estados de Bem Estar Social em residuais e institucionais, sendo os primeiros aqueles em que o Estado assume a responsabilidade quando a família ou o mercado não conseguem atendê-las e os segundos, os que ofertam serviços universais, para todos.

<sup>38</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>39</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>40</sup> BARBOSA, Pedro Rufino. Desenvolvimento conceitual e teórico na literatura dos regimes de bem-estar latino-americanos. *Administração Pública e Gestão Social*, [S. l.], v. 12, n. 2, 2020. DOI: 10.21118/apgs.v12i2.5514. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/5514>. Acesso em: 19 jan. 2021. p. 4.

<sup>41</sup> Considerando a estrutura sindical, os objetivos, ideologia e capacidades políticas da classe trabalhadora e da mobilização de classe,

lizes políticas durante a passagem de uma economia rural para uma sociedade de classe média<sup>42</sup>; e 3) o legado histórico que contribuiu para a institucionalização das preferências de classe e comportamento político<sup>43</sup>.

Em relação ao primeiro fator, chama a atenção que Esping-Andersen não afirma que quanto maiores fossem os meios de poder da classe trabalhadora, maiores seriam os impactos redistributivos das políticas sociais. Ao invés disso, o autor afirma que não há linearidade em tal relação, uma vez que países com níveis semelhantes de pressão da classe operária podem apresentar resultados distributivos diferentes<sup>44</sup>.

Considerando-se um conjunto critérios que definissem o papel do Estado de bem estar na sociedade, Esping-Andersen fez sua análise comparativa de dezoito países capitalistas desenvolvidos, examinando as variações dos direitos sociais e as estratificações do *welfare state*, e formulou sua tipologia dos Estados de bem estar social, distinguindo a existência de três tipos de regimes de distribuição de serviços sociais, que representavam diferentes combinações qualitativas entre Estado, mercado e família, que ele chamou de “tríade do welfare”<sup>45</sup>. Entretanto, antes de relacionar de maneira bastante sintética os regimes de *welfare* propostos por Esping-Andersen, é importante destacar uma observação feita pelo próprio autor sobre a tipologia por ele proposta<sup>46</sup>:

os *welfare states* formam um grupo, mas precisamos reconhecer que não existe um único caso puro. Os países escandinavos podem ser predominantemente socialdemocratas, mas não estão isentos de elementos liberais cruciais. Os regimes liberais também não são tipos puros. O sistema de previdência social norte-americano é redistributivo, compulsório e longe de ser atuarial. Ao menos em sua primeira formulação o *New Deal* era tão socialdemocrata quanto a socialdemocracia contemporânea da Escandinávia. E os regimes europeus conservadores incorporaram tanto impulsos liberais quanto socialdemocratas. Com o passar das décadas, tornaram-se menos corporativistas e menos autoritários.

Assim, passando “de uma abordagem linear para uma abordagem interativa tanto em relação aos *welfare states* quanto à suas causas”, o que Esping-Andersen<sup>47</sup> propôs com sua tipologia foi um enquadramento conceitual dos países industrializados de acordo com as dimensões alcançadas dos direitos sociais, da cidadania, da distribuição e da gestão dos riscos sociais pela “tríade do welfare”.

## 2.2.2 Os regimes de Welfare State

No capítulo “As Três Economias do *welfare state*”<sup>48</sup>, Gøsta Esping-Andersen aborda questões que balizam o debate sobre as origens do Estado de Bem Estar Social, contrapondo o legado da economia política com uma “reconstituição do *welfare state*”<sup>49</sup>:

---

para além do enquadramento partidário.

<sup>42</sup> As alianças com as novas classes médias (pós Segunda Guerra Mundial) foram fundamentais para a consolidação dos *welfare states*. ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>43</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>44</sup> ARRETCHE, Marta. *Emergência e Desenvolvimento do Welfare State*: Teorias Explicativas. BIB, Rio de Janeiro, n. 39, 1.º semestre 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-39/452-emergencia-e-desenvolvimento-do-welfare-state-teorias-explicativas/file>. Acesso em: 20 jan. 2021.

<sup>45</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>46</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>47</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>48</sup> Esse é o primeiro capítulo do livro “*Três lições sobre o estado-providência*”, de Gøsta Esping-ANDERSON, Bruno Palier. trad. Afonso de Melo. Lisboa: Campo da Comunicação, 2009.

<sup>49</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set.

o welfare state não pode ser compreendido apenas em termos de direitos e garantias. Também precisamos considerar de que forma as atividades estatais se entrelaçam com o papel do mercado e da família em termos de provisão social. Estes são os três princípios mais importantes que precisam ser elaborados antes de qualquer especificação teórica do welfare state.

Para o autor, os novos dilemas enfrentados impõem uma mudança no enfoque dado às políticas sociais, passando da compreensão de tais políticas como ações compensatórias e mitigadoras das dificuldades imediatas dos indivíduos para uma visão de investimentos sociais de prevenção e desenvolvimento, especialmente diante das mudanças do século XX para o XXI. Nesse sentido, ele posiciona o *welfare state* como a forma mais eficaz de diminuir as desigualdades e promover a equidade, retomando a importância da cidadania social proposta por Marshall<sup>50</sup> introduzindo o tema da “desmercadorização” e “estratificação” dos indivíduos e, por fim, propondo sua tipologia dos três regimes de *welfare state*: “Liberal”, “Conservador/Corporativista” e “Social-democrata”.

Como já dito, muitas foram as proposições teóricas que se sucederam no debate acadêmico sobre os Estados de Bem Estar Social desde meados do século XX, mas o enquadramento conceitual, proposto por Esping-Andersen na década de 1990<sup>51</sup>, pode ser considerado o mais influente no campo das políticas sociais até o momento. Ainda que tenha sido e continue sendo alvo de críticas<sup>52</sup>, a tipologia proposta por tal autor (baseada na análise de três grandes áreas, a saber, as relações entre Estado e mercado, a estratificação e a desmercadorização dos indivíduos) apresenta três regimes de welfare que se consolidaram na década de 1960 por ocasião da universalização dos direitos sociais na Europa ocidental<sup>53</sup>. De maneira resumida, são esses os modelos de regimes de *welfare state* propostos por Esping-Andersen:

a) regime “liberal” – exemplos arquétipos: Austrália, Canadá e EUA. Nesse tipo de regime, predomina a assistência aos comprovadamente pobres, uma classe trabalhadora de baixa renda ou dependente do Estado, por meio de modestos planos de previdência social e baixas transferências universais. Como consequência, o efeito de desmercadorização das pessoas é baixo, os direitos sociais são reduzidos e o tipo de estratificação produzida é o de “igualdade relativa da pobreza entre os beneficiários do Estado, serviços diferenciados pelo mercado entre as maiorias e um dualismo político de classe entre ambas as camadas sociais.”<sup>54</sup>; b) regime “conservador” ou “corporativista” – exemplos arquétipos: Áustria, França, Itália e Alemanha. Nesses regimes, nunca houve a obsessão típica dos regimes “liberais” pela mercadorização dos indivíduos e a “deificação” do mercado como provedor exclusivo de bem estar. Em verdade, a herança histórica do corporativismo nas bases do aparato estatal favoreceu o desenvolvimento de um modelo de welfare que substituiu o mercado enquanto provedor de benefícios sociais com a preservação das diferenças de *status* para a concessão de tais direitos, o que significou um impacto muito baixo em termos de redistribuição. Os regimes “conservadores” ou “corporativistas” são muito influenciados, também, pela herança religiosa e, por isso, marcados pelo compromisso com os valores religiosos baseados em determinadas concepções de moralidade familiar. O Estado somente age quando a família não consegue mais atender aos seus membros

1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>50</sup> MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. São Paulo: Zahar, 1967.

<sup>51</sup> Aqui e na abordagem teórica proposta, circunscrevem-se as citações de Esping-Andersen a dois de seus trabalhos: “As três economias políticas do *Welfare State*”, (1991) e “Social foundations of postindustrial economies”. ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>52</sup> Há pelo menos três críticas que são feitas à tipologia proposta por Esping-Andersen com certa frequência no meio acadêmico: a da limitação da comensurabilidade comparativa (MORENO, 2000, p.186); a crítica feminista em relação à subavaliação da família na provisão global do bem estar e a da “maturidade dos regimes socialdemocratas”. FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n. 46, 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-antiores/bib-46>. Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>53</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>54</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

em suas necessidades e as mulheres casadas são excluídas da previdência social e incentivadas, por meio dos benefícios que são destinados à família, à maternidade<sup>55</sup>; c) regime “social-democrata” – países escandinavos, com destaque para Suécia, Dinamarca e Noruega. Esse modelo abrange o menor grupo de países e foi assim denominado porque, segundo o autor, a social-democracia “foi claramente a força dominante por trás da reforma social” naquelas nações<sup>56</sup>. Os países que compõem tal grupo apresentam alto grau de desmercadorização e princípios de universalismo dos direitos sociais. Ao invés de se conformarem com os dualismos que marcam os outros dois regimes □ mercado *versus* Estado, classe média *versus* classe trabalhadora □, as nações social-democratas trabalharam por um modelo de welfare que promovesse a igualdade por meio de programas desmercadorizantes e universalistas que, ainda assim, atendem a expectativas diferenciadas, excluindo o mercado. “Todos se beneficiam; todos são dependentes; e supostamente todos se sentirão obrigados a pagar”<sup>57</sup>. Os regimes social-democratas comprometem-se com uma pesada carga de serviços sociais e com o pleno emprego, o que inclui homens e mulheres.

### 3 As políticas sociais nos países escandinavos

Os países escandinavos se destacam pelo seu modelo universalista com maior potencial distributivo e de desmercadorização. De acordo com Esping-Andersen<sup>58</sup>, os Estados de Bem Estar Social escandinavos tendem a ser mais desmercadorizantes do planeta. Como no tópico anterior, foram abordadas as linhas gerais e principais características de cada regime de *welfare state*. Neste serão destacados cinco pontos relacionados aos regimes social-democratas que dialogam, diretamente, com o objetivo do trabalho, a saber, a relação do Estado de Bem Estar Social com o modelo educacional finlandês.

O primeiro ponto a ser destacado é o conceito de desfamiliarização ou a socialização dos custos das famílias. Como explica Esping-Andersen<sup>59</sup>:

[...] desfamiliarizar não significa opor-se à família; ao contrário, o termo desfamiliarização pretende descrever em que medida as responsabilidades de atenção, cura e bem estar das famílias foram reduzidas. [...] Um sistema é familista não se é a favor da família, mas se a sua política pública assume (e age para) que qualquer núcleo familiar seja o primeiro responsável pelo bem-estar dos seus membros. [...] O conceito de desfamiliarização é paralelo àquele de desmercadorização; com efeito, para as mulheres, a desfamiliarização é em geral uma pré-condição da sua capacidade de se mercadorizar (tradução da autora).

O modelo universalista opera sobre a questão da igualdade de gêneros de forma diferente do que ocorre nos regimes “conservador/corporativista” — nos quais as mulheres não têm amplo suporte de serviços sociais para que possam ingressar no mercado de trabalho. Mas também do modelo “liberal”, em que há tanta preocupação com “o caráter sagrado do mercado” que o Estado não se ocupa de forma efetiva das questões que envolvem equidade de gênero e, ao mesmo tempo, busca minimizar as relações entre família e Estado. No modelo universalista, o *modus operandi* fortalece a independência individual por meio de transferências destinadas diretamente aos filhos, com o Estado assumindo objetivamente responsabilidades pelo cuidado

<sup>55</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>56</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>57</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>58</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>59</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

das crianças, idosos e pessoas em situação de vulnerabilidade social por meio da oferta de serviços sociais, o que implica socialização dos custos familiares e a oportunidade para que um número cada vez maior de mulheres possa ingressar no mercado de trabalho sem se sentirem culpadas ou titulares de uma jornada dupla<sup>60</sup>. O segundo ponto refere-se ao fato de que países escandinavos adotaram um caminho “pragmático virtuoso” no que tange aos seus sistemas de assistência social que pode ser descrito como uma síntese entre o universalismo e a adequação ao mercado. Isto porque o Estado incorporou novas classes médias em uma segunda e sofisticada estrutura de previdência relacionada aos ganhos, além da previdência igualitária mínima<sup>61</sup>. Tal estratégia, ao assegurar benefícios que correspondessem às expectativas das novas classes médias, não apenas bloqueou o mercado como preservou o universalismo (ainda que com certa medida de desigualdades), mantendo o nível de consenso necessário para reter o apoio amplo e solidário aos altos impostos que o regime social-democrata exige para ser financiado.

Soma-se a essa estratégia o terceiro ponto fundamental para a existência do regime social-democrata, qual seja, o compromisso e a dependência com a garantia do pleno emprego, pois arcar com os custos de um Estado de Bem Estar Social universalista e desmercadorizante implica diminuir problemas sociais e potencializar rendimentos. Por conseguinte, a melhor maneira de resolver tal equação é com o maior número possível de pessoas trabalhando (e pagando impostos e tributos) e o menor quantitativo daqueles que dependem de transferências sociais<sup>62</sup>. Importante destacar que tal afirmação não consiste em aparente contradição, ou seja, não coloca como condição central da tipologia do regime social-democrata a questão do volume gasto social e sim como esse gasto é realizado<sup>63</sup>.

O quarto ponto diz respeito aos riscos sociais das crianças e jovens nos países escandinavos, o que seria um desdobramento da perspectiva de socialização dos custos familiares. As taxas de pobreza em tais países são muito baixas e estão diretamente relacionadas às políticas sociais implementadas pelos regimes social-democratas. Em alguns casos, 80%<sup>64</sup> dos jovens desempregados recebem benefícios do Estado, o que permite que sejam independentes ao invés de precisarem viver com os pais. Como notado em outros países da Europa, com base no regime “conservador/corporativista”, a familiarização dos riscos sociais, tal como o desemprego, pode até evitar a pobreza, mas tem como consequência custos indiretos de diversas ordens tais como adiamento da procura de emprego, atraso em relação à construção da autonomia dos indivíduos, à constituição de novas famílias e até à infertilidade do país, com a diminuição em médio e em longo prazo do número de jovens<sup>65</sup>.

Por fim, o quinto ponto tem relação com a postura adotada pelos países escandinavos no que concerne à educação. Em seu livro, “*Social Foundations of Postindustrial Economies*”, Esping-Andersen<sup>66</sup> chama de “herança da pobreza” as questões relacionadas à desigualdade quando estas deixam de ser “riscos de classe” e têm sua origem na transmissão intergeracional. Essa pobreza herdada materializa-se na forma de “capital social deficitário”, afeta o desempenho escolar dos indivíduos e é reforçada pelas assimetrias inerentes ao mercado em

<sup>60</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>61</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>62</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>63</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>64</sup> Dado referente à Dinamarca, em 1999. ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>65</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>66</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

uma relação que pode se retroalimentar por gerações, tornando muito difícil que os riscos intergeracionais diminuam a menos que o Estado de Bem Estar Social intervenha com políticas de “igualdade de oportunidade”, para equalizar as condições de vida das quais partem os indivíduos.

A admissão de que a sociedade discrimina alguns grupos, negando-lhes chances justas e iguais de competição no mercado, refere-se à motivação da expansão da educação como obrigatória e universal nos Estados de Bem Estar Social que responderam a tal demanda de forma “minimalista” ou “maximalista”. O primeiro tipo de resposta seria característico dos países de regime “liberal”, notadamente anglo-saxões, por meio da implementação de políticas de igualdade de oportunidade residuais, com foco nos indivíduos socialmente desfavorecidos. Já a resposta “maximalista” seria aquela adotada pelos países do regime social-democrata, países escandinavos, abrangendo a totalidade dos grupos sociais com base na premissa de que todos enfrentam algum tipo de risco que poderia colocá-los em alguma posição de desvantagem, pois o objetivo não é atuar no vácuo da necessidade e sim na interrupção da “transmissibilidade” geracional da desigualdade, envolvendo diferentes estratégias consideradas fundamentais para o enfrentamento das desigualdades<sup>67</sup>. É justamente com base em tal enquadramento conceitual que será apresentado o “caso finlandês”, a partir de descrição sucinta do seu modelo educacional.

## 4 O “caso finlandês”

Os resultados do Programa Internacional de Avaliação de Alunos (PISA)<sup>68</sup> e demais estudos realizados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a partir dos anos 2000, destacam o êxito das reformas do sistema educacional finlandês, no que tange aos indicadores padronizados definidos por tal metodologia de avaliação. Desde a divulgação dos resultados do primeiro PISA, em 2001, a Finlândia vem mantendo-se entre os primeiros lugares dos países mais bem avaliados, com uma tendência, a partir de 2005, de aumento médio anual de 0,8% do nível de escolaridade (OCDE, 2018). Paralelamente a tal desenvolvimento educacional expressivo, especialmente ao longo do século XX, além disto é um dos países mais equânimes do mundo<sup>69</sup>. É fato que, os resultados apresentados pelo modelo educacional da Finlândia, na última edição do PISA em 2018, mostraram, nas três modalidades regulares de aferição, ligeira queda em relação às anteriores. Porém, ainda assim, o país permanece entre as primeiras colocações no *ranking* mundial:

**Quadro 1 – resultados da Finlândia no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA) 2000, 2009 e 2018**

ANO	2000			2012			2018		
	Pontos	Países da OCDE	Todos os países	Pontos	Países da OCDE	Todos os países	Pontos	Países da OCDE	Todos os países
Letramento em Leitura	546	1 <sup>a</sup>	1 <sup>a</sup>	536	2 <sup>a</sup>	3 <sup>a</sup>	520	(1-5)	(3-9)
Letramento em Matemática	536	4 <sup>a</sup>	4 <sup>a</sup>	541	2 <sup>a</sup>	6 <sup>a</sup>	507	(7-13)	(12-18)

<sup>67</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>68</sup> O Programa Internacional de Avaliação de Estudantes – PISA (“*Programme for International Student Assessment*”), é um estudo comparativo internacional realizado a cada três anos pela OCDE, em uma amostra representativa de alunos de quinze anos de idade, que tenham completado pelo menos seis anos de escolaridade, abrangendo habilidades desenvolvidas pelos estudantes em três campos: leitura, matemática e ciências, em que cada dá ênfase a um desses campos. BRASIL. MEC. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep). Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/pisa>, acesso em 23 jan. 2021.

<sup>69</sup> O Coeficiente de Gini da Finlândia: 0,27. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Finland*. Disponível em: <https://data.oecd.org/finland.htm>. Acesso em: 15 jan. 2021.



ANO	2000			2012			2018		
	Pontos	Países da OCDE	Todos os países	Pontos	Países da OCDE	Todos os países	Pontos	Países da OCDE	Todos os países
Letramento em Ciências	538	3 <sup>a</sup>	3 <sup>a</sup>	554	1 <sup>a</sup>	2 <sup>a</sup>	522	(3-5)	(6-10)
Educação Financeira	-	-	-	-	-	-	537	(2-3)	(2-3)

Fonte: Ministry of Education and Culture – Finland (2021). OCDE: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

#### 4.1 Breve histórico

A Segunda Guerra mundial atingiu, de forma violenta e traumática, o planeta e provocou consequências devastadoras para a promissora e jovem democracia finlandesa. Depois de seis anos em guerra, a Finlândia teve de contar seus mortos e lidar com o tratado de paz assinado com a União Soviética que impôs severas condições econômicas, incluindo a entrega de parte de seu território<sup>70</sup>. No campo político, diversas associações foram proscritas e o Partido Comunista estabeleceu-se como entidade política no país. Todos esses fatos tiveram profundo impacto na Finlândia e fizeram do pós Segunda Guerra Mundial um período de grande instabilidade nas relações de poder, mas, por outro lado, também, de muitas transformações na economia e nas políticas sociais, especialmente no que diz respeito à “noção de igualdade de oportunidades educacionais para todos”<sup>71</sup>. De fato, o cenário e as consequências dos grandes desafios de reconstrução no pós Segunda Guerra Mundial, em meio a todos os passivos sociais, econômicos e políticos por ela deixados e que marcaram a Finlândia até a primeira metade do século XX, foram os mesmos cenários e consequências em muitos outros países onde as medidas de *welfare state* foram responsáveis pela superação de tais desafios de reconstrução ao mesmo tempo em que foram impulsionadas por eles<sup>72</sup>.

A passagem de uma economia agrária (1950-60) para uma economia industrializada (1970) e, finalmente, uma economia impulsionada pelo conhecimento, com um setor de serviços crescente e com níveis ascendentes de tecnologia e inovação (1990), teve em sua origem o estabelecimento de uma diretriz de desenvolvimento que partiu de três pressupostos característicos de cada um desses períodos: primeiro, a minimização das desigualdades de oportunidades; segundo, a criação de um sistema público de educação que diminuísse os riscos sociais; e, terceiro, a melhoria da educação básica e a expansão da educação secundária — missão assumida pelo *welfare state* finlandês desde o final da década de 1980 até o presente momento<sup>73</sup>.

No campo político, a reconstrução da Finlândia se iniciou após as eleições para o Parlamento Nacional, em 1948, com os assentos distribuídos de maneira muito equilibrada entre as forças políticas da época<sup>74</sup>. Foi estabelecido, a partir de então, um consenso<sup>75</sup> em torno das reformas para a renovação do sistema edu-

<sup>70</sup> Com o término da Segunda Guerra Mundial, a Finlândia teve de ceder 12% do seu território, o que implicou a realocação de 450 mil pessoas. Foram mais de 90 mil mortos, 60 mil pessoas com ferimentos irreversíveis, 25 mil viúvas e 50 mil crianças órfãs em um país cuja população não chegava a 4 milhões de habitantes. SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016.

<sup>71</sup> SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016.

<sup>72</sup> KERSTENETKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda. 2012. 289 p.

<sup>73</sup> SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016.

<sup>74</sup> As forças políticas na Finlândia, em relação ao pós Segunda Guerra Mundial, eram constituídas pelo Partido Comunista, pelo Partido Social democrata, pelo Partido de Centro Agrário e mais tarde, pelo Partido Conservador. SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016. p. 46.

<sup>75</sup> Os quatro partidos políticos uniram-se em torno do que ficou conhecido como “Consenso Finlandês” que foi decisivo para as reformas educacionais no país a partir da década de 1970. SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com*

cacional finlandês, com a participação de comitês de diferentes partidos cujas visões convergentes sobre a educação lançaram as bases para o modelo que se concretizou a partir da década de 1970<sup>76</sup>.

Em relação à sociedade, as famílias finlandesas tiveram importante papel para a consolidação das propostas de reformas no sistema educacional, aderindo em massa ao modelo educacional resultante, o que contribuiu para que este se configurasse como instituição equalizadora<sup>77</sup>. Tal como afirmado por Esping-Andersen<sup>78</sup> é pouco provável que as decisões que uma única família toma em relação a seus membros possam impactar toda sociedade, porém, as decisões que grande número de famílias toma, alinhando-se em prol de determinado pleito ou comportamento, podem criar condições para a mudança institucional. Foi justamente isso o que ocorreu na Finlândia em relação ao pós Segunda Guerra.

Essa resumida descrição reporta à já mencionada tese de Esping-Andersen sobre o processo da emergência e desenvolvimento do *welfare state*, no sentido de que a construção do modelo educacional finlandês foi o resultado do padrão de formação política da classe trabalhadora, da construção das coalizões políticas durante a transição de um modelo econômico de fazendas administradas em regime familiar para uma sociedade de classe média e da herança das reformas anteriores, junto com os valores culturais tradicionais daquele país<sup>79</sup>.

## 4.2 As “Lições finlandesas”

O objetivo deste trabalho não compreende o aprofundamento dos aspectos pedagógicos balizadores e resultantes das reformas no sistema educacional finlandês. Entretanto, para efeito de contextualização do principal argumento apresentado, a saber, a relação do Estado de Bem Estar Social com o modelo educacional finlandês, destaca-se o posicionamento em relação à promoção da equidade e como tal posicionamento se reflete (e é refletido) no combate às desigualdades, por meio do *Peruskoulu*, como é chamado o ensino básico Finlandês. Este atende às crianças e jovens dos sete aos dezesseis anos. Foi implantado a partir da década de 1970, após a fusão de diferentes perfis de instituições de ensino<sup>80</sup>, o que na prática significou que todos os estudantes, independentemente de onde morassem, dos seus interesses ou condições socioeconômicas, teriam a mesma formação básica, com nove anos de duração, em escolas com docentes altamente qualificados, comprometidos e autônomos, administradas por autoridades locais. Essa mudança foi o resultado de um novo pacto social e é considerada pelos pesquisadores finlandeses como revolucionária, uma vez que foi fundamental para a promoção de uma sociedade organizada sob o princípio da equidade<sup>81</sup>.

Por fim, é importante destacar que, mesmo possuindo um modelo educacional que chama atenção do mundo pelos resultados qualiquantitativos que apresenta e que prima, na prática, pelo combate às desigualdades, a Finlândia continua a aprimorar seu sistema. Em 2016 o governo finlandês alterou a Lei de Educação Básica para tornar a educação infantil obrigatória, com o objetivo de ampliar as condições de igualdade

---

a mudança educacional na Finlândia? Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016. p. 56.

<sup>76</sup> SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016.

<sup>77</sup> SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016.

<sup>78</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>79</sup> ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

<sup>80</sup> É importante destacar que a Finlândia estava passando nessa época pela transição de uma economia predominantemente agrária para um perfil mais industrial e o ensino era estratificado, com dois tipos de escolas diferentes a *grammar* (como enfoque um ensino geral e humanístico) e as *civic schools* (voltadas para o mercado de trabalho), que eram procuradas de acordo como os supostos interesses e finalidades das famílias em relação ao futuro dos seus filhos. SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016.

<sup>81</sup> SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016.

educacional. Além disso passou a implementar várias emendas à “Lei do Bem-Estar Infantil” em relação às crianças em situação de vulnerabilidade e, a respeito da perspectiva de desfamiliarização já muito presente em seu Estado de bem estar social, houve um reforço dos direitos dos jovens em relação à habitação e meios de subsistência (*Report of the Social Protection Committee*, 2015)<sup>82</sup>.

## 5 Considerações finais

É consenso que o sistema educacional finlandês é um *case* mundial que movimenta o debate sobre os modelos de educação pública em países de diversos espectros políticos, econômicos e sociais em diferentes áreas, tais como financiamento e gastos públicos, gestão, carreira do magistério, proposta pedagógica, entre outros. A Finlândia, além de se manter, ao longo das duas últimas décadas, entre os primeiros colocados no mais importante teste educacional padronizado internacional, o PISA, acumula indicadores de desenvolvimento socioeconômicos expressivos<sup>83</sup>, estando sempre ao lado das grandes potências econômicas mundiais.

Parte da explicação para tais resultados consiste no fato de que aquele país fez da educação uma importante e fundamental estratégia de desenvolvimento na transição da economia agrária para industrial e, em seguida, da industrial para economia do conhecimento e da informação. Além disso, atuou na promoção da equidade, elegendo a educação como uma das principais políticas sociais de redução dos efeitos deletérios da “herança da pobreza” sobre o desenvolvimento das crianças e jovens (especialmente, mas não somente, no futuro destes no mercado de trabalho), desde o ponto mais nuclear da sociedade, as famílias, com ações de desfamiliarização e desmercadorização dos indivíduos<sup>84</sup>. Dito de outra maneira, o modelo educacional finlandês está imerso em um contexto de *welfare state* social-democrata com serviços sociais universalistas e políticas sociais usadas como estratégias de gestão de riscos sociais, em relação a um sistema de políticas públicas de saúde, tecnologia, economia, governança, meio ambiente e cultura de respeito e cumprimento das leis<sup>85</sup>.

Sendo assim, a construção do modelo educacional da Finlândia não é obra do acaso, de fatores isolados ou de missões pessoais de políticos transformadas, no tempo efêmero de algumas democracias, em agenda de governo, antes está relacionada à emergência e ao desenvolvimento do seu Estado de Bem Estar Social e é o resultado do conjunto de fatores históricos, culturais, sociais, políticos e econômicos<sup>86</sup>, que se conformaram em um novo pacto social partindo do pressuposto de que a reconstrução daquele país, a respeito do pós Segunda Guerra Mundial, passava, necessariamente, não apenas pelo combate às desigualdades, mas pela geração de oportunidades iguais que convergissem em uma sociedade equânime e, para tanto, o modelo educacional seria (e foi) fundamental. Sendo assim, é razoável afirmar que tentar reproduzir tal modelo em outros países e nações que não possuam políticas sociais tais como as que existem na Finlândia - sociedades desiguais, com altos índices de pobreza e exclusão - seria assumir um desafio com grandes chances de insucesso.

<sup>82</sup> O Relatório (*European Union Report of the Social Protection Committee – Review of recent social policy reforms – The Social Protection Committee*, 2015) traz outras reformas feitas pela Finlândia no período, tais como redução da falta de moradias e políticas de subsídio para a habitação, apoio ao emprego e prevenção da exclusão social, com seguro-desemprego, aumento da renda mínima para pessoas com deficiência menores de 16 anos e para pessoas com deficiência maiores de 16 anos, criação de centro de apoio para imigrantes, entre outras.

<sup>83</sup> IDH = 0,938; gastos com educação = 6,9% do PIB; Gastos com saúde = 7,0% do PIB; investimento em pesquisa e desenvolvimento = 2,7% do PIB; renda *per capita* = \$53.160. IBGE. Países. *Finlândia*. Disponível em <https://paises.ibge.gov.br/#/dados/finlandia>. Acesso em: 24 jan. 2021.

<sup>84</sup> ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>85</sup> SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016.

<sup>86</sup> ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.

## Referências

- ARRETCHE, Marta. *Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: Teorias Explicativas*. BIB, Rio de Janeiro, n. 39, 1.º semestre 1995. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-anteriores/bib-39/452-emergencia-e-desenvolvimento-do-welfare-state-teorias-explicativas/file>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- BARBOSA, Pedro Rufino. Desenvolvimento conceitual e teórico na literatura dos regimes de bem-estar latino-americanos. *Administração Pública e Gestão Social*, [S. l.], v. 12, n. 2, 2020. DOI: 10.21118/apgs.v12i2.5514. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/5514>. Acesso em: 19 jan. 2021.
- BRASIL. MEC. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep). *Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa)*. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/pisa>. Acesso em: 23 jan. 2021.
- DALY, M. *families versus state and market*. The Oxford Handbook of Welfare State. Oxford: Oxford Press, 2012. Disponível em: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199579396.001.0001/oxfordhb-9780199579396-e-9>. Acesso em: 18 dez. 2020.
- DRAIBE, Sônia M.; RIESCO, Manuel. Estados de bem-estar social e estratégias de desenvolvimento na América Latina: um novo desenvolvimentismo em gestação? *Sociologias* [online], v. 13, n. 27, p. 220-254, 2011. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222011000200009&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222011000200009&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 20 dez. 2020.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta. As três economias políticas do *Welfare State*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85-116, set. 1991. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451991000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006). Acesso em: 15 dez. 2020.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Social foundations of postindustrial economies*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1999.
- EU. (European Union). *Report of the Social Protection Committee*. Review of recent social. Disponível em: [http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific\\_recommendations/2014/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific_recommendations/2014/index_en.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.
- FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Uma Genealogia das Teorias e Modelos do Estado de Bem-Estar Social*. BIB n. 46, 1998. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/edicoes-anteriores/bib-46>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- FILGUEIRA, Fernando. *Welfare and democracy in Latin America*. The development, crises and aftermath of universal, dual and exclusionary social States. Prepared for the United Nations Research Institute for Social Development Project on Social Policy and Democratization. New York, 2005. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/252495352\\_Welfare\\_and\\_Democracy\\_in\\_Latin\\_America\\_The\\_Development\\_Crises\\_and\\_Aftermath\\_of\\_Universal\\_Dual\\_and\\_Exclusionary\\_Social\\_States/link/00b7d535828ae6ecc6000000/download](https://www.researchgate.net/publication/252495352_Welfare_and_Democracy_in_Latin_America_The_Development_Crises_and_Aftermath_of_Universal_Dual_and_Exclusionary_Social_States/link/00b7d535828ae6ecc6000000/download). Acesso em: 15 out. 2020.
- FIORI, José Luís. Estado de bem-estar social: padrões e crises. *Physis* [online], v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997. ISSN 1809-4481. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73311997000200008>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- GOUGH, Ian; SHARKH, Miriam Abu. *Global Welfare Regimes: A Cluster Analysis*. Global Social Policy. United Kingdom: Abo Akademi University n .3, march de 2015. Disponível em: [https://www.vasa.abo.fi/users/minygar/Undervisning-filer/Global%20Social%20Policy\\_2010\\_Sharkh\\_Gough.pdf](https://www.vasa.abo.fi/users/minygar/Undervisning-filer/Global%20Social%20Policy_2010_Sharkh_Gough.pdf). Acesso em: 05 jan. 2021.
- HOBSBAWM, E. J. *Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979.

IBGE. Países. *Finlândia*. Disponível em <https://pais.es.ibge.gov.br/#/dados/finlandia>. Acesso em: 24 jan. 2021.

KATWALA, Sunder. "Introduction". In: WALLIS, E. D. (ed.). *From the workhouse to the welfare state – What Beatrice Webb's 1909 Minority Report can teach us today*. Londres: The Fabian Society. Disponível em: <https://fabians.org.uk/wp-content/uploads/2009/03/FromWorkhousetoWelfare.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

KERSTENETKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2012.

KERSTENETKY, Celia Lessa. Welfare state e desenvolvimento. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, p. 129-156, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582011000100004>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. São Paulo: Zahar, 1967.

MÉSZÁROS, I. Para além do capital: rumo a uma teoria da transição. São Paulo: Boitempo, 2011.

MINISTRY OF EDUCATION AND CULTURE - FINLAND. *Education in Finland*. Finland Education in a nutshell. 2017. Disponível em: [https://www.oph.fi/sites/default/files/documents/finnish\\_education\\_in\\_a\\_nutshell.pdf](https://www.oph.fi/sites/default/files/documents/finnish_education_in_a_nutshell.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

MINISTRY OF EDUCATION AND CULTURE - FINLAND. *Finland and PISA*. Disponível em: <https://minedu.fi/en/pisa-en>. Acesso em: 24 jan. 2021.

MINISTRY OF EDUCATION AND CULTURE - FINLAND. *Finnish education in a nutshell*. Disponível em: [https://www.oph.fi/sites/default/files/documents/finnish\\_education\\_in\\_a\\_nutshell.pdf](https://www.oph.fi/sites/default/files/documents/finnish_education_in_a_nutshell.pdf). Acesso em: 24 jan. 2021.

MINISTRY OF EDUCATION AND CULTURE - FINLAND. *Suomen koulutusjärjestelmä*. Disponível em: <https://minedu.fi/koulutusjarjestelma>. Acesso em: 23 jan. 2021.

MORENO, L. Fundamentos sociais das economias pós-industriais. Esping-Andersen, Gøsta. Barcelona, Ariel, 2000 (e o 1999). *Revista Española De Sociología*, n. 1, 2001. Disponível em <https://recyt.fecyt.es/index.php/res/article/view/64706>. Acesso em: 17 dez. 2020.

OLSSON-HORT, Sven E.; Hans Hansen; Ingemar Eriksson. Social Security in Sweden and Other European Countries – Three Essays, Finance Department (DS 1993:51), Stockholm, 1993, no price given. *Journal of Social Policy*, v. 23, n. 2, p. 298-299. doi:10.1017/S004727940002184X. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-social-policy/article/abs/sven-e-olssonhort-hans-hansen-and-ingemar-eriksson-social-security-in-sweden-and-other-european-countries-three-essays-finance-department-ds-199351-stockholm-1993-no-price-given/49A371C9185AF58A67D98D5B3FF78993>. Acesso em: 03 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Finland*. Disponível em: <https://data.oecd.org/finland.htm>. Acesso em: 15 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Finlândia*. Disponível em: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/finland-pt/#:~:text=Na%20Finl%C3%A2ndia%2C%2088%25%20dos%20adultos%20entre%2025%20e%2064%20anos,m%C3%A9dia%20da%20OCDE%20de%2078%25.&text=A%20Finl%C3%A2ndia%20%C3%A9%20um%20pa%C3%ADs%20da%20OCDE%20de%20%C3%B3timo%20desempenho,m%C3%A9dia%20da%20OCDE%20de%20486>. Acesso em: 23 jan. 2021.

POLANYI, Karl. *A Grande transformação as origens da nossa época*. Tradução Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Câmpus, 2000.

SAHLBERG, Pasi. *Lições finlandesas: o que o mundo pode aprender com a mudança educacional na Finlândia?* Tradução: Elena Gaidano. Eduff. Niterói, 2016.

THIS IS FINLAND. *Luz e clima na Finlândia*: Um guia meteorológico para as quatro estações da Finlândia. Disponível em: <https://finland.fi/pt/vida-amp-sociedade/luz-e-clima-na-finlandia/#:~:text=Na%20Lap%C3%B4nia%2C%20que%20est%C3%A1%20ao,maio%20at%C3%A9%2027%20de%20julho>. Acesso em: 23 jan. 2021.

TITMUS, Richard M. *Essays on the Welfare State*. London, 1958.

WILENSKY, Harold. *The Welfare State and Equality*. Structural and Ideological Roots of Public Expenditures. Berkeley: University of California, 1975.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

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

**La transformación social en  
relación a la política pública  
educativa de las organizaciones  
asociativas agropecuarias**

**Social transformation in relation  
to public education policy  
for agricultural associative  
organisations**

Jhon Jairo Mosquera Rodas

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# La transformación social en relación a la política pública educativa de las organizaciones asociativas agropecuarias\*

## Social transformation in relation to public education policy for agricultural associative organisations

Jhon Jairo Mosquera Rodas\*\*

### Resumen

El trabajo se señala la relación que tiene Colombia con América y el mundo, junto a las características de este país, con respecto a la política pública educativa, finalizando con un análisis en perspectiva, sobre las asociaciones agrarias y su importancia en el ejercicio de la política pública en el campo. El método empleado en la investigación se centra en la metodología descriptiva, empleándose instrumentos, como la encuesta en escala Likert y el análisis descriptivo centrado en la propuesta del equilibrio de Nash. La muestra fue de 144 gerentes de las asociaciones agropecuarias, siendo esta de carácter aleatorio simple. Finalmente, el objetivo del estudio fue analizar el proceso de implementación, de la apropiación social del conocimiento, en relación al desarrollo humano, a los valores y principios del sistema social solidario en las asociaciones agropecuarias: en comparación con los criterios públicos que en materia de educación se están desarrollando en Colombia, y que afectan a todo el sistema educativo, incluyendo en este al sector solidario, y desde luego, a las organizaciones agropecuarias. Se concluye que es importante la realización de investigaciones a profundidad, para así mejorar la forma en que se interviene a través de la política y la acción pública, optimizando la valoración de las acciones públicas, para que estas sean eficientes en el tiempo, tanto para el sistema educativo, como para las organizaciones agrarias que hacen parte del sector solidario, en Colombia y en el mundo, so pena de una precarización sistemática de lo educativo y lo solidario hoy.

**Palabras clave:** economía de la educación; educación; agro; educación política; agricultura; zona rural.

### Abstract

The paper presents, in the first instance, both an overview of the emergence of the epistemologies of the South, as an alternative to overcome the negative impact of associative thinking in Colombian education, taking into account the socio-educational context as a neural element of the process of social and economic formation. In addition to the above, the relationship that Colombia has with America and the world pointed is out, together with

\* Artículo convidado

\*\* Doutor em Educação pela Universidad Cautemoc de Mexico. Universidad Cooperativa de Colombia. Email: tiempo16@hotmail.com. Email: andreabello@id.uff.br



the characteristics of this country, with respect to public educational policy, ending with an analysis in perspective, on the agrarian associations and their importance in the exercise of public policy in the countryside. The method used in the research focuses on descriptive methodology, using instruments such as the Likert scale survey and descriptive analysis centred on the Nash equilibrium proposal. The sample consisted of 144 managers of agricultural associations, and was simple randomised. Finally, the aim of the study was to analyse the process of implementing the social appropriation of knowledge in relation to human development, values and principles of the social solidarity system in agricultural associations. In comparison with the public criteria that are being developed in Colombia in terms of education, and which affect the entire education system, including the solidarity sector and, of course, agricultural organisations. The conclusion is that it is important to deepen research in order to improve the way in which policy and public action are intervened. To this end, it is necessary to optimise the evaluation of public actions, so that they are efficient over time, both for the education system and for the agrarian organisations that are part of the solidarity sector in Colombia and in the world, on pain of a systematic precariousness of education and solidarity in today's world.

**Keywords:** economics of education; education; agriculture; political education; agriculture; rural area.

## 1 Introducción

Un análisis de las condiciones económicas y educativas de Suramérica y en especial de Colombia, permite inferir que el conjunto de países en vías de desarrollo de esta parte del mundo, siguen siendo explotados permanentemente por los mismos países desarrollados, generación tras generación, el exterminio cultural al cual ha sido expuesto el pueblo colombiano<sup>1</sup>, es la esencia misma de la estrategia de atomización y aculturación progresiva<sup>2</sup>, que ha sido empleada, para que, mediante la educación y la instauración de una política pública planificada, se puedan cambiar mentalidades, costumbres, idearios culturales, imaginarios, entre otros, imponiendo aquellas ideas y comportamientos propios de la cultura de mercado, siendo esta la hipótesis de la investigación que fue realizada en los municipios de Belén de Umbría, Pueblo Rico y Quinchía Risaralda a inicios del año 2020 y finalizada a inicios del año 2022, de la cual proviene este trabajo. El propósito de este artículo es analizar el proceso de implementación, de la apropiación social del conocimiento, en relación al desarrollo humano, a los valores y principios del sistema social solidario, en las asociaciones agropecuarias: en comparación con los criterios públicos que en materia de educación se están desarrollando en Colombia, y que afectan a todo el sistema educativo. Se empleó la metodología descriptiva y el análisis descriptivo, aplicando la teoría de juegos de John Forbes Nash, premio nobel de economía. Al respecto del proceso de dominación cultural y sus implicaciones, aludido por Galeano,<sup>3</sup> hay que señalar que el contexto entonces, redefine el enfoque interpretativo relacionado directamente con el topos, es decir, con las condiciones geopolíticas, que son distintas en los diferentes sitios donde las sociedades se establecen, como lo bien lo define Sousa Santos<sup>4</sup>

<sup>1</sup> La investigación de este autor deja claro el panorama de lo que ocurre en el contexto social colombiano, MARTÍNEZ, J. K. J. Las prácticas genocidas y los crímenes contra la humanidad en Colombia: el caso de la Unión Patriótica y los líderes sociales en el post-acuerdo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 51, n. 135, p. 489-516, 2021. Disponible em: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n135.a09>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>2</sup> Ver: WARD, C.; RANA, D. A. Acculturation and adaptation revisited. *Journal of Cross-Cultural Psychology*, v. 30, n. 4, p. 422-442, 1999. Disponible em: <https://doi.org/10.1177/0022022199030004003>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>3</sup> “La división internacional del trabajo consiste en que unos países se especializan en ganar y otros en perder. Nuestra comarca del mundo, que hoy llamamos América Latina, fue precoz: se especializó en perder desde los remotos tiempos en que los europeos del Renacimiento se abalanzaron a través del mar y le hundieron los dientes en la garganta (GALEANO, E. *Las venas abiertas de américa latina*. Argentina: Siglo XXI Editores, 2004. p. 15).

<sup>4</sup> “En primer lugar, una cosa que llama la atención del contexto sociopolítico de nuestro tiempo es que no es fácil definirlo, porque depende mucho de la posición que uno tenga dentro del sistema mundial: vivir en Europa o en Norteamérica no es lo mismo que vivir en la India o en Bangladesh, son realidades totalmente distintas, con diferentes perspectivas [...]” (SOUSA, S. B. de. Con-

## 2 Método

La metodología del presente estudio es de orden descriptivo, se emplean elementos de la investigación descriptiva y de la teoría de juegos de Nash, en relación con la política pública, y la educación, enfocadas en sentido analítico a las organizaciones agropecuarias, en una parte de la región Andina de Colombia.

### 2.1 Muestra

La muestra fue aplicada a 144 gerentes de las organizaciones agropecuarias de la zona. Aplicándose el muestreo probabilístico, específicamente el aleatorio simple, por considerar que todas las empresas agropecuarias, tienen la misma probabilidad de ser seleccionadas. Los criterios fueron que los gerentes desempeñaran cargos directivos en las organizaciones solidarias, y que tuvieran una relación con el sector educativo, al menos al interior de dichas organizaciones.

Las variables que fueron tenidas en cuenta para la medición fueron: implementación de la apropiación social del conocimiento, junto a la aplicación de los principios y los valores del sistema solidario y la toma de decisiones; para el análisis de esta última variable, se emplea el equilibrio de Nash, como elemento esencial que posibilita la decisión más acertada para tomar decisiones en el contexto socioeducativo.

### 2.2 Hipótesis

#### 2.2.1 Hipótesis nula

$H_0$  = existe un 50% de transformación social en relación a la política pública educativa de las organizaciones asociativas agropecuarias.

#### 2.2.2 Hipótesis alternativa

$H_1$  = no existe un 50% de transformación social en relación a la política pública educativa de las organizaciones asociativas agropecuarias

### 2.3 Instrumentos

Los instrumentos utilizados, fueron la encuesta en escala Likert y el análisis de toma de decisiones de la teoría de juegos, destacándose el examen de las áreas epistemológica, poblacional y los enfoques en políticas públicas, junto a factores como la apropiación social del conocimiento, además de la aplicación de los principios y los valores del sistema solidario. Teniendo en cuenta lo anterior, se extractaron 2 preguntas esenciales, que constituyen el centro de análisis de la investigación.

### 3 La necesidad de una epistemología y una educación para el sur

Desde esta perspectiva, la necesidad de una epistemología del sur<sup>5</sup>, permite generar así conciencia sobre su importancia para el desarrollo de una cultura científica y académica evidenciada en la política pública educativa, en contraposición a las culturas de corte anglosajón, que han sido las constructoras de la episteme occidental impuesta al mundo. Esta postura exige un proceso de descolonización del paradigma científico, y desde luego de la educación, al respecto, una mirada distinta desde la perspectiva de los colonizados dará otra versión distinta de la historia.<sup>6</sup> De ahí que sea necesario en Colombia, y también en Suramérica, el ejercicio de descolonización de la educación.

Lo anterior entonces, corresponde al contexto en el cual está inmerso gran parte del sistema colombiano, la educación en este país, es vista como un servicio<sup>7</sup>, y desde esta perspectiva, se transforma en un producto de mercado, esto tiene inmensas implicaciones en la calidad y en los niveles de estratificación que vienen anexos a esta propuesta de regulación educativa<sup>8</sup>, aspecto este que se devela como neoliberal desde sus inicios, y que apoya el desarrollo de los grandes capitales, de las grandes empresas, que a su vez, pertenecen a las potencias económicas que gobiernan el mundo.

Teniendo en cuenta que la premisa es la de transformar un derecho fundamental en un servicio susceptible al ejercicio del cambio, entonces, la deducción más racional sería que la calidad educativa en Colombia, es una representación del modelo neoliberal, que ha sido construida a partir de los conceptos de oferta y demanda.<sup>9</sup> Aspecto este que no es incoherente, ya que cada vez son menos los puestos de trabajo para profesores públicos, aumentando el número de instituciones de modalidad mixta (privada y pública) denominados megacolegios<sup>10</sup>, elemento que disminuye los derechos de los profesores a nivel de contratación, fenómeno que ocurre en todos los niveles educativos, especialmente en los niveles superiores.

El Senado colombiano aprobó el 4 de abril la mayoría de los artículos del proyecto de ley 174/2017, de autoría del Ministerio de Educación Nacional, que convierte los créditos educativos en una trampa para el bolsillo de las y los universitarias/os. Esta norma se aplicará a estudiantes e instituciones de educación superior tanto públicas como privadas en los términos que el gobierno reglamente.

Dispositivo que es sustentado sobre la falsa premisa de que una oferta educativa alta, asegura la calidad, el desempeño cognitivo, y, por ende, el desarrollo socioeconómico de un país.<sup>11</sup>

Esta estrategia netamente colonial, es trasladada a Colombia en un ejercicio progresivo del desmonte de la educación pública, aspecto este que desmejora ostensiblemente la calidad educativa, dejando inmerso al

<sup>5</sup> SOUSA, S. B. de. Construyendo las Epistemologías del Sur para un pensamiento alternativo de alternativas, *Revista CLACSO*, v. 1, p. 303-342, 2011. DOI <https://doi.org/10.2307/j.ctvt6rmq3.11>.

<sup>6</sup> GROSFUGUEL, R. La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global. *Revista Tabula Rasa*, v. 2, n. 4, p. 17-46, 2006. Disponible em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39600402>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>7</sup> TEDESCO, J. C. La educación en el marco del nuevo capitalismo. *Revista IIDH*, v. 36, p. 131-147, 2002. Disponible em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7130999>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>8</sup> GIRALDO, P. H.; DE LA CRUZ, G. G. N. La influencia neoliberal en las políticas educativas en Colombia. *Revista Criterio Libre Jurídico*, v. 13, n. 2, p. 119-125, 2016. Disponible em: <https://doi.org/10.18041/crilibjur.2016.v13n2.26208>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>9</sup> BEJARANO, A. J. Calidad educativa centralizada o descentralizada. *Revista Sophia*, v. 11, n. 2, p. 113-114, 2015. Disponible em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-89322015000200001&lng=en&lng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-89322015000200001&lng=en&lng=es). Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>10</sup> En palabras de Velasco: "Los esfuerzos de la política educativa en Colombia han estado especialmente concentrados en aumentar la cobertura y la asistencia escolar y disminuir la deserción. Sin embargo, la relación de estos esfuerzos con la calidad de la educación no siempre forma parte de los objetivos de la política, como es el caso de los megacolegios. Esta política no tiene el objetivo de mejorar dicha calidad y, en consecuencia, tampoco se miden los resultados". (VELASCO, R. T. ¿Edificar o educar? Impacto de los megacolegios en pruebas estandarizadas Saber 11°. *Revista Desarrollo Social*, v. 12, n. 74, p. 181-223, 2014. Disponible em: <https://doi.org/10.13043/DYS.74.4>. Acceso em: 27 jul. 2022. p. 184.).

<sup>11</sup> Ver: VELASCO, R. T. ¿Edificar o educar? Impacto de los megacolegios en pruebas estandarizadas Saber 11°. *Revista Desarrollo Social*, v. 12, n. 74, p. 181-223, 2014. Disponible em: <https://doi.org/10.13043/DYS.74.4>. Acceso em: 27 jul. 2022.

sistema, en las apuestas de oferta-demanda del sector privado, que, desde hace 3 décadas, con la incursión de la apertura económica a finales de los 80, ha sido colonizado por la concepción capitalista neoliberal.<sup>12</sup>

Por otra parte, Colombia, es uno de los territorios más importantes de la región, gracias a su posición geográfica, siendo la entrada principal para Suramérica y uno de los territorios con mayor diversidad que hay. Este país tiene características únicas que le forjan como un territorio idóneo para el desarrollo económico y social, pero esa misma peculiaridad la hace presa fácil del proceso de depredación económica de los países desarrollados; la política neoliberal como concepción imperante a finales y principios del siglo XX, es uno de los elementos que propenden por procesos de aculturación cada vez más centrados en el barbarismo económico del capitalismo de anclaje, que contribuye permanentemente a la deformación socioeconómica de la región y del país, en la búsqueda de beneficios particulares.

En el documento denominado: Colombia las Américas y el mundo 2015: opinión pública y política internacional<sup>13</sup>, se refieren hallazgos que hacen parte de los resultados de la encuesta realizada sobre Colombia, destacándose el aislamiento que tienen los colombianos del contexto internacional, la limitación que tienen sobre el dominio de un segundo idioma, y el desconocimiento del impacto que asumen los eventos acaecidos en el mundo, relacionados con la nación. A continuación, se realiza un resumen de los resultados más importantes de este estudio.

- Un aspecto esencial señala los procesos de migración, y su no aceptación, como posibilidad de vida, además de ello, el desconocimiento de la prioridad de los problemas internacionales, junto a la política exterior como posibilidad de incidencia en la dinámica del país.
- Con respecto a la identidad, es importante referir que los colombianos se identifican más como ciudadanos de su país, que, de las regiones que habitan, además se asemejan en este orden, como latinoamericanos, luego como suramericanos, enseguida como ciudadanos del mundo y finalmente, como andinos o caribeños.
- La percepción que tienen los ciudadanos sobre el mundo, se centra en un pesimismo moderado con respecto al futuro, resaltándose temas como el narcotráfico, los desastres naturales, las crisis económicas, entre otros.
- Se cree muy poco en la inversión extranjera, requiriéndose mayores incentivos en los procesos de exportación.
- En cuanto a la percepción que se tiene sobre las reglas de juego internacionales, la confianza de los colombianos es mínima, no se confía en los países desarrollados, y en que estos puedan solucionar el problema de la guerra en Colombia, aunque los ciudadanos ven necesaria la intervención de algunos de estos; se cree que EEUU tiene ventajas económicas en el tratado de libre comercio, deteriorando así los intereses del sector primario colombiano.

<sup>12</sup> En palabras del Maestro Otto Morales Benítez: “El afán de lucro - lícito e ilícito - se ha apoderado de nuestros países. Por ello andamos de sorpresa en sorpresa: descubriendo como se toman nuestros servicios públicos - regalados, con mínima inversión- o cómo se apoderan de las industrias nacionales del lento y difícil ahorro nacional, acumulado en varios años- las transnacionales, sin límites en su apremio de codicia. Todos tan contentos. Y nuestros gobiernos tan complacientes. Lo que nos conduce a un tema aún más profundo como es la desaparición de la equidad social y la “democracia limpia”, frente a una limitada y manipulada. Es que lo de la privatización y apertura tiene múltiples y dañinas irradiaciones.” (MORALES, B. O. Apertura, privatización, intervención del Estado, capitalismo salvaje. *Revista Desarrollo indoamericano*, v. 3, n. 103, p. 34, 1997.).

<sup>13</sup> TICKNER, A. B.; BOTERO, F. *Colombia las Américas y el mundo 2015: opinión pública y política internacional*. Bogotá, CO: Universidad de los Andes, 2015.

## 4 Características generales de la población colombiana

Seguidamente, se sintetizan las tres partes más importantes del documento antes aludido, donde se mencionan características destacadas del pueblo colombiano, relacionadas con su opinión.

- Con respecto a las características generales de la población colombiana, está entre el rango de escolaridad de primaria y bachillerato, notándose un incremento no muy significativo en el nivel de pregrado y posgrado.
- El nivel de ingresos promedio está en menos de 2 salarios mínimos, la situación para las familias no es muy favorable, ya que no se alcanzan a cubrir los gastos mensuales, siendo superiores al salario mínimo establecido.
- Los colombianos no se identifican con un partido o una ideología política, y las posiciones entre derecha e izquierda son ambivalentes.
- La concepción cívica tiene que ver con la escogencia de la democracia como la mejor opción de gobernabilidad, pero también con el desobedecimiento de la ley, si esto fuere necesario.
- En cuanto a la cooperación en asociaciones y organizaciones sociales y políticas, los colombianos en general no participan activamente en dichos procesos, destacándose la cooperación en asociaciones escolares, una baja participación en sindicatos y la tendencia a no asumir posición sobre la violación de los derechos humanos, y sobre las crisis económicas de la nación.
- Hay una marcada tendencia a confiar en las fuerzas armadas, pero desconfiar permanentemente en los políticos como líderes capaces para la dirección del país.
- En cuanto a la política exterior y la seguridad de la nación, estos son los aspectos mejor evaluados, siendo contradictorios por la relación que tienen con la opinión que los ciudadanos dan sobre sus líderes políticos.
- Las relaciones con otros países son percibidas como benéficas especialmente con Estados Unidos, con las demás naciones, se sostienen relaciones amistosas, permitiendo desarrollar procesos positivos entre las naciones. La opinión sobre China es favorable como socio comercial y como un actor importante del proceso de desarrollo económico en el país.
- La población cree que los problemas de orden global afectan a la nación, percibiéndose el problema de la posible guerra nuclear como un factor que afectaría al país.
- Los derechos humanos son tenidos como relevantes para la vida del ciudadano común, asociándose estos a la protección de la tortura y el asesinato.

En este orden de ideas, el fenómeno de la globalización<sup>14</sup>, es tenido como positivo, ya que abre las puertas internacionales, facilitando así los procesos comunicación y avance económico.

Los motivos para la migración<sup>15</sup>, que los colombianos encuentran, son: la adquisición de trabajo, los familiares en el extranjero, y la necesidad del inicio de estudios especializados.

<sup>14</sup> FLEW, T. Globalization, neo-globalization and post-globalization: the challenge of populism and the return of the national. *Global Media and Communication*, v. 16, n. 1, p. 19-39, 2020. DOI 10.1177/1742766519900329.

<sup>15</sup> CHAMIE, J. International Migration amid a World in Crisis. *Journal on Migration and Human Security*, v. 8, n. 3, p. 230-245, 2020. DOI <https://doi.org/10.1177/2331502420948796>.

## 5 Colombia ante el mundo

A partir de los anterior, se analizan las últimas tres áreas del documento, que tienen que ver con la política exterior colombiana, junto a las relaciones del país con algunas de sus contrapartes más importantes.

- La importancia e influencia internacional de Colombia es un elemento destacado por los colombianos, siendo positiva su influencia a nivel general, además se piensa que el nivel de autoridad no ha variado en 10 años.
- Opinan los colombianos que América Latina es un territorio potencial para las prioridades geográficas y para el desarrollo económico y político del mundo.
- La integración con condiciones, del país, a América Latina, es un elemento importante para los colombianos, estos opinan que al hacerlo se deben realizar acciones concretas, como operaciones militares entre países y la circulación libre de personas por los territorios.

Las reservas sobre el tratado de libre comercio se centran en la opinión sobre los tópicos de la crisis agraria, la explotación minera, junto a las desventajas competitivas frente a otras economías más avanzadas. Además de que la política pública de la educación es un elemento transversal que permite la implementación a través del sistema educativo, de las políticas económicas en beneficio del proyecto de intervención neoliberal, en la estructura funcional de la economía colombiana. Todo ello sería relevante si la política pública estuviere al servicio de las poblaciones y centrada en la planificación de procesos educativos, que permitiesen el desarrollo progresivo de un tipo de identidad cultural propia para el progreso del país, pero en realidad ocurre todo lo contrario.

## 6 Resultados

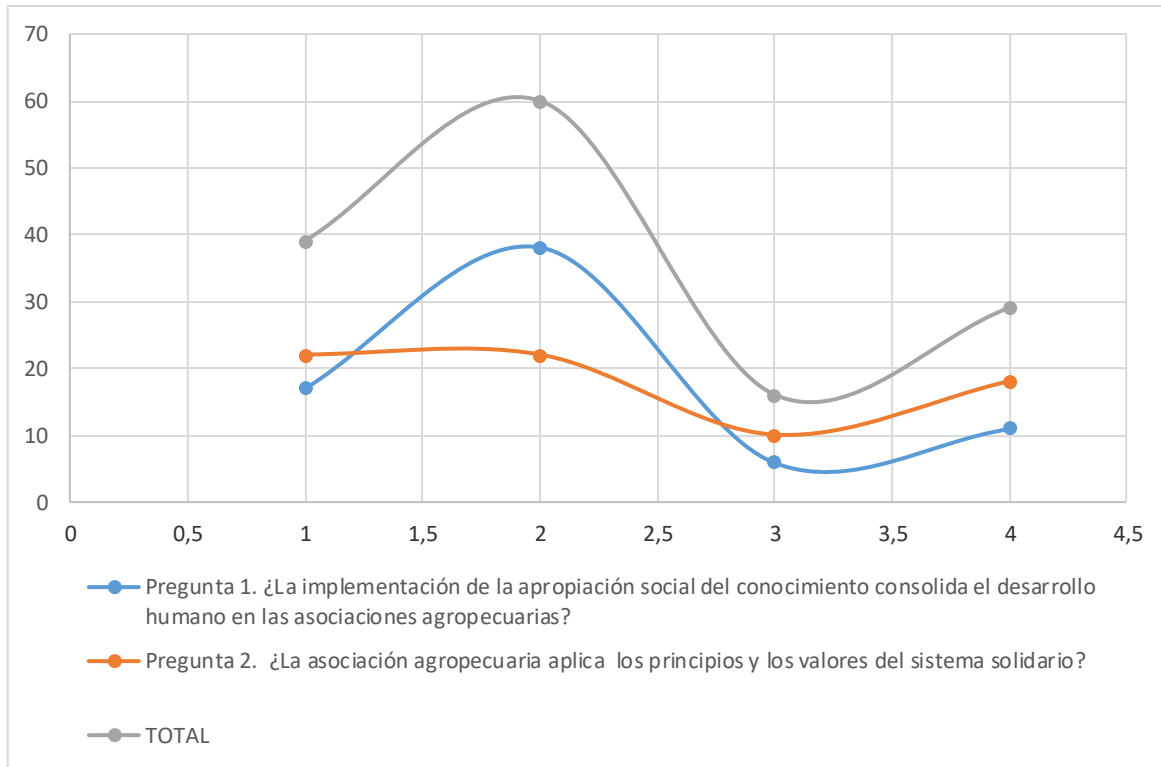
A continuación, se presentan las preguntas relacionadas con las variables apropiación social del conocimiento, principios y valores del sistema solidario, que son los elementos que se conectan directamente con la política pública en el sistema social solidario en Colombia, y que provienen de diferentes municipios de la región Andina, siendo un total de 144 organizaciones agropecuarias encuestadas.

**Tabla 1. Análisis descriptivo entre la pregunta 1 y 2 de la encuesta.**

Respuestas	Totalmente de acuerdo	De acuerdo	En desacuerdo	Le es indiferente
Pregunta 1. ¿La implementación de la consolidación del desarrollo humano en las asociaciones agropecuarias?	17	38	6	11
Pregunta 2. ¿La asociación agropecuaria aplica los principios y los valores del sistema solidario?	22	22	10	18
<i>Total</i>	<i>39</i>	<i>60</i>	<i>16</i>	<i>29</i>

Fuente: Elaboración propia a partir de los resultados arrojados por el instrumento de investigación.

**Gráfico 1. Análisis descriptivo entre la pregunta 1 y 2 de la encuesta.**



Fuente: elaboración propia apartir de los resultados arrojados por el instrumento de investigación.

Las propuestas de los campesinos en las asociaciones solidarias son claras, la propensión de los datos muestra, para la pregunta 1: ¿La implementación de la apropiación social del conocimiento consolida el desarrollo humano en las asociaciones agropecuarias? que la tendencia numérica, señala una inclinación hacia el ítem, de acuerdo, con 38 respuestas: este aspecto permite inferir que aunque para este tipo de población, el desarrollo humano es importante, para el avance de las asociaciones no es esencial, simplemente porque al contrastar esta información, con el desempeño de las organizaciones solidarias que se encuentran en el sistema de capital, compitiendo en un proceso económico altamente desventajoso, con las empresas privadas y estatales, se concluye que el sistema social solidario está jugando con las reglas de la empresa privada, asegurando así, su sostenibilidad en contra de sus principios esenciales.<sup>16</sup>

La tendencia hacia el desarrollo humano, se corrobora en la pregunta 2, siendo equitativas las respuestas entre los ítems, totalmente de acuerdo y de acuerdo, con 22 respuestas a favor, siendo fundamental la aplicación de los principios y valores para el desarrollo de las asociaciones solidarias, que son vistos como importantes, pero no fundamentales por los encuestados, aspecto que no es propio de las organizaciones de esta naturaleza, donde los principios solidarios deben ser lo primero en desarrollar y cultivar al interior de este tipo de agrupaciones.

<sup>16</sup> ESTÉVEZ, A. M. Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social. *Revista Venezolana de Gerencia*, v. 10, n. 29, p. 43-85, 2005. Disponible em: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-99842005000100004](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-99842005000100004). Acceso em: 27 jul. 2022.

## 7 Enfoque de análisis y políticas públicas educativas relacionadas con las asociaciones agropecuarias en algunos municipios de la nación

Para el análisis de las políticas públicas se emplean actualmente varios enfoques que necesariamente permiten entender la dinámica de lo público, al interior del sistema social y educativo. Para ello entonces, se presentan no solamente los tipos de enfoques y algunas de sus características, sino también la posición analítica y crítica de 2 teóricos que han reflexionado sobre este tema a través de décadas, que, sin lugar a dudas, legan un conocimiento útil y valioso para el desarrollo de un tipo de política pública claro y en función del bienestar socio educativo.

Inicialmente, está la posición teórica, al respecto de las políticas públicas y su enfoque en el origen de las mismas, es fundamental para entender este argumento.<sup>17</sup>

Pero la corrupción del estado implica también una concepción ideológica subyacente que necesariamente favorece a unos pocos, colocando a las políticas públicas al servicio de intereses de estado<sup>18</sup>, centrados en grupos políticos, que detentan una posición no solo de clase, sino también una perspectiva particular que permite amoldar la realidad de la acción pública, en función de intereses individuales.

Desde esta perspectiva, la esencia de la política pública y de la acción política, está en la posibilidad que tiene de ser valorada desde diferentes enfoques.<sup>19</sup>

Según lo anterior, la participación social tiene que ver con la administración y la política de estado, que necesariamente se relaciona con la cooperación de los distintos miembros de la sociedad, para asegurar la calidad educativa y la aplicación de la norma, en los ambientes administrativos, educativos y empresariales.<sup>20</sup>

Esta es una oportunidad histórica y política que debe ser aprovechada en todos los sectores de la sociedad, máxime si el ejercicio de lo público viene apoyando, en relación a procesos de legitimación del modelo económico neoliberal y la concepción de estados globales, en función de las necesidades que se presentan a nivel mundial y local. La siguiente tipología aportada<sup>21</sup> deja en claro esta posibilidad que emerge en los albores del siglo XXI.

**Tabla 2. Tipos de enfoques en políticas públicas.**

Tipo de norma	Enfoque de implementación	Criterio de evaluación
Tipo 1	Top down clásico comando y control	Realización de los objetivos
Tipo 2	Bottom up por proceso	Creatividad y liderazgo administrativo, capacidad de innovación
Tipo 3	Experimentos y reformulaciones	Aprendizaje
Tipo 4	Negociaciones	Acuerdos y resultados

Fuente: Gómez, R, L, A, y Astudillo, J, E. (1998). *El juego de las políticas públicas*.

Lo anterior indica la necesidad de un análisis de la acción pública, entendida como un elemento esencial de la sociedad.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> PARSONS, W. *Políticas públicas una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. México: FLACSO, 2007.

<sup>18</sup> REYES, R. E. M. La corrupción en el Estado Colombiano. *Revista Dictamen Libre*, v. 21, p. 29–36, 2017. Disponible em: <https://doi.org/10.18041/2619-4244/dl.21.3140>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>19</sup> FLORES, C. P. Análisis de Política Educativa. Un nuevo impulso. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, v. 16, n. 50, p. 687-698, 2011. Disponible em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=14019000002>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>20</sup> FLORES, C. P. Análisis de Política Educativa. Un nuevo impulso. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, v. 16, n. 50, p. 687-698, 2011. Disponible em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=14019000002>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>21</sup> GÓMEZ, R. L. A.; ASTUDILLO, J. E. *El juego de las políticas públicas*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 1998.

<sup>22</sup> PINAZO, J. Evolución de modelos y enfoques para el análisis de la acción pública. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, p. 123-139, 2014. Disponible em: <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i12.10208>. Acceso em: 27 jul. 2022.



## 7.1 Enfoque desde la norma

Esta estrategia permite desarrollar procesos de control y autoevaluación permanentes, a través de la función pública que especialmente se encarga del orden del sistema, en relación a la acción pública, en un tipo de política pública que incentiva el cumplimiento y el control.<sup>23</sup>

## 7.2 Enfoque pluralista

Este tipo de enfoque se centra en la toma de decisiones, y en los procesos estratégicos que se vinculan en la política pública, a los diferentes subsectores que tienen que ver con el agro, como es el caso de la educación, que ejerce un proceso permanente de formación técnico-tecnológica, en relación a los procesos de producción agrícola.<sup>24</sup>

Ambos enfoques continúan con la tradición de la acción y la política pública desde lo clásico, es decir, centrados en la norma, y el uso de la misma, como elemento cohesivo, impidiendo explotar la otra cara de lo público en relación a un orden necesariamente normativo, pero a la vez humano. La sociedad y el sistema educativo desde esta perspectiva, impiden el desarrollo de procesos críticos, y, por ende, el avance de lo público en relación a lo humano.<sup>25</sup>

Por otra parte, la propuesta de Roth, plantea una concepción crítica de los enfoques, que en realidad tiene que ver con la posición no oficial de lo público.<sup>26</sup>

Desde esta concepción, la noción de política pública educativa, se extiende a diversos sectores de la economía en Colombia, a través de la formación de la mano de obra calificada y profesional, que impacta al agro y específicamente a las asociaciones,<sup>27</sup> que vinculan campesinos a los procesos de producción y comercialización de los productos; desde esta postura, las políticas públicas se amplían a todos los sistemas y subsistemas del estado, generando una particular mezcla entre lo público y lo privado.

Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario recordar que la economía colombiana es y ha sido una economía del primer sector, esto quiere decir, que cuenta con la exportación de los recursos naturales y la producción agrícola como ejes centrales de sostenimiento, aspecto que va en contravía con la forma en que los campesinos son tratados por las diferentes organizaciones que los representan; préstamos con un interés alto e imposibilidades de financiación de vivienda y educación digna, son algunos de los elementos que el ejercicio de una política pública centrada en el proceso de privatización, deja a los habitantes de las regiones productivas del país, por ello entonces, surge la posibilidad de asociación representada como un elemento de la economía social solidaria, en los sectores rurales, aspecto que admite un tipo de agremiación por lo menos más ordenada, en relación a la búsqueda de beneficios por parte de los asociados, donde tanto el enfoque pluralista como el de la norma, permiten desarrollar procesos productivos, tanto al interior como al exterior de las asociaciones agrarias, que legitiman su función al interior del sector primario, coadyuvando a mejorar los índices de la regulación de excedentes alimentarios<sup>28</sup>, para el beneficio de la población. La

<sup>23</sup> PINAZO, J. Evolución de modelos y enfoques para el análisis de la acción pública. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, p. 123-139, 2014. Disponible em: <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i12.10208>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>24</sup> PINAZO, J. Evolución de modelos y enfoques para el análisis de la acción pública. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, p. 123-139, 2014. Disponible em: <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i12.10208>. Acceso em: 27 jul. 2022. p. 125.

<sup>25</sup> GRANJA, C. D.; CARNEIRO, A. M. O programa Ciência sem Fronteiras e a falha sistêmica no ciclo de políticas públicas. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, v. 29, n. 110, p. 183-205, 2021. Disponible em: <https://doi.org/10.1590/s0104-40362020002801962>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>26</sup> ROTH, A. N. *Enfoques para el análisis de políticas públicas*. México: FLACSO, 2010.

<sup>27</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, C. C. Asociaciones y cooperativas rurales: factores internos y externos que influyen en su estabilidad y eficiencia: una reflexión sobre el caso de Viotá, Cundinamarca. *Cooperativismo & Desarrollo*, v. 104, n. 22, p. 63-81, 2014. Disponible em: <http://dx.doi.org/10.16925/co.v22i104.97>. Acceso em: 27 jul. 2022.

<sup>28</sup> LOHNES, J. D. Regulating surplus: charity and the legal geographies of food waste enclosure. *Agric Hum Values*, v. 38, n. 2, p.

siguiente descripción permite entender mejor las características de este fenómeno, en relación al concepto de política pública educativa.

**Tabla 3. La política pública educativa en relación con lo público, lo privado y lo solidario.**

Lo público	Lo privado	Lo social solidario
Sector agrario: Política Agropecuaria y de Desarrollo Rural 2018 – 2022.	Sector agrario: privatización del campo por parte de multinacionales agrarias.	Sector agrario: ejercicio de consolidación de algunas asociaciones agropecuarias.
Política pública abierta	Política pública invisible	Política pública en crisis
Educación y formación enfocada en la ley agraria 29 de 1990	Educación y formación enfocada a la generación de técnicos y tecnólogos	Educación y formación enfocada a lo solidario, con poco apoyo gubernamental
Política pública educativa sin posibilidad de beneficio real a las organizaciones agropecuarias		
Descuido del sector agrario.	Sobre explotación del sector agrario.	Descuido del sector agrario, por parte del estado.

Fuente: elaboración propia a partir de documentos de estado y observación de las asociaciones agropecuarias.

Es claro que la política pública en Colombia además de ser neoliberal en forma y fondo, permite que los procesos de privatización estén apoyados por el sistema educativo, generándose así una política pública que vehicule esencialmente, los elementos antes mencionados; la educación entonces para los políticos, es el elemento central que permite que se materialice la ventaja competitiva del agro de los países desarrollados, que en los tratados de comercio internacional, cuentan con todas las ventajas para el sostenimiento de las economías del primer y segundo mundo, en deterioro de las del tercer mundo. A continuación, se presenta el resultado del análisis del principio del equilibrio, como un elemento que aporta y complementa la descripción en el proceso de investigación.

## 8 Equilibrio de Nash determinado por la situación del contexto

El equilibrio de Nash, permite establecer la estrategia más óptima a seguir, para intervenir las organizaciones asociativas agropecuarias en Colombia. Es significativo señalar que John Nash obtuvo el Nobel de Economía en 1994 por la teoría de juegos, la cual tiene una variedad de aplicaciones en diversas disciplinas de la ciencia; esta teoría se resume en el equilibrio entre distintos agentes que compiten por los beneficios.

### 8.1 Los jugadores

- Jugador 1. Grupo establecido por los miembros de las organizaciones solidarias.
- Jugador 2. Grupo de administradores públicos del sistema educativo.

Para Nash el equilibrio se logra si se cumplen las siguientes premisas:

- Ambos jugadores son racionales: es indudable que ambos grupos son razonables y opuestos, con metas distintas. Luego, se cumple.
- Conocimiento común de la racionalidad: los 2 jugadores saben que son razonables. Luego, se cumple.

## 8.2 ¿Cuáles son los enunciados que permiten lograr el equilibrio entre ambos grupos?

Enunciado 1. En el caso en que el jugador 2 no actúe e inflencie a los miembros de las organizaciones solidarias, este equipo logrará 0, es decir, no alcanzará la delantera. Eso tiene como resultado que el jugador 1, logrará 2 puntos, obteniendo así la mayor puntuación, y, por ende, la ventaja.

Enunciado 2. Si el equipo del jugador 2, resuelve proceder para cambiar la conducta de los miembros de las organizaciones solidarias, puede pasar:

- Que ambos equipos de ambos jugadores ingresen a contender por el beneficio de sus objetivos y utilidades, si la maniobra del jugador 1 es agresiva, uno y otro pierden -1 punto.
- Pero si ambos equipos, los de los 2 jugadores, ingresan a luchar por el logro de sus metas y beneficios, y la maniobra del equipo del jugador 1 es pasiva, ambos jugadores ganan 1 punto.

## 9 Proceso para encontrar el equilibrio de Nash

El proceso de equilibrio de Nash se planea así, para el jugador 1 y 2:

**Tabla 4. Estructura de la toma de decisión entre ambos jugadores.**

	E. agresiva	E. pasiva
No actuar	0;2	0;2
Actuar	-1; -1	1;1

Fuente: teoría del equilibrio de Nash, aplicada (2020)

### 9.1 Resultado del equilibrio de Nash

Si bien en este caso la mejor disposición estratégica que admite el equilibrio de Nash es la decisión 1:

#### 9.1.1 Decisión 1: no actuar

En los instantes en donde los contextos de política pública educativa proliferen las actitudes basadas en el desconocimiento de la norma y el conflicto aumente, generándose caos o anomia social, con respecto a la actuación de las organizaciones solidarias agropecuarias, y por tanto violencia social.

#### 9.1.2 Decisión 2: actuar

En aquellos instantes donde el ambiente sea positivo y las instituciones que ejercen la política pública educativa sean propicias, a los objetivos de las organizaciones solidarias agropecuarias, se debe optar por la decisión 2.

En ambos casos tanto el jugador 1 como el jugador 2, conservan el equilibrio tomen la decisión que tomen, beneficiándose mutuamente, sin perjudicar los intereses del otro. De lo contrario ambos perderán. A continuación se presenta la prueba de la hipótesis de la investigación teniendo en cuenta los resultados.

### 9.1.3 Prueba de hipótesis nula

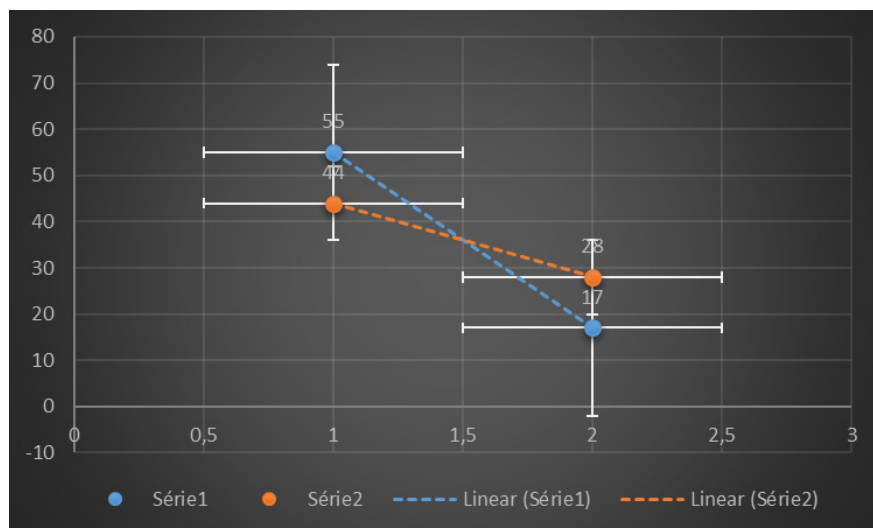
#### 9.1.3.1 Hipótesis nula

$H_0$  = existe un 50% de transformación social en relación a la política pública educativa de las organizaciones asociativas agropecuarias.

#### 9.1.3.2 Hipótesis alternativa

$H_1$  = no existe un 50% de transformación social en relación a la política pública educativa de las organizaciones asociativas agropecuarias

**Tabla 5. Prueba de la hipótesis nula.**



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la investigación.

El gráfico de dispersión con líneas suavizadas y dispersión con líneas, se evidencia que tanto la variable apropiación social del conocimiento, que tiene un nivel de aprobación de 17 respuestas en totalmente de acuerdo, junto a 38 respuestas (ver tabla 1) en relación a la variable de acuerdo, muestran que la tendencia de la correlación tiende a subir, siendo la fuerza de esta relación fuerte. La dirección es positiva, aspecto que es reiterado por el cruce de las variables, que en este caso son apropiación social del conocimiento (serie azul) y los principios y los valores del sistema solidario. Aspecto que es de nuevo corroborable, en la serie naranja, señalada en el gráfico, que muestra de nuevo la tendencia general de los datos que va de 28 a 44 respuestas.

#### 9.1.3.3 Prueba de la Hipótesis

$H_0$  = existe un 50% de transformación social en relación a la política pública educativa de las organizaciones asociativas agropecuarias.

Como parte de la prueba el gráfico anterior, permite ver como la hipótesis tiene la tendencia a cumplirse, ya que tanto las respuestas a la pregunta 1, (ver tabla 1) son positivas, en más del 50%, aspecto este que tiene que ver con *la variable apropiación social del conocimiento*, mientras que este mismo fenómeno, se repite en las respuestas de la pregunta 2 (ver tabla 1), realizadas a los encuestados.

El segundo argumento estadístico que permite dar viabilidad a la hipótesis es la aplicación del equilibrio de Nash, los resultados expuestos, señalan la generación de un equilibrio en las decisiones relacionadas en el actuar o no actuar en contextos específicos que admiten ver que las decisiones tomadas de acuerdo a la aplicación de la teoría de juegos permiten transformación social en relación a la política pública educativa de las organizaciones asociativas agropecuarias.

El tercer y último argumento es el cruce de las variables que ocurren en el 50% de las respuestas dadas por los entrevistados a ambas preguntas.

Desde esta perspectiva se puede afirmar que la hipótesis es aceptable y tiende a cumplirse en el tiempo.

## 10 Conclusiones

En definitiva, es importante señalar que se requieren realizar estudios a profundidad para optimizar los enfoques de la política y la acción de lo público, mejorando así la evaluación de las acciones y las políticas públicas, para que estas sean eficientes en el tiempo. Estas acciones deben estar acompañadas de un tipo de comunicación bidireccional entre las secretarías de educación municipal y las instituciones de educación rural,<sup>29</sup> quienes son los que realmente conocen las necesidades del entorno agrario, junto a las asociaciones, haciendo que la toma de decisiones esté en consonancia con la realidad vivida por estudiantes, profesores y personal administrativo de las instituciones educativas y de las asociaciones agropecuarias.<sup>30</sup>

Colombia sigue siendo un país de contrastes; esta nación brilla por su ausencia ante la realidad de la construcción de un territorio de avanzada, como si ocurre en los países desarrollados, que con los inmensos recursos naturales que posee, pueda ser una verdadera potencia emergente, en vez de ello, sigue siendo el patio trasero de las potencias reinantes, teniendo como aliado a un sistema educativo, en proceso de privatización<sup>31</sup> permanente, que vehiculiza a través de reformas, las condiciones que impone el neoliberalismo,<sup>32</sup> empleando para ello la política pública educativa, centralizada en los procesos de privatización de la universidad pública, o de los colegios cofinanciados por empresas privadas.

El gran problema no es ser colonizados materialmente, el gran problema es que han aculturado a las culturas del sur, empleando para ello a la educación y a la política pública gubernamental, por ende, impidiendo el camino hacia la modificación del paradigma educativo, en relación a las políticas públicas en la formación de los profesores, lo anterior remite a que se requieren verdaderos procesos de transformación social y educativa, en las siguientes décadas, si esto no ocurre, será un error social que tendrán que asumir las siguientes generaciones, que reciban el país en condiciones no tan favorables como las actuales.

La transformación social de las organizaciones asociativas agropecuarias en Colombia, tiene diversas formas, siendo la principal la del uso de la política pública educativa, con una de las muchas estrategias que se utilizan para asegurar el proceso de privatización, al respecto, cualquier analista social neófito podría entender fácilmente que, para perpetrar el ejercicio de aculturación, el mejor vehículo para realizarlo es y ha sido la educación en relación a la política pública, característica geopolítica que se extiende con rapidez a naciones como Brasil, Argentina, Chile, entre otras, deteriorando sus economías, y por ende, el nivel de vida de quienes

<sup>29</sup> HUDACS, A. An examination of college persistence factors for students from different rural communities: A multilevel analysis. *Journal of Research in Rural Education*, v. 36, n. 2, p. 1-21, 2020. Disponible em: <https://doi.org/10.26209/jrre3602>. Acesso em: 27 jul. 2022.

<sup>30</sup> DONOSO, D. S. Editorial. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 97, p. 803-808, 2017.

<sup>31</sup> RESTREPO, A. *Paz, corrupción e indiferencia*. Diario El Espectador, 10 jan. 2016. Disponible em: [www.elespectador.com/opinion/opinion/paz-corrupcion-e-indiferencia-columna-609855](http://www.elespectador.com/opinion/opinion/paz-corrupcion-e-indiferencia-columna-609855). Acesso em: 27 jul. 2022.

<sup>32</sup> CHAMBERS, P. A. Resisting Neoliberalism in Colombia: The Role of Human Rights. *Latin American Perspectives*, v. 44, n. 5, p. 127-144, 2017. DOI <https://doi.org/10.1177/0094582X17699914>.

habitan los territorios del sur<sup>33</sup>. Colombia, por ende, es un ejemplo palpable de dicho proceso de enajenación neoliberal, que niega a Suramérica el derecho a construir una ciencia propia, degradando con ello no solamente la noción de política pública educativa, sino también al medio ambiente, generando así graves rupturas no solo en los ecosistemas, sino también en el tejido social. La estrategia del equilibrio de Nash aplicada a este contexto, muestra la forma particular de no afectar al contexto social, haciendo que las organizaciones agropecuarias y las políticas públicas en materia de educación, converjan positivamente, para avanzar hacia un sistema educativo más equilibrado, que tenga en cuenta a estas organizaciones, y, por ende, al campo.

## Referencias

- BEJARANO, A. J. Calidad educativa centralizada o descentralizada. *Revista Sophia*, v. 11, n. 2, p. 113-114, 2015. Disponible em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-89322015000200001&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-89322015000200001&lng=en&tlng=es). Acceso em: 27 jul. 2022.
- CIFUENTES, J.; CAMARGO, A. La historia de las reformas educativas en Colombia. *Revista Cultura Educación y Sociedad*, v. 7, n. 2, p. 26-37, 2016. DOI 10.17981/cultedusoc.07.2.2016.2.
- CHAMBERS, P. A. Resisting Neoliberalism in Colombia: The Role of Human Rights. *Latin American Perspectives*, v. 44, n. 5, p. 127-144, 2017. DOI <https://doi.org/10.1177/0094582X17699914>.
- CHAMIE, J. International Migration amid a World in Crisis. *Journal on Migration and Human Security*, v. 8, n. 3, p. 230-245, 2020. DOI <https://doi.org/10.1177/2331502420948796>.
- COLÔMBIA. Minigricultura. *Política Agropecuaria y de Desarrollo Rural 2018-2022*. Bogotá: Ministerio de Agricultura y desarrollo rural, 2019.
- DONOSO, D. S. Editorial. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 97, p. 803-808, 2017.
- ESTÉVEZ, A. M. Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social. *Revista Venezolana de Gerencia*, v. 10, n. 29, p. 43-85, 2005. Disponible em: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-99842005000100004](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-99842005000100004). Acceso em: 27 jul. 2022.
- FLEW, T. Globalization, neo-globalization and post-globalization: the challenge of populism and the return of the national. *Global Media and Communication*, v. 16, n. 1, p. 19-39, 2020. DOI 10.1177/1742766519900329.
- FLORES, C. P. Análisis de Política Educativa. Un nuevo impulso. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, v. 16, n. 50, p. 687-698, 2011. Disponible em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=14019000002>. Acceso em: 27 jul. 2022.
- GALEANO, E. *Las venas abiertas de américa latina*. Argentina: Siglo XXI Editores, 2004.
- GIRALDO, P. H.; DE LA CRUZ, G. G. N. La influencia neoliberal en las políticas educativas en Colombia. *Revista Criterio Libre Jurídico*, v. 13, n. 2, p. 119-125, 2016. Disponible em: <https://doi.org/10.18041/crilib-jur.2016.v13n2.26208>. Acceso em: 27 jul. 2022.
- GOMES, C. A. Tempos diferentes. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, v. 29, n. 110, p. 1-5, 2021. Disponible em: <https://dx.doi.org/10.1590/s0104-40362020002901100001>. Acceso em: 27 jul. 2022.
- GÓMEZ, R. L. A.; ASTUDILLO, J. E. *El juego de las políticas públicas*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 1998.

<sup>33</sup> GOMES, C. A. Tempos diferentes. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, v. 29, n. 110, p. 1-5, 2021. Disponible em: <https://dx.doi.org/10.1590/s0104-40362020002901100001>. Acceso em: 27 jul. 2022.

- GRANJA, C. D.; CARNEIRO, A. M. O programa Ciência sem Fronteiras e a falha sistêmica no ciclo de políticas públicas. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, v. 29, n. 110, p. 183-205, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0104-40362020002801962>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- GROSFOGUEL, R. La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global. *Revista Tabula Rasa*, v. 2, n. 4, p. 17-46, 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39600402>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- HUDACS, A. An examination of college persistence factors for students from different rural communities: A multilevel analysis. *Journal of Research in Rural Education*, v. 36, n. 2, p. 1-21, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.26209/jrre3602>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- LOHNES, J. D. Regulating surplus: charity and the legal geographies of food waste enclosure. *Agric Hum Values*, v. 38, n. 2, p. 351-363, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10460-020-10150-5>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- MARTÍNEZ, J. K. J. Las prácticas genocidas y los crímenes contra la humanidad en Colombia: el caso de la Unión Patriótica y los líderes sociales en el postacuerdo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 51, n. 135, p. 489-516, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n135.a09>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- MORALES, B. O. Apertura, privatización, intervención del Estado, capitalismo salvaje. *Revista Desarrollo indoamericano*, v. 3, n. 103, p. 34, 1997.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, C. C. Asociaciones y cooperativas rurales: factores internos y externos que influyen en su estabilidad y eficiencia: una reflexión sobre el caso de Viotá, Cundinamarca. *Cooperativismo & Desarrollo*, v. 104, n. 22, p. 63-81, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.16925/co.v22i104.97>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- PARSONS, W. *Políticas públicas una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*. México: FLACSO, 2007.
- PINAZO, J. Evolución de modelos y enfoques para el análisis de la acción pública. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, v. 12, n. 2, p. 123-139, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i12.10208>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- RESTREPO, A. *Paz, corrupción e indiferencia*. Diario El Espectador, 10 jan. 2016. Disponível em: [www.elspectador.com/opinion/opinion/paz-corrupcion-e-indiferencia-columna-609855](http://www.elspectador.com/opinion/opinion/paz-corrupcion-e-indiferencia-columna-609855). Acesso em: 27 jul. 2022.
- REYES, R. E. M. La corrupción en el Estado Colombiano. *Revista Dictamen Libre*, v. 21, p. 29-36, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.18041/2619-4244/dl.21.3140>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- ROTH, A. N. *Enfoques para el análisis de políticas públicas*. México: FLACSO, 2010.
- SOUSA, S. B. de. Construyendo las Epistemologías del Sur para un pensamiento alternativo de alternativas. *Revista CLACSO*, v. 1, p. 303-342, 2011. DOI <https://doi.org/10.2307/j.ctvt6rmq3.11>.
- TEDESCO, J. C. La educación en el marco del nuevo capitalismo. *Revista IIDH*, v. 36, p. 131-147, 2002. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7130999>. Acesso em: 27 jul. 2022.
- TICKNER, A. B.; BOTERO, F. *Colombia las Américas y el mundo 2015: opinión pública y política internacional*. Bogotá, CO: Universidad de los Andes, 2015.
- VELASCO, R. T. ¿Edificar o educar? Impacto de los megacolegios en pruebas estandarizadas Saber 11°. *Revista Desarrollo Social*, v. 12, n. 74, p. 181-223, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.13043/DYS.74.4>. Acesso em: 27 jul. 2022.

---

WARD, C.; RANA, D. A. Acculturation and adaptation revisited. *Journal of Cross-Cultural Psychology*, v. 30, n. 4, p. 422–442, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0022022199030004003>. Acesso em: 27 jul. 2022.



The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) features the letters 'CEUB' in a bold, white, sans-serif font. The letter 'B' is stylized with a vertical line through its center, resembling a Greek letter beta.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image shows a large, modern, white building with a prominent, curved facade and a large, white, seated statue in the foreground. The statue is holding a long, thin object, possibly a scroll or a book. The building has a glass facade and a large, open area in front of it. The sky is blue with some clouds. The overall scene is bright and modern.

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

**Diretrizes para a promoção de  
políticas públicas por meio das  
compras públicas**

**Guidelines for the promotion of  
public policies through public  
procurement**

Ednaldo Silva Ferreira Júnior

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Diretrizes para a promoção de políticas públicas por meio das compras públicas\*

## Guidelines for the promotion of public policies through public procurement

Ednaldo Silva Ferreira Júnior\*\*

### Resumo

Cada vez mais, tem-se reconhecido o potencial dos contratos públicos para a promoção de políticas públicas, dos mais variados tipos. Porém, tal possibilidade gera o questionamento sobre como se utilizar dos contratos para efetivar políticas públicas. Nessa linha, o artigo se debruça perante esse problema com o objetivo de identificar as diferentes formas por meio das quais um determinado procedimento licitatório ou contrato podem ser instrumentalizados em prol de políticas públicas, assim como se destina a identificar diretrizes úteis a uma instrumentalização sistemática das compras públicas. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica da literatura nacional e estrangeira com o fim de sintetizar os principais meios identificados pela doutrina para a instrumentalização dos contratos, bem como eventuais críticas à sua aplicação.

**Palavras-chave:** Contratação pública; Contratação estratégica; Política ambiental; Política social; Política econômica.

### Abstract

Increasingly, the potential of public contracts for the promotion of public policies, of the most varied types, has been recognized. However, this possibility raises questions about how to use contracts to implement public policies. Along these lines, the article focuses on this problem in order to identify the different ways in which a particular bidding procedure or contract can be implemented in favor of public policies, as well as to identify useful guidelines for a systematic instrumentalization of public procurement. Therefore, a bibliographic review of national and foreign literature was carried out in order to synthesize the main means identified by the doctrine for the instrumentalization of contracts, as well as any criticisms of their application.

**Keywords:** Public procurement; Strategic public procurement; Environmental policy; Social policy; Economic policy.

\* Recebido em 28/05/2021

Aprovado em 03/01/2022

\*\* Mestre em Direito Administrativo (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).  
Email: ednaldosfjunior@gmail.com

# 1 Introdução

A contratação pública tem sido percebida, mundialmente, como uma ferramenta adicional para a promoção de políticas públicas, das mais diversas. Cada vez mais se nota que os contratos públicos representam importante fatia do próprio mercado que a Administração pretende regular por outros meios — inclusive no Brasil<sup>1</sup> —, de forma que não se pode negar a relevância das compras governamentais enquanto mecanismo de *soft power*<sup>2</sup>. É nesse sentido, então, que muitos autores falam em função regulatória da contratação pública<sup>3</sup>, contratação pública estratégica<sup>4</sup>, ou contratação pública sustentável<sup>5</sup>.

Mas, então, como utilizar as compras governamentais para a promoção de políticas públicas? Este é o problema sobre o qual o presente artigo se debruça.

Apresentam-se, neste artigo, meios de voltar um determinado procedimento licitatório, ou contrato por executar, à promoção de políticas públicas. Examinando-se, por exemplo, aspectos como a relevância do critério de adjudicação para internalizar custos ambientais; a concessão de vantagens a determinados grupos de agentes econômicos privados; a importância de calcular custos indiretos do objeto a ser contratado.

Porém, a efetivação de uma contratação pública estratégica passa não apenas por analisar as licitações e contratos de forma isolada. A governança de um sistema de contratação que se pretenda promotor de objetivos estratégicos possui peculiaridades que precisam ser conhecidas e adequadamente enfrentadas. Por isto, em seguida, se enumeram algumas diretrizes relevantes para uma compreensão global de um sistema de compras públicas que pretenda efetivar determinadas políticas públicas estratégicas.

Ressalta-se, contudo, que a realidade sempre se encarregará de demonstrar novas formas de instrumentalizar os procedimentos de contratação ou a execução dos contratos públicos, ou mesmo revelar problemas naquelas formas já utilizadas. Assim, nossa pretensão é realizar uma mera síntese do estado da arte acerca da matéria, sendo muito bem empregue a metáfora utilizada por Arrowsmith<sup>6</sup> ao nomear de taxonomia a sua classificação dos meios de efetivação da sustentabilidade nas compras públicas: é uma classificação que se reconhece contextual, pronta para ser eventualmente reorganizada pela descoberta de “novas espécies”.

Depois, o conjunto de instrumentos identificado não deve ser interpretado como obrigatório para qualquer sistema de contratação pública promotor de políticas públicas. Todo sistema de contratação pública somente pode ser compreendido dentro do seu contexto histórico e geográfico<sup>7</sup>. Assim, não há de se afirmar um conjunto de características pretensamente universais. Até mesmo porque determinados mecanismos podem se revelar inviáveis para alguns países não só do ponto de vista legal, mas mesmo por razões extrajurídicas.

<sup>1</sup> TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 122, p. 102-119, 2011. p. 5

<sup>2</sup> BECKERS, Anna. Using Contracts to further sustainability?: a contract law perspective on sustainable public procurement. In: SJÄFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja (ed.). *Sustainable public procurement under EU Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 206-229.

<sup>3</sup> FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 9, n. 37, p. 133-142, jan./mar. 2009.

<sup>4</sup> CARVALHO, Raquel. *Direito da contratação pública*. Porto: Universidade Católica, 2019. p. 50-60.

<sup>5</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 106-109.

<sup>6</sup> ARROWSMITH, S. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146. p. 108-146.

<sup>7</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos*. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 480-485.

## 2 Meios de efetivação de políticas públicas nos procedimentos licitatórios e contratos

### 2.1 Meios relacionados à decisão de comprar

#### 2.1.1 A própria decisão de contratar ou não contratar

A própria opção por celebrar ou não um contrato deve ser precedida de análise com o fim de garantir o caráter estratégico do eventual contrato futuro.

Nessa linha, a primeira medida é refletir sobre a efetiva necessidade daquela aquisição: os entes contratantes devem se preocupar em adquirir apenas aquilo que se revele estritamente necessário, com o fim de evitar padrões de consumo predatórios, contrário a políticas ambientais<sup>8</sup>.

Mesmo quando identificar a imprescindibilidade de consumo daquele bem, serviço ou obra, deve, ainda, o ente contratante refletir acerca da necessidade da contratação de agentes econômicos privados, ponderando, também, a possibilidade e utilidade de suprir aquela necessidade ele próprio, ou por meio de órgãos subordinados, sem que seja preciso recorrer a agentes econômicos privados<sup>9</sup>. Ponderação que se revela de extrema importância, principalmente em épocas de escassez de recursos públicos.

Mas a avaliação da necessidade deve ter sempre em conta, também, a função estratégica da contratação. Às vezes, apesar de determinada aquisição não se revelar estritamente necessária do ponto de vista do consumo do ente público contratante, ela cumpre uma função econômica, ambiental ou social relevante, que não pode ser descartada. Não à toa, é comum que os Estados adquiram obras em tempos de crise econômica, por exemplo, mesmo que estas não sejam absolutamente necessárias, o fazendo unicamente com o fim de promover o emprego<sup>10</sup>.

Por fim, é comum a realização de estudos por especialistas acerca do impacto econômico, ambiental, e/ou social daquela eventual contratação, úteis para aconselhar o ente contratante na sua decisão de comprar ou não comprar. Inclusive, em algumas ordens jurídicas é obrigatória a realização de estudos acerca dos impactos ambientais para determinados tipos de contratos, principalmente na contratação de obras<sup>11</sup>.

#### 2.1.2 A decisão sobre o que comprar

Decidir o objeto da contratação é certamente uma das decisões mais sensíveis do ponto de vista estratégico, não à toa, como refere Estorninho<sup>12</sup>, as legislações cada vez mais disciplinam não apenas como comprar, mas também o que comprar. A escolha do objeto da contratação é, muitas vezes, decisiva para definir se o consumo do ente contratante dar-se-á de acordo com políticas ambientais, de forma tal que até mesmo a integração de outros meios de efetivação pode não ser capaz de neutralizar um eventual erro praticado quando da definição do objeto: ao adquirir equipamentos eletrônicos sem a exigência de eficiência energé-

<sup>8</sup> ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 430-431.

<sup>9</sup> LOPES, Jorge Faria. A crescente relevância da fase de preparação dos procedimentos de formação de contratos públicos: breves notas à luz da Diretiva 2014/24/EU. *Revista de contratos públicos*, n. 15, p. 125-168, set./dez. 2014. p. 160.

<sup>10</sup> ARROWSMITH, S. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146. p. 130-131.

<sup>11</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 182-184.

<sup>12</sup> ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 420.

tica, por exemplo, uma eventual obrigação de descarte responsável dos resíduos até minimizaria o impacto ambiental, mas o dano gerado pelo desperdício de energia ainda permaneceria. Além disso, a contratação de objetos que compreendam caráter regional pode ser uma ótima forma de incluir fornecedores regionais na competição e promover o desenvolvimento local<sup>13</sup>.

A definição do objeto, portanto, deverá ser precisa, tanto para garantir que a contratação de fato satisfaça a necessidade pública identificada e que motiva a contratação<sup>14</sup>, bem como que esteja de acordo com os padrões ambientais desejados. Todavia, a precisão não deve ser confundida com um detalhamento excessivo. Mais proveitoso é que o ente adjudicante se concentre nos principais resultados que deseja obter durante a execução do contrato, deixando aos concorrentes a tarefa de encontrar as características mais eficientes para a produção dos resultados almejados<sup>15</sup>.

E ressalte-se que o ente contratante deve considerar que os benefícios de especificações técnicas voltadas à promoção de políticas públicas não se restringem apenas ao cumprimento do contrato. A restrição do objeto a contratar pode ser útil para influenciar cadeias de abastecimento, incentivar a inovação ou, até mesmo, por meio do fortalecimento da demanda ocorrido em razão das compras públicas, servir para baratear o produto identificado como estratégico e facilitar a sua disseminação. Ou seja, o adequado uso das especificações técnicas pode desempenhar importante papel na difusão comercial de certos produtos. Assim, por exemplo, prever especificidades técnicas relacionadas à acessibilidade dos deficientes quando adquire softwares, além de garantir que os usuários deficientes poderão utilizar os equipamentos, também pode facilitar a difusão dessas ferramentas relacionadas à acessibilidade<sup>16</sup>.

Por sua vez, ao delimitar as especificações técnicas dos seus procedimentos de compras, pode ser útil utilizar sistemas de certificação, como os rótulos ecológicos<sup>17</sup> ou de comércio justo<sup>18</sup>. Tais certificações, contudo, devem ser usadas com certa parcimônia, mediante um exame pormenorizado dos seus requisitos. Na medida em que a sustentabilidade, cada vez mais, agrega valor comercial aos bens, percebe-se uma certa mercantilização das certificações, que nem sempre atestam autênticos valores sustentáveis<sup>19</sup>.

Além disso, o recurso a certificações deve sempre ser acompanhado da possibilidade de provar por outros meios o cumprimento das suas especificações técnicas, sob pena de configurar restrição injustificada da concorrência<sup>20</sup>.

### **2.1.3 A decisão de como comprar**

A forma de realizar o procedimento licitatório pode ter consequências relevantes para a promoção de políticas públicas. Nessa linha, a digitalização dos procedimentos tem a tendência de diminuir o impacto ambiental da compra devido à redução dos insumos utilizados, como é o caso, por exemplo, do uso de papel<sup>21</sup>. Além disso, a digitalização pode, também, colaborar para a inclusão de empresas de menor porte, ao

<sup>13</sup> Mencionando inúmeros exemplos de como a inclusão de alimentos locais na dieta das escolas colaborou para o desenvolvimento de empresas regionais: CARVALHO, Daniela Gomes de. Licitações sustentáveis, alimentação escolar e desenvolvimento regional: uma discussão sobre o poder de compra governamental a favor da sustentabilidade. *Planejamento e políticas públicas*, n. 32, p. 115-148, 2009.

<sup>14</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 312.

<sup>15</sup> PERNAS GARCÍA, José. *Contratación pública verde*. Madrid: La Ley, 2011. p. 66.

<sup>16</sup> BOYLE, Rosemary. Disability issues in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 322-323.

<sup>17</sup> PERNAS GARCÍA, José. *Contratación pública verde*. Madrid: La Ley, 2011. p. 95-102.

<sup>18</sup> MEDINA ARNÁIZ, Teresa. Comercio justo y contratación pública. In: PERNAS GARCÍA, José (ed.). *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013. p. 249-282.

<sup>19</sup> ARAGÃO, Maria Alexandra. A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos. *Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente - RevCEDOUA*, n. 27, p. 157-170, 2011.

<sup>20</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 45.

<sup>21</sup> ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. Londres: Thomson Reuters, 2018. v. 2. p. 603.

facilitar e diminuir dos custos para apresentação de propostas — embora, em casos particulares, dificuldades técnicas possam configurar uma barreira<sup>22</sup>.

Ademais, ao planejar a contratação, o ente adjudicante deve considerar que a escolha da modalidade licitatória, quando não houver uma prescrição legal vinculativa, pode se revelar pertinente para um maior sucesso na instrumentalização do contrato. Modalidades marcadas pela restrição de participantes, por exemplo, podem ser úteis para a celebração de contratos demasiado sensíveis, visto que a participação exclusiva de participantes seguramente aptos pode servir para ampliar a certeza de execução do contrato de acordo com os fins almejados<sup>23</sup>.

Inclusive, em alguns ordenamentos, é prevista, legalmente, a possibilidade de contratação direta em razão das externalidades positivas geradas. O ordenamento brasileiro, por exemplo, autoriza a dispensa de licitação para casos de contratação de associações ou cooperativas de coleta de lixo formadas exclusivamente por pessoas de baixa renda, ou para a aquisição de produtos alimentícios junto a agricultores familiares<sup>24</sup>.

Além disto, algumas modalidades de contratação podem revelar-se mais idôneas para a promoção da inovação<sup>25</sup>, de forma que a escolha por estas pode ser mais adequada quando o desenvolvimento científico for um objetivo pretendido pelo ente contratante<sup>26</sup>.

A duração do contrato a celebrar também pode ter repercussões importantes, principalmente para desaconselhar a celebração de contratos demasiado longos, o que se deve ter em conta quando do planeamento contratual<sup>27</sup>. Isto porque contratos longos podem vincular o ente contratante a objetos que, embora eficientes quando da contratação, tornaram-se supervenientemente ineficientes do ponto de vista social, econômico ou ambiental. Para além de que, quão mais longo o contrato, mais impreciso se torna o cálculo das vantagens e/ou desvantagens no seu uso estratégico.

Por fim, a opção por um sistema centralizado de compras, ou até mesmo, em caso de um sistema de compras descentralizado, a escolha dos entes adjudicantes pelo compartilhamento de procedimentos de contratação, pode, também, ser pertinente. A unificação de vários procedimentos em um número inferior pode ser útil para promover uma padronização destinada a garantir maior impacto ao uso estratégico da aquisição<sup>28</sup>. Além disso, a centralização e o compartilhamento de compras podem se revelar úteis para reduzir eventuais custos superiores decorrentes da aquisição de soluções estratégicas, sejam eles decorrentes dos preços de aquisição, dado o potencial de tais métodos de compras para gerar economias de escala<sup>29</sup>, ou resultantes dos custos de transação envolvidos, visto que a concentração dos recursos humanos facilita a sua capacitação, bem como a gestão de informação<sup>30</sup>.

<sup>22</sup> FERNANDES, Teresa.; VIEIRA, Vítor. Public e-procurement impacts in small-and medium-enterprises. *International Journal Procurement Management*, v. 8, n. 5, p. 587-607, 2015.

<sup>23</sup> ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 433.

<sup>24</sup> VALIM, Rafael. Contratação pública e sustentabilidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 525-526.

<sup>25</sup> É o caso, por exemplo, das encomendas tecnológicas, no caso do ordenamento jurídico brasileiro: BARBOSA, Caio Márcio Melo; RAUEN, André Tortato. *Encomendas tecnológicas no Brasil*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8907> Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>26</sup> CALDEIRA, Marco; GOMES, Carla Amado. Contratação pública “verde”: uma evolução pública (eco)lógica. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coord.). *Comentários à revisão do código dos contratos públicos*. Lisboa: AAFDL, 2018. p. 751.

<sup>27</sup> FERREIRA JÚNIOR, Ednaldo Silva. A influência da duração do contrato na implementação de políticas sociais e ambientais através da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos - RCP*, ano 9, n. 18, p. 63-76, 2020. Disponível em: <https://www.forum-conhecimento.com.br/periodico/139/42037/93139> Acesso em: 13 abr. 2021.

<sup>28</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Centralização de compras públicas no Brasil. In: RAIMUNDO, Miguel Assis. *Centralização e agregação de compras públicas: reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 68-71.

<sup>29</sup> BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SILVA, Renato Cader da. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. *Revista do Serviço Público*, v. 2, n. 63, p. 157-175, abr./jun. 2012. p. 157-175.

<sup>30</sup> FIUZA, Eduardo S. P. Desenho institucional em compras públicas. In: SALGADO, Lucia Helena; FIUZA, Eduardo P. S. *Marcos*

Deve-se, todavia, considerar que o compartilhamento de compras e, principalmente, os sistemas de compras centralizados podem ter efeitos negativos sobre as empresas de menor porte, ou sobre a produção econômica local<sup>31</sup>.

## 2.2 Meios relacionados ao procedimento de contratação

### 2.2.1 Critério de julgamento das propostas

Comumente, os contratos públicos são adjudicados com base em três critérios: o preço; a qualidade; e o preço conjugado à qualidade. E, a depender do critério escolhido, haverá diferentes formas de integrar políticas públicas à contratação.

Quando o julgamento da proposta ocorre em função, apenas, do preço, útil será somar ao preço de aquisição os custos indiretos — que compreendem os custos relacionados ao gozo do objeto adquirido —, bem como sejam internalizadas no preço as externalidades causadas pela eventual contratação<sup>32</sup>. Para tanto, ferramenta essencial é o conceito de ciclo de vida<sup>33</sup>: ao observar todas as etapas da vida do objeto a adquirir, é possível identificar, de forma mais acurada, os custos indiretos e as eventuais externalidades, com vista a dimensionar o seu impacto sobre o preço final. Sendo certo que tal tipo de exame é extremamente contingencial, pois variável a depender da natureza do objeto, bem como do próprio contexto social do contrato<sup>34</sup>.

O que não significa que tal soma de fatores ao preço de aquisição seja algo fácil, principalmente no que diz respeito às externalidades. Será preciso analisar que tipo de externalidades serão incorporadas ao preço de aquisição: por exemplo, serão incorporadas externalidades referentes apenas ao gozo, ou também as relativas à produção do objeto? Além disso, precificar as externalidades é algo bastante complexo, seja porque, não raro, tais externalidades se referem a elementos que não possuem um valor de mercado previamente identificado; ou porque demanda a precificação de danos futuros, problema sobre o qual não há consenso acerca da metodologia a empregar<sup>35</sup>.

Por tudo isto, se desaconselha, para os sistemas de compras públicas que pretendam desenvolver políticas públicas, o julgamento baseado, exclusivamente, no preço. A adjudicação com base no preço deve ser restrita a objetos altamente padronizados, que impedem, ou diminuem a ponto de quase impedir, análises de qualidade<sup>36</sup>, ou para aqueles em que o próprio mercado já absorveu os padrões pretendidos, em virtude de exigência legal ou demanda dos consumidores, por exemplo.

Já em relação às licitações em que o julgamento das propostas ocorre de acordo com critérios qualitativos, seja o único critério ou esteja ele conjugado ao preço, as demandas estratégicas podem ser incluídas entre os aspectos qualitativos a avaliar mediante um sistema de pontos, atribuindo-se diferentes pontuações

---

*regulatórios no Brasil*. Brasília: IPEA, 2015. p. 154-156.

<sup>31</sup> MESQUITA, Dilne Mendes; ROMÃO, Ana Lúcia; SANTOS, Geovane Santana dos. O reflexo da centralização das compras governamentais na economia local do Estado do Ceará (Brasil). In: RAIMUNDO, Miguel Assis. *Centralização e agregação de compras públicas: reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 95-99.

<sup>32</sup> FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Interesse público*, n. 70, p. 15-35, nov./dez. 2011.

<sup>33</sup> Sobre a noção de ciclo de vida, embora com base na legislação europeia: AZEVEDO, Pedro Santos. Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos. *Revista de contratos públicos*, n. 18, p. 71-92, mar. 2018. p. 79-82.

<sup>34</sup> AZEVEDO, Pedro Santos. Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos. *Revista de contratos públicos*, n. 18, p. 71-92, mar. 2018. p. 84-85.

<sup>35</sup> Sobre o tema da internalização de externalidades: ALMEIDA, Teresa. A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental: internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação. *Boletim de ciências económicas*, v. 57, n. 1, p. 147-194, 2014. p. 112-113.

<sup>36</sup> WIESBROCK, Anja. Socially responsible public procurement: european value or national choice? In: SJÅFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja (ed.). *Sustainable public procurement under EU Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 92.

em razão da relevância daquele elemento para, naquele caso, garantir uma contratação estratégica<sup>37</sup>. Contudo, ao pensar nos aspectos a avaliar, tendencialmente será melhor para o ente contratante focar, mais uma vez, nos resultados que pretende alcançar, deixando aos concorrentes a tarefa de encontrar os meios mais eficientes para atingir aqueles objetivos<sup>38</sup>.

## 2.2.2 Concessão de vantagens no procedimento de contratação

O ente contratante pode, também, conceder vantagens a agentes econômicos que julgue possuírem características estratégicas, as quais seja útil financiar. Tais vantagens podem ser destinadas a compensar uma menor competitividade dos agentes beneficiados, ou apenas pretender ampliar as suas chances de contratação — quiçá até garanti-las —, podendo ser dos mais diferentes tipos: favorecimento em caso de empate; margens de preferência que garantam a contratação mesmo quando o agente econômico não tenha apresentado a melhor proposta; cotas de participação em determinados contratos; reserva de certos contratos para concorrência exclusiva de determinados agentes econômicos<sup>39</sup>. Bem como poderão estar relacionadas às mais diferentes pretensões: incentivo à igualdade de gênero<sup>40</sup>; fortalecimento da indústria nacional<sup>41</sup>; financiamento de organizações com fins sociais<sup>42</sup>.

Todavia, é preciso ter em conta que a concessão de vantagens não raro é acompanhada da aquisição por preços superiores, ou da compra de soluções que não configuram a melhor oferta do mercado<sup>43</sup>: a vantagem configura uma distorção da concorrência, justo a responsável por garantir a contratação nos melhores termos. Como forma de solucionar os maiores custos, por sua vez, há ordenamentos, como o inglês, em que o contratante apenas contrata com o concorrente favorecido se este melhorar sua oferta de forma a corresponder aos melhores termos encontrados em uma competição livre<sup>44</sup>.

Ademais, há, ainda, o risco de a concessão de vantagens configurar um desincentivo aos agentes favorecidos na sua busca por maior competitividade<sup>45</sup>. Isto é recorrentemente citado como argumento contrário às vantagens concedidas às empresas de menor porte, por exemplo, as quais poderiam perceber como mais vantajoso permanecer pequenas, para manter os benefícios, do que crescer<sup>46</sup>. No caso das organizações sociais, em especial, a perda de competitividade pode gerar uma dependência excessiva das compras públicas, o que pode levar a uma captura das organizações pelos interesses dos seus entes públicos financiadores<sup>47</sup>.

<sup>37</sup> ROSSETTI, Suzana M. *Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 171-174.

<sup>38</sup> ARROWSMITH, Sue, A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In *Social And Environmental Policies In Ec Procurement Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146. p. 145.

<sup>39</sup> MAGALHÃES, Fabrício Arthur Galupo; SOUZA, Delfino Natal de. O uso do poder de compra e as políticas de compras. In: SOUZA, Lilian Castro de; BLIACHERIS, Marcos Weiss (coord.). *Panorama de licitações sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 288-290.

<sup>40</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública. In: PERNAS GARCÍA, José (ed.). *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013. p. 352-360.

<sup>41</sup> TREPTE, Peter. *Regulating procurement*. Oxford: Oxford Scholarship, 2004. p. 152-155.

<sup>42</sup> MCCRUDDEN, Christopher. *Buying social justice: equality, government procurement, and legal change*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 62.

<sup>43</sup> ATHEY, Susan; COEY, Dominic; LEVIN, Jonathan. Set-asides and subsidies in auctions. *American economic journal: microeconomics*, v. 5, n. 1, p. 1-27, fev. 2013.

<sup>44</sup> ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. Londres: Thomson Reuters, 2018. v. 2. p. 709.

<sup>45</sup> ARROWSMITH, S. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146. p. 138.

<sup>46</sup> SAKALLARIS, Andrew George. Questioning the sacred cow: reexamining the justifications for small business set asides. *Public Contract Law Journal*, v. 36, n. 4, p. 685-700, 2007. p. 694-695.

<sup>47</sup> BARRAKET, Jo; FURNEAUX, Craig; KEAST, Robyn. *Social procurement and new public governance*. New York: Routledge, 2016. p. 45.



Todos esses riscos fazem com que a previsão de vantagens nos procedimentos de contratação seja algo que exige uma prévia e profunda reflexão, além de um permanente monitoramento com o fim de identificar ineficiências e corrigi-las. É essencial que a manutenção de vantagens não decorra, unicamente, da pressão política dos agentes econômicos favorecidos.

Por fim, quando o sistema de compras prever a possibilidade de concessão de várias vantagens, é preciso uma coordenação clara entre elas, que torne evidente quais vantagens se sobrepõem, bem como a ordem de precedência aplicável<sup>48</sup>. A inexistência de uma coordenação clara, apenas, ampliará a insegurança jurídica e, por consequência, a litigiosidade, colaborando, em última instância, para um aumento dos custos de transação.

### **2.2.3 Divisão do objeto contratual em lotes**

Em nível global, é comum que as empresas de menor porte possuam destaque no uso estratégico dos contratos públicos. Isto porque são bastante relevantes do ponto de vista econômico, por serem responsáveis por grande parte dos empregos privados<sup>49</sup>, além da sua relevância ambiental, já que não raro possuem pegadas ambientais proporcionalmente maiores<sup>50</sup>.

Por sua vez, uma das principais maneiras de incluir tais empresas de menor porte nas compras públicas é mediante a divisão dos contratos em lotes. Tal estratégia compreende a segmentação de grandes objetos contratuais em várias parcelas menores, para tornar possível a empresas menores competir pelo contrato, isto sob a lógica de que objetos demasiado grandes podem ser incompatíveis com as capacidades de empresas menores, que seriam afastadas dos procedimentos licitatórios<sup>51</sup>.

A divisão em lotes pode ocorrer de acordo com diferentes critérios. Alguns critérios comumente aplicados constituem a natureza dos bens a ser adquiridos, com o fim de beneficiar empresas menores e pouco diversificadas; ou a localização geográfica em que serão fornecidos, com vista a favorecer os agentes econômicos locais<sup>52</sup>. Caberá ao contratante identificar os critérios mais pertinentes e utilizá-los.

Porém, a opção pela segmentação em lotes deve considerar, também, a eficiência de tal divisão. Não há sentido em segmentar lotes quando a necessidade que determinou a celebração do contrato seja melhor suprida com a existência de um único contratado — por exemplo, se a divisão em lotes causar aumento dos custos por perda de escala —, ou se a própria realidade do mercado a que se dirige a contratação desaconselhar a segmentação — caso verificado um risco demasiado alto de cartel<sup>53</sup>. Por isto, alguns objetos se revelam mais apropriados para a divisão em lotes do que outros: os contratos de concessão, por exemplo, tendem a ser menos compatíveis com a divisão em lotes<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> ROSSETTI, Suzana M. *Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 188-195.

<sup>49</sup> A Organização Internacional do Trabalho estima que 70% dos empregos do globo são gerados por empresas de menor porte: INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Small Matters*. 2019. Disponível em: [https://embargo.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_723282/lang--en/index.htm](https://embargo.ilo.org/global/publications/books/WCMS_723282/lang--en/index.htm) Acesso em: 4 fev. 2021.

<sup>50</sup> SCHOENMAEKERS, Sarah. The role of SMEs in promoting sustainable procurement. In: SJÅFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja (ed.). *Sustainable public procurement under EU Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 166-167.

<sup>51</sup> TRYBUS, Martin. The promotion of small and medium sized enterprises in public procurement: a strategic objective of the new public sector directive. In: TREUMER, Steen; COMBA, Mario (ed.). *Modernising public procurement: the approach of EU Member States*. Copenhagen: Djøf, 2014. p. 262-263.

<sup>52</sup> SCHOENMAEKERS, Sarah. The role of SMEs in promoting sustainable procurement. In: SJÅFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja (ed.). *Sustainable public procurement under EU Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 170.

<sup>53</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos. *E-pública*, v. 4, n. 2, p. 21-46, 2017. p. 40-42.

<sup>54</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 146.

## 2.2.4 Requisitos mínimos e exclusão de concorrentes

Pode-se, ainda, estabelecer parâmetros mínimos que deverão ser respeitados pelos concorrentes sob pena de exclusão do procedimento de contratação. Tais parâmetros podem ter relação com a execução do contrato — por exemplo, a exigência de capacidade técnica idônea para o cumprimento de padrões ambientais na execução contratual —, ou referir-se a aspectos alheios ao contrato — como excluir concorrentes condenados por violações aos direitos humanos<sup>55</sup>.

Este é um meio de utilizar as compras governamentais para reforçar de políticas públicas já promovidas por outros meios: utiliza-se a atratividade dos mercados públicos para tornar mais vantajoso comercialmente respeitar tais parâmetros mínimos; além de se impedir a utilização dos recursos públicos para financiar práticas que o próprio Estado busca combater.

Porém, duas questões devem ser objeto de reflexão antes da adoção do instrumento pelos sistemas de compras públicas. Primeiramente, deve-se pensar na viabilidade e necessidade de estender a verificação do cumprimento dos parâmetros de exclusão fixados não apenas ao agente privado concorrente, mas também a eventuais agentes econômicos aos quais o concorrente esteja relacionado. Isto porque já se verificaram, em alguns países, grupos empresariais que escolhem a sociedade com a qual concorrerão com o fim de impedir a exclusão por descumprimento dos parâmetros<sup>56</sup>.

Além disso, há de se refletir sobre a forma de fiscalização do cumprimento dos parâmetros de exclusão. Será possível recorrer, unicamente, a formas exteriores de fiscalização, como quando a exclusão se basear na existência de condenação judicial transitada em julgado, ou poderá o ente contratante promover a fiscalização por meios próprios. A fiscalização por meios próprios pode ser útil para garantir uma maior efetividade; mas, por outro lado, a opção por recorrer unicamente a formas exteriores de fiscalização pode diminuir os custos de transação associados à implementação de procedimentos administrativos destinados à fiscalização, bem como os custos relacionados à provável maior litigiosidade disto decorrente<sup>57</sup>.

## 2.3 Meios relacionados à execução do contrato

### 2.3.1 Obrigações contratuais

O ente contratante pode inserir no contrato obrigações destinadas a garantir que a sua execução ocorra em consonância com demandas estratégicas<sup>58</sup>. Diversos aspectos relativos à execução do contrato são passíveis de serem abordados sob um viés estratégico, entre os quais destacamos a produção do objeto e realização do serviço ou obra em que; o descarte dos insumos utilizados; e a força de trabalho empregue<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> ARROWSMITH, S. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146. p. 139-141.

<sup>56</sup> WILLIAMS, Sope. Coordinating public procurement to support EU objectives – a first step? The case of exclusions for serious criminal offences. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 492-493.

<sup>57</sup> WILLIAMS, Sope. Coordinating public procurement to support EU objectives – a first step? The case of exclusions for serious criminal offences. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 493-494.

<sup>58</sup> GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012. p. 250-251.

<sup>59</sup> ARROWSMITH, S. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146. p. 123-125.

No que toca à produção do objeto e execução do serviço ou obra em xequê, há quem pondere a fixação de obrigação de subcontratar certo percentual do contrato de acordo com critérios estratégicos, com o fim de promover a integração de determinados agentes econômicos, cuja atividade o ente público julgue interessante incentivar, como empresas de menor porte<sup>60</sup>. Podem-se, ainda, estabelecer parâmetros de qualidade a serem observados na execução do contrato, como determinar o uso de energia renovável<sup>61</sup>.

O descarte dos insumos utilizados na execução do contrato, por sua vez, é matéria bastante sensível sob a ótica ambiental. Poderá, então, ser útil regular aspectos como eventual reciclagem de resíduos, ou o seu descarte responsável<sup>62</sup>. Nesse sentido, a União Europeia, por exemplo, recomenda pactuar com os contratados o reaproveitamento de resíduos em sua cadeia de suprimento<sup>63</sup>.

Já no que toca à força de trabalho empregue, os contratos públicos podem servir tanto para promover a inclusão no mercado de trabalho de grupos com dificuldades de inserção quanto para garantir uma igualdade de tratamento e condições de trabalho dignas que não são proporcionadas naturalmente pelo mercado. Por exemplo, o contrato pode exigir que um percentual mínimo dos trabalhadores envolvidos na execução do contrato seja de desempregados de longa duração, ou de grupos minoritários com dificuldades de inserção<sup>64</sup>. Assim como também pode exigir o pagamento de salários iguais, quando identificar uma tendência do mercado de não o fazer espontaneamente, em virtude do gênero ou etnia<sup>65</sup>.

Ao estabelecer obrigações contratuais, mais uma vez, tenderá a ser mais interessante concentrar-se em fixar obrigações de resultado, deixando aos contratados alguma margem de flexibilidade para escolha dos meios que julguem mais eficientes para promover os fins almejados<sup>66</sup>.

Além disso, a fixação de obrigações contratuais não raro deverá estar acompanhada da previsão de requisitos técnicos mínimos ainda na fase de concorrência do procedimento de contratação, com o fim de garantir que o agente econômico selecionado estará apto para cumprir com as obrigações que serão estabelecidas.

### 2.3.2 Contrapartidas

Comuns nas aquisições públicas relacionadas à área da defesa<sup>67</sup>, as contrapartidas compreendem a exigência de compensações a agentes econômicos estrangeiros, com o fim de criar benefícios econômicos adicionais, como ganhos de natureza industrial, tecnológica e comercial<sup>68</sup>. Sendo tradicionalmente classificadas em contrapartidas diretas, quando há relação com o objeto do contrato público a celebrar — por exemplo, quando se prevê um consumo mínimo de insumos nacionais na execução do contrato —, ou indiretas,

<sup>60</sup> BARRIO GARCÍA, Gonzalo. Contratación pública y PMES: un comentario a la luz de la propuesta de directiva en materia de contratación pública. In: PERNAS GARCÍA, José (ed.). *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013. p. 152-154.

<sup>61</sup> KUNZLIK, Peter. The procurement of 'green energy'. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 402-406.

<sup>62</sup> ROSSETTI, Suzana M. *Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 199-200.

<sup>63</sup> EUROPEAN UNION. *Public procurement for a circular economy*. 2017. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs_en.htm) Acesso em: 06 fev. 2021.

<sup>64</sup> BERNAL BLAY, Miguel Ángel. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In: PERNAS GARCÍA, José (ed.). *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013. p. 173-175.

<sup>65</sup> MCCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum*, v. 28, n. 4, p. 257-267, 2004. 265-266.

<sup>66</sup> ARROWSMITH, S. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146. p. 133-134.

<sup>67</sup> BRAUER, Jürgen. Economic aspects of arms trade offsets. In: BRAUER, Jürgen; DUNNE, Paul (coord.). *Arms trade and economic development*. New York: Routledge, 2005.

<sup>68</sup> RODRIGUES, Luís Graça; SILVEIRA, Paula de Castro. Regime das contrapartidas nos contratos públicos em Angola: o que há de novo? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 59, n. 2, p. 83-103, 2018.

quando se trata de compensações que não possuem relação com o objeto do contrato — como quando se exige do contratado a realização de investimentos locais<sup>69</sup>.

O uso das contrapartidas, contudo, é bastante controverso. Isto porque, ainda, não há estudos suficientes para consolidar que estas de fato podem ter um efeito positivo e eficiente, os quais, embora existam, são em pouca quantidade<sup>70</sup>. Isto para não falar que a maioria dos especialistas na matéria depõem contra o uso de contrapartidas, afirmando que o seu uso, em média, tem efeitos diminutos, isto quando o saldo líquido pelo uso de tal instrumento não é negativo<sup>71</sup>.

Porém, há quem argumente em prol das contrapartidas. Um exemplo disto é a Empresa Brasileira de Aeronáutica (EMBRAER): as contrapartidas exigidas por uma série de contratos de defesa firmados pela Força Aérea Brasileira entre 1970 e o início dos anos 2000 são vistas como fundamentais no desenvolvimento tecnológico da empresa para especialistas e funcionários da própria EMBRAER, hoje uma importante fornecedora internacional<sup>72</sup>.

O uso das contrapartidas deve ser alvo de aprofundada análise e reflexão, visto que a eficiência na sua aplicação depende do exame de muitos elementos, e todos complexos, tais como o nível de tecnologia envolvido no objeto a adquirir, a estabilidade cambial, o ambiente comercial, os objetivos do governo envolvido na compra.<sup>73</sup>

### 2.3.3 Remuneração variável

Poderá, ainda, o ente contratante vincular a remuneração final do contratado à obtenção de certos objetivos, incluindo em tais objetivos, por sua vez, demandas estratégicas<sup>74</sup>. A ideia é que a atratividade de um bônus remuneratório sirva de incentivo ao particular para atender demandas que não constituem um dever, mas dão origem a um benefício adicional<sup>75</sup>.

Assim, por exemplo, num cenário em que não fosse possível para o ente público exigir o uso de determinados equipamentos e insumos ecológicos, por isto configurar excessiva restrição da competitividade, mas o uso desses configurar um grande benefício para a coletividade, pode ser útil ao contratante fixar incrementos remuneratórios tendo por base o uso de tais insumos e equipamentos, com fim de incentivar o agente econômico privado a adotá-los, apesar de não ser obrigado a tanto.

Todavia é preciso estar atento aos dois elementos citados: o objetivo capaz de gerar um bônus remuneratório não pode compreender um dever do contratado, além de precisar ser a causa de um benefício autenticamente adicional. Não pode o contratado receber um bônus remuneratório pelo cumprimento de

<sup>69</sup> RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 531.

<sup>70</sup> TAYLOR, Travis K. Countertrade offsets in international procurement: theory and evidence. In: YÜLEK, Murat A.; TAYLOR, Travis K. (ed.). *Designing public procurement policy in developing countries: how to foster technology transfer and industrialization in the global economy*. New York: Springer, 2012. p. 17.

<sup>71</sup> BRAUER, Jurgen. Economic aspects of arms trade offsets. In: BRAUER, Jurgen; DUNNE, Paul (coord.). *Arms trade and economic development*. New York: Routledge, 2005. p. 62-65.

<sup>72</sup> MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. *Os acordos de compensação (Offset) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares*. 2019. Dissertação (Mestrado) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35759> Acesso em: 8 fev. 2021.

<sup>73</sup> TAYLOR, Travis K. Using procurement offsets as an economic development strategy. In: BRAUER, Jurgen; DUNNE, Paul (coord.). *Arms trade and economic development*. New York: Routledge, 2005. p. 34-46.

<sup>74</sup> BLIACHERIS, Marcos Weiss. A sustentabilidade no regime diferenciado de contratações públicas. In: SOUZA, Lilian Castro de; BLIACHERIS, Marcos Weiss (coord.). *Panorama de licitações sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 94.

<sup>75</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord.). *O regime diferenciado de contratações públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 191-192.

um dever, cuja remuneração já está compreendida no pagamento regular do contrato<sup>76</sup>, ou pela geração de um benefício que resultaria, naturalmente, do cumprimento das suas obrigações<sup>77</sup>.

Ademais, é preciso que os critérios utilizados para definir a remuneração variável, bem como os métodos para seu cálculo, sejam prévia e adequadamente publicitados, de forma clara e objetiva. Caso contrário, poderá haver um aumento dos custos de transação em decorrência de litígios envolvendo tanto o uso do instrumento como o cálculo e o próprio direito à eventual remuneração variável<sup>78</sup>.

## 2.4 Diretrizes para inclusão de políticas públicas nas compras governamentais

A compreensão de um sistema de compras públicas estratégicas, contudo, não pode se resumir a uma análise individualizada dos procedimentos licitatórios. É preciso, também, compreender diretrizes gerais, que norteiem a própria aplicação dos diferentes meios de efetivação de políticas públicas.

Enumeramos aqui, assim, algumas diretrizes a considerar quando da efetivação de políticas públicas nos procedimentos de contratação.

### 2.4.1 Preferência por parâmetros de sustentabilidade ao alcance do mercado

O uso estratégico das compras governamentais pode ocorrer tanto por meio de aspectos estritamente relacionados à execução do contrato — como quando se exige o uso de insumos ambientalmente sustentáveis na obra contratada —, quanto pode acontecer mediante aspectos além do próprio contrato. Por exemplo, ao se exigir que todo o seu quadro de funcionários, não apenas aquele vinculado à execução do contrato, seja composto, em uma certa porcentagem, por uma determinada minoria étnica<sup>79</sup>.

Em algumas situações, poderá ser suficiente considerar, apenas, aspectos relacionados à execução do contrato ou quando o contratante apenas pretenda garantir um consumo não predatório. Em outros casos, poderá ser preciso ir além: por exemplo, quando o ente adjudicante influenciar a cadeia de abastecimento do agente contratado, cenário em que gerará mais impacto exigir que não apenas o contrato seja executado de acordo com padrões de sustentabilidade, mas que toda a atividade comercial do contratado o seja.

Mas, independentemente do modelo adotado, é importante que o contratante fixe parâmetros que estejam ao alcance dos eventuais competidores, para não comprometer de forma excessiva a competitividade do procedimento de contratação<sup>80</sup>. Regra a se ter em conta com ainda mais atenção quando estivermos a tratar de aspectos que vão além da execução do contrato, dada a sua maior capacidade de restrição da competitividade<sup>81</sup>. Nessa linha, o Tribunal de Contas da União (TCU) já há muito ressalta a necessidade de uma integração progressiva da sustentabilidade nas licitações, a qual, ao invés de começar pelo nível ótimo de sustentabilidade, inicie, em níveis pouco anteriores, avançado paulatinamente, inclusive, como forma de incentivar a participação dos agentes econômicos privados nos procedimentos de contratação ao facilitar

<sup>76</sup> ROSSETTI, Suzana M. *Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 173.

<sup>77</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 216.

<sup>78</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 233-234.

<sup>79</sup> ARROWSMITH, S. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146. p. 121-127.

<sup>80</sup> ROSSETTI, Suzana M. *Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 156.

<sup>81</sup> ARROWSMITH, S. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146. p. 126-127.

a adaptação de suas atividades a padrões de sustentabilidade, o que, em última instância, amplia o impacto dos procedimentos de contratação<sup>82</sup>.

Quando a demanda estratégica que se pretende implementar implicar uma excessiva redução da competitividade, mas for de fato desejável, uma solução conciliatória pode ser a fixação de remuneração variável a ser calculada de acordo com o sucesso do contratado em concretizar tais demandas sustentáveis, como já exposto.

Devendo-se, no entanto, tal regra de preferência por parâmetros acessíveis para o mercado ser interpretada com certa parcimônia. Isto porque é possível que a Administração, efetivamente, necessite contratar uma determinada solução que se revele demasiado restritiva. Nem sempre a obtenção da melhor solução coincide com uma ampla competitividade, pelo que a concorrência não deve ser entendida como um valor absoluto. Por isso, tal diretriz de preferência por parâmetros acessíveis deve ser interpretada como apenas prescrevendo um dever de fundamentação adicional, circunscrito à necessidade daquela demanda incluída no procedimento de contratação e causadora da restrição da concorrência. Suficientemente justificada a necessidade de opção do contratante por aquele parâmetro tomado por demasiado restritivo, não haverá de se questionar a validade de tal escolha.

#### **2.4.2 Foco em pontos de estrangulamento e potenciais externalidades positivas**

Em um sistema de compras sustentável, o ideal seria que cada contrato público fosse capaz de desempenhar as mais variadas políticas públicas. Mas a realidade depõe pelo contrário. A integração de políticas públicas nos procedimentos de contratação comumente provoca uma maior complexidade, às vezes acompanhada de um aumento dos custos, sejam eles os custos de transação envolvidos no planejamento e promoção do procedimento, ou os decorrentes de um eventual encarecimento do objeto a adquirir<sup>83</sup>.

Por isto, mais útil será sujeitar a integração de políticas públicas a um juízo de eficácia: implementar apenas aquelas políticas públicas em cuja persecução o contrato possa efetivamente colaborar<sup>84</sup>. Seja porque o contrato tem um alto potencial lesivo, de forma que integrar a política pública pode reduzir ou até mesmo neutralizar tal potencial negativo (pontos de estrangulamento), ou porque o contrato tem um alto potencial benéfico (potenciais externalidades positivas), que não pode ser ignorado. Alguns desses pontos de estrangulamento ou potenciais externalidades positivas, inclusive, são já amplamente conhecidos, em decorrência das experiências acumuladas pela Administração ao longo das suas políticas de compras<sup>85</sup>.

Sendo certo que tal juízo de eficácia deve ser aplicado, também, sob uma ótica sistemática, tendo em vista o conjunto de licitações e contratos a celebrar. A implementação de políticas públicas provoca uma maior complexidade, pelo que tenderá a ser menos eficiente que uma determinada instituição opte por implementar um número demasiado amplo de políticas, mesmo que limitando o número de políticas implementadas em cada contrato: além de diminuir o impacto, isto gera uma maior variedade de dados a serem analisados, e, portanto, amplia ainda mais a complexidade, o que pode ser prejudicial, tanto do ponto de vista de custos quanto de gestão. Em síntese: é mais útil implementar um número reduzido de políticas, por meio de repetidos contratos, do que implementar um número amplo de políticas, cada uma delas integradas em poucos contratos. Deve-se refletir sobre quais políticas se revelam mais importantes e de implementação propícia, ponderando aspectos como os referidos custos e a disponibilidade de dados, entre outros.

<sup>82</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Representação n.º 003.405/2010-9*. Relator: Ministro Benjamim Zymler, 08 de junho de 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/> Acesso em: 14 fev. 2021.

<sup>83</sup> EUROPEAN UNION. *Buying social*. 2011. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f> Acesso em: 13 fev 2021.

<sup>84</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 39-40.

<sup>85</sup> ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 436-437.

### 2.4.3 Sujeição permanente a uma lógica de eficiência

Ao contrário do que afirma o senso comum, o uso estratégico dos contratos públicos, em média, tende a não provocar maiores custos, podendo até colaborar para reduzi-los<sup>86</sup>. Todavia, em certos casos, a implementação de políticas públicas, de fato, importa em maiores custos. Cenário em que se torna essencial a aplicação de um juízo de eficiência, para ponderar se a aplicação dos custos excedentes em outras políticas, mais específicas, não seria mais produtiva.

Para suprir tal necessidade de ampla submissão das contratações a um juízo de eficiência, os entes contratantes necessitarão de mecanismos de controle interno permanentes para, entre outras ações: submeter as políticas públicas promovidas e contratos ou licitações relacionados a cálculos dos custos suportados; desempenhar análises comparativas quanto à eficácia da aplicação destes recursos em outras políticas mais específicas; acumular informações e avaliar as experiências já existentes com o fim de otimizar a aplicação dos recursos dispendidos.

Além disso, ao dimensionar os custos para o cálculo da eficiência da implementação das políticas públicas nos procedimentos de contratação, devem-se incluir não apenas os custos de aquisição e gozo dos objetos, mas também eventuais custos procedimentais vinculados à integração das políticas públicas, os chamados custos de transação. Afinal, estes também podem representar custos adicionais que seriam economizados no cenário alternativo de contratação sem a sujeição a fins estratégicos<sup>87</sup>.

### 2.4.4 Qualificação dos recursos humanos e digitalização dos procedimentos

O uso estratégico das compras governamentais adiciona complexidade à gestão dos contratos. Assim, é importante uma maior profissionalização dos órgãos destinados às compras governamentais, tanto em relação à qualificação dos recursos humanos envolvidos quanto à oferta de meios técnicos, sendo proveitosa a aplicação de noções e técnicas da área da Administração<sup>88</sup>. Por essa razão, se identifica uma curva ascendente de profissionalização dos agentes de compras públicas coincidente com a difusão e crescimento do uso estratégico das compras governamentais<sup>89</sup>: isto decorre de uma exigência do próprio cotidiano dos entes contratantes.

Destaca-se, ainda, a relevância da digitalização dos procedimentos. Em primeiro lugar porque, nos diversos países em que se adotaram sistemas eletrônicos de compras, nota-se uma redução dos custos<sup>90</sup>, o que pode ser pertinente para compensar possíveis aumentos no custo da contratação decorrentes da implementação de políticas públicas. Em segundo porque o uso de plataformas eletrônicas tem o condão de facilitar a coleta, armazenamento e posterior interpretação de dados acerca dos contratos celebrados, o que é relevante para buscar melhorias contínuas visando à eficiência e eficácia das políticas implementadas<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> EUROPEAN UNION. *Collection of statistical information on Green Public Procurement in the EU*. 2009. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/studies\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/studies_en.htm) Acesso em: 12 fev. 2021.

<sup>87</sup> Sobre o cálculo dos custos de transação em políticas públicas: COLBY, Bonnie *et al.* Transaction cost measurement for evaluating environmental policies. *Ecological economics*, n. 52, p. 527-542, mar. 2005.

<sup>88</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 16, n. 65, p. 249-275, jan./mar. 2016. p. 249-275.

<sup>89</sup> CALLENDER, Guy; MATTHEWS, Darin. Government purchasing: an evolving profession? *Journal of public budgeting, accounting & financial management*, v. 12, n. 2, p. 272-290, 2000. p. 272-290.

<sup>90</sup> FREITAS, Marcelo de; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos. *Revista de administração pública*, v. 47, n. 5, p. 1.265-1.282, set/out. 2013.

<sup>91</sup> DOTTI, Marinês Restelatto; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 98.

### 3 Considerações finais

Os contratos públicos representam um mercado de extrema relevância, de forma que os entes públicos precisam refletir sobre como atuam enquanto agentes econômicos, com o fim de garantir que o fazem de forma alinhada com a busca do desenvolvimento. Dever que se impõe com ainda mais força em cenários como o atualmente vivido pelo Brasil: a limitação quanto à possibilidade de investimentos públicos, pela escassez de recursos, impõe a necessidade de buscar a maior efetividade possível para cada recurso aplicado. Não se pode tolerar o desperdício de instrumentos aptos a colaborar para o desenvolvimento de políticas públicas.

Por isto é preciso pensar e refletir o nosso sistema público de compras, para além das comissões de licitação dos diferentes órgãos públicos, mas de forma integrada com as demais necessidades nacionais. Não apenas porque esta é uma possibilidade que se vislumbra no âmbito teórico, mas porque é uma estratégia que vem sendo posta em prática em outros contextos e, de certa forma, já encontra respaldo nos tribunais pátrios<sup>92</sup>.

Como amplamente sabido, a União Europeia sofre de uma certa vulnerabilidade energética, pois, segundo dados de 2017<sup>93</sup>, precisou importar mais de metade da energia que consumiu. A principal parceira, responsável por pouco mais de 1/3 do fornecimento, é a Rússia, país cuja relação com a União Europeia é marcada por certa instabilidade. Nessa linha, não por acaso, o bloco econômico tem empreendido esforços para incentivar a indústria das energias renováveis, utilizando, inclusive, os contratos públicos para tanto, como, inclusive, foi expressamente previsto na elaboração da “Estratégia Europa 2020”.

As compras governamentais constituem uma útil ferramenta adicional para a persecução de políticas públicas. Cabe a nós decidir se vamos nos valer das suas potencialidades, como já o faz parte do mundo ocidental, ou desperdiçar mais uma ferramenta para combater tantos problemas que marcam o cotidiano nacional.

### Referências

ALMEIDA, Teresa. A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental: internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação. *Boletim de ciências econômicas*, v. 57, n. 1, p. 147-194, 2014.

ARAGÃO, Maria Alexandra. A credibilidade da rotulagem ecológica dos produtos. *Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente - RevCEDOUA*, n. 27, p. 157-170, 2011.

ARROWSMITH, S. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 108-146.

ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. Londres: Thomson Reuters, 2018. v. 2.

ATHEY, Susan; COEY, Dominic; LEVIN, Jonathan. Set-asides and subsidies in auctions. *American economic journal: microeconomics*, v. 5, n. 1, p. 1-27, fev. 2013.

AZEVEDO, Pedro Santos. Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos. *Revista de contratos públicos*, n. 18, p. 71-92, mar. 2018.

<sup>92</sup> COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. As licitações sustentáveis na ótica do controle externo. *Interesse Público*, ano 14, n. 71, p. 243-278, 2012.

<sup>93</sup> EUROPEAN UNION. *Energy production and imports*. 2020. Disponível em: [https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Energy\\_production\\_and\\_imports#Production\\_of\\_primary\\_energy\\_decreased\\_between\\_2008\\_and\\_2018](https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Energy_production_and_imports#Production_of_primary_energy_decreased_between_2008_and_2018) Acesso em: 19 jan. 2021.



- BARBOSA, Caio Márcio Melo; RAUEN, André Tortato. *Encomendas tecnológicas no Brasil*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8907> Acesso em: 23 jan. 2021.
- BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SILVA, Renato Cader da. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. *Revista do Serviço Público*, v. 2, n. 63, p. 157-175, abr./jun. 2012.
- BARRAKET, Jo; FURNEAUX, Craig; KEAST, Robyn. *Social procurement and new public governance*. New York: Routledge, 2016.
- BARRIO GARCÍA, Gonzalo. Contratación pública y PMES: un comentario a la luz de la propuesta de directiva en materia de contratación pública. In: PERNAS GARCÍA, José (ed.). *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- BECKERS, Anna. Using Contracts to further sustainability?: a contract law perspective on sustainable public procurement. In: SJÅFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja (ed.). *Sustainable public procurement under EU Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In: PERNAS GARCÍA, José (ed.). *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- BLIACHERIS, Marcos Weiss. A sustentabilidade no regime diferenciado de contratações públicas. In: SOUZA, Lilian Castro de; BLIACHERIS, Marcos Weiss (coord.). *Panorama de licitações sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BOYLE, Rosemary. Disability issues in public procurement. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Representação n.º 003.405/2010-9*. Relator: Ministro Benjamim Zymler, 08 de junho de 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/> Acesso em: 14 fev. 2021.
- BRAUER, Jurgen. Economic aspects of arms trade offsets. In: BRAUER, Jurgen; DUNNE, Paul (coord.). *Arms trade and economic development*. New York: Routledge, 2005.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 16, n. 65, p. 249-275, jan./mar. 2016.
- CALDEIRA, Marco; GOMES, Carla Amado. Contratação pública “verde”: uma evolução pública (eco) lógica. In: GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coord.). *Comentários à revisão do código dos contratos públicos*. Lisboa: AAFDL, 2018.
- CALLENDER, Guy; MATTHEWS, Darin. Government purchasing: an evolving profession? *Journal of public budgeting, accounting & financial management*, v. 12, n. 2, p. 272-290, 2000.
- CARVALHO, Daniela Gomes de. Licitações sustentáveis, alimentação escolar e desenvolvimento regional: uma discussão sobre o poder de compra governamental a favor da sustentabilidade. *Planejamento e políticas públicas*, n. 32, p. 115-148, 2009.
- CARVALHO, Raquel. *Direito da contratação pública*. Porto: Universidade Católica, 2019.
- COLBY, Bonnie *et al.* Transaction cost measurement for evaluating environmental policies. *Ecological economics*, n. 52, p. 527-542, mar. 2005.
- COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. As licitações sustentáveis na ótica do controle externo. *Interesse Público*, ano 14, n. 71, p. 243-278, 2012.

- DOTTI, Marinês Restelatto; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2012.
- EUROPEAN UNION. *Buying social*. 2011. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f> Acesso em: 13 fev 2021.
- EUROPEAN UNION. *Collection of statistical information on Green Public Procurement in the EU*. 2009. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/studies\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/studies_en.htm) Acesso em: 12 fev. 2021.
- EUROPEAN UNION. *Energy production and imports*. 2020. Disponível em: [https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Energy\\_production\\_and\\_imports#Production\\_of\\_primary\\_energy\\_decreased\\_between\\_2008\\_and\\_2018](https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Energy_production_and_imports#Production_of_primary_energy_decreased_between_2008_and_2018) Acesso em: 19 jan. 2021.
- EUROPEAN UNION. *Public procurement for a circular economy*. 2017. Disponível em: [https://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs_en.htm) Acesso em: 06 fev. 2021.
- FERNANDES, Teresa.; VIEIRA, Vítor. Public e-procurement impacts in small-and medium-enterprises. *International Journal Procurement Management*, v. 8, n. 5, p. 587-607, 2015.
- FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 9, n. 37, p. 133-142, jan./mar. 2009.
- FERREIRA JÚNIOR, Ednaldo Silva. A influência da duração do contrato na implementação de políticas sociais e ambientais através da contratação pública. *Revista de Contratos Públicos - RCP*, ano 9, n. 18, p. 63-76, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/139/42037/93139> Acesso em: 13 abr. 2021.
- FIUZA, Eduardo S. P. Desenho institucional em compras públicas. In: SALGADO, Lucia Helena; FIUZA, Eduardo P. S. *Marcos regulatórios no Brasil*. Brasília: IPEA, 2015.
- FREITAS, Juares. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. *Interesse público*, n. 70, p. 15-35, nov./dez. 2011.
- FREITAS, Marcelo de; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos. *Revista de administração pública*, v. 47, n. 5, p. 1.265-1.282, set/out. 2013.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Licitações públicas sustentáveis. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Small Matters*. 2019. Disponível em: [https://embargo.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_723282/lang--en/index.htm](https://embargo.ilo.org/global/publications/books/WCMS_723282/lang--en/index.htm) Acesso em: 4 fev. 2021.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.
- KUNZLIK, Peter. The procurement of ‘green energy’. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- LOPES, Jorge Faria. A crescente relevância da fase de preparação dos procedimentos de formação de contratos públicos: breves notas à luz da Diretiva 2014/24/EU. *Revista de contratos públicos*, n. 15, p. 125-168, set./dez. 2014.

- MAGALHÃES, Fabrício Arthur Galupo; SOUZA, Delfino Natal de. O uso do poder de compra e as políticas de compras. In: SOUZA, Lilian Castro de; BLIACHERIS, Marcos Weiss (coord.). *Panorama de licitações sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MAYMONE, Rodolfo de Azevedo. *Os acordos de compensação (Offset) nas FF.AA. e a percepção dos gerentes de projetos militares*. 2019. Dissertação (Mestrado) — Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/35759> Acesso em: 8 fev. 2021.
- MCCRUDDEN, Christopher. *Buying social justice: equality, government procurement, and legal change*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MCCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. *Natural Resources Forum*, v. 28, n. 4, p. 257-267, 2004.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa. Comercio justo y contratación pública. In: PERNAS GARCÍA, José (ed.). *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Arazzadi, 2013.
- MESQUITA, Dilne Mendes; ROMÃO, Ana Lúcia; SANTOS, Geovane Santana dos. O reflexo da centralização das compras governamentais na economia local do Estado do Ceará (Brasil). In: RAIMUNDO, Miguel Assis. *Centralização e agregação de compras públicas: reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2019.
- MOREIRA, Egon Bockmann; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Centralização de compras públicas no Brasil. In: RAIMUNDO, Miguel Assis. *Centralização e agregação de compras públicas: reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2019.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- PERNAS GARCÍA, José. *Contratación pública verde*. Madrid: La Ley, 2011.
- RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos*. Lisboa: AAFDL, 2013.
- RAIMUNDO, Miguel Assis. Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos. *E-pública*, v. 4, n. 2, p. 21-46, 2017.
- RODRIGUES, Luís Graça; SILVEIRA, Paula de Castro. Regime das contrapartidas nos contratos públicos em Angola: o que há de novo? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 59, n. 2, p. 83-103, 2018.
- RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2013.
- ROSSETTI, Suzana M. *Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SAKALLARIS, Andrew George. Questioning the sacred cow: reexamining the justifications for small business set asides. *Public Contract Law Journal*, v. 36, n. 4, p. 685-700, 2007.
- SCHOENMAEKERS, Sarah. The role of SMEs in promoting sustainable procurement. In: SJÅFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja (ed.). *Sustainable public procurement under EU Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord.). *O regime diferenciado de contratações públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- TAYLOR, Travis K. Countertrade offsets in international procurement: theory and evidence. In: YÜLEK, Murat A.; TAYLOR, Travis K. (ed.). *Designing public procurement policy in developing countries: how to foster technology transfer and industrialization in the global economy*. New York: Springer, 2012.

- TAYLOR, Travis K. Using procurement offsets as an economic development strategy. *In*: BRAUER, Jürgen; DUNNE, Paul (coord.). *Arms trade and economic development*. New York: Routledge, 2005.
- TORRES, Rafael Lopes. Licitações sustentáveis: sua importância e seu amparo constitucional e legal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 122, p. 102-119, 2011.
- TREPTE, Peter. *Regulating procurement*. Oxford: Oxford Scholarship, 2004.
- TRYBUS, Martin. The promotion of small and medium sized enterprises in public procurement: a strategic objective of the new public sector directive. *In*: TREUMER, Steen; COMBA, Mario (ed.). *Modernising public procurement: the approach of EU Member States*. Copenhagen: Djøf, 2014.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública. *In*: PERNAS GARCÍA, José (ed.). *Contratación pública estratégica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- VALIM, Rafael. Contratação pública e sustentabilidade. *In*: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.
- WIESBROCK, Anja. Socially responsible public procurement: european value or national choice? *In*: SJÅFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja (ed.). *Sustainable public procurement under EU Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- WILLIAMS, Sope. Coordinating public procurement to support EU objectives – a first step? The case of exclusions for serious criminal offences. *In*: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (eds.). *Social and environmental policies in EC Procurement Law: new directives and new directions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A quem se destinam as chamadas públicas?:** os desafios da participação dos agricultores familiares no Programa Nacional de Alimentação Escolar no município do Rio de Janeiro

**Who are public calls for?** The challenges of family farmers' participation in the National School Feeding Program in the city of Rio de Janeiro

Raquel Hunger

Flávia Milagres Campos

Susana Moreira Padrão

# A quem se destinam as chamadas públicas?: os desafios da participação dos agricultores familiares no Programa Nacional de Alimentação Escolar no município do Rio de Janeiro\*

## Who are public calls for? The challenges of family farmers' participation in the National School Feeding Program in the city of Rio de Janeiro

Raquel Hunger\*\*

Flávia Milagres Campos\*\*\*

Susana Moreira Padrão\*\*\*\*

### Resumo

Este artigo teve como objetivo analisar os desafios da agricultura familiar relativo ao processo de comercialização de alimentos para o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), no município do Rio de Janeiro. Trata-se de uma pesquisa documental, de abordagem quali-quantitativa, de dados secundários (atas e chamadas públicas), referente ao período de 2017 a 2019. Identificou-se, por meio da análise, que os desafios se apresentam tanto em relação ao acesso ao mercado institucional como às condições de comercialização. As exigências documentais das chamadas públicas e a ausência de comunicação entre agentes públicos da Prefeitura Municipal e produtores dificultam o acesso ao mercado, já a forma de entrega descentralizada dos alimentos às unidades escolares e os custos de logística criam obstáculos para a comercialização. Embora mudanças significativas tenham ocorrido nas exigências apresentadas pelas chamadas públicas durante o período estudado, permanece a baixa adesão dos agricultores familiares ao processo. Questiona-se, então, se, apenas, alterações nas chamadas públicas serão suficientes para promover a inclusão socioprodutiva dos agricultores familiares e a promoção da segurança alimentar e nutricional no ambiente escolar no município do Rio de Janeiro.

**Palavras-chave:** Chamadas públicas; Agricultura familiar; Alimentação escolar; Compras públicas.

### Abstract

The study aimed to analyze the challenges of family farming in the process of commercializing food for the National School Feeding Program (PNAE), in the municipality of Rio de Janeiro. It is a documentary research,

\* Recebido em 25/05/2021  
Aprovado em 22/11/2021

\*\* Especialista em Segurança Alimentar e Nutricional — UNIRIO. Mestre e Doutoranda em Saúde Pública – ENSP/Fiocruz.  
E-mail: raqhunger@gmail.com

\*\*\* Profa. Adjunta Programa de Pós-Graduação em Segurança Alimentar e Nutricional/ Escola de Nutrição / Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.  
E-mail: flavia.campos@unirio.br

\*\*\*\* Profa. Associada do Departamento de Nutrição aplicada da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.  
E-mail: susanampadrao@gmail.com

with a quantitative and qualitative approach, of secondary data (minutes and public calls), in the period from 2017 to 2019. The analysis identified that the challenges are presented in the access to the institutional market as well as in the commercialization conditions. The documentary requirements of public calls and the lack of communication between public agents of the City Hall and producers, make access to the market difficult, as well as decentralized delivery of food to school units and logistics costs create obstacles to commercialization. Although significant changes have occurred in the requirements presented by public calls during the period studied, the low adherence of family farmers to the process remains. It is questioned then, if only changes in public calls will be sufficient to promote the socio-productive inclusion of family farmers and the promotion of food and nutritional security in the school environment in the city of Rio de Janeiro.

**Keywords:** Public calls; Family farming; School feeding; Public purchases.

## 1 Introdução

O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) tem como objetivo garantir as necessidades nutricionais mediante a oferta da alimentação escolar a todos os estudantes da educação básica pública. Somente no ano de 2019, o programa atendeu 40 milhões de alunos e forneceu cerca de 50 milhões de refeições diárias<sup>1</sup>. Desde sua criação, o programa passou por reformulações, valendo-se dos debates e avanços político-institucionais no que se refere à segurança alimentar e nutricional e ao direito humano à alimentação adequada (DHAA) no Brasil. Desde os anos 2000, o PNAE vem incorporando esse enfoque a suas diretrizes e ações<sup>2</sup>. Nesse sentido, a determinação do artigo 14 da Lei n.º 11.947 de 16 de junho de 2009<sup>3</sup>, sobre a compra de no mínimo 30% dos recursos destinados ao PNAE de alimentos da agricultura familiar e empreendedores familiares rurais, priorizando assentamentos da reforma agrária, comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas, incorporou ao programa o Princípio de Sustentabilidade do DHAA. Essa assertiva se expressa na ampliação do acesso e da distribuição desses alimentos, assim como na igualdade de oportunidade dessa comercialização<sup>4</sup>.

Considerando-se que os alunos permanecem tempo significativo nas unidades escolares, o consumo de alimentos frescos e variados produzidos pelos agricultores familiares contribui para a garantia do direito humano à alimentação adequada e de práticas alimentares que respeitem a diversidade cultural, conforme diretrizes da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN)<sup>5</sup> e da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN)<sup>6</sup>. Ademais, a presença de alimentos, produzidos pelos agricultores

<sup>1</sup> FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Balanco MEC 2019*: FNDE divulga números dos principais programas. 2019. Disponível em: <http://www.fnnde.gov.br/index.php/acesso-a-informacao/institucional/area-de-imprensa/noticias/item/13261-balan%C3%A7o-mec-2019-fnde-divulga-n%C3%BAmeros-dos-principais-programas> Acesso em: 09 maio 2021.

<sup>2</sup> SIQUEIRA, Renata Lopes de *et al.* Análise da incorporação da perspectiva do Direito Humano à Alimentação Adequada no desenho institucional do programa nacional de alimentação escolar. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 301-310, jan. 2014.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 11.947 de 16 de junho de 2009*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11947.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11947.htm) Acesso em: 09 maio 2021.

<sup>4</sup> Na contramão desses avanços do PNAE enquanto política pública fundamental para a promoção da segurança alimentar e nutricional, têm sido objeto de discussão, no Congresso Nacional, desde 2019, projetos de lei que alteram a Lei n.º 11.947/2009 e podem dificultar, ainda mais, a participação dos agricultores familiares. As mudanças propostas comprometem, por exemplo, a prioridade da compra de alimentos provenientes da produção de indígenas, quilombolas e assentados/as da reforma agrária. Várias organizações da sociedade civil têm se manifestado contrárias a essas iniciativas, uma vez que tornam o programa vulnerável aos interesses de grandes produtores, caracterizando-se como uma ameaça ao cumprimento de suas diretrizes.

<sup>5</sup> BRASIL. *Decreto nº 7.272, de 25 de agosto de 2010*. Regulamenta a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm) Acesso em: 09 maio 2021.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_)

familiares para alimentação escolar, fortalece a vocação agrícola local, proporcionando um aumento na renda da família e a diminuição do êxodo rural, no caso da agricultura rural, além da contribuição para um desenvolvimento local de forma mais sustentável<sup>7, 8</sup>.

Portanto, pauta-se no direcionamento do recurso público com o objetivo de promover equidade social, por um lado, atendendo a alimentação dos escolares e, por outro, abrindo o mercado institucional e criando mecanismos para o escoamento da produção de alimentos da agricultura familiar. Esta compra ocorre por meio de chamadas públicas, procedimento administrativo regulamentado nas Resoluções/CD/FNDE n.º 26, de 17 de junho de 2013 e n.º 4, de 2 de abril de 2015, que visa simplificar a habilitação dos fornecedores, de forma a não criar disputas de preço entre os agricultores<sup>9, 10</sup>. Entretanto, mesmo com a abertura desse mercado por meio de compras públicas, muitos são os desafios para o processo de aquisição e comercialização desses alimentos. Estudos apontam que as dificuldades estão relacionadas à escolha dos alimentos que compõem o cardápio escolar, exigências documentais, clareza das informações descritas nas chamadas públicas e a forma de entrega dos produtos<sup>11, 12, 13</sup>.

As chamadas são importantes instrumentos para aquisição pública e podem ter um papel indutor dessas práticas entre agricultores familiares e suas associações. Entretanto, sua efetividade envolve aspectos político-institucionais que demandam negociações entre diferentes atores e, por sua vez, as exigências solicitadas podem criar barreiras de acesso aos agricultores.

No município do Rio de Janeiro, desde 2010, são lançadas chamadas públicas para a compra de alimentos da agricultura familiar, ainda que sem regularidade. Segundo dados do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), entre 2011 a 2019, o município não ultrapassou o percentual de 1,19% dos recursos recebidos para aquisição da agricultura familiar, descumprindo a Lei n.º 11.947/2009<sup>14</sup>.

Nesse contexto, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) questionado por movimentos sociais, em especial o Conselho Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA-Rio), abriu em 2017 um inquérito civil para apurar as razões pelas quais o município do Rio de Janeiro não cumpre a legislação, particularmente em relação à compra de, no mínimo, 30% de alimentos da agricultura familiar e empreendedores familiares rurais. Como desdobramento, o promotor de justiça realizou encontros regulares que contaram com a participação de representantes da Prefeitura Municipal, dos agricultores familiares, além de outros órgãos de interesse, para acompanhar o processo e propor estratégias para a aquisição destes alimentos, via chamadas públicas lançadas pelo município.

---

ato2004-2006/2006/lei/111346.htm Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>7</sup> TRICHES, Rozane Marcia; SCHNEIDER, Sergio. Alimentação escolar e agricultura familiar: reconectando o consumo à produção. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 19, n. 4, p. 933-945, out./dez. 2010.

<sup>8</sup> SZINWELSKI, Nádia Kunkel *et al.* Implicações do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) na renda e organização de agricultores familiares. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n.º 2, p.220-239, 2015.

<sup>9</sup> BRASIL. Resolução n.º 26, de 17 de junho de 2013. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. *Diário Oficial da União*, 18 jun. 2013.

<sup>10</sup> FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Resolução nº 26, de 17 de junho de 2013*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30683767/do1-2013-06-18-resolucao-n-26-de-17-de-junho-de-2013-30683763](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30683767/do1-2013-06-18-resolucao-n-26-de-17-de-junho-de-2013-30683763) Acesso em: 09 maio 2021.

<sup>11</sup> PEREZ-CASSARINO, Julian *et al.* A promoção da Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (SSAN) por meio do mercado institucional: a experiência brasileira. In: BEZERRA, Islandia; PEREZ-CASSARINO, Julian (orgs). *Soberania Alimentar (SOBAL) e Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) na América Latina e Caribe*. Curitiba: UFPR, 2016. p. 223-246.

<sup>12</sup> BACCARIN, José Giacomo *et al.* Indicadores de avaliação das compras da agricultura familiar para alimentação escolar no Paraná, Santa Catarina e São Paulo. *Revista Economia e Sociologia Rural*, Piracicaba, v. 55, n. 1, p. 103-122, jan./mar. 2017.

<sup>13</sup> TRICHES, Rozane Marcia; SILVESTRI, Fernanda. Adequação das chamadas públicas para aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar. *Desenvolvimento em Questão*, v. 16, n. 44, p. 233-259, 2018.

<sup>14</sup> FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Dados sobre aquisição da agricultura familiar na alimentação escolar*. Disponível em: <https://www.fn.de.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-consultas/pnae-dados-da-agricultura-familiar>. Acesso em: 23 mar. 2021.



Nessas reuniões, dificuldades e estratégias para a participação dos agricultores nas chamadas públicas foram discutidas. No presente estudo, essas dificuldades foram sistematizadas e somadas às informações das próprias chamadas e da habilitação de fornecedores, com o objetivo de analisar os desafios do processo de comercialização de alimentos da agricultura familiar para o PNAE no município do Rio de Janeiro.

## 2 Método

Trata-se de uma pesquisa documental, de abordagem quali-quantitativa, de dados secundários e de domínio público. O estudo foi realizado em duas etapas: na primeira, analisou-se conteúdo de dez atas das reuniões, realizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), entre 2017 e 2019. Na segunda, procedeu-se à análise descritiva de quatro chamadas publicadas pelo município do Rio de Janeiro, entre 2017 e 2019, e, de atas das sessões públicas da Comissão de Avaliação e Credenciamento, para chamadas públicas, realizadas na sede da Secretaria Municipal de Educação.

Segundo Bardin<sup>15</sup>, a análise de conteúdo é uma técnica de pesquisa que tem como objetivo sistematizar o conteúdo manifesto da comunicação e possui três importantes fases: pré-análise do conteúdo, exploração do material e tratamento dos resultados. No tratamento dos resultados, recortes do texto são transformados em unidades de registro e, por sua vez, a sistematização das informações identifica categorias simbólicas ou temáticas. No estudo, a identificação e classificação das unidades fizeram emergir duas categorias temáticas que expressaram os momentos em que o processo de comercialização de alimentos da agricultura familiar apresenta dificuldades: “acesso ao mercado institucional” e “condições de comercialização”.

Na categoria “acesso ao mercado institucional”, foram agrupadas subcategorias relacionadas às exigências documentais das chamadas (referentes à Declaração de Aptidão ao Pronaf – DAP, licenciamento sanitário, responsabilidade técnica) e à comunicação (divulgação das chamadas, acesso dos agricultores à informação, cadastro dos agricultores no município). Já as subcategorias referentes à logística de entrega (modalidade e custos de entrega), preços (pesquisa de preço, período de validade do preço de referência) e pagamentos (atrasos, emissão de nota fiscal), formaram a categoria condições de comercialização.

Em relação à análise descritiva das chamadas publicadas pelo município, o propósito foi verificar as possíveis mudanças nos critérios de seleção e requisitos descritos, provocadas pelas discussões entre os atores participantes das reuniões do MP, no período pesquisado. Já a análise descritiva das quatorze atas da Comissão de Avaliação e Credenciamento das chamadas públicas, disponíveis de forma *online* no Diário Oficial do Município, visaram identificar os motivos para habilitação ou não dos agricultores, de acordo com os critérios das chamadas.

## 3 Os desafios da adesão de agricultores familiares às chamadas públicas para aquisição de gêneros alimentícios para a alimentação escolar no município do Rio de Janeiro

Foram realizadas 10 reuniões entre 2017 a 2019, em que participaram representantes de órgãos vinculados à Prefeitura, como membros da Controladoria Geral do município (CGM/RJ), da Câmara Gestora de Gêneros Alimentícios, da Secretaria Municipal de Administração (CGGA/SMA), da Subsecretaria de Vigilância Sanitária (SUBVISA), do Instituto Annes Dias (INAD) e da Secretaria Municipal de Educação (SME), além de representantes de instituições de interesse como membros do CONSEA-Rio, da Empresa

<sup>15</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.

de Assistência Técnica e Extensão Rural do Rio de Janeiro (EMATER -Rio), da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan), da Comissão da Produção Orgânica do Rio de Janeiro (CPORG-Rio), da Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário (SEAD/Casa Civil), do Conselho de Alimentação Escolar Municipal (CAE) e os próprios agricultores membros de Associações e Cooperativas.

As 10 atas formaram o *corpus* da análise de conteúdo e duas categorias emergiram a partir de pontos de convergência no material: acesso ao mercado institucional e condições de comercialização, que expressam os dois momentos em que se apresentam dificuldades para a participação dos produtores nesse processo.

### 3.1 Acesso ao mercado institucional

Um dos documentos essenciais que registra os agricultores familiares nos órgãos competentes é a Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura (DAP). Esse documento serve de identificação para o agricultor de forma individual e/ou de sua família (DAP física) ou, de forma jurídica, quando pretende identificar formas associativas dos agricultores familiares que estão organizados em pessoas jurídicas (DAP jurídica), permitindo acesso às políticas públicas. Apesar de a DAP física ser um dos documentos aceitos pelo FNDE para participação de grupos informais de agricultores familiares ou fornecedores individuais ao PNAE, as chamadas públicas n.º 001 e 002, lançadas em 2017, no município do Rio de Janeiro, aceitavam, apenas, a DAP jurídica. Após debate nas reuniões, a chamada n.º 003/2017 inseriu o grupo de agricultores detentores de DAP física como fornecedores sujeitos à habilitação da chamada pública conforme legislações do Programa.

Além do entrave para participação de alguns agricultores individuais, solucionado durante as reuniões, estudos na literatura apontam as dificuldades dos agricultores para emissão e atualização da DAP<sup>16</sup>. No município do Rio de Janeiro, com base em dados consultados no site do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), em agosto de 2020, havia o registro de quatro DAP's jurídicas. Contudo, apenas duas Cooperativas e Associações de agricultores estavam ativas e 148 registros de DAP's físicas, mas somente 39 ativas<sup>17</sup>. Apesar dessa discussão ter sido identificada nas atas, esse tema não foi aprofundado nas reuniões, possivelmente pela migração desse debate para outros espaços, promovido pelo Fórum Permanente de Agricultura Urbana, criado e capitaneado pela Delegacia Regional da Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário (SEAD/Casa Civil) e do resgate do Conselho de Desenvolvimento Rural do Rio de Janeiro. Ainda assim, a reativação desses espaços, conforme relatado nas atas, permitiu um avanço na emissão das DAP's.

Com relação às exigências técnicas e sanitárias, um dos requisitos necessários para o fornecimento à alimentação escolar é a oferta de alimentos com qualidade higiênico-sanitária conforme legislações sanitárias vigentes. De acordo com o Manual de Aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar elaborado pelo FNDE em 2016, a avaliação da qualidade dos alimentos pode ser realizada mediante três critérios: as especificidades da própria chamada, certificações sanitárias e, se necessário, a realização de testes laboratoriais com base em amostras dos produtos<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> FERREIRA, Daniele Mendonça *et al.* Percepção de agentes operadores do Programa Nacional de Alimentação Escolar. *Revista de Saúde Pública*, v. 53, n. 34, 2019.

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Consulta de DAP's físicas/ jurídicas registradas*. Disponível em: <http://smap14.mda.gov.br/extratodap/PesquisarDAP> Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>18</sup> FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Manual de aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar*. 2. ed. Brasília: FNDE, 2016. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-area-gestores/pnae-manuais-cartilhas/item/8595-manual-de-aquisi%C3%A7%C3%A3o-de-produtos-da-agricultura-familiar-para-alimenta%C3%A7%C3%A3o-escolar> Acesso em: 12 ago. 2020.

Segundo um dos representantes da vigilância sanitária municipal, estavam em discussão níveis mais baixos de exigência técnica aos agricultores que possuíssem DAP física, com o propósito de evitar possíveis barreiras de acesso aos agricultores nas compras públicas. Além disso, um dos agricultores membro de uma associação levantou a possibilidade de as exigências técnicas serem as mesmas preconizadas no decreto municipal, n.º 30.568, de 2 de abril de 2009, que estabelece uma simplificação da licença sanitária para atividades consideradas de baixo risco<sup>19</sup>. Com base nessa discussão, os produtores argumentavam que nenhum agricultor teria condições financeiras de manter a contratação permanente de um profissional técnico para sua atividade. Como proposta solicitavam a possibilidade da emissão de uma declaração encaminhada por alguma entidade articuladora como a própria EMATER-Rio. Segundo os agentes públicos da Prefeitura Municipal, as propostas seriam analisadas e adaptadas nas chamadas públicas lançadas a partir de 2020. As demandas relacionadas à simplificação das exigências técnicas foram atendidas e serão apresentadas mais detalhadamente na próxima seção.

Apesar do tema “escolha dos alimentos do cardápio” não ter sido debatido de forma aprofundada nas reuniões, essa discussão merece destaque uma vez que alguns agricultores solicitavam a inclusão de alimentos, como bananada sem açúcar, banana passa, tilápia, iogurte e café, nas chamadas públicas. Contudo, não há informações nas atas de como o Instituto de Nutrição Annes Dias (INAD), órgão responsável, naquela ocasião, pela coordenação técnica da área de alimentação e nutrição do município do Rio de Janeiro, avaliou a solicitação da inclusão desses alimentos pelos agricultores. Somente constam informações sobre a impossibilidade da inclusão do café em pó, por não compor o cardápio planejado, e de que os pedidos para inclusão de iogurte e doce de banana fossem realizados com base nas especificações, as quais não eram esclarecidas nas atas.

Ademais, algumas exigências descritas nas chamadas públicas como o “peso mínimo ou máximo” para os alimentos e a apresentação de características “extras”, podem ser um empecilho para a participação de alguns produtores, principalmente aqueles que produzem alimentos de base agroecológica e não seguem parâmetros preconizados pela produção de alimentos em larga escala. Exigências, que, caso retiradas, não eliminariam a necessidade de manutenção da qualidade dos alimentos ofertados de acordo com as legislações sanitárias vigentes.

É importante refletir sobre a escolha dos alimentos que compõem o cardápio escolar e que serão solicitados nas chamadas públicas. No estudo de Messias<sup>20</sup>, que analisou os aspectos jurídicos e as especificidades das chamadas públicas, voltadas para aquisição de alimentos da agricultura familiar em três municípios do estado de São Paulo, o autor verificou que, no município de Franca, havia a solicitação de alimentos que não condiziam com a produção local dos produtores como biscoito *cream craker*, achocolatado em pó, ervilha em conserva. O autor argumenta que, para oportunizar a participação dos agricultores, é necessário um planejamento prévio do cardápio escolar favorável à vocação agrícola local.

Uma outra dificuldade identificada está relacionada à capacidade de comunicação entre os agentes públicos da Prefeitura Municipal e os agricultores familiares. Desde o início das reuniões, os agricultores relatavam dificuldade de acessar as informações correspondentes às chamadas públicas, publicizadas de forma *online* no Diário Oficial do Município, pelo fato que alguns agricultores não possuem acesso à internet. Diante disso, houve uma ampliação da forma de divulgação das chamadas por meio de cartazes, encaminhados diretamente às cooperativas, instituições de interesse como o CONSEA-Rio, o Conselho de Alimentação

<sup>19</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 30.568, de 2 de abril de 2009*. Dispõe sobre o programa de simplificação do processo de licenciamento para abertura de empresas – ALVARÁ JÁ. Disponível em: [http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis\\_consulta/31398Dec%2030568\\_2009.pdf](http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/31398Dec%2030568_2009.pdf). Acesso em: 09 maio 2021.

<sup>20</sup> MESSIAS, Liege Sabrina. *A chamada pública como alternativa à licitação: seu uso na aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar*. 2018. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Análise de Políticas Públicas) – Curso de Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2018.

Escolar do município (CAE) e sindicatos, além de divulgação via rádio do canal de saúde da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

Entretanto, um dos participantes das reuniões argumentou que somente a divulgação das chamadas públicas não seria suficiente para aumentar a participação dos agricultores. Há a necessidade de um suporte técnico para esclarecer todas as dúvidas das principais etapas do processo, como a emissão de documentos necessários e outros esclarecimentos. Dessa forma, sugeriu-se que a Prefeitura Municipal criasse uma parceria com órgãos de interesse como a EMATER-Rio. Entretanto, a parceria entre ambos não foi estabelecida e um dos representantes da EMATER-Rio relatou dificuldades de estabelecer um convênio com alguns municípios do estado do Rio de Janeiro. Cabe destacar que os agentes públicos da Prefeitura municipal relataram a abertura de um cadastro para agricultores nos órgãos públicos. Entretanto, não há informações nas atas sobre o andamento desse cadastro e se este permitiu um mapeamento dos agricultores locais.

Com base na análise de conteúdo dos componentes identificados na primeira categoria, é possível inferir que as dificuldades relacionadas às exigências documentais, técnicas e sanitárias, apontadas durante as reuniões, foram consideradas pelos agentes públicos da Prefeitura Municipal, e algumas questões foram adaptadas nas chamadas públicas subsequentes, mudanças que serão apresentadas na próxima seção do artigo. Entretanto, mesmo com a ampliação da forma de divulgação das chamadas públicas, a falta de diálogo entre os agricultores e os agentes públicos continuou sendo questionada até as últimas reuniões. Portanto, subentende-se que, para os agentes públicos, a publicação das chamadas e algumas alterações das exigências seriam suficientes para aumentar a participação dos agricultores nas chamadas. Ou seja, há uma tendência de atribuir o baixo percentual de compra da agricultura familiar por parte da Prefeitura Municipal a um suposto desinteresse de participação dos agricultores. Entretanto, falhas prévias como o não conhecimento do perfil dos agricultores da região, a escolha de determinados alimentos no cardápio e a falta de comunicação direta com os agricultores são pontos-chaves que devem ser priorizados e questionados como parte de uma etapa essencial em relação ao processo de implementação das chamadas públicas.

### 3.2 Condições de comercialização

Quanto às condições de comercialização, a dificuldade mais debatida entre os participantes da reunião, especialmente entre os agricultores, se tratava da forma de entrega dos produtos às unidades escolares e, por sua vez, os custos da entrega e o preço final pago pelo produto. De acordo com as informações das chamadas, o fornecedor é responsável pela entrega semanal dos alimentos, em cada unidade escolar que compõe a Coordenadoria Regional de Educação (CRE), escolhida durante a assinatura do contrato. Nesse ponto, apresentam-se algumas informações sobre a estrutura educacional no município, segundo dados consultados, em março de 2021, no site da Secretaria Municipal de Educação (SME): o Rio de Janeiro possui 1.543 unidades escolares em funcionamento com um total de 644.138 alunos<sup>21</sup>. A SME se organiza em 11CREs, que são instâncias intermediárias entre a Secretaria e as unidades escolares, e responsáveis pelo planejamento, organização e acompanhamento das atividades realizadas nas unidades escolares. Além disso, são heterogêneas entre si, ou seja, se diferenciam quanto à área de abrangência geográfica e o número de escolas.

Após firmado contrato com o município, o agricultor pode escolher a CRE que serão entregues os alimentos conforme demanda. Entretanto, segundo os agricultores, a entrega descentralizada gera um alto custo que não corresponde ao preço final pago pelo produto. Como justificativa, um dos agricultores argumentou que não era possível realizar as entregas com, apenas, um veículo, dadas as complicações de mobilidade urbana, ocasionadas pelo congestionamento diário do trânsito. Sendo assim, há a necessidade da contratação de fretes extras, que geram custos que, segundo os produtores, não são considerados na cotação

<sup>21</sup> RIO DE JANEIRO (Município). Secretaria Municipal de Educação. *Educação em números*. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/sme/educacao-em-numeros> Acesso em: 31 mar. 2021.

de preço dos alimentos. Como proposta, os agricultores solicitaram a possibilidade de a Prefeitura Municipal receber os alimentos em um centro de abastecimento e contratar um operador logístico para realizar a entrega dos produtos.

Em contrapartida, os agentes públicos da Prefeitura Municipal alegavam que os preços pagos pelos produtos já consideravam os custos de entrega e a contratação de um operador logístico envolvia a necessidade de justificativa ao Tribunal de Contas da União, sobre o uso dos recursos públicos, já que o próprio FNDE não aceita a utilização de recursos do PNAE para contratação de empresas para a entrega dos produtos. Ou seja, para os agentes públicos da prefeitura, não há respaldo jurídico para cobrir os custos de entrega por meio dos recursos do Programa, embora a Resolução n.º 04/2015 permita o acréscimo do valor do transporte e embalagem ao preço de venda dos produtos.

Importante esclarecer, ainda, a forma de cotação de preços dos produtos solicitados nas chamadas públicas do município. A Resolução n.º 4/2015 determina que o valor de aquisição dos gêneros alimentícios seja estabelecido com base no

Preço médio pesquisado por, no mínimo, três mercados em âmbito local, priorizando a feira do produtor da agricultura familiar, quando houver, **acrescido dos insumos exigidos no edital de chamada pública, tais como despesas com frete**, embalagens, encargos e quaisquer outros necessários para o fornecimento do produto.<sup>22</sup> (grifo nosso)

Entretanto, nas chamadas públicas do município do Rio de Janeiro, havia uma tabela com a lista dos preços dos alimentos, elaborada por uma empresa terceirizada responsável por fazer uma cotação de valores dos gêneros alimentícios utilizados para compras públicas do município em diversos órgãos da Prefeitura. Os valores da tabela são atualizados a cada quinze dias para acompanhar as flutuações do mercado. Logo, as chamadas possuíam, apenas, valores de referência. Portanto, o município não seguia a forma de cotação preconizada pela resolução n.º 4/2015.

Após debate nas reuniões, o município publicou, em dezembro de 2019, o decreto n.º 46936, que dispõe sobre os preços a serem praticados para a aquisição de gêneros alimentícios oriundos da agricultura familiar no município do Rio de Janeiro<sup>23</sup>. O decreto preconiza que o preço final de referência corresponderá à média aritmética simples dos preços obtidos em mercado local, em número mínimo de três, válido por todo o período de validade do contrato. Como não houve lançamento de chamadas públicas no ano de 2020, não há como avaliar se a mudança na forma de cotação dos preços será benéfica para os agricultores. Entretanto, mesmo a respeito dessa nova modalidade de cotação de preços, os custos de entrega descentralizada dos alimentos ainda não serão atribuídos ao valor final do produto, principal empecilho identificado neste trabalho para a adesão dos agricultores.

Por fim, houve relatos de atraso dos pagamentos aos agricultores em uma carta redigida pelos mesmos e lida durante as reuniões. Segundo os produtores, o atraso dos pagamentos gerava uma desconfiança entre os produtores na participação de compras públicas do município. Relatou-se, com base nas atas de 2018, que os pagamentos estavam sendo regularizados pelos agentes públicos da Prefeitura Municipal. Havia, também, relatos de dificuldades quanto à emissão de notas fiscais por parte dos agricultores, problema que foi acolhido por membros da EMATER-Rio durante uma reunião com os produtores na sede de uma Cooperativa. Nesse evento a EMATER-Rio orientou sobre a emissão das notas fiscais. Embora tenha sido uma ação

<sup>22</sup> FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Resolução nº 04, de 2 abril de 2015*. Altera a redação dos artigos 25 a 32 da Resolução/CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. Disponível em: [http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/alimenatacao\\_escolar/resolucao042015\\_ceae.pdf](http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/alimenatacao_escolar/resolucao042015_ceae.pdf) Acesso em: 09 maio 2021.

<sup>23</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 46.936, de 10 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre os preços a serem praticados para a Aquisição de Gêneros Alimentícios oriundos da Agricultura Familiar no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar e dá outras providências. Disponível em: <http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/uuid/dDocName%3AWCC42000007036> Acesso em: 31 mar. 2021.

localizada, esse exemplo reforça a importância da assistência técnica durante o processo de comercialização dos alimentos da agricultura familiar para o PNAE, o que deveria ocorrer de forma regular.

No estudo de Messias<sup>24</sup>, citado anteriormente, o autor identificou que as chamadas públicas, lançadas em 2013 e 2014, no município de Franca, não apresentavam os preços dos gêneros alimentícios. Somente a chamada lançada em 2016 apresentou os valores. Entretanto, tinham como referência os valores da Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo (CEAGESP), ou seja, assim como no presente estudo, a cotação dos preços não era realizada conforme a pesquisa média de mercados preconizada pela resolução no 4/2015.

Elias<sup>25</sup> <sup>26</sup> analisou os aspectos operacionais da compra de alimentos da agricultura familiar a partir do PNAE em 31 municípios do estado de Santa Catarina, além do impacto socioeconômico da demanda por produtos da agricultura familiar pelo programa. Para a autora, a logística é um dos elementos mais relevantes para a operacionalização do programa. Os municípios que realizavam a compra de alimentos da agricultura familiar nos moldes do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA)<sup>27</sup> e PNAE, há mais de quatro anos, solucionaram as dificuldades relacionadas à logística por meio da capacidade organizacional dos próprios agricultores, na forma de associações e cooperativas. Nesse formato os agricultores dividem as tarefas entre os cooperados e alguns funcionários são pagos para realizar a entrega dos produtos. Destaca-se que há três cooperativas centrais que atuam no estado de Santa Catarina, duas cooperativas ultrapassam mais de 10 mil associados cada uma. Portanto, possuem condições organizacionais para realizar a entrega descentralizada em cada unidade escolar.

Já nos municípios em que predominavam cooperativas menores e agricultores individuais, a alternativa foi a criação de um local para a entrega centralizada dos produtos e a distribuição dos alimentos em cada unidade escolar pela Prefeitura. Segundo a autora, os custos, relativos a essa modalidade de logística, não aumentam, pois o valor que seria repassado aos agricultores para cobrir custos de entrega é utilizado pela própria prefeitura. A disponibilidade de recursos para a criação de estruturas e recepção dos produtos de forma central dependia, muitas vezes, de repasses do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) para a Secretaria de Combate à Fome do Estado. Por fim, a autora concluiu que as dificuldades relacionadas à logística foram solucionadas de forma diferenciada em cada município. Entretanto, envolvem a capacidade de organização dos agricultores, o nível de assistência técnica recebida, já que no Estado de Santa Catarina o suporte técnico ao agricultor ocorre por meio da Empresa de Pesquisa e Extensão Rural de Santa Catarina (Epagri), da Secretaria da Agricultura de Estado e das próprias secretarias municipais de agricultura, além da disponibilidade de recursos para a criação de espaços para a entrega centralizada dos produtos<sup>22,23</sup>.

Portanto, é fundamental o questionamento das informações sobre preços apresentados nas chamadas públicas e a forma de sua cotação, para que o processo seja realizado de acordo com os objetivos do PNAE

<sup>24</sup> MESSIAS, Liege Sabrina. *A chamada pública como alternativa à licitação: seu uso na aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar*. 2018. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Análise de Políticas Públicas) – Curso de Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2018.

<sup>25</sup> ELIAS, Lillian de Pelegrini. *Impactos socioeconômicos do Programa Nacional de Alimentação Escolar na agricultura familiar de Santa Catarina*. 2016. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, 2016.

<sup>26</sup> ELIAS, Lillian de Pellegrini *et al.* Impactos socioeconômicos do Programa Nacional de Alimentação Escolar na agricultura familiar de Santa Catarina. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, v. 2, n. 57, p. 215-233, abr./jun. 2019.

<sup>27</sup> O Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) foi criado por meio do artigo 19 da Lei n.º 10.696, de 2 de julho de 2003, com o objetivo de promover o acesso à alimentação e incentivar a agricultura familiar. Foi regulamentado por diferentes decretos e incorporou diversas modalidades que permitem aos entes públicos a compra de alimentos dos agricultores familiares e sua destinação aos indivíduos em situação de insegurança alimentar e nutricional e aqueles atendidos pela rede socioassistencial e pelos equipamentos públicos de alimentação e nutrição (como restaurantes populares e cozinhas comunitárias). Por intermédio da publicação da Resolução n.º 50, de 26 de setembro de 2012, o PAA recebeu algumas reformulações e a modalidade de compra institucional passou a ser realizada por meio das chamadas públicas. Neste ano, houve a publicação da Medida Provisória n.º 1.061, de 9 de agosto de 2021, que revogou as determinações do artigo 19 da Lei n.º 10.696/2003 e instituiu o Programa Alimenta Brasil com novos critérios e disponibilidade de recursos financeiros aos agricultores familiares.

e com base nas possibilidades de participação do perfil de agricultores de cada município. No município do Rio de Janeiro, a análise de conteúdo inferiu que “logística e preço” são os principais obstáculos de participação dos agricultores durante o processo de comercialização dos alimentos às unidades escolares. Mais uma vez, os agentes públicos da Prefeitura Municipal concentraram a solução desse impasse, apenas, na alteração da forma de cotação do preço dos alimentos, a partir da publicação do decreto municipal decreto n.º 46936/2019. A entrega descentralizada dos produtos em várias escolas de diferentes portes e a não atribuição dos custos de logística, conforme preconiza a resolução n.º 4/2015, do FNDE, continuam sendo as principais dificuldades de comercialização dos alimentos. Segundo carta apresentada pelos próprios agricultores, em reunião de abril de 2018, a relação custo *versus* benefício não é atrativa, o que gera desinteresse de participação nas chamadas públicas do município do Rio de Janeiro, sendo, mais uma vez, solicitada uma reestruturação na forma de logística de entrega dos alimentos.

### **3.3 As mudanças nos critérios e requisitos das chamadas públicas lançadas pelo município do Rio de Janeiro entre 2017 e 2019**

A Secretaria Municipal de Educação (SME) do Rio de Janeiro lançou quatro chamadas públicas para a compra de alimentos produzidos pelos agricultores familiares e empreendedores familiares rurais entre 2017 e 2019, três lançadas no ano de 2017 (n.º 001, 002 e 003), em que as duas primeiras foram consideradas um projeto piloto e uma em 2018 (n.º 001) que teve seu período de vigência prorrogado para 2019. As duas primeiras chamadas tinham valor total de R\$1.559.451,94, já na chamada n.º 003/2017 o valor total foi de R\$ 55.844.111,72 e a chamada n.º 001/2018 o valor total de R\$ 48.189.989,39.

As chamadas públicas seguiram o modelo preconizado pela Resolução n.º 4/2015, do FNDE. Portanto, descrevem informações essenciais como: documentos necessários para habilitação dos fornecedores, apresentação e modelo do projeto de venda, critérios de seleção dos beneficiários, local e periodicidade de entrega dos produtos, descrição detalhada dos gêneros alimentícios solicitados, tabela de referência dos preços, informações sobre pagamentos, além de diversos anexos como a lista completa de quantitativos dos gêneros alimentícios a ser entregue em cada unidade escolar de acordo com a respectiva Coordenadoria Regional de Educação (CRE/LOTE).

Baccarin *et al.*<sup>28</sup> analisaram as informações descritas em 606 chamadas públicas de 353 municípios entre os anos de 2012 e 2013. A análise identificou a ausência de informações essenciais em muitas chamadas como a periodicidade da entrega dos produtos e o preço dos gêneros alimentícios. Para os autores, a ausência dessas informações implica uma não adesão dos agricultores, uma vez que não conseguem avaliar a capacidade de oferta dos alimentos e os custos *versus* benefícios desse mercado.

Nas chamadas lançadas pelo município do Rio de Janeiro, além das informações essenciais presentes, todas permaneceram com, no mínimo, um mês de abertura para o recebimento dos projetos de venda dos fornecedores e todos os gêneros alimentícios solicitados eram de origem vegetal *in natura*: verduras, legumes, frutas, tubérculos e bulbos. O total de alimentos solicitados em 2017 foi 510.629,3 toneladas nas chamadas no 01 e 02, 16.722.243,81 toneladas na chamada no 03 e, no ano de 2018, com prorrogação da chamada para 2019 foi de 16.475.459 toneladas.

Após o lançamento da primeira chamada (n.º 0001/2017), e com o decorrer do debate entre os atores participantes das reuniões promovidas pelo MPRJ entre 2017 a 2019, houve mudanças nos critérios de seleção e outros requisitos das chamadas públicas subsequentes. Para melhor visualização, no quadro 1, apresenta-se a evolução das alterações descritas nas chamadas publicadas entre 2017 a 2019 no município.

<sup>28</sup> BACCARIN, José Giacomo *et al.* Indicadores de avaliação das compras da agricultura familiar para alimentação escolar no Paraná, Santa Catarina e São Paulo. *Revista Economia e Sociologia Rural*, Piracicaba, v. 55, n. 1, p. 103-122, jan/mar. 2017.

**Quadro 1.** Evolução da descrição dos critérios e requisitos presentes nas chamadas públicas lançadas entre 2017 a 2019, no município do Rio de Janeiro. Brasil, 2021.

Chamadas/ ano de vigência correspondente	n.º 001/2017 (2017) n.º 002/2017 (2017)	n.º 003/2017 (2017) n.º 001/2018 (2018/2019)
<b>Período de vigência</b>	6 (seis) meses, a contar da assinatura do contrato, prorrogável por igual período.	<b>12 (doze) meses</b> , a contar da assinatura do contrato, prorrogável por igual período.
<b>Apresentação da documentação e Projeto de venda</b>	Durante 30 dias de segunda à sexta. O período foi prorrogado por mais um mês.	n.º 003/2017: Durante 45 dias de segunda à sexta. n.º 001/2018: <b>Durante o ano de segunda à sexta.</b>
<b>Habilitação do fornecedor</b>	Fornecimento de gêneros alimentícios, produzidos por Grupos Formais da Agricultura Familiar e de Empreendedores Familiares Rurais constituídos em Cooperativas e Associações	Os Fornecedores da Agricultura Familiar poderão comercializar sua produção agrícola na forma de <b>Grupos Formais, Grupos Informais e Fornecedores Individuais</b>
<b>Logística de entrega/recebimento</b>	Entrega descentralizada em cada CRE semanalmente de forma contínua. No ato de entrega: Termo de Recebimento e Nota Fiscal.	
<b>Descrição detalhada dos gêneros alimentícios</b>	25 itens. Apenas a 5º e 6º CRE	<b>49 itens. 11 CRE (Todas as Unidades Escolares)</b>
<b>Referencial de preço dos alimentos</b>	Os valores estimados dos itens foram obtidos com base na Tabela de cotação de Preços da Fundação Getúlio Vargas, preços de referência vigentes no período da chamada.  Cita que fornecedores de gêneros alimentícios, certificados como orgânicos ou agroecológicos, terão prioridade em relação à seleção dos projetos de venda, mas não menciona acréscimo de preço.	A chamada acrescentou a informação sobre o acréscimo de 30% do valor pago aos produtos agroecológicos ou orgânicos em cumprimento a Lei Federal n.º 11.947/2009 e a Resolução FNDE n.º 4/2015, Art.29, §4º.
<b>Exigências documentais aos fornecedores</b>	Documentos extras, além dos preconizados pela Resolução no 4/2015: grupos formais: prova de regularidade para com a Fazenda Municipal; CADIN; comprovação de regularidade quanto ao licenciamento sanitário; (atividades estejam contidas no Alvará de Licença e no documento de licenciamento sanitário ou de seu equivalente); declaração de disponibilidade dos veículos aptos para transporte de gêneros alimentícios; — <b>comprovação de disponibilidade de depósito; declaração de vínculo permanente de um responsável técnico. A partir da chamada n.º 002/2017: adaptação para uma declaração de apoio de um responsável técnico</b> , emitido por Entidades Articuladoras ou profissional autônomo habilitado para o objeto da presente Chamada Pública.	A partir da chamada n.º 003/2017: Acréscimo da <b>Declaração de adoção de Boas Práticas de Produção Agrícola aos Grupos informais e fornecedores individuais. Retirada da Declaração de disponibilidade dos veículos aptos para transporte de gêneros alimentícios aos Grupos formais.</b>
<b>Controle de qualidade</b>	Item na chamada denominado “Licenciamento sanitário dos veículos de entrega” era extenso e exigia que o transporte de gêneros alimentícios ocorresse em veículos com licenciamento sanitário vigente, emitido por Órgão competente; solicitação de avaliação documental de veículos até 10 dias antes da entrega de gêneros alimentícios; veículos deverão obedecer às características estruturais previstas na Resolução SMG “N” n.º: 604 de 11.09.2002 (veículo com carroceria fechada).	Item tornou-se inexistente e dentro do item sobre “Condições de fornecimento dos gêneros alimentícios” cita, de forma simplificada, que “os veículos utilizados para o transporte dos gêneros alimentícios deverão estar licenciados no Órgão da Vigilância Sanitária de origem” e que “os veículos para transporte de alimentos deverão apresentar-se em estado de conservação e higienização adequadas, equipados com estrados de acordo com a legislação vigente”.

Fonte: elaboração própria.



Uma das mudanças foi a extensão do período de duração de vigência dos contratos de 6 meses para 12 meses, prorrogável em igual período a partir da chamada n.º 003/2017. Além disso, a partir da chamada n.º 001/2018, a apresentação da documentação e dos projetos de venda pelos fornecedores passou a ser contínua, ou seja, durante todo o ano. Uma outra mudança refere-se à habilitação dos fornecedores para participação nas chamadas públicas. Apenas na terceira chamada, os grupos informais e fornecedores individuais de agricultores foram incluídos na descrição de habilitação de fornecedores. Anteriormente apenas os grupos formais tinham a oportunidade de participar do processo.

Quanto aos gêneros alimentícios certificados como orgânicos ou agroecológicos, somente a partir da chamada n.º 003/2017, a informação sobre o acréscimo de 30% do valor pago aos produtos agroecológicos ou orgânicos foi descrita, em cumprimento à Lei Federal n.º 11.947/2009 e à Resolução FNDE n.º 4/2015. Vale ressaltar que o estado do Rio de Janeiro possui uma lei que incentiva a produção e a inserção no mercado desses produtos, a Lei n.º 8625, de 18 de novembro de 2019, que dispõe sobre a Política Estadual de Desenvolvimento Rural Sustentável, de Agroecologia e de Produção Orgânica no Estado do Rio de Janeiro<sup>29</sup>.

Como as duas primeiras chamadas foram consideradas um projeto-piloto, a partir da chamada n.º 003/2017, houve um aumento do número de gêneros alimentícios solicitados de 25 itens para 49 itens, assim como respectivo aumento de atendimento a 2 CRE's para todas as 11 CRE's.

Em relação às exigências documentais solicitadas nas chamadas públicas, o município segue a solicitação de documentos preconizados pela resolução n.º 4/2015 para habilitação do projeto de vendas dos fornecedores, além de documentos extras como a comprovação de regularidade quanto ao licenciamento sanitário, comprovação de disponibilidade de depósito, dentre outros. Quanto às mudanças relativas a essas exigências, logo na chamada n.º 002/2017, houve a alteração da solicitação da declaração de responsável técnico com vínculo permanente para uma declaração de apoio de um responsável emitido por entidades articuladoras ou profissional autônomo habilitado. Já a partir da chamada n.º 003/2017, houve a dispensa da exigência da declaração de disponibilidade dos veículos aptos para transporte de gêneros alimentícios como um dos documentos necessários durante a apresentação do projeto de venda habilitação dos fornecedores, não invalidando a necessidade dos veículos responsáveis pela entrega dos produtos manterem as condições de higiene necessárias conforme legislações sanitárias vigentes, e a solicitação de autodeclaração de adoção de Boas Práticas de Produção Agrícola para os grupos informais e fornecedores individuais.

Por fim, a modalidade de entrega e o preço dos gêneros alimentícios não apresentaram mudanças nas chamadas públicas durante o período estudado, a entrega dos gêneros alimentícios permaneceu de forma descentralizada. Ainda que tenha havido mudança legal quanto à forma de cotação de preço dos alimentos, nenhuma chamada foi lançada após essa alteração.

Todas as mudanças, descritas nas chamadas públicas, foram resultado da discussão de propostas dos atores participantes das reuniões promovidas pelo MPRJ. Embora significativas, foi importante verificar se tais mudanças foram suficientes para contribuir com a adesão dos produtores nas chamadas durante o período. Portanto, a última etapa do estudo analisou a participação dos agricultores por meio de consulta às atas das reuniões da Comissão de avaliação e credenciamento das chamadas públicas do município, uma vez que as atas apresentam informações sobre os fornecedores que tiveram seus projetos de venda habilitados e as razões que inabilitaram os projetos de venda de alguns fornecedores.

<sup>29</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei n.º 8625, de 18 de novembro de 2019*. Dispõe sobre a Política Estadual de Desenvolvimento Rural Sustentável, de Agroecologia e de Produção Orgânica no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/782174786/lei-8625-19-rio-de-janeiro-rj> Acesso em: 09 set. 2020.

### 3.4 A não adesão dos agricultores familiares às chamadas públicas lançadas pelo município do Rio de Janeiro entre 2017 a 2019

Quatorze sessões públicas foram realizadas entre 2017 a 2019 na sede da Secretaria Municipal de Educação para analisar a documentação e os Projetos de Venda apresentados pelos grupos formais, informais e fornecedores individuais durante o período de abertura dos projetos. Das quatorze sessões públicas, oito foram consideradas “desertas”, termo utilizado na própria ata da Comissão de avaliação para designar ausência de proposta de fornecedores para avaliação, ou seja, nenhuma participação dos agricultores familiares no envio dos projetos de venda durante o período. No quadro 2, apresenta-se uma síntese sobre as reuniões, em relação à participação de agricultores e ao momento de habilitação, ou não, dos projetos.

**Quadro 2.** Síntese das atas de reuniões da Comissão de avaliação de Credenciamento das chamadas públicas do município do Rio de Janeiro para consolidação dos Projetos de venda. Brasil, 2021.

2017 (chamadas n.º 001/002 e 003/2017)	2018 (chamada n.º 001/2018)	2019 (chamada n.º 001/2018)
Total de reuniões: 3 1 reunião “Deserta”	Total de reuniões: 6 5 reuniões: “Desertas”	Total de reuniões: 5 2 reuniões: “Desertas”
Reunião 28/06: <b>Associação de agricultores (A) foi vencedora</b> como única proponente de 2 envelopes.  Reunião 23/10: <b>Associação de agricultores (A) foi a vencedora</b> de 2 envelopes. Houve a participação de 2 fornecedores individuais (documentação não atendeu ao edital)	Reunião 06/11: <b>Associação de agricultores (A) foi vencedora</b> como única proponente de 2 envelopes.	Reunião 01/10: tentativa de participação de uma Cooperativa (B) que foi inabilitada (documentação não atendeu ao edital). Reunião 03/12: <b>2 envelopes aprovados pela Associação de agricultores do estado de Minas Gerais (C) e 2 envelopes aprovados</b> por um grupo informal. Reunião 09/12: apenas entrega de documentos pendentes.

Fonte: elaboração própria.

Em síntese, durante o lançamento de quatro chamadas públicas entre 2017 a 2019, houve baixa adesão dos agricultores familiares em relação ao envio dos projetos de venda, enquanto os agricultores habilitados, em sua maioria, são integrantes de cooperativas e associações. Em uma reunião em 2017 (chamada n.º 003/2017), por exemplo, foram analisados seis envelopes: dois de uma associação (A) e quatro de agricultores individuais. Dois agricultores apresentaram duas propostas cada um. Somente a associação (A) teve sua documentação aprovada. A documentação dos agricultores individuais não atendeu a alguns requisitos do Edital. No ano seguinte, cinco de seis reuniões foram “desertas”. Em 2019, apenas, nas reuniões de outubro e dezembro, houve a entrega de projetos de venda.

Uma Associação de agricultores (A) foi a vencedora como única proponente três vezes consecutivas (junho e outubro de 2017; novembro de 2018). Somente em outubro de 2019, houve a tentativa de participação de uma outra Cooperativa (B), que não teve seu projeto habilitado e, em dezembro, a aprovação de uma Cooperativa de Minas Gerais (C) e de um grupo informal de agricultores. Quando analisaram-se quais as razões que levaram a não habilitação dos documentos entregues, dentre eles destaca-se a DAP física vencida, documento debatido nas reuniões promovidas pelo MPRJ, devido às dificuldades de sua emissão, à necessidade de sua atualização e à ausência de comprovação de regularidade de licenciamento sanitário e declaração de apoio de um responsável técnico de grupos formais.

Diante dos resultados apresentados, algumas reflexões merecem destaque. O primeiro deles refere-se aos desafios da execução de políticas públicas voltadas para a agricultura familiar em municípios de grande porte como o Rio de Janeiro. Segundo Maselli<sup>30</sup> a agricultura está presente em diferentes bairros com destaque

<sup>30</sup> MASELLI, Morgana Mara Vaz da Silva. *A compra de alimentos da agricultura familiar no Programa Nacional de Alimentação Escolar: um balanço da (não)implementação da política pública no município do Rio de Janeiro*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências) –

para a zona oeste do município, mas os agricultores enfrentam uma série de dificuldades para o reconhecimento de suas atividades pelos órgãos públicos locais, já que o município é considerado, predominantemente, urbano. Além disso, a própria área rural sofreu redução ao longo dos anos devido a intensa urbanização e crescimento dos polos industriais. Ainda assim, mesmo com a falta de incentivos governamentais, produtores rurais construíram entre si redes de apoio para manter esse modo de vida e participar de circuitos curtos de comercialização e cultivo, como hortas comunitárias ou feiras. Há, também, a luta da agricultura urbana, iniciada na construção da Rede de Agricultura Urbana em 2009, que articula organizações, instituições, associações e produtores, a fim de fortalecer o desenvolvimento da agricultura urbana, por meio do direito de plantar em contextos urbanos. Embora os agricultores estejam concentrados na zona oeste do município, seus produtos são comercializados em diversos territórios, especialmente através de feiras<sup>31</sup>.

Dados do Acompanhamento Sistemático da Produção Agrícola (ASPA), realizado pela EMATER-Rio, apontam que, no município do Rio de Janeiro, em 2019, houve a produção agrícola colhida de 46.744,88 toneladas de vários hortifrutícolas em uma área de 2.855,47 hectares<sup>32</sup>. Destaca-se que o Rio de Janeiro está em primeiro lugar no Estado em relação à produção de manga, acerola, abacate, ou seja, há uma produção significativa no município para compor a alimentação escolar<sup>27</sup>. Entretanto, quando analisamos a quantidade de alimentos solicitados, nas duas últimas chamadas públicas, aproximadamente 17.000.000 de toneladas, verificamos uma alta demanda e que o município do Rio de Janeiro é um potencial comprador de alimentos produzidos pela agricultura familiar em todo o Estado. Portanto, há necessidade de maiores articulações e consórcios entre os municípios vizinhos que possuem, na produção agrícola, uma atividade relevante, a fim de suprir demanda do Rio de Janeiro e beneficiar os agricultores de outros municípios.

Contudo, quando avaliamos a participação dos agricultores no Estado do Rio de Janeiro em políticas públicas como o PNAE, verificamos que, de acordo com Aleixo<sup>33</sup>, durante 2011 a 2016, o FNDE repassou R\$ 1.010.427.919,50 para os municípios do Estado. Entretanto, apenas R\$ 102.860.803,75 foram aplicados na compra de alimentos da agricultura familiar, totalizando um percentual de 10%. Além disso, apesar do aumento gradual da aquisição de alimentos da agricultura familiar para a alimentação escolar do Estado do Rio de Janeiro, durante o período, a maioria das prefeituras municipais até 2016 não cumpriam o percentual mínimo determinado pela legislação. A respeito do percentual adquirido pela Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro (SEEDUC), entre 2011 a 2016, este iniciou-se baixo nos primeiros anos, sendo 0% em 2011, 1% em 2012 e 2013, alcançando um aumento de 8% em 2014, 13% em 2015 e 12% em 2016. Ainda assim, abaixo dos 30% conforme determinações do programa.

Encontramos na literatura diversos estudos que abordam o tema, mas frequentemente são realizados em municípios de pequeno porte. Dias *et al.*<sup>34</sup> realizaram uma análise descritiva de dados secundários sobre a compra de alimentos da agricultura familiar para alimentação escolar nas capitais brasileiras, com base em informações disponíveis em veículos oficiais entre os anos de 2016 e 2017. Com base na análise, os autores identificaram que as capitais que recebiam um menor volume de recursos do PNAE, já que possuem um menor número de alunos e unidades escolares, foram as capitais que mais cumpriram as exigências legais no ano de 2016 quanto à compra mínima estabelecida na legislação, apesar de apresentarem menor índice de IDH e número de habitantes. Além disso, os únicos municípios que não adquiriram alimentos da agricultura familiar para o PNAE, no ano de 2016, foram Recife e Rio de Janeiro. Os autores apontam a necessidade de

---

Instituto Florestas, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

<sup>31</sup> LIMA, Caren Freitas *et al.* A rede carioca de agricultura urbana e o direito à cidade. *CAMPO-TERRITÓRIO: Revista de Geografia Agrária*, v. 14, n. 34, p. 313-337, dez. 2019.

<sup>32</sup> EMATER-Rio. *Acompanhamento Sistemático da Produção Agrícola – ASPA do ano de 2019*. Disponível em: <http://www.emater.rj.gov.br/tecnica.asp> Acesso em: 09 set. 2020.

<sup>33</sup> ALEIXO, Duvanil Ney Santana. *Aquisição de alimentos da agricultura familiar, incluindo produtos orgânicos, pelas Prefeituras Municipais do Estado do Rio de Janeiro, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar, no período de 2011 a 2016*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Programa de Pós-Graduação em Agricultura Orgânica, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, 2018.

<sup>34</sup> DIAS, Patrícia Camacho *et al.* Compra da agricultura familiar para alimentação escolar nas capitais brasileiras. *Revista de Saúde Pública*, v. 54, n. 73, 2020.

mais estudos para avaliar os fatores que afetam a compra desses alimentos em municípios de grande porte. Entretanto, inferem que a compra pode estar relacionada à estrutura administrativa e à articulação intersectorial da capital, e, não necessariamente, à extensão territorial e ao nível de desenvolvimento da metrópole<sup>30</sup>.

Por meio dos resultados do presente estudo, algumas discussões podem ser propostas, como o direito de acesso dos agricultores familiares aos mercados institucionais e a forma como as políticas públicas viabilizam esse acesso. Wagner e Gehlen<sup>35</sup>, em seu artigo, consideram que o processo de implementação de uma política pública envolve um conjunto de prerrogativas e provimentos para que os beneficiários tenham acesso aos seus direitos. No caso do PNAE, para que os agricultores cumpram os requisitos do programa, uma série de intervenções são necessárias: assistência técnica antes e durante o processo, regularização e documentação da atividade, infraestrutura para a produção e o principal, apoio e suporte dos agentes públicos na construção de condições estruturais e de mobilização para que os agricultores possam participar desse processo.

Os autores<sup>31</sup> chamam a atenção para as possíveis falhas da própria política pública e questionam se as chamadas públicas terão capacidade de eliminar as barreiras impostas pelas licitações públicas, visto as dificuldades de adesão dos agricultores ao PNAE expressa em diferentes contextos presentes nos estudos na literatura. No caso do PNAE, as chamadas públicas valorizam determinados perfis de agricultores, como podemos analisar no presente estudo a frequente participação de agricultores de Associações e Cooperativas e pouca presença de grupos informais e individuais na etapa de habilitação dos projetos. Finalmente, para Wagner e Gehlen<sup>31</sup>, é preciso compreender que o propósito do programa não é lançar chamadas públicas, mas viabilizar um caminho de inclusão socioprodutiva aos produtores, grupo social, às vezes, excluído do mercado formal, e inserido em um contexto de desigualdade social e econômica.

## 4 Considerações finais

Um dos principais aspectos apresentados neste trabalho é o reconhecimento do fracasso da aquisição de alimentos da agricultura familiar em atendimento ao PNAE na cidade do Rio de Janeiro. O artigo apresenta evidências que sustentam esse diagnóstico, embora seja temporalmente anterior, já que o inquérito civil, aberto em 2017 pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), foi motivado por ele. Desse modo, investigaram-se os fatores que podem contribuir para a baixa participação dos agricultores nas chamadas públicas do município, assim como identificar atores, iniciativas e possíveis arranjos institucionais envolvidos no processo.

O debate promovido pelos atores participantes das reuniões, realizadas pelo MPRJ entre 2017 a 2019, especialmente pelos membros do Conselho Municipal de Segurança Alimentar e Nutricional do município (CONSEA-Rio) e agricultores familiares, permitiu mudanças na descrição das condições e exigências das chamadas públicas lançadas durante o período. Embora alterações tenham sido realizadas, ainda persistem desafios para a compra dos agricultores familiares pelo Programa Nacional de Alimentação Escolar no município do Rio de Janeiro, via chamadas públicas. A principal dificuldade está relacionada à modalidade de entrega descentralizada dos alimentos às unidades escolares sem a inclusão dos custos dessa logística ao preço final do produto pago pela prefeitura. Portanto, segundo os agricultores não há uma relação custo *versus* benefício favorável à sua participação. Além disso, a ausência de comunicação dos agentes públicos da Prefeitura Municipal com os agricultores familiares também foi identificada como um problema, visto que não há, na Prefeitura, um setor específico para tratar de temas sobre a Agricultura ou qualquer acompanhamento dos agricultores locais. Em síntese, as mudanças observadas nas chamadas públicas dizem respeito,

<sup>35</sup> WAGNER, Danielle; GEHLEN, Ivaldo. A inserção da agricultura familiar no mercado institucional: entre o direito e o acesso ao recurso da política pública. *Tempo da Ciência*, v. 22, n. 43, 2015.

essencialmente, às exigências documentais, prazos e forma de cotação de preços dos gêneros. A superação das dificuldades relacionadas à comunicação e assistência aos agricultores, assim como as relacionadas à forma/custos de entrega demandam mais do que mudanças diretas no processo de compra.

As causas desse fracasso residem em fatores estruturais, essencialmente a irrelevância da produção agrícola para a economia da cidade do Rio de Janeiro. Nesse sentido, reforça-se a importância do conhecimento do perfil dos agricultores da região e sua vocação agrícola, além de um suporte de assistência técnica aos produtores durante todo o processo, considerando-se que as chamadas são extensas, é evidente a necessidade de apoio técnico ou jurídico ao longo das etapas.

Com base nas experiências da literatura e dos resultados deste estudo, muitos são os desafios apontados para que ocorram avanços na inclusão dos agricultores familiares ao PNAE. Entretanto, é preciso reafirmar o papel dessa política pública. Ao longo dos anos o Programa sofreu transformações e a compra de alimentos da agricultura familiar é uma nova diretriz, que diz respeito ao fortalecimento de alternativas mais sustentáveis e da promoção da segurança alimentar e nutricional do ambiente escolar. Portanto, não deve ser tratada, apenas, como algo operacional ou semelhante aos procedimentos de uma licitação pública. Muitas vezes, a inserção dos agricultores familiares no mercado institucional depende do nível de comprometimento dos gestores públicos em garantir os princípios do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) por meio do PNAE. Não há entendimento que o programa visa atender a duas vertentes: os alunos e os agricultores familiares, igualmente vulneráveis do ponto de vista social. No município do Rio de Janeiro, a aquisição de, no mínimo, 30% desses alimentos não tem ocorrido desde que essa exigência passou a vigorar, o que leva a inferir que, para além das dificuldades técnicas argumentadas, há um desinteresse por parte da gestão pública em reconhecer os direitos dos agricultores familiares estabelecidos pelas políticas públicas.

A participação social durante as reuniões foi fundamental para o desenvolvimento de estratégias e o diagnóstico das dificuldades enfrentadas pelos agricultores. Entretanto, o engajamento político para o desenvolvimento dessas ações deve ocorrer de forma intersetorial, de setores da própria Prefeitura Municipal e da parceira de membros de instituições de interesse, visto que muitas demandas, relativas às soluções dos problemas, foram entregues aos próprios agricultores ou representantes de instituições de interesse. Portanto, sugere-se a criação de um comitê estadual para a permanência do debate e apoio de diferentes atores, em um espaço deliberativo e permanente, além de um maior engajamento político dos agentes públicos da Prefeitura Municipal, para que as questões que apresentam maior ordem de dificuldade e precisão sejam, de fato, solucionadas ou, ao menos, reformuladas com base nas possibilidades de execução da política no município.

## Referências

- ALEIXO, Duvanil Ney Santana. *Aquisição de alimentos da agricultura familiar, incluindo produtos orgânicos, pelas Prefeituras Municipais do Estado do Rio de Janeiro, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar, no período de 2011 a 2016*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Programa de Pós-Graduação em Agricultura Orgânica, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, 2018.
- BACCARIN, José Giacomo *et al.* Indicadores de avaliação das compras da agricultura familiar para alimentação escolar no Paraná, Santa Catarina e São Paulo. *Revista Economia e Sociologia Rural*, Piracicaba, v. 55, n. 1, p. 103-122, jan/mar. 2017.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BRASIL. *Decreto nº 7.272, de 25 de agosto de 2010*. Regulamenta a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm) Acesso em: 09 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.947 de 16 de junho de 2009*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm) Acesso em: 09 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm) Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Consulta de DAP's físicas/ jurídicas registradas*. Disponível em: <http://smap14.mda.gov.br/extratodap/PesquisarDAP> Acesso em: 12 ago. 2020.

DIAS, Patricia Camacho *et al.* Compra da agricultura familiar para alimentação escolar nas capitais brasileiras. *Revista de Saúde Pública*, v. 54, n. 73, 2020.

ELIAS, Lilian de Pelegrini. *Impactos socioeconômicos do Programa Nacional de Alimentação Escolar na agricultura familiar de Santa Catarina*. 2016. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, 2016.

ELIAS, Lilian de Pellegrini *et al.* Impactos socioeconômicos do Programa Nacional de Alimentação Escolar na agricultura familiar de Santa Catarina. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, v. 2, n. 57, p. 215-233, abr./jun. 2019.

EMATER-Rio. *Acompanhamento Sistemático da Produção Agrícola – ASPA do ano de 2019*. Disponível em: <http://www.emater.rj.gov.br/tecnica.asp> Acesso em: 09 set. 2020.

FERREIRA, Daniele Mendonça *et al.* Percepção de agentes operadores do Programa Nacional de Alimentação Escolar. *Revista de Saúde Pública*, v. 53, n. 34, 2019.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Balanco MEC 2019*: FNDE divulga números dos principais programas. 2019. Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/area-de-imprensa/noticias/item/13261-balan%C3%A7o-mec-2019-fnde-divulga-n%C3%BAmeros-dos-principais-programas> Acesso em: 09 maio 2021.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Dados sobre aquisição da agricultura familiar na alimentação escolar*. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-consultas/pnae-dados-da-agricultura-familiar>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Manual de aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar*. 2. ed. Brasília: FNDE, 2016. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae/pnae-area-gestores/pnae-manuais-cartilhas/item/8595-manual-de-aquisi%C3%A7%C3%A3o-de-produtos-da-agricultura-familiar-para-a-alimenta%C3%A7%C3%A3o-escolar> Acesso em: 12 ago. 2020.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Resolução nº 04, de 2 abril de 2015*. Altera a redação dos artigos 25 a 32 da Resolução/CD/FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. Disponível em: [http://www.gestoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/alimenatacao\\_escolar/resolucao042015\\_ceae.pdf](http://www.gestoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/alimenatacao_escolar/resolucao042015_ceae.pdf) Acesso em: 09 maio 2021.

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. *Resolução nº 26, de 17 de junho de 2013*. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30683767/do1-2013-06-18-resolucao-n-26-de-17-de-junho-de-2013-30683763](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30683767/do1-2013-06-18-resolucao-n-26-de-17-de-junho-de-2013-30683763) Acesso em: 09 maio 2021.

LIMA, Caren Freitas *et al.* A rede carioca de agricultura urbana e o direito à cidade. *CAMPO-TERRITÓRIO: Revista de Geografia Agrária*, v. 14, n. 34, p. 313-337, dez. 2019.

MASELLI, Morgana Mara Vaz da Silva. *A compra de alimentos da agricultura familiar no Programa Nacional de Alimentação Escolar: um balanço da (não)implementação da política pública no município do Rio de Janeiro*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Instituto Florestas, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

MESSIAS, Liege Sabrina. *A chamada pública como alternativa à licitação: seu uso na aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar*. 2018. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Análise de Políticas Públicas) – Curso de Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2018.

PEREZ-CASSARINO, Julian *et al.* A promoção da Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (SSAN) por meio do mercado institucional: a experiência brasileira. In: BEZERRA, Islandia; PEREZ-CASSARINO, Julian (orgs). *Soberania Alimentar (SOBAL) e Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) na América Latina e Caribe*. Curitiba: UFPR, 2016. p. 223-246.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 30.568, de 2 de abril de 2009*. Dispõe sobre o programa de simplificação do processo de licenciamento para abertura de empresas – ALVARÁ JÁ. Disponível em: [http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis\\_consulta/31398Dec%2030568\\_2009.pdf](http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/31398Dec%2030568_2009.pdf). Acesso em: 09 maio 2021.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Decreto nº 46.936, de 10 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre os preços a serem praticados para a Aquisição de Gêneros Alimentícios oriundos da Agricultura Familiar no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar e dá outras providências. Disponível em: <http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/uuid/dDocName%3AWCC42000007036> Acesso em: 31 mar. 2021.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei nº 8625, de 18 de novembro de 2019*. Dispõe sobre a Política Estadual de Desenvolvimento Rural Sustentável, de Agroecologia e de Produção Orgânica no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/782174786/lei-8625-19-rio-de-janeiro-rj> Acesso em: 09 set. 2020.

RIO DE JANEIRO (Município). Secretaria Municipal de Educação. *Educação em números*. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/sme/educacao-em-numeros> Acesso em: 31 mar. 2021.

SIQUEIRA, Renata Lopes de *et al.* Análise da incorporação da perspectiva do Direito Humano à Alimentação Adequada no desenho institucional do programa nacional de alimentação escolar. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 301-310, jan. 2014.

SZINWELSKI, Nádia Kunkel *et al.* Implicações do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) na renda e organização de agricultores familiares. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, nº 2, p.220-239, 2015.

TRICHES, Rozane Marcia; SCHNEIDER, Sergio. Alimentação escolar e agricultura familiar: reconectando o consumo à produção. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 19, n. 4, p. 933-945, out./dez. 2010.

TRICHES, Rozane Marcia; SILVESTRI, Fernanda. Adequação das chamadas públicas para aquisição de produtos da agricultura familiar para a alimentação escolar. *Desenvolvimento em Questão*, v. 16, n. 44, p. 233-259, 2018.

WAGNER, Danielle; GEHLEN, Ivaldo. A inserção da agricultura familiar no mercado institucional: entre o direito e o acesso ao recurso da política pública. *Tempo da Ciência*, v. 22, n. 43, 2015.

The cover features a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, light-colored stone statue of a seated female figure is prominent. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. Behind her is a long, low building with a series of white, curved, cantilevered balconies. In the background, a tall, rectangular skyscraper rises against a blue sky with scattered white clouds. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Bienes comunes urbanos, dominio público y autonomías territoriales:** algunas propuestas para Chile, a la luz de la experiencia italiana de los *beni comuni*

**Urban common goods, public domain, and territorial autonomies:** some proposals for Chile, in the light of the Italian experience of the *beni comuni*

Benoît Delooz Brochet



# **Bienes comunes urbanos, dominio público y autonomías territoriales:** algunas propuestas para Chile, a la luz de la experiencia italiana de los *beni comuni*\*

## **Urban common goods, public domain, and territorial autonomies:** some proposals for Chile, in the light of the Italian experience of the *beni comuni*

Benoît Delooz Brochet\*\*

### **Resumen**

El presente artículo tiene por objeto analizar la experiencia italiana de los *beni comuni* – particularmente los bienes comunes urbanos- y su posible transposición en Chile en el marco de proceso constituyente en curso. La metodología utilizada es teórica, dogmática y práctica. En efecto, se expone en un primer momento un abanico de aproximaciones doctrinales de la noción de bienes comunes; en segundo término, se presentan las experiencias normativas y prácticas de los bienes comunes urbanos italianos de Nápoles y del modelo Labsus para, luego, reflexionar sobre su impacto sobre la noción de dominio público y más generalmente sobre la de función social de la propiedad. La relevancia del estudio tiene que ver con que los debates en torno al proyecto de una nueva constitución para Chile, ofrecen la oportunidad de la implementación de esa nueva categoría de bienes a nivel comunal y permite concluir que reforzaría la autonomía y legitimidad de las municipalidades chilenas que parecen ser debilitadas en desmedro de las regiones por la consagración de un supuesto Estado regional.

**Palabras claves:** bienes comunes urbanos; dominio público; autonomías territoriales.

### **Abstract**

The purpose of this article is to analyze the Italian experience of the *beni comuni* - particularly the urban commons - and its possible transposition in Chile within the framework of the current constituent process. The methodology used is theoretical, dogmatic and practical. First, a range of doctrinal approaches to the notion of common goods is presented; second, the normative and practical experiences of the Italian urban common goods of Naples and the Labsus model are presented, and then the impact on the notion of public domain and, more generally, on the social function of property is reflected upon. The relevance of the study has to do with the fact that the debates around the project of a new constitution for Chile offer the oppor-

\* Recibido em 25/04/2022  
Aprovado em 18/07/2022

\*\* Profesor Titular de Derecho Público. Instituto de Investigación y Postgrado. Facultad de Derecho y Humanidades. Universidad Central de Chile. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5775-5629>.  
E-mail: benoit.delooz@ucentral.cl.

tunity for the implementation of this new category of goods at the communal level and allows concluding that it would reinforce the autonomy and legitimacy of the Chilean municipalities that seem to be weakened to the detriment of the regions by the consecration of a supposed regional State.

**Keywords:** urban common goods; public domain; territorial autonomies.

## 1 Introducción

El presente trabajo busca —a través del estudio de la noción de *bienes comunes urbanos*— reflexionar sobre las condiciones de gestión de bienes del dominio público por parte de ciertas comunidades locales, sobre su implementación en Chile y así reforzar la autonomía y legitimidad de las municipalidades chilenas.

En el contexto de la reforma del Estado que anuncia el proceso constituyente en curso, el estudio tanto de experiencias teóricas como prácticas en derecho comparado, particularmente la de los *beni comuni* en Italia, permite hacer algunas propuestas o sugerir algunas pistas de reflexión, tanto de fondo como técnicas, para un empoderamiento de las municipalidades.

El nivel local parece jurídica y prácticamente el mejor para buscar una aplicación de los bienes comunes en Chile y ello por al menos dos razones: la mayoría de las veces que se haya desarrollado el problema de *lo común*, eso ha correspondido a una demanda de participación, cooperación y reparto a nivel local en la gestión de los recursos colectivos que son objeto de apropiación privada o de *confiscación* por parte de una autoridad pública. Luego, la posible consagración constitucional de una forma de Estado regional arriesga profundizar el debilitamiento de las autonomías municipales cada vez más amenazadas por una descentralización administrativa regional o por una desconcentralización regional<sup>1</sup>.

A partir de un breve panorama del movimiento de los bienes comunes (I), presentaremos la aproximación italiana de los *beni comuni* (II), particularmente la de los bienes comunes urbanos italianos de Nápoles y del modelo Labsus a la luz de los trabajos de la comisión Rodotà. Esta comisión definió los bienes comunes como:

Cosas que expresan una utilidad funcional para el ejercicio de los derechos fundamentales pero también para el libre desarrollo de la persona humana. Los bienes comunes deben ser protegidos y salvaguardados por el ordenamiento jurídico, en particular en beneficio de las generaciones futuras. Los titulares de los bienes comunes pueden ser personas jurídicas de derecho público o privado. En cualquier caso, el acceso a los mismos debe estar garantizado para todos, dentro de los límites y según las modalidades determinadas por la ley<sup>2</sup>.

En ese contexto, los bienes comunes urbanos privilegian la noción de usos cívicos y una co-construcción de estos con las autoridades elegidas localmente. Por último, terminaremos con algunas reflexiones sobre la posibilidad y utilidad de implantar en Chile algunas disposiciones inspiradas en las experiencias italianas (III).

<sup>1</sup> Sobre el concepto de desconcentralización regional, ver: DELOOZ, B. El dilema de la regionalización chilena: ¿más desconcentralización o “auténtica” autonomía regional? In: BOCKSANG HOLA, G.; LARA ARROYO, J. L. (coord.). *Administración Territorial de Chile: estudios sobre descentralización y desconcentración administrativas*. Thomson Reuters, 2015. p. 107-130.

<sup>2</sup> LUCARELLI, A. Biens comuns: contribution à une théorie juridique. *Droit et Société*, v. 98, 2018. Traducción propia.

## 2 Diversidad de aproximaciones de la noción de bienes comunes

La historia de los bienes comunes es larga<sup>3</sup> y ha conocido un auge fulgurante desde el Premio Nobel de Economía otorgado a E. Ostrom en 2009<sup>4</sup>. Ahora bien, “el trabajo de Ostrom no fue “pionero”, como se suele escuchar a veces, sino que más bien sirvió para recolocar en la agenda académica, sobre todo en sede económica, un viejo tema de la filosofía política<sup>5</sup>. De manera esquemática, se puede decir en un primer tiempo, que se trata de la voluntad de abrir al uso de todos (o de una comunidad) las utilidades de ciertos bienes o aún de la de conservar ciertos recursos y de transmitirlos a las generaciones futuras. Como lo señala J. Rochfeld, se constata hoy en la literatura económica como en la jurídica un regreso de los *comunes*. En efecto, la visión economicista que prevaleció en los trabajos iniciales<sup>6</sup> tomó un nuevo giro, un rumbo jurídico está vez con el impacto de los trabajos de la comisión Rodotà en Italia quienes han suscitado un gran interés en la doctrina jurídica privada<sup>7</sup> y pública<sup>8</sup>, y luego, en la jurisprudencia<sup>9</sup>.

Jurídicamente, una segunda aproximación puede consistir en definir los bienes comunes o comunes, como aquellos que no están sujetos ni a las reglas del mercado ni a la gestión coercitiva del Estado; que no se ubican ni en la categoría de la propiedad privada ni de la propiedad pública, sino que se basan en los principios de uso, libre acceso, cooperación y autogestión<sup>10</sup>. Esa segunda aproximación parece satisfactoria en la medida en que según los idiomas se dispondrá, en algunos de ellos, de un solo término, o de varios en otros, para designar una misma o algunas diferentes realidades<sup>11</sup>. Por otra parte, la doctrina no es unánime y las

<sup>3</sup> Se puede ver: Varios autores: LINEBAUGH, P. *El Manifiesto de la Carta Magna: comunes y libertades para el pueblo*. Traficantes de Sueños, 2013.; VON GIERKE, O. *Das deutsche genossenschaftsrecht: rechtsgeschichte der deutschen genossenschaft*. Weidmannsche Buchhandlung, 1868. v. 1.; ALTAMIRA, R. *Historia de la propiedad comunal*. Analecta Editorial, 2018.; REXROTH, K. *Communalism: from its origins to the twentieth century*. Continuum Books, 1974.; y BOURJOL, M. *Les biens communaux: voyage au centre de la propriété collective*. LGDJ, 1989.

<sup>4</sup> Ver: OSTROM, E. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press, 1990. y OSTROM, E. *El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva*. Fondo de Cultura Económica, 2011.

<sup>5</sup> LLOREDO ALIX, L. Bienes comunes. *Eunomia Revista en Cultura de la Legalidad*, v. 19, p. 214-236, 2020.; ESPOSITO, R. *Comunitas: origen y destino de la comunidad*. Amorrortu, 2012. Ver también los trabajos precursores de GIANNINI, M. S. *I beni pubblici*. Roma, 1963. p. 33 y ss., y GIANNINI, M. S. *Diritto pubblico dell'economia*. Bologna, 1977. p. 92 y ss.

<sup>6</sup> Sobre origen del movimiento contemporáneo de los bienes comunes, resulta ilustradora la síntesis de R. Míguez Núñez que señala que “no es de adscribir a la reflexión jurídica el impulso decisivo al actual debate sobre los bienes comunes. Fue el trabajo conjunto de economistas y ecologistas, reunidos a partir de mediados de los años ochenta en el Panel on the Study of Common Property Resource Management, el principal motor para una contemplación renovada sobre el gobierno de los recursos comunes (common-pool resources). Los estudios desarrollados bajo dicha iniciativa han desafiado la teoría económica convencional —originada en los escritos de Demsetz y Hardin— que propone, frente a la opción bipolar público-privado, a la propiedad individual como el instrumento de mayor eficiencia para garantizar el manejo sustentable de los recursos naturales. El nuevo enfoque, hoy institucionalizado en el trabajo de la International Association for the Study of the Commons y respaldado por el Nobel de economía conferido en el año 2009 a quien fuere uno de sus principales promotoras, la economista Elinor Ostrom (1922-2012), ofrece una tercera opción a la administración de los recursos comunes. No es ya el modelo de propiedad estatal o privada el instrumento garante de la eficiencia, buen uso y acceso democrático a los bienes comunes, sino su autogestión bajo variadas fórmulas (formales e informales) de colectivismo. En esta hipótesis, los usuarios directos son considerados autónomamente capaces de elaborar acuerdos e instituciones idóneas para evitar el monopolio y extinción de los recursos comunes. Lo que se reivindica es entonces la cooperación, la participación directa de la comunidad —bajo un modelo que denominan common property— como herramienta eficaz para garantizar el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos que permiten la subsistencia misma del grupo”. MÍGUEZ NÚÑEZ, R. De las cosas comunes a todos los hombres: notas para un debate. *Revista Chilena de Derecho*, v. 41, n. 1, p. 7-36, 2014. p. 24-25.

<sup>7</sup> Por ejemplo: MATTEI, U. *Beni comuni: un manifesto*. Roma-Bari: Laterza, 2011.

<sup>8</sup> Entre muchos: LUCARELLI, A. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. *Quale Stato*, v. 1, p. 87-98, 2007. y LUCARELLI, A. *La democrazia dei beni comuni*. Laterza, 2013.

<sup>9</sup> El Tribunal de Casación, en tres sentencias de febrero de 2011, ha utilizado el concepto, definiéndolo como cualquier bien que: “independientemente de la propiedad, es, por sus connotaciones intrínsecas, y en particular las del medio ambiente y el paisaje, destinado a la realización del Estado social [...] [y] instrumentalmente vinculado a la realización de los intereses de todos los ciudadanos”. Corte Suprema di Cassazione, Sezione Unite, 14 febbraio 2011 n° 3665; 16 febbraio 2011, n° 3811 y del 18 febbraio 2011, n° 3938.

<sup>10</sup> LLOREDO ALIX, L. Bienes comunes. *Eunomia Revista en Cultura de la Legalidad*, v. 19, p. 214-236, 2020. p. 218.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, la lengua inglesa utilizará casi siempre el término genérico *commons* —reservando el uso de *commons goods* para usos muy específicos— mientras que la lengua italiana, por el contrario, casi siempre hablará no de *communes* sino de *bienes comunes* (*bene comune*): la adopción de este término responde a características lingüísticas específicas (*comuni* en italiano se refiere a los mu-

definiciones cambian según que la aproximación es más económica, jurídica, sociológica, filosófica, etc. Así, por ejemplo, L. Lloredo<sup>12</sup> identifica una concepción teológica, una económica, una jurídica —que considera la más conservadora— una comunalista y, por último, la política. Podríamos decir que nos interesa más aquí una noción de bienes comunes cuya inspiración reside en los trabajos de la comisión Rodotà y que puede conducir a una aproximación que combina las tres últimas mencionadas anteriormente.

Efectivamente, si la aproximación jurídica es asociada a la idea de la protección jurídica de ciertos bienes como el aire, el mar, el clima, su gobernanza es ilusoria, pues necesitaría un acuerdo internacional y multinivel inexistentes por el momento, como lo ha demostrado el fracaso de la COP 26 de Glasgow. Es entonces necesario y posible asociar esa idea de protección jurídica a una visión renovada de los bienes comunes como *bienes comunales* que permiten a comunidades más pequeñas hacerse cargo de bienes materiales como inmateriales. Tal aproximación, relacionada con los bienes comunes como *commoning* es decir, la concepción política<sup>13</sup>, permite evitar una concepción comunitarista de los bienes comunes replegada sobre sí. Es una concepción radical de lo *común*, una *praxis*<sup>14</sup>. El *común* no se considera un recurso *por naturaleza*, sino que se convierte en común porque se lucha por que sea así. El *común* se refiere más bien a un proceso o práctica. Se dice que una cosa es *común* a partir del momento que es reivindicada como tal<sup>15</sup>.

### 3 Aproximación a los *beni comuni* en Italia

#### 3.1 La comisión Rodotà (2007-2008)

Mientras que en Chile, los juristas no están muy interesados en estos temas, la progresión de la reflexión y la movilización ciudadana sobre los bienes comunes han avanzado notablemente en Italia.

La Comisión sobre los Bienes Públicos, creada por decreto del 21 de junio 2007 por el Ministerio de Justicia y presidida por Stefano Rodotà tuvo por misión elaborar principios y criterios de orientación para un proyecto de ley *delegada* que apuntaba a reformar el Capítulo II del título 1<sup>er</sup> del Libro III del Código Civil, así como otras disposiciones del mismo libro, todas relacionadas con el derecho de la propiedad y de los bienes. El informe de la Comisión remitido en 2008 al ministro de Justicia bajo la forma de un proyecto de ley novedoso nunca fue discutido en el Parlamento, puesto que el Gobierno que había iniciado el proceso, cayó.

En definitiva, parecía necesario ir más allá de la reglamentación del Código civil que mostraba su incapacidad a enmarcar fenómenos socio-económicos importantes, tales como la propiedad de los bienes inmateriales, la organización de una gestión eficaz del patrimonio público o, incluso más, los procedimientos de desafectación en beneficio del interés de la colectividad<sup>16</sup>.

---

nicipios) y al impacto de los trabajos de la comisión Rodotà. Por su parte, el idioma francesa permite designar con dos palabras distintas (*communs* y *biens communs*).

<sup>12</sup> LLOREDO ALIX, L. Bienes comunes. *Eunomia Revista en Cultura de la Legalidad*, v. 19, p. 214-236, 2020. p. 224-231.

<sup>13</sup> Que tiene que ver con un proceso de subjetivación política. Tassin dice: “Así, pues, la doble paradoja de la subjetivación política [...] consiste en que produce seres anómalos y anormales, insignificables y extraños a todo orden, fuera-de-la-ley [hors-la-loi] por ser a-legalarios y no por ser ilegales, en suma, seres no aptos para la soberanía. Y, podría agregarse, la paradoja de estas paradojas es que se trata de “sujetos” políticos. Nos encontramos muy lejos de la idea originaria de un sujeto político concebido como un ser identificable, autónomo y soberano”. TASSIN, E. De la subjetivación política: Althusser/Rancière/ Foucault/Arendt/Deleuze. *Revista de Estudios Sociales*, v. 43, p. 36-49, 2012. p. 38.

<sup>14</sup> MATTEI, U. *Beni comuni: un manifesto*. Roma-Bari: Laterza, 2011. p. 55.

<sup>15</sup> Ver entre varios autores: HARDT, M.; NEGRI, A. *Imperio*. Paidós, 2002.; HARDT, M.; NEGRI, A. *Asamblea*. Akal, 2019.; LAVAL, C.; DARDOT, P. *Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*. Gedisa, 2015.

<sup>16</sup> MONE, D. Commission Rodotà (Italie). In: CORNU, M.; ORSI, F.; ROCHFELD, J. (coord.). *Dictionnaire des biens communs*. 2. ed. Presses Universitaires de France; Humensis, 2017. p. 421-426. p. 422.

La comisión forjó una nueva categoría jurídica, la de *bienes comunes* que no depende ni de lo público, es decir, estatal, ni de lo privado, caracterizado por el derecho de uso y abuso (*ius utendi y abutendi*).

Como lo sintetiza Daniela Mone, los trabajos de la Comisión Rodotà se articulan, primero, en torno a una clasificación de los bienes según sus funciones, lo que desplazó la perspectiva tradicional de una relación entre un sujeto (*dominus*) y un bien (relación de naturaleza subjetiva) a una relación entre bien y función (relación de naturaleza objetiva). En segundo lugar, a partir de esa postura, fue posible proponer la introducción de la categoría de los bienes comunes, bienes distintos de los bienes públicos y de los bienes privados. Los bienes comunes se referirían a “las cosas funcionalmente útiles para el ejercicio de los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la persona”.

En lo que concierne a su régimen jurídico, la comisión había previsto una “protección jurisdiccional de los derechos vinculados a la salvaguardia y al uso de los bienes comunes”, así como un acceso de todos a dichos bienes, salvo algunas excepciones.

En definitiva, la idea general es que determinados bienes, cuyo consumo es no industrial, no competitivo, cuyo uso no es exclusivo sino agotable, cuya utilidad está vinculada al ejercicio de derechos fundamentales y al libre desarrollo de los ciudadanos<sup>17</sup> o que pueden representar un objeto de disfrute colectivo, podrían incluirse en la categoría de bienes comunes.

### 3.2 El Decreto Ronchi (DL. 135/2009) y el referéndum abrogativo de junio de 2011

En Italia<sup>18</sup>, el debate sobre los bienes comunes se desarrolló a partir de la aprobación por el Parlamento del Decreto Ronchi (DL. 135/2009) que preveía el traspaso de la gestión de los servicios públicos locales y, entonces, dentro de ellos, de los servicios de distribución del agua al sector privado. Ese proyecto venía finalmente a concretar un movimiento de privatización generalizada iniciado desde los años 90 y los Gobiernos Berlusconi. Surgió un movimiento social que dio lugar a una campaña cuyo *leitmotiv* era *el agua, bien común* y cuyo objetivo era la organización de un referéndum abrogativo (500.000 firmas requeridas). El referéndum, que se desarrolló en junio de 2011, fue un éxito, puesto que **se recogieron más de 1,5 millones de firmas en tres meses y casi 27 millones de votantes** rechazaron la privatización del agua y de los servicios públicos locales. Siguió un movimiento de ocupación de los lugares culturales, que reivindicaba el acceso a los espacios urbanos en nombre de *la cultura bien común y el derecho a la ciudad*<sup>19</sup>. Esas experiencias que se inscriben en el movimiento global que se desarrolló de España hacia EE.UU, pasando por Francia —entre otros países— interrogan a los regímenes de gobernanza local<sup>20</sup>.

En resumen, utilizando los términos de Benjamin Coriat,

los bienes comunes pueden caracterizarse [...] por dos rasgos: la existencia de un vínculo (o una “utilidad funcional”) entre el bien considerado y un conjunto de derechos fundamentales reconocidos a las personas (por tanto a un número muy elevado de individuos) relativos al acceso y al disfrute de este bien, y el hecho de que por esta misma razón, tales bienes requieren y presuponen una forma particular de gobernanza en la que el derecho ocupa un lugar fundamental, sin que por ello sea posible o deseable, para garantizar el carácter “común” del bien, subestimar o marginar el papel y el lugar que ocupan los

<sup>17</sup> Sobre la relación entre *bienes comunes* y derechos fundamentales, ver: LUCARELLI, A. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. *Quale Stato*, v. 1, p. 87-98, 2007. y LUCARELLI, A. *La democrazia dei beni comuni*. Laterza, 2013.

<sup>18</sup> Ver: FESTA, D. Biens communs (mouvement social- Italie). In: CORNU, M.; ORSI, F.; ROCHFELD, J. (coord.). *Dictionnaire des biens communs*. 2. ed. Presses Universitaires de France; Humensis, 2017. p. 253-260. p. 254.

<sup>19</sup> Se pueden citar las experiencias del Teatro Valle Bene Comune o del Nuovo Cinema Pallazo en Roma, la ocupación del Asilo Filangieri de Napoli, el colectivo Macao en Milán, el Teatro Coppola en Catan, el Teatro Garibaldi de Palermo, el Cloroficio y Teatro Rossi Aperto en Venecia, la Cavalleriza en Torino.

<sup>20</sup> Festa señala que la importancia de los comunes urbanos surgió, entre otros, del “movimiento de las plazas” de Tahrir en Egipto, en España con el movimiento del 15M, y sobre la plaza Syntagma en Grecia, u aún Occupy Wall Street y, en 2013, en Turquía con el movimiento de la plaza Taksim, o Nuit Debout en Francia. FESTA, D. La creatività del comune. In: BERNARDI, C.; BRANCACCIO, F.; FESTA, D.; MENNINI, B. M. (dir.). *Fare Spazio: pratiche del comune e diritto alla città*. Mimesis Edizione, 2015.

ciudadanos. Aquí, [...] sólo la inversión de los comuneros puede garantizar tanto el derecho de acceso como la conservación a largo plazo de la integridad del recurso compartido. No hay bienes comunes sin “uso cívico” del bien considerado<sup>21</sup>.

Ahora bien, para diferenciarlos de los bienes comunes *naturales* (aire, mar, clima, etc.) podemos identificar aquí los bienes comunes urbanos y los bienes comunes rurales y agrícolas. Dentro de estos últimos, la reflexión aquí propuesta está dirigida a los primeros —bienes comunes urbanos—, entendido como la aplicación del concepto de recursos o bienes comunes al espacio urbano.

Como lo señala Vergara Vidal<sup>22</sup>,

Plantear lo urbano como un recurso compartido conlleva no sólo una nueva visión sobre la propiedad de los espacios y elementos urbanos, también implica la necesidad del desarrollo de capacidades conceptuales y técnicas en la ciudadanía para ejercer sus derechos.

### 3.3 Dos experiencias de regulación de los bienes comunes urbanos en Italia

El debate sobre los bienes comunes en Italia tiene varias aproximaciones que no podemos exponer en detalle aquí<sup>23</sup>. En lo que concierne los bienes comunes urbanos, podemos recoger la aproximación de Christian Iaione. Aunque sea un poco larga, vale la pena citarla integralmente, ya que Christian Iaione, de 2008 a 2011 ha sido redactor jefe y de 2012 a 2014 director de Labsus - Laboratorio per la sussidiarietà:

En definitiva, la noción de bienes comunes urbanos engloba todos aquellos espacios y servicios urbanos que estamos acostumbrados a considerar como “bienes comunes locales” o “bienes comunitarios”, entendidos como espacios y servicios de todos y, por tanto, “espacios y servicios comunes”, públicos sólo en la medida en que hasta ahora han sido confiados principalmente a la custodia, cuidado o vigilancia de alguna administración pública. Pero la propiedad formal no tiene que ser necesariamente pública. Los bienes comunes pueden existir en manos privadas. El carácter “común” de los bienes comunes urbanos se deriva de su estrecha relación con la identidad, la cultura y las tradiciones de un territorio y/o de su funcionalidad directa para el desempeño de la vida social de las comunidades asentadas en él (por ejemplo, una plaza, un parque, una rotonda, un camino de montaña, un jardín o un edificio histórico, una escuela, las mesas de un café, etc.). Esto se aplica incluso si no siempre tienen la importancia cultural mencionada e incluso si no son propiedad formal de alguna administración pública. Dada su naturaleza común, se caracterizan, pues, por la necesidad de garantizar el acceso y disfrute universal y por la ineludible necesidad de implicar a los miembros de la comunidad y, además, a cualquiera que se preocupe por su supervivencia, cuidado y conservación en su gobernanza, es decir, en las decisiones y acciones que les afectan.<sup>24</sup>

#### 3.3.1 El caso napolitano y los *usi civici* (usos cívicos)

La definición de la comisión Rodotà<sup>25</sup> fue relacionada con los *derechos de usos cívicos (usi civici)* que recubren en derecho italiano los antiguos derechos de los comuneros<sup>26</sup>. Esta ha sido particularmente utilizada

<sup>21</sup> CORIAT, B. Bienes comunes (approche économique). In: CORNU, M.; ORSI, F.; ROCHFELD, J. (coord.). *Dictionnaire des biens communs*. 2. ed. Presses Universitaires de France; Humensis, 2017. p. 236-242. p. 242.

<sup>22</sup> VERGARA VIDAL, J. Bienes comunes urbanos: una aproximación inicial. *Diseño Urbano y Paisaje*, v. 9, n. 23, p. 1-15, 2012. p. 7.

<sup>23</sup> Por ej., puede ser útil leer el artículo de CHIRULLI, P. *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*. Disponible en: [https://www.labsus.org/wp-content/uploads/images/M\\_images/Chirulli.pdf](https://www.labsus.org/wp-content/uploads/images/M_images/Chirulli.pdf).

<sup>24</sup> IAIONE, Ch. “Intorno ai beni comuni: la città come bene comune”, *Aedon. Rivista di Arté e Diritto*, n. 1, 2013. Traducción propia.

<sup>25</sup> Sobre los trabajos de la Comisión Rodotà, ver: MATTEI, U.; REVIGLIO, E.; RODOTÀ, S. *I beni pubblici: dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2010.

<sup>26</sup> Este derecho colectivo se ejerce mediante declaraciones específicas de uso cívico y colectivo, elaboradas de forma independiente por las comunidades de referencia con el fin de determinar las formas de uso, las formas de autonomía y las formas de autogestión, que garanticen la accesibilidad, la usabilidad, la inclusión y la imparcialidad en el uso y disfrute de los bienes, para la protección y el beneficio de las generaciones futuras. Esas declaraciones de uso son validadas y recogidas por la administración municipal. El

en materia de bienes comunes urbanos en Nápoles. A raíz de los resultados del referéndum sobre el agua, se consiguió transformar la sociedad anónima ARIN en una empresa de derecho público: ABC Nápoles, dotada estatutariamente de un gobierno del agua ecológico y participativo, un pequeño parlamento del agua en el que están representados usuarios, trabajadores, ecologistas y concejales. Es el primer ejemplo avanzado de una institución para la gestión de los bienes comunes.

La ciudad, basándose en la Constitución, emprendió acciones políticas y administrativas para hacer efectivo el llamado “derecho de los ciudadanos al disfrute de los bienes comunes”.

Estas medidas se inspiran en los debates y propuestas, entre ellas las de la Comisión Rodotà, sobre la prohibición de las actividades económicas contrarias a la utilidad social, la seguridad, la libertad y la dignidad humana; sobre la obligación de la ley de reconocer y garantizar la propiedad privada para asegurar su función social; sobre la posibilidad de que el legislador reserve o transfiera al Estado, a los organismos públicos o a las comunidades de trabajadores o de usuarios, los servicios públicos esenciales, que operan en situación de monopolio y que tienen un carácter preeminente de interés general cuando existen claras situaciones de dificultad económica y social.

Las bases normativas en las que pueden basarse los municipios, a la luz de la experiencia napolitana, son la función social de la propiedad pública y privada, así como los límites correspondientes (art. 42 CPR italiana), las hipótesis de gestión pública colectiva, contenidas en el artículo 43 de la Constitución que prevén la posibilidad de atribuir algunos de los servicios esenciales a comunidades de trabajadores y usuarios<sup>27</sup>. Por último, están las obligaciones y limitaciones de la propiedad privada de la tierra previstas en el artículo 44 de la Constitución y la aplicación eventual del concepto de abuso de derecho al propietario que hubiera abandonado su bien.

Se trata, en primer lugar, de bienes municipales abandonados y/o inutilizados que el ayuntamiento tiene la obligación de *recuperar* o *regenerar*<sup>28</sup>. Una vez constatado el abandono de los bienes municipales, se plantea el problema del nuevo destino de estos, y es entonces cuando se puede poner en juego su cualidad de *bienes comunes* y planificar los procedimientos para concretar su carácter especial y, por tanto, su uso común por parte de toda la comunidad, garantizando formas de gestión participativa. En cierto modo, se trata de reconocer la *función social* de estos bienes municipales abandonados y de reflexionar sobre su futuro destino, organizando el municipio amplias consultas ciudadanas para definir la idoneidad de su especificidad, las cuestiones sociales y la viabilidad económica de la *recuperación*<sup>29</sup>.

Pero, en segundo lugar, concierne también a los bienes, públicos o privados, que el municipio no posee —en el primer caso se trata de los bienes del Estado y no municipales— en nombre de la recuperación de la función social. Se trata siempre de una propiedad abandonada a la que no se le puede asignar una función social debido a su estado de abandono y degradación, y de una lectura orientada del artículo 42 de la Cons-

---

objetivo es crear “entornos autónomos de uso cívico y colectivo”, a través de los cuales se puedan poner en común de forma concreta y material el tiempo, las competencias y los recursos de todo tipo, así como permitir una participación creciente y activa de la población en el uso cívico y colectivo del bien común, mediante la autofinanciación, las inscripciones voluntarias, las iniciativas de crowdfunding y la transferencia de fondos públicos y privados. Cerulli 1983; Cerulli 1992; Cerulli y de Lucia 2014, citados en MONE, D. Commission Rodotà (Italie). In: CORNU, M.; ORSI, F.; ROCHFELD, J. (coord.). *Dictionnaire des biens commun.* 2. ed. Presses Universitaires de France; Humensis, 2017. p. 421-426. p. 426; GROSSI, P. *La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale: introduzione ai lavori.* 2011. Disponible em: [https://www.autistici.org/nascere/iberi/grossi\\_pro.pdf](https://www.autistici.org/nascere/iberi/grossi_pro.pdf). Acceso em: 20 dic. 2021.

<sup>27</sup> “[P]or razones de utilidad general, la ley podrá reservar inicialmente o transferir por expropiación y previa indemnización al Estado, a los organismos públicos o a las comunidades de trabajadores o usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas, que presten servicios públicos esenciales o que se refieran a fuentes de energía o a situaciones de monopolio y tengan un carácter preeminente de interés general”.

<sup>28</sup> DI LASCIO, F.; GIGLIONI, F. (ed.). *La rigenerazione di beni e spazi urbani*: contributo al diritto delle città. Il Mulino, 2017.

<sup>29</sup> MORAND-DEVILLER, J. Biens communs et fonction sociale de la propriété: le rôle des collectivités locales. *Petites Affiches*, v. 14, n. 111, 2014.

titución, que se refiere tanto a la propiedad privada como a la pública. El objetivo es recuperar la función social original y garantizar el usufructo, según una gestión colectiva<sup>30</sup>.

### 3.3.2 El modelo Labsus – Laboratorio per la Sussidiarietà

La asociación Labsus - Laboratorio per la Sussidiarietà<sup>31</sup> trabajó sobre la elaboración de un marco jurídico capaz de impulsar la creación de un *nuevo modelo de sociedad*, caracterizado por el compromiso de los ciudadanos con el mantenimiento de los bienes comunes sobre la base del principio de subsidiariedad (*sussidiarietà*) de acuerdo con el artículo 118 de la Constitución italiana. Elaboró un “regolamenti per la gestione condivisa dei beni comuni urbani” (reglamentos tipo para la gestión compartida de los bienes comunes urbanos). Esta herramienta legal se supone que promueve un modelo organizativo que permite a los ciudadanos y a las administraciones gestionar —sobre una base igualitaria y en el marco del interés general— los recursos y sus usos. Los reglamentos no se diseñan como paquetes *listos para usar*, sino que requieren una adaptación para producir herramientas adaptadas a los requisitos y especificidades locales.

En 2014, la ciudad de Bolonia fue la primera en adoptar un “Reglamento sobre la colaboración entre los ciudadanos y la administración para el cuidado y la regeneración de los bienes comunes urbanos” y fue seguida por muchas otras ciudades italianas (153 en 2018). Estas normativas han dado lugar a *patti di collaborazione*<sup>32</sup>, es decir, cartas de colaboración regidas por el derecho privado, como los contratos, y no por el derecho público. Lo esencial en este proceso es el intento de crear nuevas relaciones entre los ciudadanos y la administración municipal, lo que equivale a una forma no estatal de invertir un espacio estatal, en este caso el espacio del gobierno local. En este sentido, la política de los bienes comunes, al mismo tiempo que da lugar a una ciudadanía activa, contribuye a la relativización de la presencia del Estado<sup>33</sup>.

¿Qué tienen en común esas experiencias?

En primer lugar, el análisis de los ejemplos de uso del concepto de bienes comunes evidencia que este va más allá de algunos de los ámbitos que le son tradicionalmente relacionados (gestión de los recursos naturales, reivindicaciones de los movimientos sociales, producción científica) al influir en los modos de gobernanza de las ciudades.

Luego, utilizan el derecho.

Enseguida, se refieren a la noción de bien, lo que en derecho orienta invariablemente hacia las figuras de la propiedad privada, pública o colectiva<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Se trata siempre de una propiedad abandonada a la que no se le puede asignar una función social debido a su estado de abandono y degradación y de una lectura orientada del artículo 42 de la Constitución, que se refiere tanto a la propiedad privada como a la pública. El objetivo es recuperar la función social original y garantizar el usufructo, según una gestión colectiva.

<sup>31</sup> Sobre ese punto, ver el artículo programático ya citado de IAIONE, Ch. “Intorno ai beni comuni: la città come bene comune”, Aedon. *Rivista di Art e Diritto*, n. 1, 2013., donde expresa que “el cuidado cívico de los espacios urbanos debe apoyarse en cuatro piedras angulares, que representan las líneas de actuación a nivel local para apoyar la regeneración de dichos bienes e invertir el curso de la degradación y la desafección cívica. Estas acciones se caracterizan por un grado diferente de practicabilidad y afectan a distintos sectores/objetos (formación, comunicación, regulación, regeneración urbana).” Traducción propia.

<sup>32</sup> Se distingue entre los patti ordinari (estatutos ordinarios) y patti complessi (cartas complejas. Para más detalles: RANOCCHIARI, S.; MAGER, Ch. Bologne et Naples au prisme des biens communs: pluralité et exemplarité de projets de gestion «commune» de l'urbain. *Développement Durable et Territoires*, v. 10, n. 1, 2019. Disponible em: <http://journals.openedition.org/developpementdurable/13238>.

<sup>33</sup> SAUVÉTRE, P. Quelle politique du commun?: les cas de l'Italie et de l'Espagne. *SociologieS Dossiers*, 19 oct. 2016. DOI: <https://doi.org/10.4000/sociologies.5674>.

<sup>34</sup> Puede verse: CORIAT, B. (dir.). *Le Retour des communs: la crise de l'idéologie propriétaire*. Éditions Les Liens qui Libèrent, 2015.; SCHNEIDER, N. On the lam with bank robber Enric Duran. *Vice*, 2015. Disponible em: <https://www.vice.com/read/be-the-bank-you-want-to-see-in-the-world-0000626-v22n4>; SERRA, A.; SOLE, J. *Entrevista con Ariadna Serra et Joan Solé (con F. Sultan)*. 2014. [1 video]. Disponible em: <https://www.youtube.com/watch?v=UTCAnk0HrHs&feature=youtu.be>. y SUBIRATS, J. Todo se mueve: acción colectiva, acción conectiva: movimientos, partidos e instituciones. *Revista Española de Sociología*, v. 24, p. 123-131, 2015.



En cuarto lugar, ponen el acento sobre el uso de ciertos bienes, lo que invita a interrogarse de nuevo sobre la pertinencia de la función social de la propiedad (consagrada en la Constitución chilena), privada, pero también pública.

En quinto lugar, inducen una participación renovada o reforzada de la ciudadanía mediante técnicas de democracia deliberativa e incluso directa.

En fin, no niegan en absoluto a las autoridades municipales democráticamente elegidas, sino que se apoyan en ellas, y viceversa, puesto que en la práctica viene a legitimar el papel de los elegidos y de la administración municipal que aparece como capaz de escuchar las reivindicaciones de los habitantes. En efecto, esas experiencias para poder existir y realizarse han sido ratificadas y aprobadas por resoluciones municipales particulares, después, deliberaciones (*deliberazioni*) en el caso de Nápoles, o por reglamento, en el caso del modelo Labsus.

## 4 Algunas pistas de reflexión para Chile para reforzar la autonomía de las comunidades locales<sup>35</sup> y de los entes territoriales sobre bienes abandonados y/o inutilizados

La noción de uso propia de la aproximación funcional de los bienes comunes reactualiza la función social de la propiedad —pública o privada— y refuerza la democracia local<sup>36</sup>.

### 4.1 Recuperar la función social de la propiedad pública y privada

Un aspecto central de la consagración eventual de los bienes comunes como *beni comuni* es entonces regresar sobre la concepción dominante de la propiedad como derecho subjetivo y absoluto para volver a una concepción alternativa de la propiedad definida como función social, uno de cuyos grandes promotores fue Léon Duguit a principios del siglo XX<sup>37</sup>.

Muy crítico de la idea de los derechos subjetivos en general y de la personalidad del Estado en particular, la noción duguitiana fue recogida por varias constituciones, entre ellas —por lo que nos interesa aquí— la italiana de 1948 o las chilenas de 1925 y 1980 (art. 19 numeral 24<sup>38</sup>), lo que demuestra bien la ambivalencia que ha tenido, y que aún tiene, la noción utilizada en casi todos los contextos políticos.

<sup>35</sup> Para un panorama de algunas de las ideas que señalan como a través de los bienes comunes es posible potenciar la autonomía local (ver por ejemplo: FONT I LLOVET, T. De la autonomía local al poder de las ciudades: istituzioni del federalismo. *Rivista di Studi Giuridici e Politici*, anno 40, n. speciale, p. 115-134, 2019.; PIPERATA, G. La città oltre il Comune: nuovi scenari per l'autonomia locale, istituzioni del federalismo. *Rivista di Studi Giuridici e Politici*, anno 40, n. speciale, p. 135-147, 2009.) y lograr un modelo de gobierno local, la CO-Ciudad (por ejemplo, el ya citado artículo de IAIONE, Ch. “Intorno ai beni comuni: la città come bene comune”, *Aedon. Rivista di Arti e Diritto*, n. 1, 2013., o aún: IAIONE, Ch.; CHIRULLI, P. *La Co-città: diritto urbano e politiche pubbliche per la rigenerazione urbana l'innovazione sociale l'economia collaborativa e i beni comuni*. Napoli: Editorial Jovene, 2019.

<sup>36</sup> MORAND-DEVILLER, J. Biens communs et fonction sociale de la propriété: le rôle des collectivités locales. *Petites Affiches*, v. 14, n. 111, 2014.

<sup>37</sup> La expresión *función social* de la propiedad remite a la sexta y última conferencia pronunciada por Léon Duguit en la Facultad de Derecho de Buenos Aires en 1911. El conjunto de estas seis conferencias se publicó, en Francia, en 1912, con el título *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Ahora, esta expresión sería ella misma un préstamo del *Système de politique positive* de A. Comte (volumen I, 156, publicado por primera vez en 1851: “la propriété où le positivisme voit surtout une indispensable fonction sociale”) HALPÉRIN, J.-L. Fonction sociale de la propriété. In: CORNU, M.; ORSI, F.; ROCHFELD, J. (coord.). *Dictionnaire des biens communs*. 2. ed. Presses Universitaires de France; Humensis, 2017. p. 1136-1142. p. 1139.

<sup>38</sup> El numeral 24, inc. 2 de la Constitución Política de la República de Chile señala que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

El problema fundamental de la función social de la propiedad privada, por su parte, podría ser estudiado o trabajado nuevamente a partir de aproximaciones a la propiedad como derecho fundamental y derecho humano y su relación con la dignidad (Arts. 5 y 17 de la DUDH y art. 21 del Pacto de San José<sup>39</sup>); sobre los límites, obligaciones e intereses colectivos de la propiedad (Art. 19 N° 24 C. Pol.) y, en fin, sobre la regulación de la expropiación (Art. 19 N° 24 C. Pol.).

Por su parte, como consecuencia de las críticas formuladas a la noción de propiedad privada, pero también pública, la noción de bienes comunes puede influir sobre la definición de la demanialidad pública —material como inmaterial— y, entonces, sobre los poderes de la Administración para decidir *soberanamente* su destinación.

#### 4.2 Bienes comunes y gestión del dominio público

El régimen actual del dominio público, así como sus orígenes históricos —vinculados a la defensa militar del territorio y la política económica estatal de desarrollo económico—, dejan poco espacio a la participación de los ciudadanos en la elaboración y la adopción de los actos relativos a esos bienes públicos.

Fabienne Orsi<sup>39</sup> ha mostrado, apoyándose en los trabajos de Yann Thomas, cómo la noción de *público* originalmente asociada a la de pueblo y ciudadano, ha pasado a ser hoy propiedad del Estado. La autora afirma que al mismo tiempo que esa sustitución se realizaba, la noción de *propiedad* adquirió un sentido totalmente diferente, explicando en parte la disolución de los vínculos entre Estado y sociedad. Originalmente en derecho romano, el estatuto de los bienes públicos no estaba fundado sobre su naturaleza, sino que fueron instituidos así para sustraerlos del comercio, es decir, del circuito de la propiedad y del intercambio, para afectarles al uso del público<sup>40</sup>: las cosas eran públicas, inalienables e inapropiables debido a su uso público y no por ser de titularidad estatal. Sin regresar sobre la historia de pérdida de control que sufrió el pueblo sobre los bienes comunes, cabe señalar —aún con Thomas— que los juristas romanos “no concebían esos bienes como propiedad del Estado, sino como “copropiedad de los *cives*”<sup>41</sup> y que, agrega ese autor, en la época republicana solo se podía consagrar un bien como *respublicae* con una votación popular. La propiedad, entonces, no estaba vinculada, como hoy, al principio de un derecho subjetivo del Estado, copiado de la concepción privatista formalizada en el Código de Napoleón, pero cuyas raíces expropiatorias se remontan a mucho antes, y particularmente al movimiento de los *enclosures* en Inglaterra.

Como lo señala Orsi, las etapas de la sustitución de la propiedad de todos a la propiedad del Estado, se realiza principalmente a partir de la Revolución francesa y los códigos civiles europeos que han rehabilitado la definición clásica del *dominium* del derecho romano y la noción de *disponibilidad*, verdadero fundamento de la noción moderna de la propiedad. Detrás de la disponibilidad, se encuentra la preeminencia del poder del sujeto para utilizar los bienes como le parezca.

Según gran parte de la doctrina, es Jean-Baptiste Victor Proudhon<sup>42</sup> quién habría teorizado la división entre el dominio privado del Estado y el dominio público compuesto por los bienes afectados al uso público o a un servicio público, dominio público sobre el que el Estado debería tener solo un simple *derecho de custodia*. El Estado tenía, entonces, solo el derecho de administrar el dominio público en beneficio del público y no tenerlo en propiedad. Sin embargo, se produjo un cambio radical, principalmente a partir de la segunda

<sup>39</sup> ORSI, F. *Biens publics, Communs et État: quand la démocratie fait lien*. 2016. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/329504973\\_Biens\\_publics\\_Communs\\_et\\_Etat\\_quand\\_la\\_democratie\\_fait\\_lien](https://www.researchgate.net/publication/329504973_Biens_publics_Communs_et_Etat_quand_la_democratie_fait_lien).

<sup>40</sup> THOMAS, Y. La valeur des choses: le droit romain hors la religion. *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, v. 6, p. 1431-1462, 2002. Se consideraban *res publicae* las vías de comunicación como carreteras, puentes o estructuras de ingeniería, puertos, plazas y basílicas, circos, teatros, mercados y baños termales.

<sup>41</sup> THOMAS, Y. *Les opérations du droit*. Hautes Études; EHESS Gallimard Seuil, 2011. p. 27.

<sup>42</sup> PROUDHON, J.-B. *Traité du domaine public*. Lagier, 1843-1845. Disponible en: <https://odyssee.univ-amu.fr/items/show/252#?c=0&m=0&s=0&cv=0>.

mitad del siglo XIX, que consistió en entregar al Estado la gestión del dominio público *en nombre y para el público (para el pueblo)*. Al momento en que el público se vuelve pasivo, es el inicio del gran movimiento que busca reconocer al Estado la personalidad jurídica y, entonces, la posibilidad de atribuirle un derecho de propiedad sobre los bienes públicos.

Así, desde el principio del siglo XX, nadie (o pocos) cuestionan que las personas públicas tienen un derecho de propiedad, no solo sobre su dominio privado, sino también sobre su dominio público. Esa concepción refuerza la idea de que no hay un dominio público *per se* o por naturaleza que estaría a disposición de la comunidad de los administrados.

Los bienes comunes parecen tener una cierta afinidad con el dominio público, si se les consideran como inmuebles o muebles que no son objeto de un derecho de propiedad exclusivo e individualistas (sin tomar partido sobre la forma jurídica de la comunidad que goza de ellos). En efecto, por una parte, este se estructura en principio por una afectación a la utilidad pública (que puede ser local) y, por otra, por su inalienabilidad (y su imprescriptibilidad). Esas dos características deberían limitar el derecho de propiedad de las personas públicas sobre los elementos de su dominio público, en beneficio de la población.

Por otro lado, en su dimensión procedimental que implica una gestión colectiva o al menos una participación del público en las decisiones que les conciernen, los bienes comunes parecen más alejados del dominio público. Dos aspectos del régimen jurídico del dominio público dificultan el desarrollo de los *bienes comunes*, considerados como bienes poseídos y/o gestionados por una comunidad: se trata de la naturaleza voluntarista de la afectación y del derecho de propiedad de las personas públicas.

Ahora bien, para que los elementos del dominio público puedan acercarse a la condición de *comunes*, la primera idea sería de romper con la concepción voluntarista del dominio público, siendo útil regresar a la doctrina de la primera mitad del siglo XIX y particularmente las de J.-B. V. Proudhon.

Normalmente, un bien que pertenece a la Administración no puede estar afectado a un uso directo del público o a un servicio público sin su voluntad.

Así, los administrados no pueden de modo directo, aunque colectivamente, proceder a la afectación (o desafectación) de un bien al uso directo del público, pues los principios de inalienabilidad (y su imprescriptibilidad) impiden tal evolución.

La Administración, a cargo del bien común (art. 1 CPR y 3 LOCGBAE), debe determinar lo que exige el interés general. En cuanto a la afectación de un bien público a un servicio público, esa decisión depende del poder legislativo y de la Administración porque no existe un servicio público *por naturaleza*. La dimensión voluntarista del dominio público refuerza el control que la Administración ejerce sobre el dominio público.

La segunda idea se relaciona también con la concepción del dominio público defendida por Proudhon. Este descartaba toda idea de propiedad y, en cambio, lo ponía bajo la tutela de la Administración, es decir, bajo el control de la potestad pública. Un *bien común* no significa *ausencia de propiedad*, sino una forma de propiedad que, en lugar de ser concebida como exclusiva, es pensada como inclusiva.

Entonces, entiendo como ilusorio la supresión de la propiedad pública entendida como dominio público (es decir bienes destinados al uso del público o afectado a un servicio público, pero cuya destinación o afectación es decidida por la Administración) y de la propiedad privada, las experiencias de los *bienes comunes*, tal como han sido practicadas en Italia permiten imaginar una gestión *compartida* de ciertos bienes calificados hoy como públicos y/o como privados, que podrían ser recalificados como *bienes comunes*. Se podría idear un régimen jurídico que otorgue cierto poder de veto a las comunidades concernidas por la gestión de ciertos bienes comunales, es decir una co-gestión con la Administración.

En este sentido, la función social de la propiedad no puede ser separada de la noción de uso. La legislación chilena se refiere de manera reiterada a esa noción de uso. Así, el Art. 589 del Código Civil dispone que

se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.

Por su parte, el artículo 1.1.2 de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcción (LGUC)<sup>43</sup> define como espacio público aquél “bien nacional de uso público, destinado a circulación y esparcimiento entre otros.”

En ese contexto, podría resultar interesante reflexionar sobre la introducción de una tercera categoría legal —los bienes comunes urbanos o bienes comunes (urbanos, rurales y/o agrícolas) de uso público— que permita una gestión de proximidad de estos, sin por ello excluir al resto de la población. Algunos teóricos y prácticos de los bienes comunes como Lucarelli, estiman que lo que

falla en la estructura fundadora de la demanialidad, y entonces en las elaboraciones teóricas a las que da lugar, es el vínculo entre bienes demaniales y derechos fundamentales. Hasta ahora, la función social vinculada a la demanialidad ha permanecido sujeta al poder discrecional del *dominus*, del propietario público, más que a los derechos fundamentales que deben protegerse.<sup>44</sup>

Quizás con esta pista de reflexión pueda encontrarse una vía para la satisfacción de los derechos fundamentales de todos y cada uno.

### 4.3 Los bienes comunes pueden favorecer la autonomía de los territorios

Los bienes comunes obligan a enmendar la democracia representativa -y ahondar las instituciones de democracia participativa y deliberativa<sup>45</sup>- a través de mecanismos de participación, que constituyen uno de los aspectos de los derechos fundamentales. En ese sentido, el reconocimiento y la gestión de ciertos bienes, hoy considerados parte del dominio público, como *bienes comunes*, permite cuestionar varios aspectos de este y proponer modificaciones —para nada utópicas— que tienen que ver con la titularidad, el control, la posesión y la gestión de los bienes comunes, lo que sería de la responsabilidad de la colectividad en su conjunto y no de una estructura administrativa, aunque estén previstos mecanismos de participación ciudadana.

Es más, el desarrollo de la participación del público en la toma de decisiones que concierne el dominio público podría permitir evitar que la Administración privilegie demasiado la explotación comercial privada del dominio público en desmedro de su puesta a disposición del público.

Una de las consecuencias de la consagración de la noción de bienes comunes, aunque solo a nivel local (o regional), sería también la posibilidad de redefinir las finalidades, la organización y la gobernanza de varios servicios públicos locales.

Por último, la introducción de modificaciones de esa amplitud permitiría avanzar hacia una concreción del principio de subsidiariedad en beneficio de los entes territoriales chilenos, pero también de los individuos. En ese contexto, el principio de subsidiariedad horizontal aparece como la piedra angular de un nuevo bienestar urbano y completaría y reforzaría también la legitimidad de las autoridades públicas locales<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> CHILE. Ministerio de Vivienda y Urbanismo. *Decreto N° 47 de 1992*. Fija nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. 16 de abril de 1992.

<sup>44</sup> LUCARELLI, A. Biens comuns: contribution à une théorie juridique. *Droit et Société*, v. 98, 2018. p. 143-144. Traducción propia.

<sup>45</sup> ARENA, G.; CORTESE, F. *Per governare insieme*: il federalismo come metodo. Padova: Cedam, 2011.

<sup>46</sup> Algún autor vincula a la subsidiariedad horizontal, algunos procesos complementarios de empoderamiento de la ciudadanía en la definición del interés general que llama “subsidiariedad cotidiana” (IAIONE, Ch. La sussidiarietà quotidiana. *Labsus.org*, 12 lug. 2010.) o “subsidiariedad en las pequeñas decisiones cotidianas” (IAIONE, Ch. Progetto “CAmbieReSti?”. *Labsus.org*, 15 nov. 2008.).

## 5 Conclusión

En definitiva, el interés de la noción de *bien común urbanos* quizás no se manifiesta tanto en la cuestión de la propiedad, sino en la de potestad tutelar. De hecho, la propiedad de un bien cuenta menos que su gobernanza. Parece relevante, a la hora de la discusión constitucional, plantearse la cuestión del reconocimiento de un tercer tipo de propiedad que permita la participación a nivel local y regional sin cuestionar los servicios públicos nacionales de soberanía (Policía, Ejército, asuntos extranjeros, moneda, estado civil, etc.), ni tampoco la existencia de la propiedad privada.

Siguiendo a A. Lucarelli, se propone entonces repensar el modelo demanial a partir de un nuevo enfoque sobre los bienes comunes orientado hacia la satisfacción de los derechos fundamentales y acompañada de una nueva forma de democracia participativa. El dominio público parece constituir un terreno fértil para los *bienes comunes urbanos*, cualquiera sea la manera que se conciban estos.

Ahora bien, quedan muchas preguntas que responder o dificultades para instaurar una gestión compartida entre la Administración y los ciudadanos. Dentro de estas, y no es la menor, se plantea la necesidad y la conveniencia de cambiar las instituciones. Si no es el objetivo, la participación ciudadana corre el riesgo de no ser más que una forma de delegación de los servicios públicos que se hace más aceptable mediante el uso de la retórica de los bienes comunes o más generalmente la de la participación y la comunidad. Esa apreciación podría parecer decepcionante, pero quizás tendría más legitimidad para el conjunto de la población que cuando es gestionada por una empresa privada cuya lógica económica está en contradicción con el movimiento de los comunes.

Por último, no se debe pasar bajo silencio que la mayoría de la experiencias italianas fueron apoyadas por municipalidades de centro-izquierda, lo que deja los diferentes movimientos a la merced de cambios políticos. Eso insta justamente a fortalecer la participación ciudadana y, para ello, quizás pensar en una regulación macro de esa posibilidad de *hacer común*. En ese sentido, los bienes comunes podrían paradójicamente robustecer al Estado.

Sin embargo, la necesidad de inventar una gobernanza democrática de la regeneración urbana<sup>47</sup>, en la que la administración local y los ciudadanos asuman un papel activo y responsable en el cuidado de la “cosa pública” es necesaria y posible como lo han mostrado las experiencias italianas. Se trata de actuaciones capaces de cambiar no sólo las relaciones sociales de comunidades locales, sino también la relación entre los ciudadanos y las autoridades públicas, y de manera complementaria sustituir a la aproximación centralista, cuantitativa y jerárquica de la autonomía municipal, una lógica policéntrica, cualitativa y relacional encarnada en el concepto de bienestar urbano<sup>48</sup>.

El actual estado de avance de los trabajos de la Convención constitucional, permite proyectar la posibilidad de adopción del concepto bienes comunes urbanos. En efecto, a partir del reconocimiento constitucional de los bienes comunes naturales<sup>49</sup>, de la democracia participativa y sus características<sup>50</sup>, así como de los los mecanismos de democracia directa y participación popular<sup>51</sup>, pero también de la participación en la

<sup>47</sup> Ver además del ya citado libro de DI LASCIO, F.; GIGLIONI, F. (ed.). *La rigenerazione di beni e spazi urbani*: contributo al diritto delle città. Il Mulino, 2017.; FONTANARI, E.; PIPERATA, G. (ed.). *Agenda RE\_CYCLE*: proposte per reinventare la città. Il Mulino, 2017.

<sup>48</sup> IAIONE, Ch. “Intorno ai beni comuni: la città come bene comune”, Aedon. *Rivista di Arté e Diritto*, n. 1, 2013. Traducción propia.

<sup>49</sup> Los bienes comunales naturales son mencionados en múltiples normas del borrador de la nueva Constitución chilena aprobadas por el Pleno de la Convención constitucional. Si bien la redacción y presentación final del proyecto de nueva constitución seran bien diferentes del borrador, no se puede eliminar dichas normas o al menos su espíritu del texto final. Solo se pueden armonizarlas. Por el momento, entonces, encontramos mencionados los bienes comunes en los numerales 213, art. 20; 299, art. 12A; 300, art. 12B; 301, art. 12C; 302, art. 12 D; 314, art. 9; 317, art. Nuevo, entre otras.

<sup>50</sup> “§ De la democracia participativa y sus características”, numerales 119, art. 7; 120, art. 2; 121, art. 6 del borrador de la nueva Constitución chilena.

<sup>51</sup> “§ De los mecanismos de democracia directa y participación popular”, numerales 124, art. Nuevo, 125, art. 10 del borrador de

futura comuna autónoma<sup>52</sup> en un segundo tiempo, y en fin del “derecho a la ciudad y al territorio”, pensamos que será posible esbozar un régimen jurídico de los bienes comunes urbanos en Chile<sup>53</sup>. Su definición<sup>54</sup> – “el derecho a la ciudad es un derecho colectivo orientado al bien común y se basa en el ejercicio pleno de los derechos humanos en el territorio, en su gestión democrática y en la función social y ecológica de la propiedad”<sup>55</sup>– abarca diferentes aspectos analizados en ese trabajo y permite ser optimista en cuanto a su concretización próxima.

## Referencias

- ALTAMIRA, R. *Historia de la propiedad comunal*. Analecta Editorial, 2018.
- ANDES ALDAMA, A. M.; APARICIO WILHELMI, M.; HAMOU, D. *Códigos comunes urbanos: herramientas para el devenir-común de las ciudades*. Barcelona: Icaria editorial, 2021.
- ARENA, G.; CORTESE, F. *Per governare insieme: il federalismo come metodo*. Padova: Cedam, 2011.
- BOURJOL, M. *Les biens communaux: voyage au centre de la propriété collective*. LGDJ, 1989.
- CHILE. Ministerio de Vivienda y Urbanismo. *Decreto N° 47 de 1992*. Fija nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. 16 de abril de 1992.
- CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. *Decreto N° 100 de 2005*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 22 de septiembre de 2005.
- CHIRULLI, P. *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*. Disponible en: [https://www.labsus.org/wp-content/uploads/images/M\\_images/Chirulli.pdf](https://www.labsus.org/wp-content/uploads/images/M_images/Chirulli.pdf).
- CORIAT, B. (dir.). *Le Retour des communs: la crise de l'idéologie propriétaire*. Éditions Les Liens qui Libèrent, 2015.
- CORIAT, B. Biens communs (approche économique). In: CORNU, M.; ORSI, F.; ROCHFELD, J. (coord.). *Dictionnaire des biens communs*. 2. ed. Presses Universitaires de France; Humensis, 2017. p. 236-242.
- DELOOZ, B. El dilema de la regionalización chilena: ¿más desconcentralización o “auténtica” autonomía regional? In: BOCKSANG HOLA, G.; LARA ARROYO, J. L. (coord.). *Administración Territorial de Chile: estudios sobre descentralización y desconcentración administrativas*. Thomson Reuters, 2015. p. 107-130.
- DI LASCIO, F.; GIGLIONI, F. (ed.). *La rigenerazione di beni e spazi urbani: contributo al diritto delle città*. Il Mulino, 2017.
- ESPOSITO, R. *Communitas: origen y destino de la comunidad*. Amorrortu, 2012.
- FESTA, D. Biens communs (mouvement social– Italie). In: CORNU, M.; ORSI, F.; ROCHFELD, J. (coord.). *Dictionnaire des biens communs*. 2. ed. Presses Universitaires de France; Humensis, 2017. p. 253-260.

---

la nueva Constitución chilena.

<sup>52</sup> Numeral 178, art. 6 del borrador de la nueva Constitución chilena.

<sup>53</sup> ANDES ALDAMA, A. M.; APARICIO WILHELMI, M.; HAMOU, D. *Códigos comunes urbanos: herramientas para el devenir-común de las ciudades*. Barcelona: Icaria editorial, 2021. Los autores definen los “códigos comunes” como las “herramientas operativas que permiten, a través de su reconocimiento institucional, el refuerzo y la promoción de esos procesos de comunalidad urbana con capacidad de generar un «cuerpo político» colectivo y de repensar los derechos sociales desde la perspectiva de lo común. Esta transformación requiere el desarrollo de teorías y prácticas capaces de proteger el valor social de los recursos, reconocer a los sujetos colectivos y sus derechos, incorporar el pluralismo jurídico y enriquecer de este modo los procesos democráticos.” p. 24-25.

<sup>54</sup> La expresión misma de “derecho a la ciudad” nos remite invariablemente a la obra fundadora de LEFEBVRE, H. *Le droit à la ville*. Paris: Anthropos, 1968.; LEFEBVRE, H. *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Ediciones Península, 1969.

<sup>55</sup> Numeral 272, art. 7 del borrador de la nueva Constitución chilena.

- FESTA, D. La creatività del comune. In: BERNARDI, C.; BRANCACCIO, F.; FESTA, D.; MENNINI, B. M. (dir.). *Fare Spazio: pratiche del comune e diritto alla città*. Mimesis Edizione, 2015.
- FONT I LLOVET, T. De la autonomía local al poder de las ciudades: instituciones del federalismo. *Rivista di Studi Giuridici e Politici*, anno 40, n. speciale, p. 115-134, 2019.
- FONTANARI, E.; PIPERATA, G. (ed.). *Agenda RE\_CYCLE: proposte per reinventare la città*. Editore Il Mulino, 2017.
- GIANNINI, M. S. *Diritto pubblico dell'economia*. Bologna, 1977.
- GIANNINI, M. S. *I beni pubblici*. Roma, 1963.
- GROSSI, P. *La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale: introduzione ai lavori*. 2011. Disponibile em: [https://www.autistici.org/nascere/iberi/grossi\\_pro.pdf](https://www.autistici.org/nascere/iberi/grossi_pro.pdf).
- HALPÉRIN, J.-L. Fonction sociale de la propriété. In: CORNU, M.; ORSI, F.; ROCHFELD, J. (coord.). *Dictionnaire des biens communs*. 2. ed. Presses Universitaires de France; Humensis, 2017. p. 1136-1142.
- HARDT, M.; NEGRI, A. *Asamblea*. Akal, 2019.
- HARDT, M.; NEGRI, A. *Imperio*. Paidós, 2002.
- IAIONE, Ch. "Intorno ai beni comuni: la città come bene comune", Aedon. *Rivista di Arté e Diritto*, n. 1, 2013.
- IAIONE, Ch. La sussidiarietà quotidiana. *Labsus.org*, 12 lug. 2010.
- IAIONE, Ch. Progetto "CAmbieReSti?". *Labsus.org*, 15 nov. 2008.
- IAIONE, Ch.; CHIRULLI, P. *La Co-città: diritto urbano e politiche pubbliche per la rigenerazione urbana l'innovazione sociale l'economia collaborativa e i beni comuni*. Napoli: Editorial Jovene, 2019.
- ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Unite, 14 febbraio 2011, n° 3665.
- ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Unite, 16 febbraio 2011, n° 3811.
- ITALIA. Corte Suprema di Cassazione. Sezione Unite, 18 febbraio 2011, n° 3938.
- LAVAL, C.; DARDOT, P. *Común: ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*. Gedisa, 2015.
- LINEBAUGH, P. *El Manifiesto de la Carta Magna: comunes y libertades para el pueblo*. Traficantes de Sueños, 2013.
- LLOREDO ALIX, L. Bienes comunes. *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, v. 19, p. 214-236, 2020.
- LUCARELLI, A. Biens communs: contribution à une théorie juridique. *Droit et Société*, v. 98, 2018.
- LUCARELLI, A. *La democrazia dei beni comuni*. Laterza, 2013.
- LUCARELLI, A. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. *Quale Stato*, v. 1, p. 87-98, 2007.
- MATTEI, U. *Beni comuni: un manifesto*. Roma-Bari: Laterza, 2011.
- MATTEI, U.; REVIGLIO, E.; RODOTÀ, S. *I beni pubblici: dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2010.
- MÍGUEZ NÚÑEZ, R. De las cosas comunes a todos los hombres: notas para un debate. *Revista Chilena de Derecho*, v. 41, n. 1, p. 7-36, 2014.
- MONE, D. Commission Rodotà (Italie). In: CORNU, M.; ORSI, F.; ROCHFELD, J. (coord.). *Dictionnaire des biens communs*. 2. ed. Presses Universitaires de France; Humensis, 2017. p. 421-426.

- MORAND-DEVILLER, J. Biens communs et fonction sociale de la propriété: le rôle des collectivités locales. *Petites Affiches*, v. 14, n. 111, 2014.
- ORSI, F. *Biens publics, Communs et État: quand la démocratie fait lien*. 2016. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/329504973\\_Biens\\_publics\\_Communs\\_et\\_Etat\\_quand\\_la\\_democratie\\_fait\\_lien](https://www.researchgate.net/publication/329504973_Biens_publics_Communs_et_Etat_quand_la_democratie_fait_lien).
- OSTROM, E. *El gobierno de los bienes comunes: la evolución de las instituciones de acción colectiva*. Fondo de Cultura Económica, 2011.
- OSTROM, E. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press, 1990.
- PIPERATA, G. La città oltre il Comune: nuovi scenari per l'autonomia locale, istituzioni del federalismo. *Rivista di Studi Giuridici e Politici*, anno 40, n. speciale, p. 135-147, 2009.
- PROUDHON, J.-B. *Traité du domaine public*. Lagier, 1843-1845. Disponible en: <https://odyssee.univ-amu.fr/items/show/252#?c=0&m=0&s=0&cv=0>.
- RANOCCHIARI, S.; MAGER, Ch. Bologne et Naples au prisme des biens communs: pluralité et exemplarité de projets de gestion «commune» de l'urbain. *Développement Durable et Territoires*, v. 10, n. 1, 2019. Disponible en: <http://journals.openedition.org/developpementdurable/13238>.
- REXROTH, K. *Communalism: from its origins to the twentieth century*. Continuum Books, 1974.
- SAUVÊTRE, P. Quelle politique du commun?: les cas de l'Italie et de l'Espagne. *SociologieS Dossiers*, 19 oct. 2016. DOI: <https://doi.org/10.4000/sociologies.5674>.
- SCHNEIDER, N. On the lam with bank robber Enric Duran. *Vice*, 2015. Disponible en: <https://www.vice.com/read/be-the-bank-you-want-to-see-in-the-world-0000626-v22n4>.
- SERRA, A.; SOLE, J. *Entrevista con Ariadna Serra et Joan Solé (con F. Sultan)*. 2014. [1 video]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=UTCAnk0HrHs&feature=youtu.be>.
- SUBIRATS, J. Todo se mueve: acción colectiva, acción conectiva: movimientos, partidos e instituciones. *Revista Española de Sociología*, v. 24, p. 123-131, 2015.
- TASSIN, E. De la subjetivación política: Althusser/Rancière/ Foucault/Arendt/Deleuze. *Revista de Estudios Sociales*, v. 43, p. 36-49, 2012.
- THOMAS, Y. La valeur des choses: le droit romain hors la religion. *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, v. 6, p. 1431-1462, 2002.
- THOMAS, Y. *Les opérations du droit*. Hautes Études; EHESS Gallimard Seuil, 2011.
- VERGARA VIDAL, J. Bienes comunes urbanos: una aproximación inicial. *Diseño Urbano y Paisaje*, v. 9, n. 23, p. 1-15, 2012.
- VON GIERKE, O. *Das deutsche genossenschaftsrecht: rechtsgeschichte der deutschen genossenschaft*. Weidmannsche Buchhandlung, 1868. v. 1.





CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Repensar a democracia:** a hipótese da democracia aleatória revisitada

**Rethink democracy:** the random democracy hypothesis revisited

Deo Campos Dutra

Eduardo F. de Oliveira Jr.

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Repensar a democracia: a hipótese da democracia aleatória revisitada\*

## Rethink democracy: the random democracy hypothesis revisited

Deo Campos Dutra\*\*

Eduardo F. de Oliveira Jr.\*\*\*

### Resumo

O artigo tem por escopo traçar um panorama preliminar de elementos da democracia hodierna, seus moldes e estruturas representativos, bem como os obstáculos modernos, tais quais a influência e a manipulação da mídia e de todo o campo semiótico — considerando-se o crescimento das notícias falsas; a conversão dos indivíduos em espectadores e consumidores, ao invés de cidadãos, que escolhem representantes na ânsia de não decidirem, e a influência contemporânea do neoliberalismo e do neocolonialismo, como forças políticas modificadoras das formas da democracia e da subjetividade. Nesse cenário, verifica-se, por meio do estudo, se o modelo arcaico da democracia aleatória poderia resolver alguns desses obstáculos, ampliando as possibilidades democráticas. Trata-se de uma pesquisa inicial, baseada no método fenomenológico, usando a análise bibliográfica e documental, com objetivo exploratório.

**Palavras-chave:** democracia aleatória; teoria do direito; sociologia jurídica; filosofia do direito.

### Abstract

The paper aims to provide a preliminary overview of elements of modern democracy, its representative molds and structures, as well as modern obstacles, such as the influence and manipulation of the media and the entire semiotic field - bearing in mind the growth of the fake news; the conversion of individuals into spectators and consumers, instead of citizens, who choose representatives in the anxiety of not deciding, considering the contemporary influence of neoliberalism and neocolonialism, as political forces that modify the forms of democracy and subjectivity. In this scenario, the study will verify whether the archaic model of random democracy could solve some of these obstacles, expanding democratic possibilities. This is an initial research, based on the phenomenological method, using bibliographic and documental analysis, with an exploratory objective.

**Keywords:** random democracy; theory of law; sociology of law; philosophy of law.

\* Recebido em 11/05/2021

Aprovado em 07/02/2022

\*\* Doutor em Direito pela Université Paris Ouest Nanterre la Défense (Paris X) e pela PUC-Rio. Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Mestre em Direito Comparado pela Universidade Paris 1 – Pantheon-Sorbonne. Pós-doutorado pela École Normale Supérieure/Paris. Professor e coordenador de pesquisa na Faculdade de Direito Doctum (Juiz de Fora, MG, Brasil). E-mail: deo\_campos@yahoo.com.br

\*\*\* Especialista em Metodologia do Ensino de Filosofia e Sociologia pela Faculdade São Luís (2018); Bacharel em Direito pela Faculdade Doctum de Juiz de Fora-MG (2017); Advogado e Compositor. E-mail: efojr@outlook.com

# 1 Introdução

Nos últimos séculos, num processo de globalização paulatino, inclusive da política, existiram transmutações do próprio conceito de democracia, largamente universalizado<sup>1</sup>. Se na Grécia do período clássico da Antiguidade, a essência da cidadania era restringida por barreiras de nacionalidade, de gênero e quesitos socioeconômicos, nas revoluções da história, amparados pelo método histórico-dialético, percebemos a metamorfose da democracia, na extinção do voto aberto, na conquista do direito à cidadania pelas mulheres, na supressão do voto censitário por aspectos socioeconômicos, entre outros<sup>2</sup>.

Contudo, com o advento das tecnologias digitais e da amplificação da comunicação, essencial à ciência política, uma vez que, desde o percebido na Antiguidade, a oratória e a capacidade de convencimento pela palavra guardam a mais alta das possibilidades civilizacionais<sup>3</sup>, atingimos uma era de densa modificação nas estruturas básicas da democracia, ou seja, a da manipulação do voto, não pela coação advinda da subordinação, mas pelo uso da tecnologia como instrumento de desinformação, com o emprego de todo um campo semiótico, capaz de modificar e/ou adulterar resultados dos processos democráticos pela disseminação das, já notórias, notícias falsas<sup>4</sup>, que permeiam as considerações da pesquisa como instrumentos *domesticantes*.

Para tanto, verifica-se a influência da concentração do capital, fruto de políticas exploratórias típicas do neoliberalismo e do neocolonialismo, cujo cerne financia a obtenção dos resultados desejados pelas castas dominantes, de modo a manter a *superestrutura* intocada, retroalimentada pela *infraestrutura*<sup>5</sup> que se submete e legitima-a, sujeita aos meios comunicativos digitais, como a propaganda, pela própria vontade de uma cidadania aparente, num ciclo confirmativo do desenho estrutural percebido por Pierre Bourdieu<sup>6</sup>, em que as políticas predatórias se utilizam dos meios — e falhas — da tecnologia da comunicação para exercer o papel manipulador, não pela coerção, mas pela indução.

Essa manutenção *manipuladora* dos caminhos de desenvolvimento de um Estado, preliminarmente, só parece possível em razão de sistemas democráticos representativos, em que, em verdade, o maior estrato social se encontra sub-representado nos Poderes e no exercício das atribuições do Estado, o que é incompatível com a própria democracia encontrada em sua forma originária, pois, desse modo, converte a vida pública em profissão, em que o cidadão, excetuado por raros momentos participativos, está restrito ao papel de espectador de um espetáculo sob o qual não exerce maiores influências, como nos esclarece as pesquisas elaboradas no trabalho de Guy Debórd<sup>7</sup>.

Na essência da democracia, em seu radical grego, a figura do político profissional era impensável, não apenas porque a democracia, em seu âmago, pertence à turba das praças, mas, além, porque as funções equiparadas, ao que modernamente designamos por Estado, revezavam-se entre os cidadãos, de modo aleatório, por breves períodos, em que todos exerciam influência política nos rumos sociais, para além do estardalhaço estéril que hoje se vislumbra na política global, na busca por algum espaço de voz de determinadas camadas,

<sup>1</sup> Sobre o tema: HELD, David. Democracy and Globalization. *Global Governance*, n. 3, p. 251-267, 1997.

<sup>2</sup> Mais detalhes em: DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora UNB, 2001; CANFORA, Luciano. *La Democracia: história de uma ideologia*. Barcelona: Critica, 2004.

<sup>3</sup> Trata-se da dupla definição do animal humano, pela ótica aristotélica, enquanto *zôon politikon* e *zôon lógon ékbon*, que distingue o homem grego civilizado dos bárbaros. Os bárbaros dominam pela sujeição e pela violência, enquanto os gregos dominam pelo discurso e pela vida na *pólis*, influenciando-a e conduzindo-a. ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 49.

<sup>4</sup> Sobre o tema, indica-se o trabalho de Persily. PERSILY, Nathaniel. The 2016 U.S. election: can democracy survive the internet? *Journal of Democracy*, v. 28, n. 2, p. 63-76, abr. 2017.

<sup>5</sup> Os conceitos de superestrutura e infraestrutura são notados conforme o pensamento de Marx e Engels, em Ideologia Alemã, em convergência com a ideia de sociedade estruturada e estruturante, de Pierre Bourdieu. Contudo, considerando-se o processo de desenvolvimento político-social não apenas pelo prisma econômico. Para uma leitura marxista do Direito, inter-relacionando seu papel com os conceitos aqui abordados, indica-se: COLLINS, Hugh. *Marxism and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

<sup>6</sup> BOURDIEU, Pierre. *Campo de poder, campo intelectual: itinerário de um conceito*. Buenos Aires: Montessor, 2002.

<sup>7</sup> DEBÓRD, Guy. *The society of the spectacle*. Nova Iorque: Zone Books, 1995.

facilmente suprimidas pela política das castas representativas, majoritariamente determinada pelo poderio econômico, que determina a comunicação, a propaganda e o (*con*)senso comum.

Havendo, no cenário global, tão forte influência do capital sobre os meios digitais de comunicação, que especulam o modo comportamental da ação política, num sistema representativo democrático, de aparência democrática, mas subordinado às forças externas<sup>8</sup>, seria possível transpassar tais barreiras que obstam a democracia, em sua plenitude, por um modelo democrático aleatório? Esse sistema seria capaz de melhor representar as parcelas da população, nesse contexto, sem as vicissitudes neoliberais que se contrapõem aos direitos humanos, fundamentais e sociais, apresentando indícios mínimos para a consideração de sua implementação em teste?<sup>9</sup>

Em busca de debater a questão, elencam-se, em primeiro momento deste trabalho, aspectos recorrentes das democracias nos moldes mais usualmente encontrados modernamente, sua sujeição à estruturação e reestruturação em ciclo, a sujeição dos meios às forças de domínio do capital e dos processos de colonialismo, influências do *lobby* e outros elementos que deságuam no eleitor convertido em espectador da democracia, bem como na crise de representatividade e insatisfação verificada nas democracias em seu modelo representativo.

Num segundo momento, pretende-se uma análise de características da democracia aleatória e seu legado desde a noção arcaica ateniense, buscando elementos indicativos de compleição bastante a servir como instrumento, de modo auxiliar ou autônomo, de amplificação democrática, elencando as hipóteses de questões que podem sanar ou causar, cogitativamente, sempre que possível.

Esse percurso, evidentemente, não pretende exaurir o tema. Tampouco pretendemos definir, desde já, uma adesão entre este ou aquele modelo. Nosso intuito principal é, substancialmente, iniciar um debate que, em que pese extremamente relevante, ainda é pouco elaborado no campo do direito. Na investigação a respeito dessa questão, adota-se o método fenomenológico, por análise bibliográfica e documental, com objetivo exploratório, visando elucidar os indicativos mínimos que possam fundar estudo empírico futuro.

## 2 Democracia representativa eleitoral e os seus óbices contemporâneos

Que as democracias contemporâneas estão em colapso — ou em vias de tal — não somente é uma questão já percebida há muito, mas também largamente debatida<sup>10</sup>. Paradoxalmente à expansão de regimes democráticos no mundo nas últimas décadas<sup>11</sup>, e crescente aceitação de tal modelo, estes se espalham

<sup>8</sup> Sobre as contradições entre democracia e capitalismo: STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. *Novos estudos* – CEBRAP, São Paulo, n. 92, p. 35-56, 2012.

<sup>9</sup> É importante ressaltar, desde já, que compreendemos a complexidade do fenômeno do neoliberalismo, hoje entendido para além da sua feição caracterizada como sistema econômico. Entendemos que o neoliberalismo é capaz de atuar como verdadeira fábrica de um novo tipo de sujeito, o neoliberal, e revela “uma condição nova do homem, a qual, para alguns, afetaria a própria economia psíquica.” Essa alteração profunda da subjetividade humana impacta seriamente os tópicos analisados neste trabalho, mas não será aqui abordada em razão dos limites da problemática proposta, devendo ser pensada como um risco sistêmico em com qualquer modelo democrático. LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 321.

<sup>10</sup> Seria impossível listar todos os estudos sobre a democracia. Calha-nos a classificação ampla de Dahl, entendendo-os em três grandes grupos, sendo o primeiro composto por aqueles que se contrapõem à própria essência democrática, tal qual Platão, pois, em sendo viável é, ela, antes, indesejável. Num segundo grupo, os autores que acreditam que o modelo é recomendável, mas pragmaticamente impossível e, por fim; um terceiro grupo, favorável à ideia da democracia e sua manutenção, mas que traçam suas críticas construtivas sob os pontos falhos, visando melhorias no modelo. Os dois primeiros grupos, Dahl classifica como críticos de oposição, enquanto o terceiro como críticos favoráveis. DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 3.

<sup>11</sup> DESILVER, D. Despite global concerns about democracy, more than half of countries are democratic. *Pew Research Center*, 2017. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/05/14/more-than-half-of-countries-are-democratic/> Acesso em: 16 set. 2021.

baseados nos moldes do pensamento dos centros coloniais, tal qual o desenho de Dussel<sup>12</sup>, sujeitando-se às críticas ao universalismo europeu, e também de outros centros coloniais, não considerando as características político-culturais idiossincráticas da periferia do globo, ao Sul, tal qual traçado por Wallerstein<sup>13</sup>. Da mesma maneira, partem de premissas datadas do iluminismo, o que podem indicar fundamentos, tanto para as instabilidades democráticas no Sul quanto para a insatisfação de cidadãos com a democracia, crescente, conforme amostragem do Bennet Institute<sup>14</sup>. Nesse sentido, como intrigante sintoma desse fenômeno se revela no contexto corrente, globalizado e *superficializado* pelas teias de inteligência artificial, com predomínio da comunicação digital?

Para partir em busca da compreensão de tal questão, de modo a verificar no campo teórico a problemática suscitada, é preciso conceber que o referencial teórico é analisado pelo modo como o fenômeno da democracia se revela em diferentes contextos e percepções. Para uma melhor compreensão, pensemos, alegoricamente, considerando os autores enquanto antenas captando diferentes frequências de hertz do mesmo fonograma — a democracia —, preponderando a sujeição das amostras às distorções pelo isolamento, tal qual acontece na física ondulatória, isto é, alguns percebem as frequências baixas, abaixo dos 250 Hz, outros, as médias, na casa dos 650 Hz, outros, ainda, as médias altas, acima dos 2 kHz.

Por esse entendimento, pode-se, igualmente, oscilar entres as frequências perceptivas, ou interpretá-las com parcial incorreção, ou distorção da amostra, sem comprometer a contribuição científica. Para uma perfeita ruptura do *vén de Maya* e alcance da cognição plena, faz-se necessário ouvir todas as frequências juntas, porém, dada a impossibilidade humana para tal feito, pretendemos reunir as frequências que, enquanto revolucionárias, revelam-se às nossas antenas, no maior espectro possível, em busca de perceber as maiores faixas de hertz possível, nesse contexto, de globalização, domínio da comunicação digital, sujeito ao neoliberalismo e neocolonialismo, com ênfase no contexto latino-americano, com mirar pós-colonial. Mantenhamos essa metáfora em mente.

Como grande parte dos fenômenos sociais, a fratura funcional do modelo democrático<sup>15</sup> se revela à cognição enquanto um fenômeno multifacetado. Dentre outros aspectos, podemos, preliminarmente, enumerar como causas colaborativas desse colapso uma mentalidade construída no individual social de “*decidir para não decidir*”, ou seja, a conversão em massa de cidadãos em espectadores, vertidos ao “*não pensar*”; num segundo prisma, o controle da comunicação e propaganda, termos que, no campo pragmático, imbricam-se de tal sorte que aqueles que exercem domínio dos meios de comunicação conseguem perpetrar seus ideários — fundados em fatos ou ficções — de modo a exercer controle, também, sobre as faculdades individuais em termos políticos, sociais e psíquicos, influenciando, inclusive, os aspectos do mundo físico, como a estética.

Para além dessas duas primeiras peças desse quebra-cabeça do declínio da democracia, outro ponto que devemos observar é a ascensão do populismo, especialmente enquanto pretensa resposta à ineficiência do Estado, corroborando o terreno psíquico, refletindo-se no plano físico, para as rupturas democráticas, especialmente quando configuradas na insuflação de um inimigo, no palanque oposto, numa política de facções<sup>16</sup>, em que a representação dos interesses comuns é substituída por aqueles que nem sempre se revelam

<sup>12</sup> DUSSEL, E. D. *Filosofia da libertação na América Latina*. 2. ed. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977.

<sup>13</sup> WALLERSTEIN, I. M. *Universalismo europeu: el discurso del poder*. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 2007.

<sup>14</sup> CENTRE FOR THE FUTURE OF DEMOCRACY. *Global Satisfaction with Democracy 2020*. 2020. Disponível em: [https://www.cam.ac.uk/system/files/report2020\\_003.pdf](https://www.cam.ac.uk/system/files/report2020_003.pdf) Acesso em: 16 set. 2020.

<sup>15</sup> E, para um panorama dos muitos modelos potenciais de democracia, recomenda-se a leitura de HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987. Com ênfase nos gráficos do modelo por sorteio ateniense, para melhor compreensão. Também, acerca dos modelos hodiernamente aplicados no globo, indica-se: AREND, Lijphart. *Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries*. New Haven: Yale Press University, 1999. Ainda que, em contexto anterior à propagação das novas mídias digitais, onde é possível encontrar, na obra de Held, inclusive as proposições de Rousseau acerca da possibilidade de sorteio, igualmente pensada em contexto anterior à ascensão da era digital global que, porém, podem de algum modo corroborar à compreensão e crítica do presente estudo.

<sup>16</sup> Salienta-se que a oposição é elemento fundamental do jogo democrático, o que se aponta enquanto indicativo do declínio democrático é a insuflação da força política opositiva como inimigo no campo imaginário coletivo. Numa aperfeiçoada democracia,

à consciência, na manutenção do modelo, enquanto um processo linear, sujeito aos interesses privados em detrimento dos públicos. Como última faceta, que analisaremos preliminarmente, revela-se a determinação do capital e a influência do neoliberalismo e neocolonialismo, enquanto controladora dos fenômenos anteriores, uma vez considerando a disparidade da força econômica.

Acerca do primeiro aspecto, entre os plurais feixes fenomenológicos apontados, Chomsky<sup>17</sup> relata a percepção de Lippmann<sup>18</sup>, em relação à alteração da arte e da democracia, denominada como “*construir o consenso*”, assentada em um pensamento liberal, pelo emprego das ferramentas de comunicação, como a propaganda e a mídia. Por tal meio, divide-se a população entre uma casta minoritária que exerce o domínio político, social, cultural e ideológico; e outra, majoritária, cujo papel social é de mero espectador da política, transferindo o poder de exercício da cidadania para um líder. Nesse ponto, podemos verificar a estreita ligação entre uso da comunicação como ferramenta de manipulação de um consenso e a construção do cultivo da figura pessoal de um líder, enquanto os assuntos comunais são olvidados pelo “rebanho desorientado”, alheio.

O contexto do qual Chomsky<sup>19</sup> escreve é dos fins da década de 1990, em que o domínio da mídia se dava, sobretudo, pela imprensa tradicional, televisão e cinema, quando a Internet começava a se popularizar e seu alcance era, ainda, imprevisível. No contexto hodierno, podemos apurar que essa tecnologia amplificou e acelerou o alcance e os efeitos da comunicação<sup>20</sup>, também no sentido de produção artificial do consenso das massas.

Trinta anos antes, contudo, quando os televisores começavam se popularizar, num cenário de reestruturação da Europa pós Segunda Guerra, em 1967, Guy Debórd<sup>21</sup> apresentou suas formulações sobre as relações sociais interpessoais intermediadas por imagens — porquanto, a estas suscetíveis —, sendo esta sua definição de espetáculo. Este, ainda, enquanto algo que é a própria sociedade, no mesmo passo que é parte dela — contém e está contido —, como instrumento de unificação social<sup>22</sup>, na predileção pela imagem projetada da realidade, em detrimento da realidade em si, um mecanismo de negação, culminando na percepção de que aqueles que controlam as imagens dominam as massas dessa sociedade *espetacularizada*<sup>23</sup>.

Na sociedade do espetáculo, tal qual como a encontramos no século XXI, não é absurdo tomar as lições de Umberto Eco<sup>24</sup>, e compreender que, muito além das imagens, esse intermédio se dá no campo, tanto dos

---

é mais justo o termo oposições, o mais plural possível. Sobre o tema: PALMEIRA, Moacir; HERADIA, Beatriz M. Alasia. *Política ambígua*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: NUAP, 2010.

<sup>17</sup> CHOMSKY, Noam. *Media control: the spectacular achievements of propaganda*. Nova Iorque: Seven Stories Press, 1997. p. 11-12.

<sup>18</sup> É sobre as teorias de Walter Lippmann que se constituiu agenda neoliberal, afastando-se do *laissez-faire* do liberalismo clássico, com vistas à manutenção do estabelecimento político por outras ferramentas de controle, como a propaganda, de modo a manter o maior estrato social apartado das decisões, afunilando em formato piramidal o poder, num cenário onde Estado e grupos sociais são enfraquecidos, de modo a satisfazer os interesses do capital. LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 71-100.

<sup>19</sup> CHOMSKY, Noam. *Media control: the spectacular achievements of propaganda*. Nova Iorque: Seven Stories Press, 1997.

<sup>20</sup> Analisando os efeitos e o alcance das tecnologias digitais de comunicação, Derick de Kerckhove contribui para esse entendimento KERCKHOVE, Derick. Da democracia à ciberdemocracia. In: DI FELICE, Massimo (org.). *Do público para as redes*. São Caetano do Sul: Difusão, 2008. p. 127.

<sup>21</sup> DEBÓRD, Guy. *The society of the spectacle*. Nova Iorque: Zone Books, 1995.

<sup>22</sup> Consideremos que, tanto a ideia de unificação como a de verticalização, tão evidentes nos Estados, mesmo sobre a órbita democrática, é, conforme a lição da antropologia, estranha aos povos originários periféricos, típicas do centro colonizador. Conforme Clastres, entre os povos indígenas, havia uma luta contra essa unificação e verticalização sob a qual o Estado se funda. CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982. p. 132-152; Essa obsessão com unificação se mostra inexistente no contexto africano, conforme a análise de Evans-Pritchard sobre os Nuer, em que o sistema político é, ao oposto de centrífugo, segmentado e opositivo, havendo junções em razão das circunstâncias. Cf. EVANS-PRITCHARD, E. E. *Os Nuer: uma descrição do modo de subsistência e das instituições políticas de um povo nilota*. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 154. De tal sorte, a percepção do uso da unificação como ferramenta de normalização e controle social, tal qual apurado por Foucault parece a mais acertada nesse contexto. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

<sup>23</sup> Essa temática, aliás, em sentido convergente ao apurado por Debórd, é notável no filme clássico de Orson Welles, Cidadão Kane, de 1941.

<sup>24</sup> ECO, Umberto. *Tratado de semiótica general*. Barcelona: Lúmen, 2000. p. 18-19.

signos, daquilo que se revela à consciência de modo a ser significado, como no campo da comunicação, ou seja, como os signos são produzidos de modo a produzir significados, capazes de “produzir fisicamente expressões e diferentes fins práticos”. Assim, as intermediações não se dão exclusivamente por imagens, mas também por sons, gestos, formas e tudo que se revela aos sentidos e que possuem significados atribuídos num contexto, entendendo-se o objetivo e os fins almejados desde sua fabricação<sup>25</sup>.

Com a expansão contínua da Internet e das mídias sociais, a magnitude dessa exposição e intermediação por signos nos atinge com cada vez mais velocidade, onde quer que se esteja e, sendo os signos sujeitos à significação da consciência, é cada vez mais complexo perceber o campo da comunicação, desatrelado do signo percebido, revelando à percepção o objetivo daquela forma de linguagem para além da significação.

É nesse campo que se desenvolve a propaganda, que há sempre de ser objeto de estudo das ciências sociais aplicadas. Quando Chomsky<sup>26</sup> diz que: “a propaganda política está para uma democracia assim como o porrete está para um Estado totalitário.”, descerra o modo especulativo da comunicação social com vistas a determinar os rumos sociais, sendo a democracia suscetível, formando-se as bases para a dita “construção do consenso”, que afasta a capacidade de pensar e de agir, tornando o maior estrato social inerte<sup>27</sup>.

Essa ideia de um campo de significados, com o escopo de fabricar um consenso e unidade, é um fenômeno já visto, em outras vestes, com a potencialidade de romper com tradições democráticas, como percebido por Hannah Arendt no uso da propaganda<sup>28</sup> como ferramenta de sectarismo social, de construção do consenso, ou melhor, do senso comum. Empregando técnicas de fácil memorização, o objetivo final não é outro senão a inflexão da capacidade de autodeterminação do campo perceptivo, de modo que aquilo que o indivíduo necessita para viver em sociedade já lhe foi entregue por jargões, bastando a repetição do previamente pensado, num processo que ruína da via pública, da democracia representativa, como fizera com a República de Weimar, culminando com a democrática escolha ao totalitarismo, não inédita ou única na história, ainda que as bases constitucionais jamais fossem revogadas.

Complementa e culmina esse processo o fenômeno percebido por Slavoj Žižek, de cidadãos esvaziados. Postos na condição passiva, enquanto sujeitos que não objetivam decidir, apenas mantêm a aparência de que decidem, dado que a vontade, na democracia representativa, tem, em seu âmago, um processo de sujeição e transferência de poder que transforma a “vontade em não vontade”, e a passa para alguém que a exerce em seu nome. Em suma, sob a aparência de que decide, o sujeito aguarda, passivamente, que o representante decida por ele<sup>29</sup>.

Em nosso século, onde encontramos a intermediação pelo campo da significação elevado à potência dilacerante da tecnologia, numa escala geométrica, observamos a amplificação da capacidade de processamento de dados, por fórmulas irresolúveis pela capacidade humana<sup>30</sup> que propiciam ao campo comunicativo, na fabricação dos signos significáveis, uma adequação a quem interpretará cada forma de linguagem.

<sup>25</sup> Também sobre o tema: BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. São Paulo: Cultrix, 1971.

<sup>26</sup> CHOMSKY, Noam. *Media control: the spectacular achievements of propaganda*. Nova Iorque: Seven Stories Press, 1997. p. 16.

<sup>27</sup> Importante apontar que o fato de os cidadãos comparecerem às urnas regularmente para eleições não lhes remove a condição de passividade, apenas atendendo ao estímulo da comunicação e propaganda, tal qual, paradigmaticamente, um consumidor atende às ofertas veiculadas na mídia em ocasiões como um “*black Friday*”, ou a “*fan-meetings*”, com artistas, sem possuir mecanismo efetivo de influência nos parâmetros, programas e políticas, posto, majoritariamente, na condição passiva com aquele espasmo eleitoral que legitima as democracias modernas, retornando ao estado inerte e de consumidor-espectador, conforme verificado em Chomsky e Debórd.

<sup>28</sup> Hannah Arendt analisava, especificamente, a propaganda num contexto de ascensão totalitária que, muito embora seja um regime com características absolutamente próprias, num cenário democrático, como era a, então, analisada República de Weimar, dos anos de 1930, minam a capacidade da representação política, num processo de divisão entre a capacidade de pensar e a faculdade de agir. É nesse ponto que converge para a formação de um consenso e divisão de uma casta dominante politicamente e outra passiva, na condição de rebanho. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 23-28.

<sup>29</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 115.

<sup>30</sup> LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 36.

É nesse campo que se desenrola um dos mais complexos dilemas das democracias na modernidade social intermediada pelos signos, em especial digitalmente veiculados: os falsos signos, ou as notícias falsas, que inculcam opiniões na massa de modo a determinar os resultados dos processos eleitorais.

No contexto de mídias comunicativas digitais diretas, como comunicadores, que possibilitam esquemas de compartilhamento de mensagens em moldes piramidais<sup>31</sup>, Nathaniel Persily<sup>32</sup> evidencia como a análise de dados pessoais nas redes sociais permite uma adequação da linguagem, identificando os pontos mais suscetíveis de um estrato social.

Quando expostos às notícias falsas, são preponderantes, por exemplo, aspectos como a velocidade de propagação sem contradição, a quantidade de indivíduos alcançados e a propensão à crença na imagem, enquanto linguagem, ignorando a realidade, propositalmente ocultada do campo de significação. É sob essa influência que os mais recentes processos eleitorais se deram e onde a democracia representativa se vê desfigurada.

Ainda que se verifique a potencialidade da checagem de fatos e a capacidade de grupos digitalmente alfabetizados, ou, com maior hábito com as ferramentas digitais e canais de propagação de falsas significações, distinguir a realidade<sup>33</sup>, é importante considerar que, mesmo os sistemas de verificação de informações se submetem a ferramentas de interpretação da realidade muitas vezes baseadas em noções coloniais, desde a universalização de conceitos, ideia e métodos do centro colonial, quando pensado no contexto do Sul, conforme verificado em Wallerstein<sup>34</sup> e Dussel<sup>35</sup>, bem como, se submetem ao ciclo estruturado e estruturante das estruturas sociais.<sup>36</sup>

Arendt<sup>37</sup> explicita os moldes traçados pelo autor tcheco Pavel Kohout, no período posterior à Primavera de Praga, abordando a definição de “cidadão livre”, enquanto um “cidadão co-governante”, no modelo da democracia participativa, muito falado naqueles fins dos anos de 1960 e, posteriormente, com seu conceito largamente difundido no Ocidente. Contudo, considerando os avanços tecnológicos do tempo, décadas antes do advento das comunicações digitais, Kohout observou o risco da transformação do ser humano em um animal domesticado, regido por uma elite, subordinada aos conselhos de assessores intelectuais e *think tanks*, na posição de pensadores, e crendo que computadores são capazes de pensar.

Talvez as antenas de percepção fenomenológica dos autores já previssem, quase meio século antes, o que nos alcança em nossa realidade, de óbice aos modelos de democracia participativa e eleitoral, com a influência da linguagem domesticando o pensar e agir, enquanto *ζῷον πολιτικόν*, com o alcance dessas intermediações sociais amplificadas pela tecnologia e ferramentas de alteração da realidade, desenhadas sob medida, de modo a controlar cada indivíduo com toda sua idiossincrasia.

Reybrouck<sup>38</sup> evidencia outros fenômenos obstante dos modelos democráticos que nos alcançam, ao apontar que, de acordo com pesquisas em escala internacional, há um entusiasmo e confiança de o modelo democrático ser a melhor maneira de se conduzir um país, embora haja verificável desconfiança com o modelo. O autor exemplifica a desilusão percebida em vários países do antigo bloco soviético, bem como a “Primavera Árabe”, que, a despeito da experiência eleitoral vivenciada em países como Tunísia e Egito,

<sup>31</sup> A exemplo das aplicações como WhatsApp, Telegram, Line, etc., em que o alcance é irrastrável e, por isso, incontrolável a propagação.

<sup>32</sup> PERSILY, Nathaniel. The 2016 U.S. election: can democracy survive the internet? *Journal of Democracy*, v. 28, n. 2, p. 63-76, abr. 2017. p. 70.

<sup>33</sup> GUESS, A. M. *et al.* A digital media literacy intervention increases discernment between mainstream and false news in the United States and India. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 117, n. 27, p. 15536–15545, jul. 2020.

<sup>34</sup> WALLERSTEIN, I. M. *Universalismo europeu: el discurso del poder*. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 2007.

<sup>35</sup> DUSSEL, E. D. *Filosofia da libertação na América Latina*. 2. ed. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977.

<sup>36</sup> BOURDIEU, Pierre. *Campo de poder, campo intelectual: itinerário de um conceito*. Buenos Aires: Montessor, 2002.

<sup>37</sup> ARENDT, Hannah. *On violence*. Nova Iorque: Harvest/HBJ Book, 1970. p. 28.

<sup>38</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016



apresentou um lado sombrio do sistema. Nessa lógica, a apatia, ou aquela “vontade em não vontade”, que diz Žižek, para Reybrouck<sup>39</sup>, é resultante da individualização e consumismo<sup>40</sup>.

Reybrouck<sup>41</sup> aponta o fator contemporâneo da democracia representativa, uma vez exposta à fadiga, culmina em outro fenômeno, com a aparição do populismo e figuras políticas que, imiscuídas do senso comum mais raso, apontam a classe política como parasitária e carreirista, apresentando-se como uma alternativa. Esse clássico populismo, para Reybrouck<sup>42</sup>, personifica-se em figuras como Silvio Berlusconi, Marine Le Pen, Nigel Farage e Donald Trump, ou, ainda, em partidos eivados desse populismo nocivo à noção de democracia, como o húngaro Jobbik e o Golden Dawn, da Grécia.<sup>43</sup>

Essa noção de populismo, em uma figura política, caminha em sentido convergente à concepção do demagogo<sup>44</sup> em Max Weber<sup>45</sup>, ou seja, um culto pessoal, de modo não derivado da lei ou de tradição. Esse culto, contudo, quando é analisado no contexto moderno, é um reconhecimento a uma imagem representativa de uma realidade emulada no coletivo pela aproximação, apontando, justamente, essa sub-representação de estratos sociais no sistema representativo, clamando serem as vozes das pessoas comuns.<sup>46</sup>

Weber<sup>47</sup>, ainda, aponta que, ao passo que a população, em geral, no mais amplo senso comum, tende ao culto do demagogo — o que por si já compromete a noção da democracia representativa, num sentido de decidir para não decidir —, por outro lado, as elites tendem à atribuição do poder por uma ideia de mérito, numa concepção de que o poder deve ser exercido pelos especialistas daquela área. É o que autor denomina como *Tecnocracia*<sup>48</sup>.

Em nenhum dos dois casos, escapa da lógica da suscetibilidade das relações sociais à intermediação e manipulação pelo campo das significações das imagens que intermeiam as relações sociais, ou de uma “construção do consenso”, dividindo as castas dos que decidem e dos que são enredados, como visto em Chomsky e Debórd.

Outro fenômeno gerador de obstáculos pode ser encontrado em Bobbio<sup>49</sup>, não considerando a estruturação das democracias que nos alcançam de modo linear, mas por revoluções<sup>50</sup>, apontando a essência individualista, não orgânica, da formação da sociedade e do Estado, enquanto um artífice da vontade, balizado sob os pilares do contratualismo, garantindo vida, liberdade e a propriedade, bem como, com a substituição do *zōon politikon*, aristotélico, pelo *homo economicus*, no surgimento da economia política fisiocrata, com ên-

<sup>39</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>40</sup> Sobre o fenômeno da alteração de subjetividade do homem contemporâneo que se aproxima das elaborações do autor, sugere-se o capítulo “o homem empresarial”. LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 133.

<sup>41</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>42</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>43</sup> Para uma análise acurada sobre o fenômeno do desgaste democrático e suas relações com o populismo: LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018; PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. São Paulo: Zahar, 2019.

<sup>44</sup> É importante gizarr que o termo passou por diversas transformações através dos tempos. Em princípio não possuía nenhuma natureza pejorativa, como ressalta Max Weber, sendo um adjetivo atribuído ao indivíduo capaz de conduzir o povo, como, antes, fora designado Péricles. Contudo, a noção de condução do povo é, pela lógica, incompatível com a ideia de um cidadão co-governante. WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2013.

<sup>45</sup> WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 58.

<sup>46</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>47</sup> WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2013.

<sup>48</sup> Para outra interpretação da construção weberiana: FAORO, Raimundo. *Tecnocracia e política*. *Revista da Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, p. 149-163, jul./set. 1973. Para uma interpretação da Obra de Weber: COHN, Gabriel. *Crítica e resignação: fundamentos da sociologia de Max Weber*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 22-24.

<sup>50</sup> Conforme Robert Dahl: “o que entendemos por democracia não é a mesma coisa que um ateniense no tempo de Péricles entenderia. As noções grega, romana, medieval e renascentista mesclam-se com as noções de séculos posteriores e geram uma miscelânea de teorias e práticas quase sempre profundamente incompatíveis entre si.” DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 3.

fase nas teorias liberais clássicas de Adam Smith, conjuminado, por fim, com o utilitarismo quantitativo de Bentham<sup>51</sup>.

O autor aponta, entre as primeiras revoluções das características democráticas, a sobreposição do indivíduo, enquanto um arquétipo de coesão e unidade, pela fragmentação e perda da autonomia pelo desmembramento em grupos em razão de classe profissional, social ou ideologia política.<sup>52</sup>

Contudo, é por outra revolução que atingimos o modelo democrático, tal qual conhecemos, não mais direto, com cidadãos ativos e executores das funções públicas, mas restritos à representação. Bobbio<sup>53</sup> aponta para a contradição essencial e a perda da essência pública pelo interesse privado pela equivocada mistura da ideia de representação particular com a representação política.

Nessa mistura, a capacidade de ação política do cidadão é mitigada ao ponto de restringir-se aos momentos eleitorais, sem maiores influências sobre os demais períodos, em que as decisões atendem, antes, aos interesses do mandatário, ao *lobby* político pela força determinante do capital, entre outras forças no tabuleiro político que resultam numa sub-representação da população, encadeada, especialmente quando se considerando os desafios, típicos das democracias eleitorais, referentes aos financiamentos de campanha, que podem — e frequentemente assinalam nesse sentido — tomar de assalto as legislaturas que conquistam, no interesse privado e não público.<sup>54</sup>

Para Wendy Brown<sup>55</sup>, ao longo do século XX, desenvolveu-se um novo modelo, sob as bases do liberalismo clássico, outrora apontado por Bobbio<sup>56</sup> como um dos pilares do modelo democrático que conhecemos na contemporaneidade, com a solidificação do ideário neoliberal, baseado na concepção de emancipação do indivíduo pelo desenraizamento e vulnerabilidade destes, de modo a torná-los, não cidadãos, plenos, mas consumidores e eleitores.

Brown<sup>57</sup> entende que o incentivo à competição econômica entre os sujeitos, prontos aos sacrifícios em prol de uma mentalidade dirigida a salvar a nação, culmina num Estado enfraquecido, mitigando os agrupamentos sociais, incapazes de coibir a sanha do mercado financeiro e do domínio flexibilizador do capital, cada vez mais volátil e concentrado no topo de uma pirâmide.

Essa ideia da conversão do cidadão co-governante em mero espectador, por parte dos movimentos econômicos neoliberais, dialoga com o fenômeno percebido tanto no campo da comunicação como naquele percebido por Reybrouck<sup>58</sup>, do processo de individualização do coletivo e apelo ao consumismo, culminando na apatia e na alteração de todo campo das relações interpessoais que, por sua vez, passam a ser mediadas pelas projeções dos mais variados campos da semiótica, fundado sobre as bases neoliberais, refletindo as escolhas pessoais, como educação, relacionamentos afetivos etc., enquanto *investimentos*, em razão do *custo-benefício*. Todo campo da linguagem é alterado e altera a capacidade de ação do *self*, a partir desse momento individualizado, enfraquecido, e vertido ao consumo<sup>59</sup>.

<sup>51</sup> Para uma genealogia crítica do termo: READ, Jason. A genealogy of homo-economicus: neoliberalism and the production of subjectivity. *Foucault Studies*, n. 6, p. 25-36, fev. 2009. Disponível em: <https://rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/article/view/2465>. Acesso em: 29 maio 2020.

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 23.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 24.

<sup>54</sup> NUNES, Felipe; ANASTASIA, Fátima. A reforma da representação. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 78.

<sup>55</sup> BROWN, Wendy. *Cidadania sacrificial: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Rio de Janeiro: Zazie, 2018. p. 8-12.

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

<sup>57</sup> BROWN, Wendy. *Cidadania sacrificial: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Rio de Janeiro: Zazie, 2018.

<sup>58</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>59</sup> Para uma importante contribuição para a compreensão do sentido do termo *Self*, indica-se: TAYLOR, Charles. *As fontes do "self": a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1998.

É, portanto, no contexto da contemporaneidade, inegável a esmagadora força determinante do capital sobre os movimentos de crise e, até mesmo, ruptura democrática<sup>60</sup>, principalmente, sobre a não fidedigna representação da vontade popular, que dá azo ao populismo demagógico e que transforma a democracia em uma contradição, não como forma de governo, mas enquanto forma de domínio.

Assim, se tomarmos por base as premissas fenomenológicas, o que assola a democracia são uma série de fenômenos interdependentes, como a comunicação *domesticadora*, a segmentação do poder em duas castas, a apatia política pelo abismo da vontade em não vontade e a fragmentação do coletivo, transformado o cidadão em consumidor e espectador, em estado de apatia.

Por outro lado, considerando-se o materialismo histórico e dialético, percebe-se o fenômeno do domínio do neoliberalismo e do capital, que influencia a estrutura nos campos vistos, como fonte dos demais fenômenos, forçando as democracias modernas à condição de redução de direitos sociais e do próprio Estado, inclusive das noções garantistas de direitos mínimos, de modo a dividir as castas, enfraquecer a participação social e concentrar o poder político numa pirâmide. De todo modo, se confirma um movimento cíclico de estrutura, condenada, qual Sísifo, à reprodução, tal qual percebido em Pierre Bourdieu.<sup>61</sup>

### 3 Democracia aleatória: uma possibilidade?

Ao buscarmos nas raízes do sistema político ateniense, encontramos, em Aristóteles<sup>62</sup>, a descrição do uso de sorteios para ocupação do poder como forma democrática. Em verdade, Aristóteles tentava expressar um modelo político capaz de absorver as melhores características da oligarquia e da democracia<sup>63</sup>.

Reybrouck<sup>64</sup> analisando a democracia ateniense da antiguidade<sup>65</sup>, aponta essas duas naturezas, uma pela eleição de um representante, na *ágora*, e outra fase do exercício do poder pela participação direta dos cidadãos, nos limites do termo, ao tempo, em três órgãos de maior relevo: a Assembleia Pública, composta por cerca de 6.000 cidadãos, aberta a todos eles, com a função principal de votar leis; o Conselho dos 500, composto de 500 cidadãos, escolhidos aleatoriamente por sorteio, com atribuições de desenvolver os normativos, organizar as assembleias do povo, controlar a magistratura e atuar na diplomacia. Por fim, continua o autor, a Corte do Povo, com cerca de 6.000 membros, escolhidos por sorteio, havendo uma “*loteria*” a cada manhã, entre os presentes, para a escolha de quem conduziria os casos do dia, com funções de prolatar sentenças e controlar a legalidade das decisões da assembleia do povo.<sup>66</sup>

O autor assevera que, no nosso modelo democrático ocidental, uma situação similar somente ocorre no tribunal do júri, por sorteio aleatório, apontando para uma *oligarquização* da democracia, inclusive no Poder Judiciário, por meio da magistratura. Essa loteria do poder, ou sorteio, conforme Reybrouck — em relação às análises das falas de Verdin<sup>67</sup> — tinha por escopo a “*eliminação da influência pessoal*”, com período transitório de um ano, insuscetível de reeleição, com trocas de posições tão frequentes quanto possíveis, de modo a atingir o maior grau de participação possível.

<sup>60</sup> Para uma análise da ruptura democrática experimentada na contemporaneidade: CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

<sup>61</sup> BOURDIEU, Pierre. *Campo de poder, campo intelectual: itinerário de um conceito*. Buenos Aires: Montessor, 2002. p. 107.

<sup>62</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Belo Horizonte: Vega, 1998. p. 80. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/549/o/2014Aristoteles\\_Politica\\_-1.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/549/o/2014Aristoteles_Politica_-1.pdf). Acesso em: 7 maio 2020.

<sup>63</sup> Para uma leitura do legado grego na Política: FINLEY, M. I. (org). *O legado da Grécia*. Brasília: Editora UNB, 1998.

<sup>64</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>65</sup> Entre o período de 463 a.C. e 322 a. C. VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>66</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>67</sup> VERDIN apud VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

Vislumbra-se, então, conforme dito por Reybrouck<sup>68</sup>, o quanto as proposições nesse sentido não são exatamente novas:

in the Roman Republic, several traces were to be found of the Athenian system of selection by lot, but it fell into disuse in the imperial period. Only with the rise of the northern Italian city states in the Middle Ages did the procedure come back into vogue. In Bologna (1245), Vicenza (1264), Novara (1287) and Pisa (1307), we see early examples, but the great Renaissance cities of Venice (1268) and Florence (1328) are the best documented.

O mesmo autor, contudo, destaca um movimento de *recaptação* dos modelos passados, curiosos com o leque de possibilidades despertados com tais pensamentos, como na obra de Bernard Manin<sup>69</sup>, indicando, ainda, que os significados de democracia e eleições podem ou não ser conexos.

Essas *ressignificações* da ideia de democracia aleatória surgem visando diferentes possibilidades, desde a ânsia por isonomia, expansão da participação, redução de conflitos entre facções políticas e contenção dos monopólios políticos, especialmente se pensarmos em cenários em que representantes não possuem traços dos representados (sociais, étnicos, econômicos e identitários).

Com efeito, vislumbra-se um potencial de isonomia quando se analisa, especificamente, o caso brasileiro, em que, de acordo com os dados do IBGE, a maior parte da população é parda, representando 46,7% das pessoas<sup>70</sup> e, numa contramão excludente, 75% dos Deputados Federais eleitos em 2018 são brancos, mesmo com um crescimento da representação dessa camada populacional em 5%<sup>71</sup>.

O mesmo fenômeno é percebido quando isolados outros estratos sociais, como as mulheres, que compreendem 51,6% da população brasileira<sup>72</sup>, contudo, apenas 15% da composição da Câmara dos Deputados eleita em 2018 é feminina<sup>73</sup>, ou ainda com os povos indígenas, cujos dados do IBGE e do Instituto Socioambiental podem apresentar sub-notação das amostras, em virtude da dificuldade de mensuração demográfica em determinadas regiões. Entretanto, em 2010, estimava-se uma população, entre as 240 etnias diferentes, de cerca de 896.917 pessoas<sup>74</sup>, ao passo que, no pleito de 2018, apenas uma Deputada indígena, Joênia Wapichana, foi eleita, sendo a primeira em 36 anos e a primeira mulher indígena<sup>75</sup>.

Com isso em mente, a matemática da probabilidade — rua de mão única — nos impõe que, inegavelmente, um sistema de democracia tómbola ajustaria a representação política proporcionalmente à realidade social divisa em segmentos sociais, com suas respectivas demandas, culminando naquela finalidade desse modelo de promover a igualdade da força democrática e, ao fim, em uma proporcionalidade matematicamente aleatória de oposições, múltiplas, obstando as sub-representações ou prevalências uniformes nesse sistema de democracia tómbola ou *gashapon*<sup>76</sup>.

<sup>68</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>69</sup> MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

<sup>70</sup> CAMPOS, Ana Cristina. População brasileira é formada basicamente de pardos e brancos, mostra IBGE. *Agência Brasil*, 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-11/populacao-brasileira-e-formada-basicamente-de-pardos-e-brancos-mostra-ibge> Acesso em: 14 maio 2020.

<sup>71</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Número de deputados negros cresce quase 5%*. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564047-NUMERO-DE-DEPUTADOS-NEGROS-CRESCE-QUASE-5.html> Acesso em: 14 maio 2020.

<sup>72</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Quantidade de homens e mulheres*. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html> Acesso em: 14 maio 2020.

<sup>73</sup> VELASCO, Clara; OLIVEIRA, Leandro. G1. N° de mulheres eleitas se mantém no Senado, mas aumenta na Câmara e nas Assembleias. *G1*, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/no-de-mulheres-eleitas-se-mantem-no-senado-mas-aumenta-na-camara-e-nas-assembleias.ghtml> Acesso em: 14 maio 2020.

<sup>74</sup> INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Povos indígenas do Brasil: quantos são?* Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Quantos\\_s%C3%A3o%3F](https://pib.socioambiental.org/pt/Quantos_s%C3%A3o%3F) Acesso em: 14 maio 2020.

<sup>75</sup> JOÊNIA Wapichana (Rede) é eleita a primeira mulher indígena para cargo na Câmara dos Deputados. *O Globo*, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/joenia-wapichana-rede-eleita-primeira-mulher-indigena-para-cargo-na-camara-dos-deputados-23138497> Acesso em: 14 maio 2020.

<sup>76</sup> Em analogia às máquinas de venda japonesas (ガシャポン), onde se obtêm objetos de modo aleatório, sem qualquer influência

Daí o encantamento com tal modelo, quer por teóricos neoliberais como Von Mises e Hayek, quer pelos críticos do neoliberalismo, como Slavoj Žižek, David Van Reybrouck e Kojin Karatani.

Altamente influenciado pelas teorias da comunicação neoliberal de Walter Lippmann, Hayek<sup>77</sup> refunda a ideia de democracia aleatória sob as bases neoliberais, na segunda metade do século XX, num modelo pensado para o mercado, diminuindo a atuação do Estado, por um sistema bicameral, algo que equivaleria à noção de Câmara dos Deputados e Senado, com subordinação hierárquica da primeira.

Na sua concepção, o modelo representativo deveria ser mantido para a primeira Câmara, ao passo que o modelo de sorteio, aleatório, seria adotado para o equivalente ao Senado. Implica que o modelo pensado por Hayek<sup>78</sup> não apresenta nenhuma finalidade de promoção da isonomia, pois se pauta numa trava para a aleatoriedade — a saber: os subjetivos critérios de meritocracia, fundada na probidade e na competência, criando ainda uma barreira de idade, ao recomendar que apenas pessoas acima de 45 até os 60 anos devem participar de tal sorteio, para um mandato de aproximadamente 15 anos.<sup>79</sup>

Hayek, como membro de um *think tank* — o que os neoliberais se especializaram em manter, enquanto centros de produção teórica vertidos aos interesses do capital e que apresentam um risco, como aduzido em Arendt e Kohout — parte do pressuposto de Lippmann da divisão da sociedade em castas, usando o modelo para consolidar o conceito do campo das significações de Lippmann, ou seja, um esquema piramidal em que o topo governa e restante da população é inapta para a política, relegada ao papel de espectador e consumidor, naquele “rebanho desorientado”<sup>80</sup>.

Nesse sentido, sua concepção tem vistas de reduzir o Estado ao mínimo, desencadeando um ciclo de privatizações, retirada da influência e regulação do Estado no setor econômico, culminando num modelo onde o Estado é incapaz de garantir o mínimo de proteção aos direitos sociais, pois visa ao oposto: criar os sacrifícios e um regime de exploração dos meios sociais de produção e consumo<sup>81</sup>.

Seria possível, então, repensar as concepções de democracia aleatória, antes de sua formulação *hayekiana*, evitando o óbice democrático da especulação pelos meios de significação, ou seja, pela formação do consenso pela intermediação social por imagens e a própria noção meritocrática?

Para Žižek<sup>82</sup>, a ideia da meritocracia na política, colocada como objeto central por Hayek<sup>83</sup>, trata-se de um traço que não tem a potencialidade de resolver os grandes dilemas da democracia. Ao contrário, o filósofo propõe a ruptura com o pensamento platônico, a respeito da noção de reis filósofos, pois a pressuposição da onisciência de um líder conduziu o século XX a ser a Era dos Governos Totalitários<sup>84</sup>, surgidos em movimento de oposição aos “Outros”, como personificações míticas da sapiência.

---

sobre os resultados que se atinge, *randomicamente*.

<sup>77</sup> HAYEK, F. A. *Law, legislation and liberty*. Londres: Routledge, 1998.

<sup>78</sup> HAYEK, F. A. *Law, legislation and liberty*. Londres: Routledge, 1998.

<sup>79</sup> HAYEK, F. A. *Law, legislation and liberty*. Londres: Routledge, 1998. p. 113.

<sup>80</sup> Para uma compreensão do pensamento neoliberal, a partir de uma refundação intelectual e do papel do colóquio Walter Lippmann, sugere-se: LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 35-187.

<sup>81</sup> É importante notar as percepções sobre o neoliberalismo e sua ameaça ao que se compreende por democracia, seja qual for o modelo, justamente pelas bases econômicas nas quais se funda a teoria. Nesse sentido é imprescindível ter em mente as considerações traçadas pelos seguintes autores: BROWN, Wendy. *Undoing Demos: neoliberalism's stealth revolution*. Nova Iorque: Zone Books, 2015; ŽIŽEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. São Paulo: Boitempo, 2011; BOURDIEU, Pierre. Utopia of endless exploitation: the essence of neoliberalism. *Le Monde Diplomatique*, 1998. Disponível em: <https://mondediplo.com/1998/12/08bourdieu>. Acesso em: 3 maio 2020.

<sup>82</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 127.

<sup>83</sup> HAYEK, F. A. *Law, legislation and liberty*. Londres: Routledge, 1998.

<sup>84</sup> O próprio Platão cedeu a uma forma de governo tirânico, quiçá, justamente por tal tipo de arquétipo. ARENDT, Hannah. Martin Heidegger faz oitenta anos. In: ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2008.

Desse modo, ao ruir a noção desse movimento opositivo, o próprio líder perde a posição de detentor da competência, por esse saber supremo, tornando-se para Žižek<sup>85</sup>, “um idiota como todo mundo”. Daí sua proposição de dissociação do Conhecimento em relação ao Mestre, num movimento de *anteviver* a catástrofe dos sistemas políticos no agora, ainda que estejam no campo do devir, de modo a agir preventivamente, com os devidos cuidados para não incidir noutras catástrofes como o foram o uso de tais ações na “guerra ao terror”.

Nessa órbita, para Žižek<sup>86</sup>, a contramão da ideia de um governo dos mais aptos está, na mesma proporção, na mesma moeda, ou seja, na defesa da retomada do modelo arcaico grego de democracia com a escolha por sorteio. Ao mencionar o modelo ateniense, Žižek deixa implícito, justamente, um sistema que, adaptado aos nossos moldes, submeteria os Poderes Legislativo e Judiciário ao processo de escolha aleatória daqueles que exercerão o poder democrático, por lapso de tempo curto, pois o modelo ateniense visava evitar a concentração e/ou perpetuação do poder<sup>87</sup>.

Ainda, é necessário, continua o autor:

[...] abandonar é essa oposição enganosa entre atividade e passividade: a ideia de que, de certo modo, a única postura política verdadeiramente ‘autêntica’ é a de engajamento ativo permanente, de que a forma primordial de “alienação” é a postura passiva que transfere a atividade para o agente que supostamente me representa. O que se esconde por trás dessa ideia é o velho fascínio da esquerda pela democracia participativa “direta” (“soviets”, conselhos), em oposição à mera “representação”; na filosofia, Sartre analisou em sua *Crítica da razão dialética* como o engajamento ativo no grupo se petrifica na estrutura institucional *prático-inerte*. O teste principal de todo movimento emancipatório radical é, ao contrário, até que ponto ele transforma, no cotidiano, as práticas institucionais *prático-inertes* que passam a dominar quando acaba o fervor da luta e voltamos à vida normal. O sucesso de uma revolução não pode ser medido pelo terror sublime de seus momentos de êxtase, mas sim pelas mudanças que o grande Evento deixa no nível do cotidiano, do dia seguinte à insurreição.<sup>88</sup>

Para o filósofo japonês Kojin Karatani<sup>89</sup> o modelo da democracia aleatória guarda um ponto crucial da própria essência democrática:

the ancient democracy was established by overthrowing tyranny and equipped itself with a meticulous device for preventing tyranny from reviving. The salient characteristic of Athenian democracy is not a direct participation of everyone in the assembly, as always claimed, but a systematic control of the administrative power. The crux was the system of lottery: to elect public servants by lottery and to surveil the deeds of public servants by means of a group of jurors who are also elected by lottery. Interestingly, Perikles, who executed political reformation implementing this idea, later fell from power by the same system. My point is that the core of the system invented to stop the fixation of power in Athenian Democracy lay not in the election itself, but in the lottery. Lottery functions to introduce contingency into the magnetic power center. The point is to shake up the positions where power tends to be concentrated; entrenchment of power in administrative positions can be avoided by a sudden attack of contingency. It is only the lottery that actualizes the separation of the three powers. If universal suffrage by secret ballot, namely, parliamentary democracy, is the dictatorship of the bourgeoisie, the introduction of a lottery should be deemed the dictatorship of the proletariat.

Pelo entendimento de Karatani<sup>90</sup>, portanto, a ruptura com o modelo estabelecido e aprimorado pelas revoluções do capital poderia gerar o modelo igualitário vislumbrado por Marx, de devolução da ação aos atores sociais, bem como dos meios de produção e toda uma reestruturação por outras bases. É importante salientar, nesse ponto, que o marxismo de Karatani busca, justamente, aperfeiçoar as bases teóricas do materialismo histórico e dialético, e meios de revelação à consciência daquilo que não foi contemplado ou

<sup>85</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 127.

<sup>86</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 127.

<sup>87</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>88</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 128.

<sup>89</sup> KARATANI, Kojin. *Transcritique on Kant and Marx*. Cambridge: The MIT Press, 2003. p. 182-183.

<sup>90</sup> KARATANI, Kojin. *Transcritique on Kant and Marx*. Cambridge: The MIT Press, 2003.

antevisto por Marx, como o capitalismo japonês dos anos de 1960, imperial, e toda revolução tecnológica do século XX e XXI.

David Van Reybrouck<sup>91</sup>, defensor do mesmo modelo democrático por sorteios, narra, ainda, como a influência direta permitida pelos sorteios pode romper os estigmas existentes por força do modelo de representação, não sendo fidedigno aos anseios populares, como no caso da Irlanda, de modo a permitir ajustes no âmago da própria Constituição:

however, on 22 May 2015 the people of Ireland voted in a national referendum in favour of a change to the constitution that would allow gay marriage. The Yes camp received no less than 62% of the votes. The referendum was held after the Constitutional Convention recommended changing the constitution in this respect by a majority of 79%. I can think of no better example of how deliberative democracy can make a difference to practical reality. It was the first time anywhere in the world in modern times that a discussion among citizens chosen by lot led to an adjustment in a country's constitution.

Ao fim, é importante analisar com cautela alguns outros aspectos, especialmente considerando-se o implacável domínio do pensamento neoliberal, já internalizado no seio social e na psique individual. Parece-nos descabido a imposição de quaisquer cláusulas de barreira, como almejava Hayek, pois seu escopo é, meramente, o de dar continuidade à segmentação entre uma cúpula determinante e a maioria, determinada a ser espectadora do cenário político — com breves espasmos daquela vontade em não vontade — e consumidora, sujeita às excentricidades do capital, bem como pela preservação da natureza democrática. Igualmente, deve-se assegurar o direito de recusa aos cidadãos sorteados, caso não queiram exercer o cargo, promovendo-se novo sorteio.

No entanto, qualquer sistema aleatório deve ser universal e irrestrito, partindo da presunção de que todo cidadão é capaz de exercer a cidadania por si, o imediato oposto da presunção de Hayek. É pela força da *praxis* o melhor caminho para o cidadão, compreendido enquanto a figura do *homo faber*, capaz de fabricar não apenas mercadorias, numa visão estrita de domínio do capital, mas, preparado para ir além, apto a fabricar sua própria realidade social, de modo a se emancipar dos designios de uma estrutura sólida, que cisma em não desmanchar no ar.

Outro aspecto a ser estancado é a influência manipuladora, num cenário de democracia aleatória, não mais dos *lobbies*, mas da propaganda enquanto projeção de imagens e ideários inculcados de modo a beneficiar uma cúpula, na formação de consensos, de figuras míticas e demagógicas, de culto pessoal e no perene risco de ascensão de um *Führer*<sup>92</sup>. Desse modo é preciso, cada vez mais, distinguir a transparência da propaganda e dos meios de comunicação.

Dois outros aspectos modernos que podem surgir como barreiras para um funcionamento da democracia por sorteio se apresentam sob os riscos da ausência de um projeto ou plano para o período, ainda que curto, de um ano, vertendo-se no mero atendimento das convicções pessoais. Contudo, esse talvez seja o aspecto inerente da manutenção de um clima de revolução constante, tal qual a própria sociedade o é, em constante movimentação e mutação. Ainda, o risco de um processo de endeusamento dos escolhidos aleatoriamente, o que pode formar justamente o oposto do que se pretende, a arrebatada a isonomia, substituindo-a por um culto pessoal daqueles agraciados pela sorte, ainda que não suscetíveis de reeleição, na mentalidade ocidental isso pode gerar privilégios sociais incompatíveis com a essência ateniense de desconcentrar o poder onde se ache demasiado.

Por outro lado, ao ponderar os aspectos positivos de um sistema aleatório, percebe-se, facilmente, a erradicação da delimitação da política num tempo específico, um *tempo da política*<sup>93</sup>, marcado pelos comícios, pela segmentação das facções políticas opositivas e pela insuflação do palanque oposto como inimigo.

<sup>91</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>92</sup> O termo alemão tem o mesmo significado do grego, demagogo, condutor do povo.

<sup>93</sup> PALMEIRA, Moacir; HERADIA, Beatriz M. Alasia. *Política ambígua*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: NUAP, 2010. p. 29.

Isto por razão de que, num sistema aleatório, a política deixa de ser convertida num espetáculo sazonal demarcado pelo início dos comícios, período em que, de súbito, o consumidor-espectador se converte em eleitor, pois a lógica grega de alternância entre governantes e governados se erige sob um estado generalizado de estar pronto ao exercício efetivo, não limitado ao mero espasmo de escolher alguém para não mais escolher os rumos de governo dali até o próximo *tempo da política*.

Outro aspecto que se mostra potencialmente eliminado num cenário de sorteio, para brevíssimos períodos de governo, reside na impossibilidade do *lobby* e nas trocas de benefícios em razão do vínculo criado no *tempo da política*, pelo financiamento da campanha, consoante Nunes e Anastasia<sup>94</sup>, o que se converte num investimento com feições *privalísticas*.

Ainda, resguarda em sua essência a virtual capacidade de retirada do cenário político da figura do demagogo contemporâneo, como visto em Reybrouck<sup>95</sup>, que se aproveita da ineficiência sistemática, autodeclarando-se a solução, bem como reduzindo o alcance e os efeitos da propaganda com fins de segmentação entre castas de governantes e de governados, uma vez que a aleatoriedade obsta a noção da exata proporção sujeita ao campo dos signos, por estes determinados, inconscientemente.

Há de se observar, contudo, conforme já asseverado, a ausência de barreiras, sendo sujeitos ao sorteio todo cidadão, no gozo de seus direitos políticos.

Um modelo, tal qual imaginado por Aristóteles, na busca pelo melhor dos dois mundos, considerando a fragmentação dos poderes tal qual a encontramos, fundada em Montesquieu, não encontraria maiores empecilhos nas Leis Fundamentais daqueles países onde, combinada ou alternativamente, resta expressa a possibilidade de exercício do poder diretamente, como no caso específico do Brasil<sup>96</sup>. Isso, pois, tomando-se por premissa a manutenção do sistema representativo, pensado enquanto democracia participativa, no contexto do Poder Executivo, e o sistema aleatório, combinado, voltado ao Poder Legislativo e Judiciário.

Desde a exposição de Karatani<sup>97</sup> percebe-se que a sistemática aleatória se cuidava de válvula de segurança do modelo democrático ateniense, servindo de ferramenta protetiva inclusive contra seu próprio instituidor, ao menor indício de um caminhar autocrático, uma vez que, conforme perceptível na historiografia política, a ascensão totalitária pela via democrática não pode ser desconsiderada, como no notório exemplo da Alemanha nazista.

Por fim, evidencia-se necessária uma melhor verificação do funcionamento e correção de falhas teóricas e funcionais, inclusive a documentação de ocorrência ou não das hipotéticas barreiras, a carecer de experimentação empírica do modelo, considerando-se não haver grandes aplicações práticas do modelo atualmente, devendo os testes ser realizados no mesmo contexto a ser aplicar, apenas em menor escala, pois assim, a análise se sujeita à incidência das características regionais, afastando-se uma noção de soluções universais. Para verificação da *tangibilidade*, indica-se a inevitabilidade de zonas experimentais, que se sugere em pequenos municípios, com a documentação minuciosa para posterior *reanálise* dos dados produzidos, permitindo ajustes.

<sup>94</sup> NUNES, Felipe; ANASTASIA, Fátima. A reforma da representação. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

<sup>95</sup> VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

<sup>96</sup> Conforme o parágrafo único do artigo 1º da Constituição brasileira: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_26.02.2015/art\\_1\\_.asp](http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_26.02.2015/art_1_.asp) Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>97</sup> KARATANI, Kojin. *Transcritique on Kant and Marx*. Cambridge: The MIT Press, 2003. p. 182-183.



## 4 Considerações finais

O debate em torno da adoção do sistema aleatório para a composição do corpo de representantes nas democracias contemporâneas, em que pese ser pouco reverberado, nunca deixou de ser analisado pelos pesquisadores que se dedicam ao tema<sup>98</sup>.

A instabilidade democrática, a cooptação da democracia pelas forças do mercado e a crise de legitimidade, espectros que rondam constantemente o tema, impõe ao estudioso reflexões que buscam, em alternativas, sejam elas historicamente identificáveis ou efetivamente inéditas, oportunidades para, sobretudo, revigorar os regimes democráticos, que, aparentemente, apresentam-se em crise ao redor do mundo há mais de meio século.

A proposição de aleatoriedade, vinda de ambos os espectros ideológicos, representa, em diversos momentos, mais uma proposta hipotética, curiosidade acadêmica ou mera *memorabilia*. A simples restrição irrefletida em debater o tema com a seriedade que lhe convém pode ter sua origem identificada em diversas fontes. Não importa.

Causa-nos espanto observar que a verificação teórica das enormes fragilidades dos sistemas democráticos contemporâneos oferece-nos, majoritariamente, estudos diagnósticos em torno do objeto. Este é um passo muito conservador para a academia, comprometida com a formulação de novas perspectivas para a sociedade em que está inserida.

Como reação a esse estado das coisas, nosso estudo pretende, sobretudo, oferecer uma introdutória oportunidade de discutirmos uma possível proposição, um caminho, uma íngreme alameda, que, por mais complexa que possa parecer, é claramente exequível e nos auxilia, sobretudo, na difícil tarefa de avançarmos do estado latente que a falência democrática parece nos ter relegado.

A adoção desse caminho representa a escolha consciente por uma atitude intelectual radical, qual seja, aquela comprometida com a raiz, a essência da produção do conhecimento. Nesse sentido, o modelo aleatório aqui apresentado simboliza a mesma postura, agora em diálogo com a democracia.

Ao termo, pode-se constatar que a hipótese da democracia aleatória, no passado e, quiçá, no presente, guarda elementos indicativos bastantes para servir como potencial ferramenta de segurança das próprias democracias, com usos multifacetados e suficientes para justificar ensaios empíricos, até mesmo para verificação ou refutação dos óbices e potencialidades apontados nas vozes da academia que se aventuram naquelas searas.

Desde os confrontos da revisão bibliográfica e documental, é possível vislumbrar que a aleatoriedade pode potencializar a representação e, igualmente, desconstruir noções dicotômicas, a influência da propaganda, da força determinante do capital e de forças coloniais, propiciando formações democráticas tão diversificadas e plurais como a própria sociedade em que se insere, dada a força imperativa da matemática conferindo igual e proporcional chance independentemente de outras forças influenciadoras, mostrando grande potencial de reduzir, drasticamente, a formação de unidades majoritárias ou castas dominantes, tal qual sua aplicação arcaica.

Eventuais aspectos positivos e negativos, ainda que possam ser cogitados abstratamente, carecem de verificação prática, ainda que haja indícios relatados, demandando teste prévio e documentação, lidos à luz da realidade social e de modo regionalizado, de acordo com aspectos sociais e culturais locais, de modo a se evitar a universalização de conceitos, devendo, desde a documentação, serem submetidos à reanálise para verificação da confirmação ou não das muitas hipóteses, positivas e negativas, suscitadas por meio dos séculos. Este é um desafio que, entendemos, as sociedades políticas deveriam assumir em prol de si mesmas.

<sup>98</sup> No Brasil, indica-se: MIGUEL, Luis Felipe. Sorteios e representação democrática. *Lua Nova*, São Paulo, n. 50, p. 69-96, 2000.

## Referências

- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- ARENDDT, Hannah. Martin Heidegger faz oitenta anos. In: ARENDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2008.
- ARENDDT, Hannah. *On violence*. Nova Iorque: Harvest/HBJ Book, 1970.
- ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Belo Horizonte: Vega, 1998. p. 80. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/549/o/2014Aristoteles\\_Politica\\_-1.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/549/o/2014Aristoteles_Politica_-1.pdf) Acesso em: 7 maio 2020.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BOURDIEU, Pierre. *Campo de poder, campo intelectual: itinerário de um conceito*. Buenos Aires: Montessor, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. Utopia of endless exploitation: the essence of neoliberalism. *Le Monde Diplomatique*, 1998. Disponível em: <https://mondediplo.com/1998/12/08bourdieu> Acesso em: 3 maio 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Número de deputados negros cresce quase 5%*. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564047-NUMERO-DE-DEPUTADOS-NEGROS-CRESCE-QUASE-5.html> Acesso em: 14 maio 2020.
- BROWN, Wendy. *Cidadania sacrificial: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Rio de Janeiro: Zazie, 2018.
- BROWN, Wendy. *Undoing Demos: neoliberalism's stealth revolution*. Nova Iorque: Zone Books, 2015.
- CAMPOS, Ana Cristina. População brasileira é formada basicamente de pardos e brancos, mostra IBGE. *Agência Brasil*, 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-11/populacao-brasileira-e-formada-basicamente-de-pardos-e-brancos-mostra-ibge> Acesso em: 14 maio 2020.
- CENTRE FOR THE FUTURE OF DEMOCRACY. *Global Satisfaction with Democracy 2020*. 2020. Disponível em: [https://www.cam.ac.uk/system/files/report2020\\_003.pdf](https://www.cam.ac.uk/system/files/report2020_003.pdf) Acesso em: 16 set. 2020.
- CHOMSKY, Noam. *Media control: the spectacular achievements of propaganda*. Nova Iorque: Seven Stories Press, 1997.
- CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.
- DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DEBÓRD, Guy. *The society of the spectacle*. Nova Iorque: Zone Books, 1995.
- DESILVER, D. Despite global concerns about democracy, more than half of countries are democratic. *Pew Research Center*, 2017. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/05/14/more-than-half-of-countries-are-democratic/> Acesso em: 16 set. 2021.
- DUSSEL, E. D. *Filosofia da libertação na América Latina*. 2. ed. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977.
- ECO, Umberto. *Tratado de semiótica general*. Barcelona: Lúmen, 2000.
- EVANS-PRITCHARD, E. E. *Os Nuer: uma descrição do modo de subsistência e das instituições políticas de um povo nilota*. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

GUESS, A. M. *et al.* A digital media literacy intervention increases discernment between mainstream and false news in the United States and India. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 117, n. 27, p. 15536–15545, jul. 2020.

HAYEK, F. A. *Law, legislation and liberty*. Londres: Routledge, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Quantidade de homens e mulheres*. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html> Acesso em: 14 maio 2020.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Povos indígenas do Brasil: quantos são?* Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Quantos\\_s%C3%A3o%3F](https://pib.socioambiental.org/pt/Quantos_s%C3%A3o%3F) Acesso em: 14 maio 2020.

JOÊNIA Wapichana (Rede) é eleita a primeira mulher indígena para cargo na Câmara dos Deputados. *O Globo*, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/joenia-wapichana-rede-eleita-primeira-mulher-indigena-para-cargo-na-camara-dos-deputados-23138497> Acesso em: 14 maio 2020.

KARATANI, Kojin. *Transcritique on Kant and Marx*. Cambridge: The MIT Press, 2003.

KERCKHOVE, Derick. Da democracia à ciberdemocracia. In: DI FELICE, Massimo (org.). *Do público para as redes*. São Caetano do Sul: Difusão, 2008.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NUNES, Felipe; ANASTASIA, Fátima. A reforma da representação. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

PALMEIRA, Moacir; HERADIA, Beatriz M. Alasia. *Política ambígua*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: NUAP, 2010.

PERSILY, Nathaniel. The 2016 U.S. election: can democracy survive the internet? *Journal of Democracy*, v. 28, n. 2, p. 63-76, abr. 2017.

PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. São Paulo: Zahar, 2019.

VAN REYBROUCK, David. *Against elections: the case for democracy*. Londres: Penguin Random House/Vintage Digital, 2016.

VELASCO, Clara; OLIVEIRA, Leandro. G1. N° de mulheres eleitas se mantém no Senado, mas aumenta na Câmara e nas Assembleias. *G1*, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/no-de-mulheres-eleitas-se-mantem-no-senado-mas-aumenta-na-camara-e-nas-assembleias.ghtml> Acesso em: 14 maio 2020.

WALLERSTEIN, I. M. *Universalismo europeu: el discurso del poder*. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 2007.

WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2013.

ŽIŽEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. São Paulo: Boitempo, 2011.

ŽIŽEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. São Paulo: Boitempo, 2011.

---

## Agradecimentos

Os autores agradecem, sinceramente, aos revisores pelo cuidadoso trabalho realizado. As sugestões propostas, as indicações bibliográficas sugeridas e, sobretudo, as indagações realizadas, contribuiram, de forma essencial, para que este texto pudesse ser objeto de uma nova reflexão e discussão por parte dos autores. As mudanças e/ou a manutenção de pontos apontados pelos revisores aos autores são opções conscientes destes.

The cover image is a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated female figure is the central focus. She is holding a long, thin object, possibly a scroll or a tablet, across her lap. The sculpture is set on a white, curved platform. In the background, there is a large, multi-story building with a grid-like facade of windows. A tall, thin tower is visible in the distance. The sky is blue with some white clouds. The overall scene is bright and clear.

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

**Análise do Resp. n.º 975.834/**

**RS: O STJ na encruzilhada entre os direitos do consumidor, societário e das políticas públicas**

**Analysis of Special Appeal**

**n.º 975.834/RS: The STJ in the crossroads between consumer, corporate, and public policies rights**

João Manoel de Lima Junior

Tháise Zacchi Pimentel

# Análise do Resp. n.º 975.834/RS: O STJ na encruzilhada entre os direitos do consumidor, societário e das políticas públicas\*

## Analysis of Special Appeal n.º 975.834/RS: The STJ in the crossroads between consumer, corporate, and public policies rights

João Manoel de Lima Junior\*\*

Tháise Zacchi Pimentel\*\*\*

### Resumo

Este artigo analisa a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do recurso especial n.º 975.834/RS. A decisão mais citada pelo STJ, em matéria de direito societário desde a sua fundação e que tratou dos direitos de retribuição acionária previstos nos contratos de participação financeira firmados entre companhias telefônicas e usuários dos serviços de telefonia. Busca-se analisar a natureza jurídica dos contratos de participação financeira, considerando-se os seus aspectos de direito público e privado. São abordadas algumas consequências jurídicas da implementação de forma adotada pelo Estado brasileiro para o financiamento das políticas públicas de universalização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil até a década de 1990. Com base no método indutivo e fulcro na legislação e doutrina de direito do consumidor, societário, administrativo e de políticas públicas, busca-se analisar a estrutura econômica e a natureza jurídica da operação realizada entre as partes do caso julgado pelo STJ. A primeira parte do artigo é descritiva e contém um histórico da regulação estatal do setor das telecomunicações no Brasil e do caso onde foi proferida a decisão analisada. A segunda parte, com caráter normativo, apresenta uma análise crítica da decisão e inova ao considerar todos os elementos de fato e de direito público e privado envolvidos nos contratos de participação financeira. Por fim, o artigo conclui com as possíveis inferências jurídicas permitidas pela análise inovadora da decisão.

**Palavras-chave:** Direito Societário; Direito Consumidor; Políticas públicas; Superior Tribunal de Justiça.

### Abstract

The article analyzes the decision issued by the Superior Court of Justice (STJ) in the judgment of special appeal No. 975.834 / RS. The decision most cited by the STJ in matters of corporate law since its founding and which dealt with the rights of shareholder remuneration provided for in the financial participation contracts signed between telephone companies and

\* Recebido em 18/05/2021

Aprovado em 22/08/2022

\*\* Doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil. Mestre em Direito Econômico pela USP, São Paulo, Brasil. Foi Pesquisador Visitante na Georgetown University Law Center e Professor Substituto de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito – FND/UFRJ. Atualmente é Professor Adjunto da Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio, Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV e coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Regulação do Sistema Financeiro – NEASF.  
E-mail: joao.junior@fgv.br.

\*\*\* Especialista em Advocacia Empresarial pela PUC Minas. Bacharela em Direito pela ITE, Bauru/São Paulo, Brasil. Foi pesquisadora do Núcleo de Estudos Avançados em Regulação do Sistema Financeiro – NEASF vinculado ao Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV.  
E-mail: tzacchipimentel@gmail.com.

users of telephone services. It seeks to analyze the legal nature of financial participation contracts considering their aspects of public and private law. Some legal consequences of implementation are addressed in a manner adopted by the Brazilian State for the financing of public policies for universal access to telecommunications services in Brazil until the 1990s. Based on the inductive and fulcrum method in the legislation and doctrine of consumer, corporate, administrative and public policy law, an attempt is made to analyze the economic structure and the legal nature of the operation carried out between the parties of the case judged by the STJ. The first part of the article is descriptive and contains a history of the state regulation of the telecommunications sector in Brazil and the case where the analyzed decision was rendered. The second part, with a normative character, presents a critical analysis of the decision and innovates when considering all elements of fact and public and private law involved in the financial participation contracts. Finally, the article concludes with the possible legal inferences allowed by the innovative analysis of the decision.

**Keywords:** Corporate Law; Consumer Law; Public policies; Superior Court of Justice.

## 1 Introdução

O objetivo do presente trabalho é descrever, em linhas gerais, o histórico processual do Resp n.º 975.834/RS e, com base no julgamento dado pelo STJ ao caso concreto, poder analisar a natureza jurídica dos contratos de participação financeira sob uma perspectiva de direito público e privado. Pretende-se, com esta análise, explorar (1) o impacto quantitativo dessa decisão nos julgamentos posteriores pelo STJ e (2) algumas das consequências geradas pela dicotomia jurídica do direito público e privado. Este trabalho, o primeiro de uma série de três artigos que abordarão o tema debatido no Resp n.º 975.834/RS, se destinará a uma introdução sobre as inovações trazidas ao direito brasileiro por meio dos contratos de participação financeira, enquanto os demais trarão um foco específico com uma análise (a) à luz do mercado de capitais e outra (b) à luz do prisma do direito e desenvolvimento.

A escolha desse recurso decorre da metodologia utilizada para localização e seleção das decisões de matéria de direito societário no STJ. Esse Recurso Especial, julgado em 24 de outubro de 2007, é o caso mais citado pelo STJ em matéria de direito societário desde a fundação do Tribunal Superior, em 1989. Esse caso, cujo relator foi o ministro Hélio Quaglia Barbosa, teve uma relevância fundamental nos julgamentos que o sucederam sobre a matéria, uma vez que foi citado pelo STJ 39.967 vezes entre os anos de 2008 e 2019<sup>1</sup>.

Com base na utilização do método indutivo, foi possível estudar um caso concreto de extrema relevância ao país e trazer luz a uma *delicada* relação tida entre Estado e particulares no início da implementação de políticas públicas visando a universalização do acesso aos serviços de telecomunicações no Brasil. Os poderes, direitos, deveres, sujeições e interesses das partes envolvidas nessa relação, que pouco foram estudados na doutrina jurídica brasileira, serão abordados neste trabalho.

A importância de analisar esse caso é de duas ordens, quantitativa e qualitativa. Sob o aspecto quantitativo destaca-se que este acórdão é até hoje a decisão judicial mais citada pelo STJ em matéria de direito societário. Além da relevância quantitativa, esse caso envolveu algumas discussões ainda pouco trabalhadas na doutrina pátria de direito societário, administrativo, e de direito consumidor. Algumas questões tangenciadas no caso foram: quais as semelhanças e diferenças entre um consumidor e um titular de uma pequeníssima quantidade de ações de uma companhia aberta? Se e quando é possível (ou necessário) estabelecer uma separação rígida entre as áreas do direito civil, societário ou consumerista? Essa distinção é relevante ou atende meramente interesses didáticos ou corporativistas de grupos profissionais e acadêmicos jurídicos?

<sup>1</sup> FGV DIREITO RIO. Resp 975.834/RS – Decisão sobre direito societário mais citada pelo STJ. FGV Direito Rio, 2020b. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u4091/direitorio-factsheet-2-direito-empresarial-v3.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021.

Quais são os limites da judicialização de políticas públicas? Por que os questionamentos teóricos e jurídicos decorrentes dessa decisão, tão relevante na prática do STJ, são tão pouco estudados na doutrina consumérista, empresarial ou de políticas públicas no Brasil? O STJ, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, consegue cumprir sua função primordial de pacificar a jurisprudência em matéria de legislação federal?

Em resposta a esses eventuais questionamentos, pode-se afirmar que a análise da peculiar estrutura do contrato de participação financeira, que reunia, em um mesmo instrumento, a aquisição do direito de uso de uma linha telefônica e uma troca de promessas juridicamente vinculantes para a companhia telefônica e para o consumidor do serviço público de telefonia, nos permite tirar algumas importantes lições sobre os limites dos institutos jurídicos de consumidor e de acionista minoritário.

Uma das principais razões para o estudo, em 2021, do caso julgado pelo STJ no Resp 975.834 é analisar como as partes construíram suas respectivas argumentações e o STJ fundamentou a sua decisão. A partir dessas análises, é possível propor melhorias para a regulação dos processos de captação de recursos das sociedades de economia mista por meio de acesso à poupança popular e identificar o quanto a ausência de uma clara noção sobre a estrutura dos contratos de participação financeira pode ter ocasionado o surgimento de um problema judicial massificado no judiciário brasileiro há mais de 30 anos.

Outra vantagem deste estudo é a possibilidade de analisar, juridicamente, a matéria de forma independente de interesses e pressões de tempo, econômicas, financeiras, profissionais, pessoais e institucionais que circunscreveram (e circunscrevem) o debate dessa matéria no âmbito judicial. Assim, acredita-se que poderão ser extraídas da análise desse caso emblemático para o direito societário no STJ e, por consequência, ao poder judiciário brasileiro, algumas lições úteis para o avanço do conhecimento em direito societário, mercados de capitais, do consumidor e administrativo, tanto dos pontos de vistas descritivo quando normativo.

Descritivamente, a análise desse caso permite compreender como, no Brasil, uma política pública, mesmo quando bem-sucedida, pode resultar em um debate de décadas que demonstra algumas ineficiências decisórias, institucionais e econômicas do funcionamento do direito e poder judiciário brasileiro. Normativamente, a análise desse caso serve como fundamento para a formulação de proposições sobre como o direito societário, administrativo, do consumidor e das políticas públicas poderiam ser aqui aprimorados.

No caso em questão, devido à situação de exaustão fiscal do Estado<sup>2</sup> surge uma necessidade estatal de compartilhamento de custos entre as companhias prestadoras de serviços públicos e seus usuários. Dá-se início, portanto, à política de *autofinanciamento* como meio de universalizar o acesso aos serviços de telecomunicações no país. Este modo de captação de recursos se deu por meio de contratos de participação financeira firmados entre a prestadora de serviço local ou regional (representante do Estado) e o comprador da linha telefônica. Por meio de contrato, o interessado faria o pagamento de uma quantia pecuniária que lhe daria direito (1) à aquisição do direito de uso de linha telefônica e (2) à conversão do valor inicialmente investido em ações da companhia emitidas em seu nome.

O sistema adotado pelo Estado para financiamento no serviço telefônico brasileiro acarretou o ajuizamento de milhares de processos pelos usuários compradores das linhas telefônicas, cuja discussão abordava, em síntese, o descumprimento pelas companhias de telefonia quanto ao número de ações emitidas em benefício dos contratantes. Os autores dessas demandas alegavam que o preço de emissão da ação adotado pela companhia contrariava as normas reguladoras do tema. Para discutir o direito à complementação de

<sup>2</sup> Até o ano de 1973 a expansão da infraestrutura instalada de telefonia fixa no Brasil era parcialmente custeada por meio do Fundo Nacional de Telecomunicações – FNT, o qual era formado por contribuições pagas pelos usuários efetivos dos serviços de telefonia cobrados diretamente em suas contas telefônicas. Em 1974, os recursos destinados às telecomunicações passam a integrar o Fundo Nacional de Desenvolvimento (FND), criado pela Lei n.º 6.093/1974. Em 1981, com a extinção do FND pelo Decreto-Lei n.º 1.859/1981, esses recursos foram transferidos para o Tesouro Nacional e as companhias telefônicas tiveram que adotar outras formas de viabilizar financeiramente a expansão de suas redes de infraestrutura necessárias para a universalização do acesso ao serviço público de telefonia fixa.



ações, o STJ teve de analisar a posição jurídica daquele que firmou o contrato de participação financeira com a prestadora de serviços telefônicos, bem como a natureza das obrigações contidas no referido documento.

A análise desse caso, atualmente, traz alguns benefícios: (1) poder identificar qual o impacto deste precedente ao longo de mais de uma década de atuação do STJ, e, pela ausência de vinculação entre a análise empreendida no ambiente estritamente acadêmico e qualquer interesse profissional ou financeiro relacionado com o julgamento ou com qualquer desdobramento do processo, (2) poder estudar o caso sob óticas ainda pouco exploradas na doutrina jurídica brasileira sobre a judicialização das políticas públicas no setor de telecomunicações. Nesse sentido, será analisada a atividade da companhia telefônica, enquanto sociedade de economia mista, na captação de recursos de poupança pública e no cumprimento do dever de *retribuição acionária* ao contratante (também consumidor e usuário de serviços públicos) para propor questionamentos que tragam luz a diversos temas que circundam a atuação do Estado, seja enquanto acionista majoritário de sociedade de economia mista, criada para implementação de políticas públicas, ou enquanto última instância da justiça brasileira para julgamento de matéria que lhe envolvia.

O presente trabalho pretende trazer interseções pouco exploradas pela academia jurídica brasileira, sendo possível, à luz do caso concreto, fomentar diálogos entre o direito do consumidor, direito societário e políticas públicas por meio do estudo da estrutura econômica da operação realizada, e a natureza jurídica da relação formada entre as partes. Ao final, revelam-se os possíveis pontos omissos no julgamento realizado pelo STJ, e possíveis lições e contribuições originais para a melhora na compreensão, de um lado, das políticas públicas sobre a eficiência e funcionamento do poder judiciário e, de outro, da doutrina sobre direito societário, regulação do mercado de valores mobiliários e direito do consumidor.

## 2 Breve histórico das sociedades de telecomunicações no Brasil

No início da década de 1960 a prestação de serviços de telecomunicações no país era de responsabilidade da União, Estados e Municípios, que prestavam estes serviços direta ou indiretamente. Entretanto, não havia, qualquer tipo de regulamentação sobre os serviços realizados pelas operadoras de telefonia. Essa descentralização, de um modo ou de outro, permitiu que o país vivesse sob a precariedade dos serviços telefônicos durante décadas<sup>3</sup>, o que, posteriormente, estimularia a edição de uma série de leis e regulamentos sobre o tema nos anos seguintes<sup>4</sup>, sendo a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL), pelo Decreto n.º 50.666/1961, a primeira iniciativa nesse sentido.

A ineficiência da operadora de telefonia, para satisfazer os interesses desenvolvimentistas do então governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, aliada à alta cobrança tarifária, deu origem a criação da Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), por meio da Lei Estadual n.º 4.073/1960. A legislação estabelecia que (I) a participação do Estado do Rio Grande do Sul em, no mínimo, 51% do capital social da CRT e (II) a obrigatoriedade de subscrição de ações da CRT para obtenção dos serviços telefônicos, condição que perduraria somente até a completa integralização do capital social da CRT. Dois anos depois, a recusa da então prestadora de serviços públicos no estado, Companhia Telefônica Nacional (CTN)<sup>5</sup>, em

<sup>3</sup> KESTELMAN, Helio Nahmen. *Contexto histórico do processo de institucionalização das telecomunicações no Brasil*. 2002. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002. ARANHA, Márcio Iorio *et al.* Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, n. 1, p. 1-76, 2009. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO\\_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf). Acesso em: 02 maio 2021.

<sup>4</sup> Decreto n.º 50.666/1961, Lei n.º 4.117/1962, Decreto n.º 53.352/1963, Decreto n.º 52.859/1963, Decreto-Lei n.º 162/1967, Lei n.º 5.792/1972, Portarias n.º 415/72, 1.181/74, 1.361/76, 881/90, 86/91 e 1.028/96 do Ministério da Infraestrutura, Lei n.º 6.093/1974, Portaria n.º 261/97 do Ministério das Comunicações e Lei n.º 9.472/1997.

<sup>5</sup> Antes chamada Companhia Telefônica Riograndense, cuja atuação no estado do Rio Grande do Sul datava de 1927, a CTN era subsidiária de outra empresa multinacional estadunidense, a International Telegraph and Telephone (ITT).

participar, acionariamente, da CRT impulsionou a edição do Decreto Estadual n.º 13.186/1962. O Decreto permitiu a cassação da autorização concedida à CTN para a exploração dos serviços telefônicos no Rio Grande do Sul e desapropriação de todos os bens vinculados às comunicações telefônicas situados naquele estado. A constituição da CRT se deu, portanto, a partir da encampação da CTN ocorrida em 16 de fevereiro de 1962.

Poucos meses depois, o Brasil instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações e cria o Fundo Nacional das Telecomunicações (FNT) pela Lei n.º 4.117/1962. Em 1963, o Plano Nacional de Telecomunicações permite que a sua implantação e execução se desse por meio dos recursos provenientes, dentre outros, do FNT (Decreto n.º 52.859/1963)<sup>6</sup>. Mais tarde, com o objetivo de expandir a malha telefônica nacional, o CONTEL, por meio da Resolução n.º 5, de 3 março de 1966, adota a política de autofinanciamento dos serviços de telecomunicações brasileiras.

No ano seguinte, o Decreto-Lei n.º 162/1967 garante à União a competência exclusiva da exploração dos serviços telefônicos diretamente, ou mediante autorização ou concessão, o que permitiu que a União substituísse os Estados e Municípios nas sociedades de telecomunicações existentes<sup>7</sup>. Já na década de 1970, o Governo Federal inicia a regulação dos contratos de participação financeira<sup>8</sup>, e cria a sociedade de economia mista Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebrás) que funcionaria como uma *holding* das demais sociedades de telecomunicações que operavam no país (Lei n.º 5.792/1972). Em 1974, ela se torna concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações (Decreto n.º 74.379/1974).

Na década de 1990, o país dá seu primeiro passo em direção à desestatização do setor de telefonia: é retirada a competência da União para exploração dos serviços de telecomunicações<sup>9</sup>. Mais tarde, a Norma 06/97 – Tarifa de Habilitação do Serviço Telefônico Público, aprovada pela Portaria n.º 261/97 do Ministério das Comunicações, substitui o sistema de autofinanciamento para expansão das telecomunicações pelo pagamento exclusivo de Tarifa ou Preço de Habilitação. No mesmo ano, o Governo Federal dá início ao processo de privatização das telecomunicações e cria a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) por meio da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/1997). Já em 1998, é aprovado o (1) Plano Geral de Outorgas de Serviço de Telecomunicações (Decreto n.º 2.534/1998), pelo qual a ANATEL dá início ao processo de desestatização das telecomunicações brasileiras e (2) o modelo de reestruturação e desestatização das sociedades de telecomunicações (Decreto 2.546/98). No Rio Grande do Sul, a TBS Participações S.A. adquire o controle acionário da CRT em 1998. Em janeiro de 1999, ocorre a cisão da Companhia Riograndense de Telecomunicações. A Celular CRT Participações (Celular CRT), responsável pela telefonia móvel, seria adquirida pela Telefônica Data Brasil Holding S.A. em junho de 2000, enquanto a TBS venderia a CRT (telefonia fixa) a Brasil Telecom S/A em julho de 2000. Em 2010, a Oi compraria a Brasil Telecom Participações S/A, *holding* da Brasil Telecom S/A, e a sucederia nas obrigações da operadora<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> O Decreto n.º 53.352/1963 instituiu o Regulamento do Fundo Nacional de Telecomunicações e determinou que seus recursos adviessem, dentre outros, da cobrança de *sobretarifa* sobre os serviços de telecomunicações. A sobretarifa era cobrada juntamente da tarifa de assinatura e de ligações.

<sup>7</sup> A Constituição Federal de 1967, promulgada um mês após o Decreto-Lei n.º 162/67, trouxe esta mesma redação na alínea “a” do inciso XV do seu artigo 8º.

<sup>8</sup> Portarias n.º 415/72 (vigência de 25/08/1972 a 24/10/1974), 1.181/74 (vigência de 25/10/1974 a 14/12/1976), 1.361/76 (15/12/1976 a 06/12/1990), 881/90 (vigência 07/02/1990 a 16/07/1991), 86/91 (vigência 17/07/1991 a 19/08/1996) e 1.028/96 (vigência de 20/08/1996 a 31/01/1997).

<sup>9</sup> A alteração foi introduzida pela emenda constitucional n.º 8, de 15/08/1995, que alterou o artigo inciso XI e alínea “a” do inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal de 1988.

<sup>10</sup> Mais de 140 mil ações judiciais discutiam os planos de expansão do sistema Telebrás com valor estimado de exposição por de R\$ 3,71 bilhões, quantia que não teria sido detectada pela Oi durante o processo de *due diligence* realizado para a aquisição do controle acionário da Brasil Telecom Participações. Fonte: POSSEBOM, Samuel. A cada 100 processos no país, a Oi está envolvida em 1. *Exame*, 17 jun. 2016. Disponível em: <https://exame.com/negocios/a-cada-100-processos-no-pais-a-oi-esta-envolvida-em-1/>. Acesso em 05 maio 2021.

## 3 Síntese do processo judicial

### 3.1 Do Julgamento em primeira instância

Em 04/01/2006, os adquirentes de linhas telefônicas ajuizaram ação de complementação acionária contra a Brasil Telecom S/A. A alegação era que o contrato de participação financeira, firmado com a CRT (sucédida pela Brasil Telecom), em outubro de 1994, lhes davam direito ao uso do terminal telefônico e a titularidade de ações na quantia correspondente ao valor pago no momento da assinatura do contrato. Para os autores, a demora da CRT, a respeito da emissão das ações, majorou o valor unitário da ação e, por consequência, diminuiu o número de ações que teriam direito. O pedido da ação consistia na condenação da Brasil Telecom S/A a emitir, em complementação, a diferença de ações que lhes seriam devidas, ou, indenizá-los pelo descumprimento do contrato, ou, ainda, lhes restituir o valor com correção monetária e juros, deduzindo desta quantia às ações já subscritas pelos autores.

No julgamento de primeira instância, a respeito do prazo prescricional da ação proposta, o juízo considerou inaplicável: (1) a alínea “g”, inciso II do artigo 287 da Lei das S.A., em decorrência do incidente de uniformização de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), e (2) o artigo 206 do Código Civil de 2002 (CC/02), pois sua retroatividade demonstraria que a ação proposta estaria prescrita antes mesmo da edição deste novo código.

A inconstitucionalidade das Portarias, editadas pelo Ministério das Comunicações, aventada pelos autores, também não foi acolhida. Os autores alegaram que o preço de emissão da ação deveria corresponder ao patrimônio líquido na data do aporte financeiro, em obediência ao artigo 170 da Lei das S.A. O juízo, todavia, considerou que o parágrafo 1º do artigo 170 apenas determinava que a formação do preço de emissão das ações deveria, tão somente, considerar três aspectos: (I) a perspectiva de rentabilidade da companhia, (II) o valor do patrimônio líquido e (III) a cotação de suas ações em bolsa de valores ou mercado de balcão organizado. Caberia, portanto, à Assembleia Geral da companhia a fixação do preço de emissão das ações. Ainda sobre o tema, foi decidido que o patrimônio líquido da companhia, evidenciado pelo balanço, seria formado por capital social, reservas de capital, reservas de reavaliação, reservas de lucros e lucros ou prejuízos acumulados, conforme artigos 178 e 182 da Lei das S.A.<sup>11</sup>. Nesse sentido, concluiu que o valor pago pelos autores não refletia a sua efetiva capitalização, e que o valor patrimonial das ações só poderia ser apurado a partir do balanço realizado pela companhia.

Quanto ao momento da apuração do valor da ação, o juízo entendeu que o valor unitário da ação seria apurado no fim do exercício social anterior à Assembleia Geral da companhia que aprovou a emissão das ações para os autores. Dessa forma, o juízo decidiu que a conduta da ré respeitou as normas reguladoras de sua concessão, a Lei das S.A. e a própria Constituição Federal, não havendo, portanto, direito à subscrição complementar de ações, e, por consequência, direito a dividendos. Desse modo, a ação foi julgada improcedente em primeira instância.<sup>6</sup>

### 3.2 Recurso de apelação

Os autores reiteraram os fundamentos da petição inicial no recurso de apelação interposto, enquanto a ré, em suas contrarrazões, pleiteou a extinção da ação, ou sua improcedência, em face de (1) sua ilegitimidade passiva, e (2) a ocorrência de prescrição.

Em julgamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) decidiu que os autores exigiam a responsabilidade civil da companhia quanto ao parcial cumprimento da obrigação contratada. Deste modo, o TJ/RS afastou a aplicação dos prazos prescricionais dispostos na alínea “g”, inciso II do

<sup>11</sup> Nesta época, os artigos 178 e 182 da Lei das S.A. contavam com a sua redação original.

artigo 287 da Lei n.º 6.404/76, e no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor para aplicar a prescrição ordinária prevista no Código Civil.

Quanto à complementação de ações requerida pelos autores, o Tribunal determinou que o cálculo deveria considerar, como base, o valor patrimonial da ação à data do pagamento realizado pelos autores. Portanto, a apuração do número de ações se daria pela divisão do valor pago à vista, quando da pactuação do contrato de participação financeira, pelo valor patrimonial da ação no respectivo dia, com a devida dedução da quantidade de ações já emitidas pela companhia em benefício dos autores. Contudo, o TJ/RS considerou que o cálculo feito pela sociedade ré considerou outra data: enquanto a integralização do capital foi feita no mês de novembro/1994, data na qual o valor patrimonial das ações era de R\$ 0,057504, a emissão de ações se deu somente em 30/06/1995, pelo valor patrimonial de R\$ 0,6290. Dessa forma, em relação à análise empreendida pelo TJ/RS, constatou-se que os autores faziam jus à diferença de ações, com base no valor patrimonial da ação na data da integralização (R\$ 0,057504).

### 3.3 Do recurso especial

Insatisfeita com a decisão proferida pelo TJ/RS, a Brasil Telecom S/A recorreu ao STJ em busca da anulação ou reforma do acórdão<sup>12</sup>. O pedido de anulação do recurso do TJ/RS se baseou na alegada inexistência de fundamentação legal para o provimento do recurso de apelação, enquanto o pedido de reforma em razão da (1) prescrição da ação (alínea “g”, inciso II do artigo 287 da Lei n.º 6.404/76), e (2) correta apuração do valor patrimonial da ação na data da integralização. Inicialmente o recurso foi direcionado para a Quarta Turma de Direito Privado, entretanto, por decisão do ministro relator, Hélio Quaglia Barbosa, o recurso foi remetido a 2ª Seção de Direito Privado do STJ para julgamento, conforme artigo 14, inciso II, do Regimento Interno do STJ.

No julgamento do recurso, o STJ manteve o posicionamento do TJ/RS sobre a impossibilidade de aplicação da prescrição disciplinada pela alínea “g”, inciso II do artigo 287 da Lei das S.A. sob as mesmas razões<sup>13</sup>. Ademais, o STJ afirmou que a condição de acionistas aos autores (*status socii*) só seria adquirida a partir da subscrição das ações, concluindo, desta forma, que os autores não eram acionistas em relação às ações demandadas judicialmente, e, portanto, não poderia a Lei das S.A. reger a pretensão deduzida em juízo<sup>14</sup>.

A respeito do momento correto para apuração do valor patrimonial das ações, o STJ considerou os seguintes pontos: (1) a prestadora dos serviços telefônicos teria até doze meses, a contar da data do valor pago pelo contratante, para promover a retribuição em ações equivalentes à quantia paga, (2) a quantidade de ações seria calculada por meio da divisão do valor pago pelos contratantes pelo valor patrimonial de cada ação, e (3) o valor patrimonial das ações é obtido pela divisão do patrimônio líquido da sociedade pelo número de ações emitidas pela sociedade a ser definido com base no balanço elaborado ao final do exercício (inciso I do artigo 176, da Lei 6.404/76). A partir disto, o STJ reconheceu que a emissão das ações com valor unitário definido, com base no balanço imediatamente *posterior* ao pagamento realizado pelo contratante, acarretaria uma diminuição na quantidade de ações por ele *recebidas*, enquanto a solução adotada pelo TJ/RS, da emissão de ações considerando o balanço imediatamente *anterior* a integralização, apenas *inverteria o*

<sup>12</sup> A Brasil Telecom requereu a anulação do acórdão proferido pelo TJ/RS por violação dos artigos 165, 458, inciso II e 535, inciso II, do Código de Processo Civil/1973 (CPC73), ou sua reforma por violação dos artigos 3º e 267, inciso VI do CPC73; do artigo 287, inciso II, alínea “g” da Lei n.º 6.404/76; dos artigos 3º e 4º da Lei 7.799/89 e 170, parágrafo 1º, inciso II, da Lei n.º 6.404/76, e, finalmente, por violação do artigo 538, parágrafo único, do CPC73.

<sup>13</sup> Embora o STJ tenha sido omissivo sobre o artigo do Código Civil (CC) aplicável ao caso, acredita-se que tenha se referido ao prazo prescricional de dez anos contido no artigo 205 do CC/2002.

<sup>14</sup> O STJ fez uma curiosa divisão no *status socii* dos autores, reconhecendo, portanto, a possibilidade de a condição de acionista existir apenas para determinados assuntos. Contudo, não explicou detalhadamente como se reconhece esta *peculiar* condição de acionista em determinadas matérias e não em outras.

*prejuízo*<sup>15</sup>, passando este a ser integralmente da companhia<sup>16</sup>. De qualquer modo, em ambas as soluções utilizadas para apuração do valor patrimonial, seja pela companhia, ou pelo TJ/RS, remanesceria o desequilíbrio contratual.

Para análise do caso concreto, o STJ considerou que (1) um dos autores firmou o contrato de participação financeira em 05/10/1994, momento no qual efetuou o pagamento de R\$ 1.007,07, (2) a retribuição acionária realizada em 30/06/1995 lhe deu direito a 1.717 ações da CRT, (3) o valor patrimonial das ações relativo ao balanço anterior à integralização era de R\$ 0,057504 e fora praticado entre 01/07/1994 e 28/04/1995 enquanto (4) o valor patrimonial apurado no balanço posterior era equivalente à R\$ 0,628906 e se praticara entre 29/04/1995 e 29/04/1996. Em busca do equilíbrio contratual, o STJ determinou que o valor patrimonial da ação deveria ser apurado com base no balancete patrimonial realizado no *mês* da respectiva integralização pelo contratante.

O STJ também argumentou que não haveria o risco de alteração dos registros e documentos contábeis, porquanto a CRT, sucedida pela Brasil Telecom S/A, fazia parte da administração pública indireta, de modo que seus balanços e balancetes eram submetidos ao controle de órgãos fiscalizadores, dentre eles a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (TCE/RS) e a Controladoria e Auditoria Geral do Estado (CAGE).

O STJ definiu, ainda, que nos contratos de participação financeira, a data da *integralização*<sup>17</sup> seria a data do efetivo pagamento feito pelo contratante com base no contrato, e não na data de sua assinatura. Em casos de pagamento em parcelas sucessivas em benefício da companhia, a data da integralização seria a data do pagamento da primeira parcela. Ao final, o STJ conheceu, parcialmente, o recurso especial da companhia, e nessa parte lhe deu provimento, para determinar que o valor patrimonial da ação fosse apurado com base no balancete correspondente ao mês da integralização.

## 4 Análise da decisão

Depois de analisado o histórico e desdobramento do caso julgado no Resp 975834, serão tecidas considerações sobre a decisão dada pelo STJ ao caso, e as possíveis lições e controvérsias jurídicas e de políticas públicas que podem ser extraídas dessa decisão paradigmática do STJ. Assim, o presente item está subdividido em três seguimentos específicos: primeiro será analisada a discussão do STJ sobre o momento de emissão das ações e a forma de apuração do seu valor patrimonial — principal ponto discutido no caso e onde foi adotada uma tese inovadora pelo STJ que mudou a forma como estas ações entre contratantes e companhias telefônicas passaram a ser julgadas. Em segundo lugar, serão analisados o conteúdo do contrato e posição jurídica das partes no contrato de participação financeira — análise essencial para a compreensão completa de todas as relações jurídicas estabelecidas entre a administração pública direta e indireta e os particulares

<sup>15</sup> Antes do julgamento do Resp nº 975834, já tinham sido proferidas 18 mil decisões judiciais monocráticas ou colegiadas nas demandas judiciais entre as companhias telefônicas e suas contrapartes nos Contratos de Participação Financeira. PRUDÊNCIO, Anne Caroline Gonçalves Marques de Medeiros. *O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do cálculo do preço de emissão das ações não emitidas em decorrência da assinatura de contratos de participação financeira*. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2008, p. 99.

<sup>16</sup> Optou-se pela utilização do termo *emissão* de ações devido à interpretação do ato jurídico a ser praticado pela companhia, embora o STJ tenha identificado o mesmo ato como a prática de *subscrição* de ações. Enquanto *emissão* de ações é um ato jurídico unilateral que decorre da aprovação da assembleia geral, a *subscrição* é o ato jurídico, também unilateral, realizado pelo particular interessado em se tornar acionista da sociedade. Portanto, se há determinação para que a companhia utilize determinado critério para apuração do valor patrimonial da ação, estar-se-ia falando, necessariamente, da obrigação da companhia *emitir* ações.

<sup>17</sup> Apesar do STJ ter adotado o termo *integralização* ao longo de sua decisão, ressalta-se que a integralização de fato só ocorre após a emissão das ações pela Assembleia Geral e subscrição pelo interessado em participar do capital social da sociedade (artigo 106 da Lei n. 6.404/76). Portanto, seria equivocado afirmar que a integralização das ações ocorreu em momento anterior a sua emissão pela companhia.

neste instrumento jurídico e não apenas aquelas que foram levadas ao conhecimento do Poder Judiciário; e, por fim e de modo inovador, a natureza jurídica dos contratos de participação financeira — com base em um perspectiva de direito econômico, considerando-se os elementos de direito público e de direito privado relacionados com os contratos de participação financeira.

#### 4.1 Momento de emissão das ações e a forma de apuração do seu valor patrimonial

Primeiramente, é preciso analisar se a promessa de emitir futuramente ações representativas do seu capital social em *benefício* dos usuários das linhas telefônicas era uma obrigação que poderia ter sido legalmente assumida pelas companhias telefônicas. Uma das principais críticas feitas à época se fundava na impossibilidade da companhia negociar suas próprias ações (prevista no art. 30 da Lei 6.404/76)<sup>18</sup>. Uma outra crítica se deve ao fato de a companhia estar, na prática, assumido perante terceiros uma obrigação que juridicamente não lhe cabe, uma vez que aprovar a emissão de ações para o aumento do capital é uma prerrogativa exclusiva dos sócios da sociedade reunidos em assembleia geral e não da própria companhia. Assim, se a companhia se comprometesse a emitir as ações, mas os acionistas reunidos em assembleia geral simplesmente não aprovassem o aumento de capital, ou, ainda, se aprovassem o aumento do capital, mas exercessem os seus direitos de preferência para subscrevê-las (art. 171 da LSA), a companhia telefônica se veria diante de um impasse (e potencial ilegalidade) de difícil resolução.

É necessário salientar que (1) a determinação de emissão das ações em proveito dos usuários contratantes decorreu, ao longo do tempo, da lei estadual n.º 4.073/1960 (no caso da CRT), das Portarias do Ministério da Infraestrutura e do Estatuto social, e (2) somente os órgãos representativos da sociedade podem, de fato, vinculá-la às obrigações perante terceiros. Isto é, a obrigação imputada à sociedade ocorreu, de qualquer modo, por deliberação estranha aos órgãos com poderes de representação (artigo 138, §1º da LSA), não podendo, portanto, a operação ser considerada como negociação pela sociedade com as suas próprias ações<sup>19</sup>.

No caso analisado, e nas milhares de ações ajuizadas no Rio Grande do Sul até março de 2007, o principal tema debatido foi a quantidade de ações a ser *recebidas* pelos particulares contratantes com as companhias telefônicas. Pois, dependendo do critério utilizado, os particulares poderiam receber mais ou menos ações da companhia telefônica e, assim, ter acesso a mais ou menos direitos patrimoniais (dividendos) ou políticos (voto) na companhia telefônica ou sua sucessora empresarial.

No contexto específico dos contratos de participação financeira firmados pela antiga CRT, o seu Estatuto Social, com redação vigente entre 1978 e 1996, previu que o preço de emissão das ações seria “o de seu valor patrimonial decorrente das demonstrações financeiras do exercício social anterior àquele em que ocorrer a emissão das ações, porém, nunca, inferior ao seu valor nominal”. Em complemento ao tema, o item 5.1.1 da Portaria n.º 86/91 do Ministério da Infraestrutura estabeleceu que “a capitalização deverá ser efetuada com base no valor patrimonial da ação, apurado no primeiro balanço elaborado e auditado após a integralização da participação financeira” e o item 5.3 que a retribuição acionária deveria ocorrer, no máximo, seis meses após a data do encerramento do balanço auditado<sup>20</sup>. Em suma, a retribuição acionária aos contratantes teria como base o valor patrimonial da ação, apurado em balanço realizado após pagamento da linha telefônica (integralização), e seria realizada, no máximo, seis meses após o referido balanço. De um modo, ou outro, o preço de emissão das ações consideraria o balanço *posterior* a integralização.

<sup>18</sup> A mesma proibição esteve contida no artigo 15 do Decreto-lei n.º 2.627/1940, que regulava as sociedades por ações no momento que os contratos de participação foram introduzidos no Brasil.

<sup>19</sup> VON ADAMEK, Marcelo Vieira; FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 146, p. 30-45, 2007.

<sup>20</sup> Esta Portaria teve vigência de 17/07/1991 a 19/08/1996.

Após o parecer jurídico elaborado por Wald<sup>21</sup>, outros dois foram realizados, esses, todavia, já voltados para a discussão instaurada pela decisão dada pelo STJ no recurso ora analisado: se o valor patrimonial da ação, para fins de fixação do preço de emissão de ações nos aumentos de capital, deveria utilizar como base para cálculo (1) o balanço patrimonial anual anterior ao aporte de recursos pelos usuários contratantes, conforme Estatuto Social da CRT, ou (2) o balanço patrimonial mensal apurado no mês da respectiva integralização, conforme posicionamento adotado pelo STJ. Modesto Carvalhosa<sup>22</sup> elaborou seu parecer a pedido dos autores da ação, enquanto Luiz Gastão Paes de Barros Leães<sup>23</sup> a pedido da companhia.

Em seu parecer, Carvalhosa, primeiramente, pontuou que o contrato de participação financeira “constitua um negócio jurídico de subscrição de aumento de capital”<sup>24</sup>. Em análise detida à questão colocada pelo recurso especial, o autor ponderou que os balancetes mensais não poderiam ser utilizados como base para elaboração do valor patrimonial da ação para fins de fixação do preço de emissões de ações<sup>25</sup>. Para ele (1), a validade e eficácia do balanço anual perante os acionistas e terceiros depende de sua publicação e aprovação pela assembleia geral ordinária, (2) o balancete mensal constitui ato material e não ato jurídico, porquanto não é elaborado na forma e rigidez do balanço anual, (3) o estatuto social da sociedade previa a utilização do balanço anual para composição do valor patrimonial da ação e, portanto, deveria ser obedecido, e (4) a lei permitia a elaboração de balanços apenas para negócios jurídicos específicos e disciplinados pela lei societária. Ao final, concluiu que a retribuição acionária deveria considerar o valor patrimonial da ação com base no balanço patrimonial anual anterior ao pagamento feito pelo contratante.

Leães, por outro lado, afirmou que o contrato tinha natureza de “adiantamentos para futuros aumentos de capital” em decorrência da obrigação gerada para a companhia em face dos usuários adquirentes das linhas de telefônicas que consistia em “lhes entregar [...] ações correspondentes aos valores adiantados”<sup>26</sup>. Para ele, a Portaria 86/91, ao estabelecer que a capitalização seria efetuada com base no valor patrimonial da ação apurado no primeiro balanço após a integralização, não determinou que o cálculo deveria ser feito necessariamente com base no balanço anual do exercício. Portanto, ao contrário da posição perfilhada por Carvalhosa<sup>27</sup>, considerou que o balancete mensal poderia ser utilizado para fins de cumprimento da obrigação da companhia, visto serem “peças contábeis fidedignas e viáveis para exibir a evolução do quadro patrimonial nos momentos que são levantados” admitidas pela própria Lei das S.A. para outras questões de fins societários<sup>28</sup>. Em seu parecer, defendeu a legalidade da decisão tomada pelo STJ desde que os balancetes fossem elaborados em conformidade às regras aplicadas para o balanço anual descritas na Seção II do Capítulo XV da Lei n.º 6.404/76<sup>29</sup>.

Em que pese os esforços desses autores, é necessário reconhecer que as análises foram realizadas por ocasião dos pareceres jurídicos que lhes foram solicitados à época. Como pode ser observado, o recurso

<sup>21</sup> WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica – Assinantes – Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

<sup>22</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucédida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital*. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

<sup>23</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. Rio de Janeiro: Singular, 2018. p. 895-911.

<sup>24</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucédida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital*. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor). P. 4.

<sup>25</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucédida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital*. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor), p. 15.

<sup>26</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. Rio de Janeiro: Singular, 2018. p. 900.

<sup>27</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucédida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital*. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

<sup>28</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. Rio de Janeiro: Singular, 2018. p. 910.

<sup>29</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. Rio de Janeiro: Singular, 2018. p. 910.

analisado sequer enfrentou as questões de direito público que envolviam a discussão, razão pela qual era de se esperar que os pareceres tampouco as abordassem, sob pena de extrapolar os limites litigados pelas partes. Portanto, as raras tentativas doutrinárias de analisar juridicamente o tema estavam restritas ao direito privado e limitadas, sobretudo, ao escopo da lide e ao momento processual em que o parecer era elaborado. De outro lado, também é importante reconhecer a omissão do STJ quanto às questões de Direito Público que envolviam este recurso: tampouco foram enfrentadas, diante das teses adotadas pelos ministros julgadores, ou lembradas de sua relevância, em função da escolha da 2ª Seção de Direito Privado para julgamento do caso.

Outro ponto importante sobre a política de autofinanciamento das companhias telefônicas consiste na substancial mudança quanto a necessidade de subscrição das ações para acesso aos serviços telefônicos. Enquanto nos contratos de participação financeira originalmente firmados pela CRT na década de 1960 a subscrição, prévia e compulsória, das ações da companhia telefônica seria obrigatória para contratar os seus serviços de telefonia somente até a completa integralização do capital<sup>30</sup> (ou seja, até a formação da base material necessária para o início das atividades da companhia), as Portarias editadas pelo Ministério da Infraestrutura, no início da década de 1970, estabeleceram que o valor pago pelo usuário previamente para a instalação da linha telefônica daria direito a essa “retribuição acionária”<sup>31</sup>.

Por fim, destaca-se que as sociedades de economia mista, por serem regidas pela Lei das S.A. (art. 235), somente podem emitir os mesmos títulos e valores mobiliários que estão legalmente autorizados para quaisquer outras sociedades anônimas. Isto é, a captação de recursos pela emissão de dívida ou de capital da sociedade de economia mista deve acontecer da mesma forma praticada pelas demais sociedades anônimas não controladas pelo Estado. Portanto, essa captação de recursos pela companhia telefônica, que acessou a economia popular sob o poder de império Estatal, se deu de modo atípico e, potencialmente, ao arripio das Leis n.º 5.768/71<sup>32</sup> e n.º 6.385/76.

#### **4.2 Conteúdo do contrato e posição jurídica das partes no contrato de participação financeira**

Para verificar os eventuais erros e acertos dessa decisão é preciso, primeiro, analisar a estrutura econômica e a natureza jurídica da operação contratada entre a companhia telefônica e suas contrapartes. A utilização do termo, assaz genérico, “contraparte” para referência às pessoas físicas e jurídicas que firmaram os Contratos de Participação Financeira (“Contrato de Participação”) com a companhia telefônica se deve à uma das principais dificuldades para a correta definição da natureza jurídica dos Contratos de Participação: estabelecer a natureza da posição jurídico-contratual daqueles que contrataram com a companhia telefônica. Pois, na forma como a operação foi realizada, estabeleceram-se entre eles e a companhia, pelo menos, dois vínculos de natureza jurídico-pública e dois vínculos de natureza jurídico-privada.

De natureza jurídico-pública, as contrapartes da companhia telefônica firmaram os Contratos de Participação, inicialmente, na qualidade de administrados compelidos pela administração pública indireta a participar do financiamento de uma política pública necessária para a expansão da rede de telefonia fixa no Brasil na década de 1990<sup>33</sup>; e, posteriormente, na qualidade de usuários dos serviços públicos de telefonia fixa prestados pela companhia telefônica.

<sup>30</sup> Artigo 13 da Lei Estadual n.º 4.073/1960 (Rio Grande do Sul).

<sup>31</sup> À rigor, segundo a melhor técnica jurídica e contábil, esta “retribuição acionária” poderia ser caracterizada como uma operação de conversão de reservas ou dívidas da sociedade em capital social ou de emissão de novas ações a ser subscritas pelos contratantes.

<sup>32</sup> O inciso V do artigo 7º da Lei n.º 5.768/71, em sua redação original, dispunha que “qualquer outra modalidade de captação antecipada de poupança popular, mediante promessa de contraprestação em bens, direitos ou serviços de qualquer natureza” dependia de prévia autorização do Ministério da Fazenda.

<sup>33</sup> Sobre a infraestrutura deficiente no setor de telecomunicações no Brasil a partir da década de 1940, ver: ARANHA, Márcio Iorio et al. Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, n. 1, p. 1-76, 2009. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO\\_DireitoEstadoTelecomuni-](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO_DireitoEstadoTelecomuni-)



De natureza jurídico-privada, as contrapartes da companhia telefônica firmaram os Contratos de Participação, primordialmente, como postulantes a se tornarem consumidores dos serviços de telefonia fixa prestados pela companhia telefônica e, secundária e inadvertidamente, como investidores destinatários de uma operação atípica de captação de poupança pública por meio da emissão em massa de oportunidades de investimento em ações da companhia telefônica a ser futuramente emitidas pela companhia telefônica e subscritas pelos contratantes.

Essa peculiar combinação de relações jurídicas públicas e privadas mantidas entre a companhia telefônica (sociedade de economia mista integrante da administração pública indireta atuando diretamente na esfera econômica em regime de monopólio estatal), estabelecida com base em institutos jurídicos que eram pouco comuns na reflexão jurídica brasileira da época, pode explicar porque alguns dos direitos e deveres oriundos destes Contratos de Participação geraram tanta controvérsia jurídica e ocuparam grande parte da atenção do poder judiciário<sup>34</sup> e da advocacia a partir da década de 1990.

Sobre as *inovações* jurídicas reunidas no Contrato de Participação Financeira, destaca-se que, apesar de os contratos de “Participação Financeira” com características similares aos tratados, no caso em análise, terem sido firmados no Brasil desde a década de 1960, alguns institutos (um pouco) capazes de aclarar o regime e a natureza jurídica desses contratos somente vieram a ser positivados no direito brasileiro a partir dos anos 2000, ao passo que outros ainda permanecem estranhos ao nosso ordenamento jurídico, como se verá abaixo. Por exemplo, o conceito de contrato de investimento coletivo, bem como a sua definição como valor mobiliário, só vieram a ser positivados no Brasil em 2001 (pela Lei n.º 10.303/2001 que incluiu o inciso IX ao artigo 2º da Lei n.º 6.385/76) e a proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos prestados diretamente pela administração pública, ou mediante concessão, permissão ou autorização, somente veio a ser positivada no Brasil em 2017 (pela Lei n.º 13.460/17 que aprovou o “Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”).

Portanto, qualquer ponderação sobre o eventual acerto ou desacerto do tratamento jurídico conferido pelo STJ ao Resp 975834 depende, inicialmente, da definição da situação fática e das funções econômicas por ele veiculadas entre as partes; e da natureza jurídica do Contrato de Participação Financeira. Quanto aos aspectos fáticos e econômicos, os seguintes atos materiais e jurídicos eram praticados pelas partes após a assinatura do Contrato de Participação Financeira:

(1) o particular, interessado em contratar o serviço de telefonia fixa, transferia uma quantidade de recursos financeiros para a companhia telefônica; (2) os recursos transferidos pelo particular compunham as disponibilidades de caixa da companhia telefônica; (3) a companhia telefônica instalava uma nova linha de telefonia fixa no endereço informado pelo contratante e assim expandia a sua rede total de cobertura do serviço; (4) o contratante passava a utilizar o serviço de telefonia fixa e remunerava a companhia telefônica mensalmente pela prestação desses serviços; (5) a companhia telefônica, em até 12 meses após a data em que recebeu os recursos financeiros do contratante, tinha o seu capital social aumentado por meio da emissão de novas ações aprovada em assembleia geral de acionistas; (6) após a emissão, o cliente *recebia*<sup>35</sup> estas novas ações da companhia telefônica.

---

cacoesPrimordios.pdf. Acesso em: 02 maio 2021.

<sup>34</sup> Para informações sobre a prevalência desta discussão na prática do STJ em matéria de direito societário, ver: FGV DIREITO RIO. O direito empresarial no Superior Tribunal de Justiça: Fact sheet n.1 – Apresentação geral do projeto de pesquisa. FGV Direito Rio, 2020a. Disponível em: [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u4091/destj\\_x\\_fact\\_sheet\\_no\\_1.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u4091/destj_x_fact_sheet_no_1.pdf). Acesso em: 26 mar. 2021.

<sup>35</sup> A rigor, seria tecnicamente impreciso dizer que um acionista assumiu tal condição por meio do “recebimento” de ações emitidas por uma sociedade anônima (acionista como sujeito passivo do ato jurídico), dado que a condição de sócio de uma sociedade depende de manifestação de vontade expressada pelo ingressante no momento do seu ingresso no quadro de sócios da sociedade. Assim, o correto seria afirmar que o contratante “*subscreviu*” as ações emitidas pela companhia (acionista como sujeito ativo do ato jurídico). Porém, uma das questões jurídicas mais controvertidas no caso analisado (bem como em todos os milhares de casos envolvendo os Contratos de Participação Financeira) é justamente definir se e, conforme o caso, quando e como os atos jurídicos de emissão, subscrição e integralização das ações da companhia telefônica teriam sido praticados pelos contratantes. Considerando-se o ato jurídico de *subscrição* de ações praticado pelo acionista ingressante na sociedade anônima é um corolário lógico do ato jurídico

Após a descrição das etapas 1 a 6, para que a operação administrativa, comercial e financeira firmada entre a companhia telefônica e suas contrapartes no Contrato de Participação Financeira fosse concluída, percebe-se que um único instrumento jurídico firmado entre elas consubstanciava, no mínimo, três relações jurídicas distintas entre os particulares e a companhia telefônica:

1) uma relação de captação de recursos pela companhia telefônica para viabilizar a expansão de sua infraestrutura necessária para a prestação e expansão do serviço público de telefonia. Uma relação jurídico-pública, portanto, haja vista que a legislação e regulação aplicável à prestação dos serviços públicos de telefonia *permittia*<sup>36</sup> que a companhia telefônica adotasse uma política de compartilhamento de custos para a instalação da infraestrutura com os usuários do serviço público.

2) uma relação de prestação continuada de serviços de telefonia fixa entre a companhia telefônica e o particular, ou seja, o estabelecimento de uma relação jurídico-privada de *consumo*<sup>37</sup>, entre a companhia telefônica prestadora do serviço público e o particular (usuário/consumidor); e

3) uma relação jurídico-privada de *promessa* de emissão de ações da companhia telefônica para a futura subscrição destas ações pelo particular (usuário/consumidor); ações que seriam por ele subscritas tão logo tivessem sido regularmente emitidas pela companhia telefônica em momento futuro. De modo que, após a aprovação da emissão de ações pela assembleia geral da companhia telefônica e a consequente subscrição das novas ações, o usuário/consumidor seria então tornado *acionista*<sup>38</sup> minoritário da companhia telefônica. Logo, uma operação de captação de poupança pública por meio da oferta de promessas de emissão de futuras ações da companhia. Ou seja, uma futura “oportunidade de investimento” no capital social da companhia telefônica que garantiria ao particular (usuário/consumidor/acionista) os direitos políticos e econômicos decorrentes da titularidade de ações ordinárias da companhia telefônica.

Assim, a administração pública indireta *determinava*, unilateralmente e com a força de seu poder de império estatal (*puissance publique*), que os potenciais usuários do serviço público de telefonia arcassem com parte dos custos de expansão da rede. Conforme se verá abaixo, a forma escolhida pela companhia telefônica para impor esta assunção de custos (preço público) por parte dos interessados em obter o direito de usar uma li-

---

de *emissão* das ações praticado pela sociedade, no caso concreto, se discutiu basicamente sobre *quando, como e por qual preço* estas ações teriam sido emitidas pela companhia e subscritas pelos contratantes.

<sup>36</sup> Houve controvérsia em relação à legalidade desta permissão, pois alguns contratantes das companhias telefônicas alegavam que a política pública de “autofinanciamento” adotada era ilegal, pois estaria prevista exclusivamente em portarias expedidas pela Secretaria Nacional de Comunicações do extinto Ministério da Infra-estrutura, tratando-se, portanto, de um regulamento autônomo da administração pública. No caso em questão, a CRT (que veio a ser incorporada pela Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebrás) praticou os atos amparados na lei estadual nº 4.073/60. No âmbito nacional, os contratos de participação financeira teriam sido firmados pela Telebrás e suas subsidiárias com base na Lei 5.792/72 e nas Portarias 415/72, 1.181/74, 1.361/76, 880/90 e 86/91 do Secretário Nacional das Comunicações do então Ministério da Infra-estrutura.

<sup>37</sup> Considera-se como uma relação jurídico-privada porque a contratação entre a companhia telefônica e o particular para a prestação dos serviços de telefonia não estaria revestida integralmente de todos os atributos dos atos administrativos. Assim, considera-se que a contratação para a oferta do serviço de telefonia se tratou de um *ato de gestão* da administração pública indireta. Tal relação contratual de prestação de serviços seria regida principalmente pelo Código Civil de 1916 (vigente no momento da contratação) e, para os contratos firmados após 11 de março de 1991, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), sem prejuízo das regras e condicionantes específicas para a prestação de serviços de telefonia definidas pela regulamentação específica do setor de telefonia. O Contrato de Participação Financeira discutido no Recurso Especial nº 975.834 foi firmado no dia 5 de outubro de 1994.

<sup>38</sup> A rigor, a qualidade de acionista ou sócio (aqui considerados como sinônimos) de uma sociedade anônima é adquirida no Brasil por meio da inscrição, pela administração da sociedade, do nome do acionista no Livro de Registro de Ações Nominativas da companhia (alínea “a”) do inciso I do artigo 100 da Lei das S.A.) ou, para as companhias que contam com serviços de ações escriturais (artigos 34 e 35 da Lei das S.A.), por meio dos registros de titularidade de ações nas listas ou contas de depósito de ações mantidas pela instituição financeira prestadora dos serviços de escrituração de ações e de outros valores mobiliários. Porém, os artigos 85 e 88 da Lei das S.A. determinam a utilização de listas ou boletins de subscrição de ações como instrumentos jurídicos úteis, necessários e suficientes para formalizar a manifestação de vontade do ingressante de participar do quadro de acionistas da sociedade anônima por meio da aquisição de ações representativas de seu capital social. A assinatura de listas ou boletins de subscrição de ações somente é dispensada na hipótese de oferta pública de ações liquidada em sistema eletrônico operacionalizado e mantido por entidade administradora de mercados organizados de valores mobiliários (parágrafo 2º do artigo 85 da Lei das S.A., parágrafo incluído pela Lei nº 13.874/2019).

na telefônica (usuários potenciais do serviço público) foi o início e o fim de todas as controvérsias jurídicas decorrentes dos contratos de participação financeira. Naturalmente, uma série de poderes e sujeições públicas da administração e as necessidades e interesses privados (da companhia telefônica e seus clientes atuais e potenciais) não seriam facilmente acomodados entre si sem uma profunda reflexão e definição prévia do seu estatuto jurídico e legalidade (o que não parece ter sido o caso pela adoção dessas políticas públicas de autofinanciamento para expansão da rede de telefonia no Brasil). Vale ressaltar que os Contratos de Participação Financeira reuniram algumas características diametralmente opostas e antagônicas entre si ou, como diriam os franceses, *qui hurlent de se trouver ensemble*.

(a) os interesses privados da companhia telefônica de formar caixa suficiente para financiar as suas atividades e realizar captações de poupança pública<sup>39</sup> sem, com isso, aumentar o seu nível de endividamento ou diluir significativamente a participação estatal no capital social da companhia;

(b.1) a incapacidade do Estado de financiar, com recursos dos cofres públicos, a implementação de políticas públicas de universalização do acesso aos serviços de telefonia no Brasil; (b.2) o poder da administração pública de condicionar o acesso aos serviços públicos de telefonia ao pagamento, pelos seus usuários potenciais ou efetivos, de um preço público;

(c) do ponto de vista do usuário, a crescente necessidade de acessar os serviços de telefonia e a existência de um mercado paralelo de linhas telefônicas, no qual o direito de usar uma linha telefônica era negociado a preços inacessíveis para a esmagadora maioria da população<sup>40</sup>;

(d) a inexistência no ordenamento jurídico brasileiro de um valor mobiliário específico para a captação de recursos pelas sociedades empresárias controladas pelo poder público (sociedade de economias mista, regidas pelo Decreto-lei n.º 200/67 e pela Lei n.º 6.404/76) que lhes permitisse melhor compatibilizar os seus poderes e interesses públicos com as suas necessidades e interesses privados (os seus próprios, de seus acionistas e clientes atuais e potenciais); e

(e) a aceitação, na doutrina administrativista, de uma concepção tradicional sobre a *supremacia do interesse público* que justificava amplamente a ação estatal em detrimento da proteção dos direitos e interesses dos usuários de serviços públicos em estado de *sujeição* à administração pública<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> O que poderia ter sido feito com bem menos controvérsia jurídica se as companhias telefônicas (sociedades de economia mista, constituídas como sociedades anônimas de capital aberto e, portanto, pessoas jurídicas de direito privado controladas pelo Estado) tivessem, simplesmente, captado poupança pública por meio da emissão de algum dos valores mobiliários legalmente previstos à época, nos termos do inciso III do artigo 5º do Decreto-Lei 200/67, do artigo 2º da Lei 6.385/76 e da Lei 6.404/76. Nesse caso a administração pública indireta teria agido totalmente despidida de seu poder de império e utilizado um instrumento de captação de recursos disponível para todas as demais sociedades anônimas controladas por agentes privados. Assim, a utilização dos completamente atípicos “Contratos de Participação Financeira”, no Brasil, desde a década de 1960, até a segunda metade da década de 1990, demonstra a permanência no Estado brasileiro, durante boa parte do século XX, de uma concepção autoritária da relação entre a administração pública e os usuários de serviços públicos. O fato desse longo período de tradição e prática intervencionista e autoritária ter perdurado até a promulgação da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97), talvez, justifique porque esses contratos se tornaram tão prevalentes nas discussões judiciais sobre direito do consumidor e societário no Brasil até hoje.

<sup>40</sup> Em abril/1997 o preço praticado para aquisição do direito de uso de uma linha telefônica no Brasil era de, em média, mil reais. Porém em cidades como São Paulo e Rio de Janeiro o valor poderia chegar até R\$ 9 mil (GUERREIRO, Renato Navarro. A nova fase das telecomunicações. *Folha de S. Paulo*, [São Paulo], 10 set. 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz10099909.htm>. Acesso em: 13 maio 2021). Além disso, existia há época uma grande fila de espera para a aquisição de uma linha telefônica.

<sup>41</sup> Nota-se uma renovação do conteúdo do conceito de supremacia do interesse público na doutrina administrativista atual. Por todos, Binenbojm, ao negar a existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, afirma que “sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais são patentes.” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, 239, 2005, p. 29). A respeito da crescente proteção jurídica dos usuários de serviços públicos, ver: Lei n.º 13.460/2017 (Código de Defesa do Usuário do Serviço Público).

### 3.3 Natureza Jurídica dos Contratos de Participação Financeira

Um negócio jurídico com estas peculiares características público e privada, sobretudo em um contexto jurídico, social e econômico com pouca adesão ao mercado de capitais como meio de financiamento da capacidade produtiva empresarial, tal como o mercado brasileiro da década de 1990, tinha todos os ingredientes para tornar-se um tema amplamente judicializado e contencioso em qualquer uma das vertentes possíveis. Como, de fato, aconteceu.

As principais tentativas de análise doutrinária, para fins de classificação e determinação da natureza jurídica do contrato de participação financeira, firmado entre os clientes adquirentes das linhas telefônicas na década de 1990 e as companhias telefônicas, foram realizadas em pareceres apresentados nesse processo e/ou outros com discussão semelhante pelos autores Wald<sup>42</sup>, Carvalhosa<sup>43</sup>, Leães<sup>44</sup> e Tepedino<sup>45</sup>. Arnoldo Wald<sup>46</sup>, em parecer elaborado a pedido da CRT, considera que o contrato de participação financeira é “um contrato de investimento consistente em adiantamento, realizado com a finalidade de participação futura no capital da sociedade, mediante subscrição de ações pelo valor patrimonial do final do exercício anterior ao da capitalização dos ditos créditos.” Para este autor, são contratos de adesão com natureza jurídica de “Contrato de Investimento em Participação Acionária em Futuro Aumento de Capital da Concessionária”, contrato acessório (subsidiário, nas palavras do autor) ao contrato de assinatura de uso de linha telefônica<sup>47</sup>.

Contudo, apesar do louvável esforço analítico deste autor, é importante ressaltar que a análise peca pela ausência de consideração mais detalhada sobre alguns aspectos essenciais para o correto estabelecimento da natureza jurídica do contrato de participação financeira e, principalmente, da natureza do vínculo jurídico estabelecido entre as companhias telefônicas e os adquirentes das linhas telefônicas. Nesse sentido, Wald<sup>48</sup> ignora, por exemplo, os aspectos de natureza jurídico-pública da relação jurídica mantida entre a companhia telefônica e seus clientes. Pois, no momento da contratação do Contrato de Participação Financeira a prestação do serviço público de telefonia encontrava-se totalmente sob a responsabilidade do Estado, que prestava tal serviço público por meio de empresas públicas ou, principalmente, sociedades de economia mista controladas pelos poderes executivos estaduais ou federal. Administração pública indireta, portanto.

Dessa forma, a correta análise do vínculo contratual mantido entre os adquirentes das linhas telefônicas e as companhias telefônicas deve partir da consideração da natureza jurídico-pública da imposição feita pelo Estado aos usuários do serviço público, que forçosamente deveriam aderir ao contrato de participação financeira e fazer jus ao *benefício* de tornar-se acionista da companhia telefônica em algum momento no futuro.

O ato jurídico, praticado pela companhia prestadora do serviço de telefonia capaz de obrigar os consumidores a participar do custeio da expansão da infraestrutura de telefonia, no caso analisado, a CRT, é um

<sup>42</sup> WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica - Assinantes - Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

<sup>43</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucedida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital*. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

<sup>44</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. Rio de Janeiro: Singular, 2018. p. 895-911.

<sup>45</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Opinião Doutrinária*. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2007. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

<sup>46</sup> WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica - Assinantes - Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, 2000, p. 326. Para o autor, apesar da relação jurídica entre a companhia e o usuário de serviços públicos ser, também, uma relação de consumo, a obrigação contida no contrato não gerava relação de consumo, porquanto se tratava de um investimento em participação acionária, encontrando-se, portanto, no campo das relações de direito societário.

<sup>47</sup> WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica - Assinantes - Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, 2000, p. 311. Para o autor, apesar da relação jurídica entre a companhia e o usuário de serviços públicos ser, também, uma relação de consumo, a obrigação contida no contrato não gerava relação de consumo, porquanto se tratava de um investimento em participação acionária, encontrando-se, portanto, no campo das relações de direito societário.

<sup>48</sup> WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica - Assinantes - Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

ato administrativo classificado como ato-condição<sup>49</sup>. Ou seja, um ato da administração pública necessário para a prática de outro ato posterior pela administração pública indireta (no caso, a instalação da rede de telefonia pela companhia telefônica)<sup>50</sup>. Somente depois de praticados esses atos administrativos, e feita pelos particulares a manifestação de vontade de ingressar no contrato de participação financeira, é que tinha início a prestação dos serviços telefônicos e a relação estritamente jurídico-privada, na qual a companhia telefônica, agora despida do poder de império do estado, prestava o serviço de telefonia em troca de uma remuneração periódica (tarifa mensal).

Uma vez desdobrada a dinâmica prática da estrutura técnica, contratual e financeira estabelecida entre a companhia telefônica e os adquirentes das linhas telefônicas, é possível concentrar a atenção em uma peculiaridade da operação de financiamento orquestrada pelas companhias telefônicas: a promessa de *retribuição acionária* como meio de atrair interessados na aquisição de linha telefônica. Dado que o pagamento inicialmente feito pelos adquirentes das linhas telefônicas não se tratava de uma contrapartida para a compra da referida linha, mas sim de um aporte de recursos feitos pelos adquirentes no caixa da companhia telefônica a título de custeio privado da expansão da rede de telefonia necessária para a prestação de serviços de telefone fixo, era importante que a companhia telefônica oferecesse aos adquirentes de novas linhas algum tipo de restituição ou compensação pecuniária pela “participação financeira”. Essa retribuição acionária era importante, pois dava um verniz de voluntariedade e oportunidade de investimento à uma operação financeira que, na perspectiva do contratante, mais se assemelhava ao cumprimento de um dever imposto pela administração pública: pagar pela expansão da estrutura de telecomunicações para vir a contratar o serviço público. Era relevante dar esse verniz de investimento a aquisição de uma linha nova sobretudo quando se considera que à época (1) existia um mercado secundário paralelo de linhas telefônicas em que a companhia telefônica buscava expandir a sua rede instalada e (2) as linhas telefônicas então existentes eram consideradas como oportunidade de investimento. Apesar dos altos preços, cobrados à época no mercado paralelo para a aquisição de uma linha telefônica, que tornavam esse acesso restrito a uma pequena parcela da população, a companhia telefônica considerou relevante oferecer algum tipo de “atrativo” para que os potenciais adquirentes preferissem adquirir novas linhas em vez de comprar linhas existentes.

Desse modo, o estabelecimento do vínculo entre adquirentes de linhas telefônicas deve ser analisado considerando que a manifestação de vontade dos adquirentes estava triplamente subordinada frente à companhia telefônica. Haja vista que (1) se tratava da garantia de acesso a um serviço público de primeira necessidade: pontos fixos de telefonia; (2) a administração pública poderia impor unilateralmente obrigações aos clientes e, assim, condicionar o acesso a este serviço público a assunção de obrigações não desejadas pelos clientes; e (3) os adquirentes das linhas telefônicas não tinham condições de negociar os termos de seu vínculo contratual com a prestadora do serviço. Nesse último caso, a relação entre os adquirentes e a companhia telefônica em muito se assemelha ao relacionamento mantido por qualquer consumidor hipossuficiente e uma grande sociedade empresária fornecedora de bens e serviços no mercado de consumo.

É importante destacar, entretanto, em relação aos dois primeiros elementos de subordinação do adquirente e de sua manifestação de vontade, que eles somente estavam presentes dadas (a) incapacidade das políticas públicas estatais de universalizar o acesso ao serviço de telefonia nas décadas de 1960 a 1990 (antes das políticas de privatizações no setor de telefonia, que se iniciou no final da década de 1990); e (b) ao poder de império do Estado exercido por meio da administração pública direta (Ministérios das Comunicações

<sup>49</sup> O jurista francês Léon Duguit foi responsável pela formulação da classificação tripartida do ato jurídico (atos administrativos aqui incluídos). Para ele, os atos jurídicos se dividem em ato-regra, ato-condição e ato-subjetivo (MELLERAY, Fabrice. Léon Duguit et Georges Scelle, *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, Paris, n. 21, 2000, p. 77. Na concepção de Duguit, ao contrário do que é tradicionalmente afirmado no direito administrativo brasileiro, *ato-condição* seria aquele onde a administração pública atribui um determinado regime jurídico normativo à um particular. Ou seja, um ato da administração pública que torna a liberdade de ação do particular condicionada, restrita ou matizada em determinado setor e não o ato que impõe um pré-requisito (condição) específico a ser seguido pelo particular para atingir determinado resultado esperado da administração pública.

<sup>50</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 202.

que aprovou as portarias n.º 415/72, 1.181/74, 1.361/76, 881/90, 86/91 e 1.028/96 e permitiu a adoção da política de “autofinanciamento” das companhias telefônicas para o suprimento dos custos de expansão da rede de infraestrutura necessária para a universalização do acesso à telefonia no Brasil), e indireta, uma vez que poderiam se utilizar do poder de império do Estado para acessar a poupança pública por mecanismos diferentes daqueles disponíveis aos particulares.

O contrato de participação financeira tinha, portanto, um duplo objetivo, sendo um de ordem pública e um de ordem privada, respectivamente: fomentar a expansão de infraestrutura instalada de telefonia no Brasil e captar os recursos, pela sociedade empresária controlada pelo poder público, junto ao público investidor. Ou seja, viabilizar uma forma de capitalização da companhia por meio da oferta de um contrato de investimento<sup>51</sup> que oferecia ao seu adquirente o direito de subscrever ações futuramente emitidas pela companhia emissora dos contratos. Com essas considerações sobre a natureza jurídica (pública e privada) dos contratos de participação financeira pretendemos demonstrar o equívoco na classificação do contrato de participação financeira como um mero contrato de adesão. Por exemplo, basta observar que o usuário, ao firmar o contrato de participação financeira com a companhia telefônica estava, na verdade, cumprindo com o dever de solidariedade imposto a todos os usuários efetivos, ou potenciais de serviços públicos, e não manifestando uma vontade de participar do contrato.

Embora, nos contratos de adesão, apenas uma parte tenha liberdade contratual para definir as condições do contrato, enquanto outros (normalmente os consumidores hipossuficientes) somente possam aceitar participar, ou não, do contrato, incluir os contratos de participação nesta classificação significa ignorar a relação jurídico-pública que os envolviam. Devemos considerar, portanto, que o contrato de participação financeira surgiu como um dos meios de arrecadação de recursos necessários para investimento financeiro no setor de telefonia, e que esses recursos correspondiam a uma parcela necessária à implantação de políticas públicas de telecomunicações na década de 1960. Desse modo, exigir o compartilhamento dos custos da estrutura necessária ao desenvolvimento das atividades de uma sociedade de economia mista como condição de acesso ao sistema nos parece ultrapassar o conceito de contrato de adesão.

Em síntese, nos parece que a operação realizada entre a companhia, enquanto sociedade controlada pelo Estado, e o usuário contratante, decorre do chamado “efeito de torção de braço”, onde o particular, sempre em posição de desvantagem com o Poder Público, assume obrigações apenas para ter acesso a algum tipo de serviço público<sup>52</sup>. Tratou-se, no caso, da imposição de um ônus ao usuário dos serviços públicos de telefonia escamoteado como mera liberdade contratual.

## 4 Considerações finais

Ao longo do trabalho foram analisadas as principais características dos contratos levadas a discussão pelo STJ no Resp 975.834, bem como as relações geradas pelo contrato de participação financeira, cujas obrigações contidas traziam como partes Estado, companhia telefônica e usuários do serviço público de telefonia. Com isto, identificou-se que a captação de recursos de poupança pela companhia, mediante oferta de oportunidade de investimento em ações, se desdobrou em ao menos dois vínculos de natureza jurídico-pública e dois vínculos de natureza jurídico-privada.

<sup>51</sup> O termo “contrato de investimento” é utilizado aqui para simplificação sobre o intuito e estrutura do contrato de participação financeira. Contudo não deve ser confundido com o conceito de contrato de investimento coletivo que foi introduzido no direito brasileiro em 2001, pela alteração da Lei 6.385/76.

<sup>52</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana. B. de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista De Direito Administrativo*, 2018, p. 162.

A partir do estudo realizado, percebe-se que a doutrina jurídica brasileira, seja ela de direito societário, de direito do consumidor ou políticas públicas, pode ter ignorado o tema a despeito de sua inegável relevância prática<sup>53</sup>. Ao longo dos anos, o tema foi majoritariamente tratado com o intuito de registrar a história política, legislativa e regulatória do setor de telecomunicações no Brasil e apontar possíveis impactos da privatização do setor<sup>54</sup>. Entretanto, o tema permaneceu por anos sem uma análise jurídica que englobasse todos os aspectos envolvidos na relação entre Estado, companhia e usuário contratante. A análise da decisão concedida pelo STJ ao Resp 975.834, considerando a natureza jurídica dos contratos de participação financeira realizada neste trabalho, permite inferir que:

A) sobre a ausência de discussões doutrinárias sobre os contratos de participação financeira: (1) a concepção equivocada que a matéria interessava apenas às companhias de telefonia e, portanto, o seu debate seria indiferente para aplicação em outros ramos, (2) a crença de que o tema relatava um passado distante e improvável de se repetir no país e (3) o pouco detalhamento na distinção entre os institutos jurídicos de consumidor e acionista minoritário.

B) Quanto a decisão do STJ no recurso especial: a matéria merecia julgamento pela Corte Especial do STJ<sup>55</sup> por duas razões: (I) composição do referido órgão, cuja análise e julgamento do recurso seria realizada por ministros atuantes na Seção de Direito Privado e na Seção de Direito Público, (II) a relevância da questão jurídica a ser julgada, em razão das milhares de ações similares que já tramitavam no poder judiciário. O julgamento do recurso especial pela Segunda Seção de Direito Privado do STJ não somente prejudicou a análise do caso, a medida das limitações proporcionadas pela composição institucional e temática do próprio órgão julgador<sup>56</sup> como deixou de fora da análise os elementos de direito público do contrato de participação financeira que poderiam ter levado o STJ a um julgamento completamente diferente. A demora e a aparente dificuldade do STJ em conseguir pacificar as suas teses jurídicas e uniformizar a sua jurisprudência sobre o tema perante os tribunais estaduais<sup>57</sup> permite conjecturar sobre a necessidade de criação de um sistema gerencial que identifique o volume de ações judiciais sobre um mesmo tema e sinalize o STJ.

C) Sobre o Mercado de Capitais: foi possível identificar que a inexistência de um valor mobiliário exclusivo para a captação de recursos por sociedades de economia mista, que, do lado do particular, lhe desse transparência do potencial exercício unilateral de poderes estatais que poderiam impactar a sua decisão de investir e o resultado de seus investimentos e, por outro lado (do Estado), permitissem uma melhor acomodação de interesses de políticas públicas do acionista controlador (financiar a infraestrutura para a universalização dos serviços de telefonia) e os interesses privados da sociedade de economia mista (auferir e distribuir lucros por meio da prestação do serviço de telefonia), acarretou uma avalanche de processos judiciais sobre o tema. Embora o Brasil não tenha desenvolvido àquela época, e até agora, um meio legal para captação de recursos de poupança pública por sociedades de economia mista, cujos títulos concedam aos seus titulares direitos de remuneração fixa ou variável, países como França e Portugal, por exemplo, já permitiam essa forma de

<sup>53</sup> Na seara do direito do consumidor encontram-se algumas discussões sobre a possibilidade de inversão do ônus da produção de provas em demandas como essas, visto que milhares de ações sobre o tema foram ajuizadas sem o devido lastro probatório (leia-se: o próprio contrato de participação financeira).

<sup>54</sup> Por todos, vide: KESTELMAN, Helio Nahmen. *Contexto histórico do processo de institucionalização das telecomunicações no Brasil*. 2002. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002 e AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 283-325, 2015.

<sup>55</sup> O parágrafo 2º do artigo 2º do Regimento Interno do STJ prevê que “[a] Corte Especial será integrada pelos quinze Ministros mais antigos e presidida pelo Presidente do Tribunal”.

<sup>56</sup> O inciso IV, do artigo 16, do Regimento Interno do STJ, prevê o encaminhamento do recurso a Corte Especial quando o tema debatido possuir relevância jurídica ou pela necessidade de prevenir divergência entre as Seções.

<sup>57</sup> Dez anos após o recurso analisado, o STJ considerou que os recursos das companhias telefônicas nos casos que se referem à indenização decorrente dos contratos de telefonia terão que ser apresentados caso a caso, conforme LIS, Laís. STJ diz que recursos de empresa de telefonia contra indenização de acionistas terão de ser julgados caso a caso. *G1*, [Brasília], 13 dez. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/stj-diz-que-recursos-de-empresa-de-telefonia-contra-indenizacao-de-acionistas-terao-de-ser-julgados-caso-a-caso.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2021.

captação de poupança pública desde a década de 1980. Na França, foi dado o nome de *titres participatifs* para os valores mobiliários que permitiam às empresas públicas (*sociétés nationalisées*), sociedades anônimas cooperativas (*sociétés anonymes coopératives*) e sociedades mútuas (*sociétés mutuelles*) captassem valores de poupança pública, sem, no entanto, lhe conferir direitos de voto ou ações no capital<sup>58</sup>. Esse *título participativo* permite uma remuneração fixa e outra variável (de acordo com o desempenho da sociedade no momento do resgate do título e com base no valor nominal da ação). De mesmo modo, Portugal permite que empresas públicas e sociedades de economia mista emitam títulos de crédito chamados *títulos de participação* que garantiam o direito a uma remuneração anual com critérios similares aos *titres participatifs*<sup>59</sup>.

D) Sobre direito e políticas públicas: análise de uma situação concreta no Brasil onde uma política pública mesmo quando obteve sucesso (no caso a universalização do acesso ao serviço de telefonia) resulta em milhares de ações judiciais por todo o país por aproximadamente 30 anos.

O presente trabalho buscou contribuir para a melhor compreensão das relações públicas e privadas relacionadas com a atuação de sociedades empresárias controladas pelo Poder Público, por meio da análise dos aspectos de direito público e de privado que envolviam os contratos de participação financeira. Dada a multiplicidade de temas jurídicos tangenciados pela discussão no Resp 975834 e as limitações da pesquisa, algumas questões jurídicas introduzidas neste trabalho serão abordadas futuramente em artigos específicos. Cita-se, como exemplo, a necessidade de realização de pelo menos mais duas análises distintas: uma sob a ótica do direito societário e mercado de capitais, tratando das contribuições da discussão havida neste caso para uma possível redefinição da natureza jurídica e efeitos do balanço e do balancete contábeis; e outra sob a ótica do direito, desenvolvimento e políticas públicas, onde se analisarão, por exemplo, a importância deste caso para o estudo da relação entre direito, desenvolvimento e implementação de políticas públicas no Brasil.

## Referências

- AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. Judicialização das telecomunicações no Brasil: disputas sobre direitos dos consumidores e regulação. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 283-325, 2015.
- ARANHA, Márcio Iorio *et al.* Direito, Estado e Telecomunicações: dos primórdios ao novo modelo regulatório. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 1, n. 1, p. 1-76, 2009. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO\\_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9641/1/ARTIGO_DireitoEstadoTelecomunicacoesPrimordios.pdf). Acesso em: 02 maio 2021.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, n. 239, 1-32, 2005.
- CARVALHOSA, Modesto. *Parecer a respeito das questões relacionadas com a forma e o momento da apuração do valor patrimonial das ações da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (sucedida pela Brasil Telecom S/A) para fins de fixação do preço de sua emissão em aumentos de capital*. São Paulo, 22 fev. 2008. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

<sup>58</sup> Esse título foi criado pela Lei n.º 83-1 de 3 de janeiro de 1983. Com algumas alterações legislativas, atualmente as sociedades por ações do setor público e cooperativas, constituídas sob a forma de sociedades anônimas ou sociedades de responsabilidade, também são autorizadas a emitir o referido título, conforme artigos L228-36 do Código Comercial (*Code de commerce*) e L213-32 do Código Monetário e Financeiro. (*Code monétaire et financier*).

<sup>59</sup> Os títulos de participação estão descritos no art. 1º do Decreto-Lei n.º 321/85 que dispõe que “[a]s empresas públicas e as sociedades anônimas pertencentes maioritariamente ao Estado, direta ou indiretamente, podem, de acordo com o disposto no presente diploma, emitir títulos de crédito denominados «títulos de participação», representativos de empréstimos por elas contraídos.”



FGV DIREITO RIO. O direito empresarial no Superior Tribunal de Justiça: Fact sheet n.1 – Apresentação geral do projeto de pesquisa. *FGV Direito Rio*, 2020a. Disponível em: [https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u4091/destj\\_x\\_fact\\_sheet\\_no\\_1.pdf](https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u4091/destj_x_fact_sheet_no_1.pdf). Acesso em: 26 mar. 2021.

FGV DIREITO RIO. Resp 975.834/RS – Decisão sobre direito societário mais citada pelo STJ. *FGV Direito Rio*, 2020b. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u4091/direitorio-factsheet-2-direito-empresarial-v3.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021.

GUERRA, Sergio; PALMA, Juliana. B. de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista De Direito Administrativo*, 135-169, 2018.

GUERREIRO, Renato Navarro. A nova fase das telecomunicações. *Folha de S. Paulo*, [São Paulo], 10 set. 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz10099909.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

KESTELMAN, Helio Nahmen. *Contexto histórico do processo de institucionalização das telecomunicações no Brasil*. 2002. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Novos pareceres*. Rio de Janeiro: Singular, 2018, p. 895-911.

LIS, Laís. STJ diz que recursos de empresa de telefonia contra indenização de acionistas terão de ser julgados caso a caso. *G1*, [Brasília], 13 dez. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/stj-diz-que-recursos-de-empresa-de-telefonia-contra-indenizacao-de-acionistas-terao-de-ser-julgados-caso-a-caso.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLERAY, Fabrice. Léon Duguit et Georges Scelle, *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, Paris, n. 21, p. 45-88, 2000.

POSSEBOM, Samuel. A cada 100 processos no país, a Oi está envolvida em 1. *Exame*, 17 jun. 2016. Disponível em: <https://exame.com/negocios/a-cada-100-processos-no-pais-a-oi-esta-envolvida-em-1/>. Acesso em: 05 maio 2021.

PRUDÊNCIO, Anne Caroline Gonçalves Marques de Medeiros. *O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do cálculo do preço de emissão das ações não emitidas em decorrência da assinatura de contratos de participação financeira*. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Opinião Doutrinária*. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2007. (Não publicado, disponibilizado pelo autor).

VON ADAMEK, Marcelo Vieira; FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. Vinculação da sociedade: análise crítica do art. 1.015 do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 146, p. 30-45, 2007.

WALD, Arnoldo. Parecer: Linha telefônica - Assinantes - Emissão de ações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 308-327, 2000.

The cover features a photograph of a modern, white building with a large, seated stone statue in the foreground. The building has a distinctive architectural style with a curved facade and large windows. The statue is a large, white, seated figure, possibly representing a personification of knowledge or law. The background shows a clear blue sky with some clouds and a tall, modern building in the distance.

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

**Relações jurídicas das fundações de apoio com instituições de ensino superior, centros de pesquisa públicos e terceiros:** parcerias estratégicas no marco legal das políticas públicas de ciência, tecnologia e inovação

**Support foundations legal relationships among high education institutions, public research centers, and third parties:** strategic partnerships in the legal framework of public policies on science, technology and innovation

Ricardo Silveira Ribeiro

# Relações jurídicas das fundações de apoio com instituições de ensino superior, centros de pesquisa públicos e terceiros: parcerias estratégicas no marco legal das políticas públicas de ciência, tecnologia e inovação\*

## Support foundations legal relationships among high education institutions, public research centers, and third parties: strategic partnerships in the legal framework of public policies on science, technology and innovation

Ricardo Silveira Ribeiro\*\*

### Resumo

Este artigo analisa as possíveis relações jurídicas das fundações de apoio com instituições de ensino superior, centros de pesquisa públicos e terceiros no marco legal da execução de projetos de ciência, tecnologia e inovação. O objetivo fundamental é propor um novo critério classificatório aplicável às possíveis relações entre fundações de apoio, IFES, demais ICTs e terceiros, notadamente em função das alterações legislativas no marco legal da ciência, tecnologia e inovação entre 2016 e 2018. Na segunda seção, após revisão de literatura e crítica aos critérios tradicionais de distinção dos convênios e contratos administrativos (interesse, comutatividade e objeto), foi proposta uma nova diferenciação baseada na “forma de execução do objeto”, se singular ou compartilhada, e na distribuição dos “custos de execução” do ajuste. Na terceira seção, foram identificadas três relações jurídicas possíveis com terceiros denominadas de “triangulação”, “intermediação” e “captação direta”. Em cada uma delas, o artigo delimitou requisitos específicos de legalidade que devem ser seguidos pelos gestores públicos e dirigentes das fundações com o objetivo de minimizar riscos jurídicos perante órgãos de controle externo. As novas classificações possuem forte impacto em políticas pública de ciência, tecnologia e inovação, pois permitem apontar desenhos institucionais flexíveis e seguros de parcerias estratégicas com instituições de ensino, centros de pesquisa públicos e a iniciativa privada. Espera-se suprir uma lacuna doutrinária que, historicamente, foi preenchida, apenas, por interpretações restritivas do Tribunal de Contas da União baseadas no marco legal anterior.

**Palavras-chave:** Ciência, Tecnologia e Inovação; PD&I; Fundações de Apoio; Convênios; Contratos Administrativos; CT&I.

\* Recebido em 26/05/2021  
Aprovado em 06/08/2021

\*\* Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.  
E-mail: ricardosilveira1976@gmail.com.

## Abstract

This article analyzes the possible legal relationships of support foundations with higher education institutions, public research centers, and third parties in the legal framework of the execution of science, technology and innovation projects. The main goal is to propose a new interpretative framework of these relationships based on the changes promoted by the legislation between 2016 and 2018. In the second section, after reviewing the literature and criticizing the traditional criteria for distinguishing administrative covenants and contracts (interest, commutativity and object), a new differentiation was proposed based on the “form of execution of the object”, whether singular or shared, and on the distribution of the “execution costs” of the adjustment. In the third section, three possible legal relationships with third parties called “triangulation”, “intermediation” and “direct funding” were identified. In each of them, the article outlined specific legal requirements that must be followed by public managers and founders’ directors in order to minimize legal risks before external control bodies. The conclusions have a strong impact on public science, technology and innovation policies, as they allow pointing out flexible and secure institutional designs of strategic partnerships with educational institutions, public research centers, and the private sector. This is expected to fill a gap that, historically, has been filled only by restrictive interpretations by the Federal Court of Accounts.

**Keywords:** Science, Technology and Innovation; RDI; Support Foundations; Covenants; Administrative Contracts; R&D.

## 1 Introdução

A literatura econômica enfatiza a existência de forte correlação entre níveis significativos de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação – PD&I e desenvolvimento econômico. Investimentos nessa área e um ambiente institucional favorável tendem a aumentar a produtividade total dos fatores e, desse modo, espera-se que, em longo prazo, incentivos às atividades de PD&I gerem crescimento econômico significativo com impactos substanciais na economia<sup>1</sup> e na capitalização de conhecimento (*capitalization of knowledge*), isto é, na conversão direta ou indireta de conhecimento acumulado em valor.<sup>2</sup>

No Brasil, como os centros de pesquisa públicos e instituições de ensino superior ou são órgãos da administração pública direta, ou adotam a natureza jurídica de autarquias ou fundações públicas, investimentos significativos em inovação são, fortemente, regulados por normas do regime jurídico-administrativo. Isso significa que o ambiente é marcado por restrições à liberdade de atuação do ente público na celebração de parcerias com o setor privado.

Para contornar esse problema, a legislação atribuiu às fundações privadas regidas pelo Código Civil a tarefa de intermediar as relações entre os entes públicos e a iniciativa privada. Nominadas como “fundações de apoio”, essas instituições possuem o objetivo de amparar as atividades finalísticas das instituições públicas de ensino e de pesquisa científica e tecnológica (art. 2º, *caput*, da Lei n.º 8.958/1994). Na acepção original, portanto, são “entes de colaboração”<sup>3</sup> com o Estado que foram concebidos para facilitar as relações das Ins-

<sup>1</sup> AKCALI, Burcay Yasar; SISMANOGLU, Elcin. Innovation and the effect of research and development (R&D) expenditure on growth in some developing and developed countries. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, n. 195, 2015. p. 774; LEDERMAN, Daniel. Product innovation by incumbent firms in developing economies: the roles of research and development expenditures, trade policy, and the investment climate. Policy research working paper. The World Bank development research group: n. 4319, 2007. p. 1.

<sup>2</sup> VIALE, Riccardo. Knowledge-driven capitalization of knowledge. In: VIALE, Riccardo; ETZKOWITZ, Henry (ed.). *The capitalization of knowledge: a triple helix of university-industry-government*. Northampton: EE, 2010, p. 31.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Edvaldo de. Serviços sociais autônomos: identificação e distinções de entidades prestadoras de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 1, 2021. p. 63.

tituições Federais de Ensino Superior (IFES) e, demais Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs) públicas<sup>4</sup> com a iniciativa privada e, com isso, desburocratizar o ambiente de celebração de parcerias estratégicas.

A concretização desse desenho original, contudo, não tem sido fácil. O recebimento usual de recursos públicos e sua própria interação com IFES e demais ICTs atraem para si a incidência de várias normas do regime jurídico do Direito Público, tornando o ambiente regulatório extremamente difícil para os pesquisadores em geral. Incertezas quanto à licitude das possíveis relações com instituições apoiadas e a iniciativa privada<sup>5</sup> submetem dirigentes de fundações de apoio e gestores públicos a enorme risco jurídico perante órgãos de controle, bloqueando, por aversão ao risco, possibilidades de parcerias em pesquisa e inovação que deveriam ser reputadas como normais à luz da legislação.<sup>6</sup>

Além disso, o passado, de intensa responsabilização por falhas, e a rejeição aos modelos de parceria até então não regulamentados<sup>7</sup> somente agravou essa percepção de risco regulatório. Até 2013, poucas normas regravam as fundações de apoio e as instituições apoiadas em geral. Tal fato forçava os entes administrativos a atuarem em um ambiente de insegurança jurídica, pois, ressalvada a obrigação de reger-se pela legislação de licitações e contratos prevista na antiga redação do art. 3º, I, da Lei n.º 8.958/1994, restava pouco claro quais normas de direito público deveriam incidir sobre suas relações com as IFES, demais ICTs e terceiros.

Com a edição da Medida Provisória n.º 495/2010, posteriormente convertida na Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010, foram agregadas ao ordenamento regras importantes que, de certa forma, minimizaram a insegurança jurídica e atenderam às orientações dos órgãos de controle. Uma mudança mais profunda ainda ocorreu com a publicação da Lei n.º 12.863/2013 e com a expedição do Decreto n.º 8.241/2014. Finalmente, a Lei n.º 13.243, de 11 de janeiro de 2016, e o Decreto n.º 9.283, de 7 de fevereiro de 2018, trouxeram mudanças substanciais no regime jurídico das relações entre fundações de apoio e instituições apoiadas que ainda não foram objeto de análise jurídica detida pela doutrina.

Tendo essa preocupação em mente, o artigo objetiva propor um novo critério classificatório aplicável às possíveis relações jurídicas entre fundações de apoio, IFES, demais ICTs e terceiros. A ideia é suscitar um novo paradigma interpretativo dessas relações que faça sentido à luz do direito positivo, notadamente em relação ao quadro pós-alterações legislativas no marco legal da ciência, tecnologia e inovação entre os anos de 2016 e 2018.

Trabalhos empíricos recentes demonstram a relevância desse objetivo. Pesquisadores, professores e gestores entrevistados apontam que a “burocracia”<sup>8</sup> nas relações jurídicas e os riscos jurídicos decorrentes da

<sup>4</sup> No presente artigo, a sigla “IFES” denominará o conjunto de todas as Instituições Federais de Ensino Superior. O termo “IFE”, por outro lado, fará referência a uma única Instituição Federal de Ensino Superior.

<sup>5</sup> INOCÊNCIO, Rosemary. *Accountability dos projetos das IFES executados em parceria com fundações de apoio: adequações dos normativos a partir de manifestações dos atores executores*. 2017. Dissertação de Mestrado (Gestão Pública) – Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. p. 78.

<sup>6</sup> BITENCOURT, Fernando. Contratações públicas e fundações de apoio. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 171, jul./set. 2006. p. 308; RAUEN, Cristiane. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-Empresa? *Radar*, n. 43, fev. 2016. p. 23; TURCHI, Lenita; ARCURI, Marcos. Interação de laboratórios públicos de pesquisa e empresas: avaliação dos coordenadores de laboratório das parcerias realizadas com o setor privado. *Radar*, n. 42, dez. 2015. p. 35.

<sup>7</sup> Para um histórico dos embates entre fundações de apoio e órgãos de controle, cf. FEITOSA, Mônica.  *Marcos regulatórios da relação fundações privadas de apoio e instituições públicas de ensino superior*. 2019. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Social) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social, Universidade de Montes Claros, Montes Claros, 2019. p. 90-99, Acórdão TCU n.º 2.731/2008 – Plenário e Relatório de Consolidação de Auditorias sobre o Processo de Relacionamento entre Instituições Federais de Ensino Superior e Fundações de Apoio, da Controladoria-Geral da União – CGU (Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Ffeaud.cgu.gov.br%2Frelatorios%2Fdownload%2F10217.pdf&clen=1108983>. Acesso em: 27 jul. 2021).

<sup>8</sup> ROSA, Rodrigo; FREGA, José. Intervenientes do processo de transferência tecnológica em uma universidade pública. *RAC/ANPAD*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, art. 1, p. 435-457, jul./ago. 2017. p. 447; SANTOS, Flávia dos; SILVA, Artur da; CHIMENTO, Marcelo. Barreiras à Interação Universidade-Empresa: um Estudo da UFPE no Setor Farmacêutico de Pernambuco. *Revista GEINTEC: gestão, inovação e tecnologias*, v. 10, n.4, out./dez., 2020. p. 5.737; CARVALHO, Bruno; TONELLI, Dany. Limites e possibilidades do marco legal da CT&I de 2016 para as Instituições Científicas e Tecnológicas do Brasil. *Revista de Administração, Sociedade e Inovação*, v. 6, n. 2, p. 6-24, maio/ago., 2020. p. 17.

incerteza regulatória<sup>9</sup> estão entre os fatores que mais dificultam a pesquisa e a apresentação de soluções de tecnologia no país. Como afirmam Lemos e Cario, no ambiente de inovação, o “modelo dentro do qual a universidade opera, muitas vezes, entra em choque com as demandas externas”,<sup>10</sup> o que suscita a necessidade premente de implantação de um paradigma interpretativo que flexibilize as relações das instituições públicas com o setor privado sem descurar das regras de impessoalidade.

Para tanto, a primeira seção do artigo fará uma rápida revisão de literatura sobre os parâmetros clássicos de distinção entre “convênio” e “contrato”. Demonstraremos que esses critérios não se aplicam às possíveis relações das fundações de apoio com IFES e demais ICTs. Na seção seguinte, será desenvolvida uma versão alternativa da distinção, fundada no que denominaremos de critério do “modo de execução do objeto do ajuste”. Na terceira e última, serão sistematizadas as possíveis interações entre fundações de apoio e terceiros, com a apresentação de parâmetros para a classificação das relações jurídicas em três tipos – *triangulação*, *intermediação* e *captação direta*. Espera-se, com isso, demonstrar a licitude de vários modelos de ajuste historicamente questionados por órgãos de controle.<sup>11</sup>

Uma observação final precisa ser feita. Como a recente Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seus arts. 190 e 191, previu a possibilidade de aplicação da Lei n.º 8.666/1993 e da Lei n.º 14.133/2021, simultaneamente, durante um prazo de, no mínimo, 2 (dois) anos, por opção da Administração, mencionamos ambas as normas ao longo da exposição, de modo a apontar ao leitor, objetivamente, a compatibilidade legal entre os diferentes marcos normativos. Quanto às demais normas específicas que mencionavam a lei de licitações anterior, estas foram preservadas pelo art. 189 da Lei n.º 14.133/2021, devendo apenas o intérprete e aplicador do direito adotar a nova lei em substituição às remissões à Lei n.º 8.666/1993.

## 2 Convênios e contratos nas relações entre fundações de apoio e instituições apoiadas

### 2.1 Critérios tradicionais: interesse, comutatividade e características do objeto

A literatura jurídica possui uma forma consagrada de distinguir “contratos” de “convênios” com ampla aplicação ao universo da celebração de ajustes entre fundações de apoio, IFES e demais ICTs.<sup>12</sup> Para a doutrina, a identificação do instituto adequado passa pela análise prévia da convergência ou não dos *interesses* dos sujeitos da relação jurídica ajustada. Como, nos convênios, os partícipes “querem a mesma coisa”<sup>13</sup> e suas vontades adicionam-se<sup>14</sup>, sendo “a *cooperação*, e não o lucro”,<sup>15</sup> o elemento fundamental de suas configurações internas, estes seriam acordos de vontade celebrados entre entes públicos ou entre ente público e privado com o intuito de satisfazerem objetivos de *interesse comum*.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> MARTINS, Geane. *Convênios e Legislação: um estudo sobre a percepção dos gestores da Universidade Federal de Pernambuco*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Políticas Públicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Departamento de Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2020. p. 76.

<sup>10</sup> LEMOS, Dannyela; CARIO, Sílvia. O sistema nacional e regional de inovação e sua influência na interação universidade-empresa em Santa Catarina. *Revista de Gestão*, n. 24, p. 25-57, 2017. p. 53.

<sup>11</sup> Atente-se que o artigo não discutirá decisões dos órgãos de controle que detectam vícios cabalmente indefensáveis, como sobrepreços, desvios de finalidade, falta de transparência, pagamentos de bolsas acima do teto remuneratório dos servidores públicos, ausência de prestação de contas, aplicações de recursos não autorizada pelo plano de trabalho e/ou projeto.

<sup>12</sup> Há vários critérios para essa distinção (cf. revisão de literatura em NOGUEIRA, Erico Ferrari. Convênio administrativo: espécie de contrato? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: v. 258, set./dez., p. 81-113, 2011, seção 4). Este artigo, contudo, terá como foco as distinções utilizadas usualmente nos ajustes com fundações de apoio.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 84.

<sup>14</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 789.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, capítulo V, seção XVIII.

<sup>16</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 804; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*

Em contratos, por outro lado, a Administração Pública deseja adquirir algo ou obter uma prestação, enquanto o particular deseja um preço que lhe assegure lucro. Os interesses, nesse sentido, seriam contrapostos porque, enquanto uma das partes deseja obter uma vantagem econômica, a outra deseja um bem ou prestação com o menor dispêndio.<sup>17</sup> A distinção, portanto, baseia-se em uma ideia bastante simples: se a motivação for a celebração de um ajuste de interesses comuns, isto é, se os partícipes perseguirem objetivos não contraditórios, deverão firmar um convênio; do contrário, um contrato.

Um segundo critério de distinção entende que, embora os convênios acarretem objetivos comuns entre concedente e conveniente e os contratos resultem de objetivos contrapostos, o essencial seria distinguir os dois institutos a partir da verificação da presença ou ausência da *comutatividade*. Se há transferência patrimonial e pagamento em dado negócio jurídico, está-se diante de um contrato; se o objeto a ser executado resulta de um agir em comum, sem transferência patrimonial ou remuneração para uma das partes, está-se diante de um convênio.<sup>18</sup>

O Tribunal de Contas da União (TCU) aventou, ainda, um terceiro parâmetro complementar, não reportado pela literatura, para a distinção entre convênios e contratos. Fundado em uma espécie de *critério do objeto*, o Acórdão n.º 1.234/2017 – Plenário fixou o entendimento de que o conteúdo do instrumento firmado entre a fundação de apoio e a instituição apoiada tem o poder de determinar, automaticamente, se os interesses em voga seriam comuns ou contrapostos. O raciocínio é o de que, se o objeto ajustado é fornecido pelo mercado, não poderá figurar em um convênio; somente poderá constar de um contrato a ser licitado.

Com base nesse breve inventário, é possível demonstrar que esses três critérios de distinção não são aplicáveis à realidade dos ajustes com instituições apoiadas, pois há peculiaridades da legislação que não permitem fácil transposição de seus parâmetros de aplicação para o universo das fundações de apoio.

Primeiramente porque, por determinação legal e *design* institucional, o interesse da fundação de apoio não é contraposto ao da instituição apoiada. Como a missão institucional da fundação de apoio está intimamente ligada ao suporte à atividade-fim das IFES e demais ICTs (art. 1º, *caput*, da Lei n.º 8.958/1994 e art. 2º, VII, da Lei n.º 10.973/2004), o critério do interesse deixa de fazer sentido em relação à celebração de instrumentos entre fundações de apoio e instituições apoiadas, pois *tanto em convênios como em contratos os interesses dos partícipes e das partes são comuns*.

Quanto ao critério da comutatividade, também não é fácil identificar o suposto “proveito econômico” em ajustes celebrados com instituições apoiadas, pois, mesmo quando, em um contrato, a fundação de apoio recebe “pagamento” a qualquer título, os recursos são reinvestidos na própria instituição, a qual, por sua vez, passará a se dedicar a apoiar projetos futuros de interesse das instituições apoiadas.

Como as fundações de apoio são impedidas de lucrar por *design* legal, eventuais excessos pagos em uma contratação a qualquer título alimentam, apenas, o superávit da instituição; reforçarão, portanto, o “caixa” da fundação de apoio para que ela cumpra seus objetivos institucionais de garantir suporte às instituições apoiadas. Inexiste, portanto, o ganho patrimonial *stricto sensu*, pois o eventual “proveito econômico” será realocado *a posteriori* em benefício da própria instituição apoiada. Valores pagos a mais em um contrato representarão, apenas, um excesso que se reverterá em projetos futuros de interesse da instituição apoiada.

brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 358; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 231, jan./mar., 2003. p. 152; PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 376; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000a. p. 339; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Gestão alternativa de serviços públicos*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 219, jan./mar., 2000b. p. 195.

<sup>17</sup> CHARLES, Ronny. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 774; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 557.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – Lei 8.666/1993*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 530s.

Outrossim, o termo “comutatividade” também não foi empregado da forma mais adequada pelo segundo critério de distinção, pois essa característica, na teoria contratual, não é sinônima de transmissão patrimonial. Na verdade, reconhecer a comutatividade implica, apenas, concluir que há “certeza quanto às prestações” e “à prestação corresponde uma contraprestação” reputada como “subjetivamente equivalente” pelas partes.<sup>19</sup>

Essa estrutura interna, na qual há previsibilidade das prestações e contraprestações, está presente não somente em contratos como em convênios, pois, nestes instrumentos, sabe-se *ex ante* quais são as obrigações e responsabilidades dos concedentes e convenientes (art. 9º, III, do Decreto n.º 7.423/2010) e, de fato, essas obrigações estão estruturadas, internamente, em prestações e contraprestações reputadas como equivalentes pelos concedente e conveniente à luz da legislação. Há, portanto, direitos e deveres recíprocos para ambos os partícipes.

Quanto à tese do Acórdão TCU n.º 1.234/2017 – Plenário de que existem objetos que determinam, automaticamente, se os interesses são comuns ou contrapostos, é fácil inferir que essa interpretação se baseia na concepção equivocada de que convênios não poderiam ter como objeto bens e serviços providos pelo mercado. Na verdade, não há qualquer sentido nessa tese, pois os únicos objetos vedados são os relacionados com as *atividades rotineiras* ou com a satisfação de *necessidades permanentes* da instituição apoiada (arts. 1º, §3º, e 4º, §3º, da Lei n.º 8.958/1994).

Nesses casos, a limitação legal resta fundada na ideia de que as IFES e demais ICTs devem atender às necessidades usuais com suas próprias estruturas administrativas, mas, respeitadas essas restrições, a exigência fundamental para o reconhecimento da legalidade do ajuste centrar-se-ia, apenas, na *vinculação do objeto a projetos de ensino, pesquisa, extensão, inovação e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico*, isto é, o *nexo causal*<sup>20</sup> ou correlação do objeto com ao menos um desses tipos de projeto, tal qual previsto pela Súmula TCU n.º 250. Assim, o que afasta a possibilidade de se firmar convênio ou celebrar contrato com fundação de apoio é a ausência de nexo do objeto do ajuste com a tipologia dos projetos indicados no art. 24, XIII e XXXIV, da Lei n.º 8.666/1993, no art. 75, XV e XVI, da Lei n.º 14.133/2021, no art. 1º, *caput*, da Lei n.º 8.958/1994 e no art. 2º, VII, da Lei n.º 10.973/2004.

Havendo o nexo, não há como sustentar que há objetos que, automaticamente, impediriam a ocorrência de ajustes com fundações de apoio, seja sob a forma de contratação direta, seja por meio de convênio. Inclusive, atividades relacionadas ao ensino, pesquisa, inovação, desenvolvimento tecnológico, entre outras, não estão fora do mercado; são providas, também, pelo mercado, pois não só são desenvolvidas por sociedades empresárias (ex.: universidades privadas, empresas do setor de óleo e gás, empresas da área de tecnologia) como estão amplamente abertas à iniciativa privada em razão dos arts. 209, 218, 219, 219-A e 219-B da Constituição Federal de 1988. Não vemos, então, como segregar, artificialmente, objetos tipicamente prestados pelo mercado dos demais.

Ademais, o art. 6º, §8º, do Decreto n.º 7.423/2010 previu, expressamente, que as fundações de apoio poderiam desenvolver projetos institucionais de prestação de serviços na modalidade “extensão”. Nesses projetos, poderiam participar estudantes que, nos termos de normatização própria, seriam submetidos à lei do estágio. Como o termo “extensão” congrega atividades de relacionamento da instituição apoiada com a sociedade, pode-se concluir que essa é uma atuação “fora dos muros” da IFE e, nesse caso, poderá haver prestação de serviços a qualquer terceiro, não havendo óbice jurídico para tanto, se houver uma normatização própria e um projeto de extensão que o legitime.

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009. p. 88. Na teoria contratual, a prestação e a contraprestação não precisam ser, necessariamente, relacionadas com a transmissão patrimonial sob a condição de ser pago o preço. Essa incorporação patrimonial, na verdade, é irrelevante à definição de comutatividade.

<sup>20</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 423.



Aliás, o tratamento normativo não poderia ser diferente, pois é do interesse da universidade treinar alunos para desempenhar trabalhos no mercado, como os de engenharia consultiva, avaliação de impactos ambientais, monitoramento da qualidade das águas, pesquisa de marketing. Isso faz parte de sua formação universitária.

Parece, então, relativamente evidente que os critérios do interesse, da comutatividade e do objeto não são suficientemente adequados para distinguir convênios e contratos celebrados por fundações de apoio com IFES e demais ICTs. Consequentemente, não são capazes de traçar orientações práticas e objetivas sobre quando o agente público deveria contratar uma fundação de apoio ou simplesmente com ela celebrar convênio.

Tal dificuldade de distinguir os dois institutos pode sugerir que a legislação não mais fez qualquer diferença entre ambos.<sup>21</sup> Essa, contudo, é uma percepção errônea, pois a legislação não desejou igualar o regime jurídico dos convênios e contratos, mas, apenas, aproximar as normas que regem contratos celebrados com fundações de apoio do regime jurídico aplicável ao convênio, sobretudo a partir das alterações legislativas promovidas pela Lei n.º 12.863/2013.

Isso é o que explica a obrigatoriedade de prestação de contas em simples contratações e a possibilidade jurídica de depósito de todo o recurso em uma conta vinculada a determinado projeto (arts. 3º-A, I, 4º-A, V, e 4º-D, §2º, da Lei 8.958/1994). Houve uma espécie de “*convenialização*” dos contratos com o objetivo claro de dar maior liberdade à fundação de apoio para gerir os recursos e não comprometer seu caixa com pagamentos que somente poderiam ser ressarcidos dentro das regras do Direito Financeiro tradicional, após a liquidação da despesa.

Se, contudo, os critérios tradicionais não possuem um papel relevante para traçar as divisas entre os possíveis ajustes firmados entre fundações de apoio e instituições apoiadas, é possível imaginar outro critério distintivo mais adequado à realidade? A resposta parece ser positiva, mas entender as diferenças entre ambos os institutos, no universo das relações das fundações de apoio com instituições apoiadas, exige que o leitor seja apresentado ao conceito de “modo de execução do objeto do ajuste”, a ser desenvolvido na seção seguinte.

## **2.2 O critério da forma ou modo de execução do objeto do ajuste: execução singular e execução compartilhada**

Observou-se, na seção anterior, que os critérios doutrinários tradicionais não permitem que as relações entre fundações de apoio e instituições apoiadas sejam adequadamente divisadas. Uma solução para o problema, contudo, é possível. Se alterarmos o foco da diferenciação dos institutos para a *forma ou modo pelo qual o objeto do ajuste é executado* pelas partes ou partícipes da relação jurídica, é possível criar, objetivamente, um critério de distinção específico para o ambiente das relações jurídicas entre fundações de apoio e instituições apoiadas. Nele a distinção entre os institutos será fundada no modo pelo qual o ajuste realiza a alocação de seus *custos de execução*.

Por “custos de execução”, entenda-se o *conjunto de esforços realizados pelo executor do projeto para viabilizar sua implementação na realidade*. Ao executar o objeto, o responsável por sua operacionalização suporta sacrifícios relativos a todo o processo de implantação do projeto, arcando com vários ônus mensuráveis economicamente ou não (ex.: planejamento, fiscalização, acompanhamento do cronograma, alocação de mão de obra, riscos de responsabilização pela execução perante órgãos de controle, subcontratação de terceiros).

Por esse critério, se a IFE ou ICT deseja que a fundação de apoio execute o objeto do ajuste exclusivamente com seu próprio pessoal e com os bolsistas envolvidos com o projeto, isso significa que os custos de

<sup>21</sup> Cf., nesse sentido, Acórdão TCU n.º 1.134/2017 – Plenário.

execução do projeto foram alocados, exclusiva ou predominantemente, na fundação de apoio. O objeto será então executado de modo *singular* (execução singular) e não haverá como identificar o *elemento de cooperação in concreto* entre ambas as instituições, pois a IFE ou ICT apenas deseja a execução exclusiva ou predominante do objeto do ajuste pela fundação de apoio.

Nessa lógica, portanto, os *custos de execução são alocados à fundação de apoio em benefício da instituição apoiada*, e nada distinguirá essa relação jurídica de uma contratação propriamente dita, dado que *a execução do objeto flui apenas de um só dos polos da relação jurídica* – da fundação de apoio para a instituição apoiada. O ajuste, então, deverá ser formalizado por meio de contrato, pois inexistente qualquer ação conjunta que destaque *in concreto* o elemento de cooperação ínsito aos convênios. Como quem executa o objeto é a própria fundação de apoio, essa entidade torna-se *responsável, juridicamente, pela materialização das prestações de fato em favor da instituição apoiada*, sem qualquer esforço conjunto para o cumprimento do objeto.

Por outro lado, se a instituição apoiada e a fundação de apoio partilham a execução do objeto do ajuste, isto é, se *desenvolvem, concomitantemente, prestações de fato*, ainda que de naturezas diversas e em escalas qualitativamente diferentes, estaremos diante de uma forma ou modo de execução *compartilhado* (execução compartilhada). Como *a execução do objeto do projeto flui de ambos os polos do ajuste*, há um esforço real de ambos para a execução do projeto, uma cooperação propriamente dita com a *alocação compartilhada dos custos de execução*, de modo que a operacionalização do ajuste deverá ser celebrada por convênio.

A orientação para a escolha do tipo de ajuste, portanto, é simples, especialmente porque indica ao gestor, de modo objetivo, em que circunstâncias se deve adotar o convênio ou o contrato: no contrato, a execução do objeto é realizada pela fundação de apoio (execução singular), suportando ela os custos de execução do objeto; no convênio, a execução é realizada pela fundação de apoio e pela instituição apoiada (execução compartilhada), devendo os custos de execução serem suportados por ambas, ainda que em escopo e escalas diferentes.

Por exemplo, se uma universidade pública deseja repassar a uma fundação de apoio a organização de um curso de especialização em sustentabilidade para obras de engenharia, poderá, a depender da modelagem da execução do curso, ser adotado o convênio ou o contrato como mecanismo de formalização da relação jurídica entre fundação de apoio e instituição apoiada.

Se a universidade *desejar participar da execução do objeto*, poderá alocar seus professores e pesquisadores para ministrarem o curso no horário normal do expediente e/ou ofertar o espaço e seus bens para o uso dos alunos, sem qualquer dever de ressarcimento pela fundação de apoio. Desse modo, a remuneração devida aos servidores e pesquisadores da IFE ou ICT seria a decorrente do exercício normal de suas atribuições funcionais, não havendo a incidência da necessidade de autorização superior do art. 4º, *caput*, da Lei n.º 8.958/1994 nem a possibilidade de pagamento ao professor de bolsa nos termos do art. 13, III, do Decreto n.º 7.423/2010.

Por outras palavras, se há a disponibilização dos servidores para o exercício de atribuições funcionais normais, durante o expediente, não há necessidade de qualquer autorização superior para sua alocação no curso, pois, neste caso, o ajuste será, normalmente, executado pela instituição apoiada, como ocorreria na hipótese de qualquer outro convênio firmado com pessoas jurídicas diferentes.<sup>22</sup> Se os bens também são utilizados sem a necessidade de ressarcimento, a IFE ou ICT está oferecendo uma contrapartida e o ajuste deverá ser firmado sob a forma de convênio (art. 6º, §§1º e 2º, da Lei n.º 8.958/1994).

Se, em sentido diverso, a alocação de professores, pesquisadores e demais servidores se der fora do horário do expediente, a IFE ou ICT não está executando o projeto. Está, simplesmente, autorizando a parti-

<sup>22</sup> A doutrina não atenta a essa diferença. Entende pela exigência de autorização superior em qualquer situação (cf., por exemplo, PAES, José. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, seção 6.4.2.6), o que não faz sentido.

ciação de seus servidores nos termos do previsto no art. 4º, *caput*, e § 2º, da Lei n.º 8.958/1994, isto é, sem prejuízo de suas atribuições funcionais. Nessa hipótese, a intenção do art. 4º, *caput*, da Lei n.º 8.958/1994, é realizar um controle prévio da disponibilização de mão de obra da IFE ou ICT para a fundação de apoio. Haverá então a necessidade de autorização superior, pois o docente ou servidor técnico-administrativo realizará atividades que não estão compreendidas no exercício normal de suas atribuições funcionais.

Se há, ainda, a previsão, no ajuste, de que as fundações de apoio somente poderão utilizar bens e serviços da instituição apoiada se realizado o ressarcimento do art. 6º, *caput*, da Lei n.º 8.958/1994, não se estará diante de qualquer execução parcial do ajuste pela IFE ou ICT, pois haverá, simplesmente, a previsão de pagamento de todo o custo da disponibilização dos bens e serviços e, desse modo, não ocorrerá atribuição de custos de execução à instituição apoiada.

Atente-se: *se o curso é executado, conjuntamente, pela universidade e pela fundação de apoio, o ajuste é um convênio e, portanto, sobressai in concreto o elemento de cooperação, dado que os custos de execução são compartilhados. Quando os custos de execução, por outro lado, são suportados, exclusivamente, pela fundação de apoio, está-se diante de um contrato.*

Situações de dúvida devem ser resolvidas pelo *Princípio da Predominância*: se os custos de execução são suportados pela IFE ou ICT de modo ínfimo ou insignificante, deve-se firmar a relação jurídica sob a forma de contrato administrativo, dado que a IFE ou ICT terá um papel muito pequeno na execução do objeto, não sobressaindo o elemento de “cooperação” insito ao convênio; se, significativamente, a IFE ou ICT suporta os custos de execução do objeto, ainda que não majoritariamente, deve-se firmar convênio, pois ambas as pessoas jurídicas suportarão, em maior ou menor grau, os custos de execução.

Essa diferença, contudo, deve ser aplicada, apenas, aos ajustes assinados entre fundações de apoio e instituições apoiadas, pois estamos tratando da distinção entre o convênio previsto no art. 1º-C da Lei n.º 8.958/1994 e o contrato fundado no art. 24, XIII e XXXIV, da Lei n.º 8.666/93 ou art. 75, XV e XVI, da Lei n.º 14.133/2021. Quando, contudo, um terceiro está diretamente envolvido na relação jurídica, celebrando o ajuste conjuntamente com a fundação de apoio e a instituição apoiada, a lógica é diversa e são aplicados regramentos jurídicos específicos.<sup>23</sup>

Esse é o caso do convênio de educação, ciência, tecnologia e inovação ou, simplesmente, convênio ECTI (art. 1º-B, parágrafo único, da Lei n.º 8.958/1994 e Decreto n.º 8.240/2014), que possui características próprias. Nele os partícipes podem alocar, com grande liberdade, as tarefas de gestão, execução e financiamento dos diversos tipos de projeto previstos pelo art. 1º, §2º, I, do Decreto n.º 8.240/2014, de modo que poderá haver execução singular ou compartilhada pelos partícipes, desde que a fundação de apoio sempre participe da gestão do convênio (art. 4º do Decreto n.º 8.240/2014).

Nesse sentido, para distinguir o convênio ECTI dos demais relacionados a projetos das áreas de PD&I, importa, apenas, verificar se, além da instituição apoiada e da fundação de apoio, há uma terceira pessoa jurídica privada partícipe do convênio e de natureza diferente das anteriores, com ou sem fins lucrativos (art. 3º, parágrafo único, do Decreto n.º 8.240/2014).

### **2.3 Possibilidade jurídica do pagamento de bonificações em taxas de administração cobradas pela fundação de apoio: consequência normal da celebração de contrato**

Uma vez decidida a forma de execução e, conseqüentemente, qual tipo de ajuste deverá ser firmado, se convênio ou contrato, deve-se atentar para a existência de uma segunda diferença decorrente dessa escolha inicial: enquanto, no contrato, há o pagamento de uma remuneração ao contratado, no convênio, os recursos públicos transferidos são alocados na própria execução do objeto do ajuste.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> A seção 3 do artigo é dedicada a outras hipóteses de participação de terceiros nos ajustes.

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 235; MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, jan./dez., 2005. p. 555.

Isso significa dizer que, em convênios, o orçamento do projeto não pode embutir qualquer “remuneração” para a fundação de apoio, pois somente podem ser aportados recursos para cobrir os custos e despesas do projeto. Não há, portanto, qualquer “folga” ou “gordura” que possa ser utilizada pela fundação para geração de superávit a cada exercício financeiro.

Por outro lado, se a relação entre a fundação de apoio e a instituição apoiada é de natureza contratual, é possível embutir um valor adicional no orçamento estimado do projeto, que se destinará a remunerar a instituição. Denominaremos essa remuneração adicional de bonificação,<sup>25</sup> pois sua função é gerar superávit e garantir a saúde financeira das instituições sem fins lucrativos em médio e longo prazos.<sup>26</sup>

Tal qual qualquer instituição sem fins lucrativos, a fundação de apoio precisa manter sua saúde financeira por meio da geração de superávit e, para tanto, necessita assegurar um razoável fluxo de caixa com o objetivo de manter sua qualificação econômico-financeira. Não há outro modo de fazê-lo a não ser por meio de cobranças, em contratos, de bonificações que remunerem a entidade pelos bens, serviços e obras eventualmente executadas.

Além disso, é importante destacar que, em contratos e convênios, é comum a fundação de apoio cobrar uma “taxa de administração” por serviços prestados. Nela se calcula um acréscimo percentual sobre os custos diretos da contratação com o objetivo de bonificar a fundação e cobrir os custos indiretos e despesas do objeto (ex.: administração central, riscos e seguros). Como esse termo é genérico, órgãos de controle podem partir do pressuposto de que sua cobrança seria, em princípio, ilegal, pois se estaria remunerando, indevidamente, a fundação de apoio.

Taxas de administração, contudo, não passam de um simples fator de acréscimo percentual incidente sobre os custos diretos da contratação, que pode ou não embutir bonificações. Por essa razão, em princípio, não há qualquer ilegalidade em se cobrar taxas de administração em contratos e convênios, desde que, nestes últimos, não se inclua, explícita ou implicitamente, bonificações com o objetivo de remunerar a fundação de apoio.

O que não se pode admitir, para ambos os institutos, é que a taxa de administração seja calculada de modo arbitrário, sem qualquer justificativa técnica de seus componentes ou itens de custo.<sup>27</sup> Caso esse problema seja constatado, a medida corretiva natural, em auditorias de controle externo, seria determinar o controle da racionalidade do cálculo da taxa de administração, exigindo-se um documento que explique como seus componentes foram calculados.<sup>28</sup> Se houver, portanto, um esclarecimento sobre a composição

<sup>25</sup> O termo “bonificação” foi tomado de empréstimo do acrônimo BDI, que significa *bonificação ou benefício e despesas indiretas*. Cf., para uma discussão do conceito, ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 78s.

<sup>26</sup> Perceba-se que se preferiu o termo “bonificação” a “lucro”, pois este último sugere, errônea e automaticamente, a ideia de que haverá apropriação privada dos valores pelos dirigentes, o que é vedado pela legislação das entidades sem fins lucrativos em geral (cf., por exemplo, definições do art. 1º, §1º, da Lei n.º 9.790/1999 e do art. 12, §3º, da Lei n.º 9.532/1997).

<sup>27</sup> A importância de saber-se, exatamente, os itens de custo e despesa pode ser melhor percebida quando se compara uma taxa de administração com outros percentuais análogos existentes em contratações públicas em geral, como o “benefício ou bonificação e despesas indiretas – BDI” dos contratos de obras e serviços de engenharia e os “custos indiretos, tributos e lucro (lucro e despesas indiretas - LDI)” dos contratos de prestação de serviços. Tanto o BDI como o LDI seguem a mesma lógica da taxa de administração. Eles nada mais são que percentuais incidentes sobre os custos diretos da contratação. A diferença fundamental, contudo, está no fato de que conhecemos seus componentes e, com isso, órgãos de controle podem criar metodologias que estipulem valores de referência para fins de fiscalização da ocorrência de sobrepreços ou superfaturamentos (cf., por exemplo, o Acórdão n.º 2.622/2013 – Plenário).

<sup>28</sup> Não admitimos, neste artigo, o regime de “administração contratada”, repellido de forma veemente pela jurisprudência do TCU. Na administração contratada, o preço a ser pago resulta do pagamento de uma *comissão* sobre o *reembolso ilimitado de custos* incorridos pelo contratado (cf. Acórdão TCU n.º 5.837/2010 – Primeira Câmara). Contudo, à luz de nosso entendimento, os projetos são *planejados por prazo certo* (art. 6º, §12, do Decreto n.º 7.423/2010 c/c art. 9º, §3º, do Decreto n.º 8.240/2014), os recursos aportados à fundação de apoio são *limitados* e incidem os *deveres de estimativa prévia de custos e demonstração da racionalidade da taxa de administração*.

analítica da taxa de administração, não há qualquer ilegalidade em sua previsão nos convênios e contratações celebrados por fundações de apoio.<sup>29</sup>

Essa conclusão não é exótica ou atípica. No art. 16 do Decreto n.º 8.240/2014, autoriza-se a previsão de taxa de administração no âmbito da celebração do convênio ECTI: “Art. 16. As fundações de apoio não poderão pagar despesas administrativas com recursos dos convênios ECTI, ressalvada a hipótese de cobrança de taxa de administração, a ser definida em cada instrumento”.

O único ponto de dúvida desse dispositivo é o real significado da vedação ao pagamento de “despesas administrativas”, que dele consta, com a ressalva expressa de que poderia haver o pagamento sob a forma de “taxa de administração”. A melhor interpretação parece-nos ser a de que o termo “despesas administrativas”, no art. 16, refere-se a despesas com a “administração central” da fundação de apoio, isto é, despesas com a manutenção dos gastos da sede da fundação (ex.: despesas com água, luz, empregados e dirigentes do escritório central).

A norma quis, em verdade, ratificar a regra geral de que os custos diretos do projeto, isto é, os gastos mensuráveis que serão realizados com a alocação de bens, pessoas e insumos diretamente envolvidos na execução do ajuste sejam devidamente segregados dos demais custos de difícil mensuração direta (custos indiretos e despesas em geral). “Despesas administrativas”, nesse contexto do art. 16, significam despesas do escritório, da administração central, que não estão diretamente relacionadas com os custos diretos do convênio, pois o escritório central da fundação se responsabiliza por todos os projetos, não havendo sentido algum em embutir, em um só projeto, custos que, na verdade, são alocados em múltiplos orçamentos.

Por essa razão, essas despesas administrativas somente podem ser previstas como componente da taxa de administração (fator de acréscimo equivalente ao BDI e ao LDI), calculando-as sob a forma de rateio de seu percentual pela totalidade dos projetos geridos pela fundação de apoio.

Quis-se aqui evitar a prática de embutir todos os custos de administração central da fundação de apoio, ou, ao menos, parte significativa deles, no orçamento de um só projeto, quando, em verdade, essas despesas são rateadas em múltiplos projetos, pois o escritório central da fundação desempenha atividades na gestão de todos os projetos executados, parcial ou totalmente, pela fundação de apoio.

Analogamente, nas parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, o art. 46, III, da Lei n.º 13.019/2014 e os arts. 25, V, e 39 do Decreto n.º 8.726/2016 autorizaram o pagamento de despesas com “custos indiretos” necessários à execução do objeto (ex.: internet, aluguel, consumo de água). Aliás, acertadamente, o art. 25, §1º, do Decreto n.º 8.726/2016 estabeleceu que o que importa é a inclusão dos “elementos indicativos da mensuração da compatibilidade dos custos apresentados com os preços praticados no mercado ou com outras parcerias da mesma natureza”.

Por essa razão, não está de acordo com a legislação o entendimento do TCU de que as fundações de apoio devem ser remuneradas, exclusivamente, pelos “custos operacionais” em convênios e contratos (ex.: Acórdão TCU n.º 1.584/2018 - Plenário), pois essa visão pode levar à conclusão errônea de que não se poderia cobrar por qualquer ônus econômico não estrita e diretamente vinculado à execução material do objeto do convênio.

Não faz sentido, contudo, essa restrição, pois há custos indiretos e despesas<sup>30</sup> de difícil mensuração que representam, efetivamente, sacrifícios econômicos realizados pela instituição. Não são gastos fictícios ou

<sup>29</sup> O TCU tem razão quando questiona a prática de algumas fundações de apoio de cobrar *taxas de administração* sobre os custos do projeto sem qualquer justificativa de seus componentes ou itens de custo nos processos administrativos (ex.: Acórdãos TCU n.º 2.008/2017 – Plenário e n.º 3.387/2015 - Plenário).

<sup>30</sup> Contabilmente, “despesas”, “custos diretos” e “custos indiretos” são conceitos distintos e, trivialmente, fazem parte do orçamento de um projeto (cf. MARTINS, Eliseu. *Contabilidade de custos*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 38-42; RIBEIRO, Osni Moura. *Contabilidade de custos*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-25).

arbitrários; possuem materialidade e devem ser levados em consideração por uma perspectiva econômica, isto é, fazem parte do orçamento do projeto.<sup>31</sup>

A não previsão de custos indiretos e despesas no orçamento, além de constituir-se em erro grosseiro de estimativa do valor real do projeto, acarreta risco moral (*moral hazard*),<sup>32</sup> pois, antecipando-se a tal limitação, os atores terão fortes incentivos para que os orçamentos dos projetos contemplem esses custos indiretos e despesas de modo implícito (não transparente), dado que é inviável à fundação de apoio se gerir com recursos suficientes apenas para o custeio direto das atividades a ela delegadas.

Dito isso, há duas conclusões. A primeira é que não há vedação legal à cobrança de taxa de administração em convênios e contratos, desde que seus componentes sejam analiticamente justificados e tenham correlação com os custos diretos do projeto. A segunda é que a taxa de administração, nos convênios, não pode incluir qualquer bonificação, enquanto, nos contratos, é lícito – e até desejável – haver a previsão de uma bonificação incidente sobre o projeto, dado que, afinal, nos contratos, os “custos de execução” são suportados pela fundação de apoio e há a necessidade de retornos que, em médio e longo prazos, viabilizem orçamentos superavitários e a saúde financeira desse ente.

### 3 Relações jurídicas com outras instituições públicas e privadas: triangulação, intermediação e captação direta

Na seção anterior, analisamos a celebração de ajustes entre fundações de apoio e instituições apoiadas. Há, contudo, a possibilidade de aquelas instituições firmarem relações com terceiros, pois o sentido último da criação da fundação de apoio é, justamente, possibilitar o relacionamento das IFES e demais ICTs com o ambiente externo. Esse terceiro, por sua vez, poderá relacionar-se com a fundação de apoio *indiretamente*, por meio de relações de triangulação e intermediação, ou *diretamente* via mecanismo de captação direta. Iremos tratar cada uma dessas possibilidades separadamente.

O primeiro tipo de relação é denominado de *triangulação*. Essa situação ocorre quando, por meio de ajuste, a instituição apoiada repassa a execução de determinado objeto de interesse de terceiro(s) à fundação de apoio. Há, então, a celebração inicial de ajuste exclusivo entre terceiro(s) e IFE/ICT apenas para viabilizar a delegação da execução do objeto à fundação de apoio por um contrato ou convênio ulterior. Se a execução do objeto for singular, o instrumento a ser adotado para repassar o objeto à fundação de apoio deverá assumir a forma de um contrato e, portanto, haverá *triangulação total*. Se a execução for compartilhada com a instituição apoiada, deverá haver a celebração de um convênio e, com isso, ocorreria, apenas, uma *triangulação parcial*, na qual apenas parte do objeto é repassado pela IFE/ICT a sua fundação de apoio.

Uma terceira possibilidade de triangulação menos evidente é a celebração de um só ajuste no qual figurem como partícipes a IFE/ICT, a fundação de apoio e terceiro. Apesar da celebração de um só negócio jurídico sob a forma de *ajuste tripartite*, normalmente, nessa situação, deseja-se que todo o trabalho de exe-

<sup>31</sup> A literatura especializada registra que, em algumas situações, financiadores recusam-se até mesmo a cobrir custos operacionais de fundações de apoio (cf. OLIVEIRA, Alfredo Gontijo de; CINTRA, Leandro Pinheiro. O Papel das Fundações de Apoio na Gestão de Projetos para o Desenvolvimento das Atividades dos Institutos de Ciência e Tecnologia (ICTs). In: SOARES, Fabiana de Menezes; PRETE, Esther Külkamp Eyng (Coord.). *Marco Regulatório em Ciência, Tecnologia e Inovação*: texto e contexto da Lei n.º 13.243/2016. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 57).

<sup>32</sup> Ocorre risco moral quando o *agent* (fundação de apoio) toma um curso de ação indesejado pelo *principal* (ente que contrata ou celebra convênio com a fundação de apoio), mas inobservável. Em outras palavras, o *principal* não deseja a ação do *agent*, todavia não tem como controlá-lo, pois não dispõe de meios para estar plenamente informado acerca da ação do *agent*. Como não conhece a ação indesejada, não pune seu *agent* por incongruência diante de suas preferências. Para uma discussão ampla do conceito de *moral hazard*, cf. MCCUBBINS, Matthew; LUPIA, Arthur. *When is delegation abdication?* How citizens use institutions to help delegation succeed. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/225528809\\_Representation\\_or\\_Abdication\\_How\\_Citizens\\_Use\\_Institutions\\_to\\_Help\\_Delegation\\_Succeed](https://www.researchgate.net/publication/225528809_Representation_or_Abdication_How_Citizens_Use_Institutions_to_Help_Delegation_Succeed). Acesso em: 24. jul. 2021.

cução do objeto do ajuste e de gestão dos recursos transferidos fique a cargo da fundação de apoio, tal qual permitido pelo art. 1º, §7º, da Lei n.º 8.958/1994. Por essa razão, há uma *triangulação implícita*, na qual a IFE/ICT figura no negócio jurídico apenas para poder viabilizar o repasse dos recursos e atribuições à fundação de apoio. Perceba-se que, nesse caso, a IFE/ICT não deve figurar no ajuste como uma mera interveniente, pois não se limitará a assentir sobre alguma obrigação; continuará a ser, na verdade, a responsável de direito pelo projeto, embora as tarefas de execução e de gestão administrativa e financeira fiquem a cargo de sua fundação de apoio.

A pergunta a ser feita é se essas hipóteses de triangulação são juridicamente autorizadas pelo ordenamento jurídico. A resposta parece ser positiva, pois essa foi uma prerrogativa atribuída pelo art. 1º da Lei n.º 8.958/1994 às IFES e demais ICTs, desde que esteja presente o requisito do nexo. Aliás, o art. 1º, §§ 6º e 8º, da Lei n.º 8.958/1994 e o art. 16 do Decreto n.º 9.283/2018 previram múltiplas formas de utilização das fundações de apoio pelas IFES e demais ICTs. Também o art. 1º, parágrafo único, do Decreto n.º 7.423/2010 deixa isso claro ao asseverar um dos objetivos dessas instituições: criar condições mais propícias para as instituições apoiadas estabelecerem “relações com o ambiente externo”. Certamente, o intento legal não foi diminuir as diversas possibilidades jurídicas de interação com o meio externo; foi ampliar todas essas possibilidades de interação.

Se não fosse possível a triangulação, as hipóteses de apoio às IFES por suas fundações ficariam restritas à captação direta, que ainda iremos examinar, e a projetos desenvolvidos pela própria instituição apoiada em benefício da comunidade universitária e de eventuais atendidos por programas de extensão. Um dos aspectos fundamentais da utilidade da fundação de apoio, servir de “elo” com o ambiente externo, restaria, então, completamente prejudicado.

Atente-se, por fim, que evitamos nominar o ajuste celebrado pela IFE/ICT com terceiro(s) nas relações de triangulação, pois esse se *submeterá a regramento próprio incidente sobre o objeto e/ou a alocação dos recursos*. A depender da situação, poderá ser celebrado um convênio (art. 1º, §1º, I, do Decreto n.º 6.170/2007), um termo de execução descentralizada (art. 2º, I, do Decreto n.º 10.426/2020), um acordo de parceria para pesquisa, desenvolvimento e inovação (art. 35, §6º, do Decreto n.º 9.283/2018), um convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação (art. 38 do Decreto n.º 9.283/2018), um contrato de encomenda tecnológica ou de fornecimento à administração (arts. 27, 31 e 32 do Decreto n.º 9.283/2018), uma alocação direta de recursos normatizada por agências reguladoras (art. 9º, III, da Lei Complementar n.º 182, de 1º de junho de 2021) ou mesmo algum negócio jurídico específico disciplinado por normas estaduais, municipais ou distritais.

Em todas essas hipóteses, a IFE/ICT lança mão de fundação de apoio para que esta aja em seu nome, *não havendo aí uma subcontratação, mas uma autorização legal para que a fundação de apoio, por meio de convênio ou contrato, execute o objeto parcial ou totalmente como se fosse a própria instituição apoiada*. Por essa razão, para que tal execução do objeto seja transferida, várias cautelas são necessárias à luz do art. 6º do Decreto n.º 7.423/2010: aprovação de ato normativo da IFE/ICT com regras sobre o relacionamento com a fundação de apoio, uso de quantitativos mínimos de mão de obra vinculadas à IFE/ICT (ex.: docentes, servidores técnico-administrativos, estudantes), aprovação do projeto.

Dito isso, temos que analisar um outro tipo de relação com terceiros bastante polêmico no âmbito dos órgãos de controle – a relação de *intermediação* entre instituição apoiada e terceiro contratado pela fundação de apoio. Quando as IFES e demais ICTs repassam parcial ou totalmente a execução de determinado objeto às fundações de apoio, esperam que estas desenvolvam essas ações por si mesmas, tendo capacidade operacional para a execução do objeto. Isso significa, também, que o ajuste terá a natureza *intuitu personae*, pois, à luz do art. 1º, §4º, da Lei n.º 8.958/1994, do art. 10 do Decreto n.º 7.423/2010 e do art. 14 do Decreto n.º 8.240/2014, não poderá haver a subcontratação total ou a subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do “núcleo do objeto” do contrato ou do convênio.

Normalmente, não há dúvida sobre a ilegalidade de uma *subcontratação total*, pois a fundação de apoio figuraria como uma mera “peça de ficção” do negócio jurídico celebrado, havendo uma simulação de contratação da fundação de apoio quando o negócio jurídico real seria entre a instituição apoiada e o terceiro contratado pela fundação, frequentemente com o objetivo de fugir das amarras do procedimento licitatório. A dúvida surge quanto à possibilidade de *subcontratação parcial*, pois as normas a permitiram em apenas duas situações, mas a compreensão de ambas depende da interpretação do conceito indeterminado de “núcleo do objeto”.

No art. 1º, §4º, da Lei n.º 8.958/1994, no art. 10 do Decreto n.º 7.423/2010 e no art. 14 do Decreto n.º 8.240/2014, somente será possível a subcontratação parcial das *parcelas que não compõem o núcleo do objeto* ou das *parcelas que o compõem, desde que a subcontratação não implique delegação da execução contratual a terceiro*.

O “núcleo” de algo, intuitivamente, é sua parte principal ou, por outras palavras, e, com as devidas adaptações ao caso, poderia ser conceituado como o *conjunto de parcelas ou etapas mais importantes do projeto a ser executado pela fundação de apoio*. Certamente, por decorrência lógica, as parcelas ou etapas que são *secundárias, acessórias* ou *complementares* ao projeto não fazem parte do núcleo do objeto. São *parcelas orbitais* do projeto, isto é, “não nucleares”, e, por essa razão, poderiam ser subcontratadas.

Perceba-se que as diferenças normativas entre *núcleo do objeto* e *parcelas orbitais* são fundadas em critérios qualitativos (não quantitativos), pois não se mencionou, a qualquer momento, limites de valor para a subcontratação parcial. O percentual de recursos aportados na subcontratação parcial, portanto, é irrelevante para caracterizar a natureza orbital ou não da parcela subcontratada a terceiros.

Se, por exemplo, em um plano de desenvolvimento institucional, tem-se como objetivo ampliar a pesquisa na área de energia nuclear, pode-se desenvolver um projeto de desenvolvimento institucional que implique, como meta, a significativa ampliação das atividades de pesquisa nessa área, mensurada por diversos indicadores como “número total de alunos envolvidos com pesquisa em energia nuclear”, “número de projetos de pesquisa aprovados junto a instituições financiadoras”, “número de artigos aprovados em revistas científicas internacionais de alto impacto”.

O projeto pode indicar, como etapa prévia, a construção de um laboratório e a aquisição de equipamentos de energia nuclear (art. 1º, §1º, da Lei n.º 8.958/1994) e, nesse contexto, não é difícil perceber que o laboratório e os equipamentos serão considerados parcelas orbitais do projeto, pois o projeto *de facto* é a operação eficiente de um centro de pesquisa em energia nuclear que resulte em melhora significativa nos indicadores de desenvolvimento institucional.<sup>33</sup> Consequentemente, ainda que a construção de um laboratório de energia nuclear represente um alto valor do orçamento do projeto (ex.: 55% dos custos totais), poderá haver a subcontratação parcial de sua construção a terceiro se a obra for acessória no contexto do projeto.

Por essa razão, quando da instrução processual, deve-se evitar o erro comum de definir o projeto a ser executado como a simples realização aquisições ou a execução de uma obra. Na verdade, a compra de insumos e equipamentos ou a execução de uma obra devem ser meramente instrumentais à viabilização dos objetivos do projeto: ensino, pesquisa, extensão, inovação e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico. Aquisições de materiais e equipamentos ou a execução de uma obra não são, portanto, um fim em si mesmos; são meios para alcançar determinada finalidade. Por óbvio, deve-se ter o cuidado de justificar, por meio de análise técnica, como a parcela deve ser considerada orbital à luz do projeto, dos indicadores e de suas etapas, isto é, como deve ser considerada secundária, acessória ou complementar sob o ponto de vista qualitativo.

Quanto ao segundo caso de subcontratação parcial, a subcontratação de parcela, itens ou item que compoem o núcleo do objeto, deve-se atentar à sutileza legislativa destacada abaixo:

<sup>33</sup> Em sentido análogo, o TCU, no voto condutor do Acórdão n.º 1.134/2017 – Plenário, entendeu que “a contratação direta para realização de obras laboratoriais é permitida se fizer parte de um projeto maior, não sendo a obra, por si só, o projeto”.



Art. 1º, § 4º É vedada a subcontratação total do objeto dos ajustes realizados pelas IFES e demais ICTs com as fundações de apoio, com base no disposto nesta Lei, bem como a subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado. (Incluído pela Lei n.º 12.349, de 2010) (grifo nosso).

Perceba-se que o texto normativo destacado proíbe, apenas, a *subcontratação integral do núcleo do objeto*, isto é, veda as subcontratações parciais que impliquem *delegação a terceiros da execução do núcleo do objeto*. A regra, contudo, não diz, categoricamente, que o núcleo do objeto deve ser executado, exclusivamente, pela fundação de apoio. Literalmente, se a parcela puder ser subcontratada sem que isso implique uma “delegação” a terceiro da execução do núcleo do objeto, não haverá óbice jurídico à subcontratação parcial, pois se proíbe, apenas, que a fundação de apoio “delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto” (*todo* o núcleo do objeto), e não a execução propriamente dita de parcelas, itens ou item desse núcleo (*partes* do núcleo do objeto).

O termo “delegação” representa a ideia de *transferência total* da execução do núcleo do objeto. Assim, se a transferência não implicar qualquer “delegação”, isto é, se ela for, apenas, parcial, não se pode dizer que há subcontratação vedada pela legislação. Como os ajustes com fundações de apoio possuem a natureza *intuitu personae*, deve-se, contudo, ter o cuidado com a adequada caracterização técnica dessa ausência de transferência total do núcleo do objeto. Casos típicos dessa ausência de delegação ocorrem quando existem *parcelas, itens* ou *item* do núcleo do objeto de *execução especializada* ou de *significativa complexidade*. Nessa situação, há justificativa técnica para a subcontratação, dado que, dificilmente, as instituições envolvidas com a execução dominam todas as tecnologias, conhecimentos e ações necessárias à execução integral do projeto.

Por exemplo, suponha-se que o desenvolvimento de uma pesquisa envolva a realização de cálculos complexos não dominados pela equipe de bolsistas e contratados pela fundação de apoio e, a despeito disso, exista empresa no mercado capaz de realizá-los com base no uso de softwares e equipamentos altamente especializados. Nesse caso, embora a execução de cálculos possa fazer parte do núcleo do objeto da pesquisa, torna-se necessário viabilizar, juridicamente, a contratação dessa empresa para a realização desse trabalho especializado, sob pena de o projeto restar sem sucesso. Nesse contexto, a subcontratação de parcelas, itens ou item do núcleo do objeto parece altamente justificável, pois não se está a transferir, totalmente, a execução do núcleo do objeto a terceiros.

A última possibilidade de relacionamento das fundações de apoio com terceiros é a *captação direta*. Nela, a fundação de apoio, com a anuência expressa da instituição apoiada, celebra ajustes com os entes dos arts. 1º-A e 1º-B, *caput*, da Lei n.º 8.958/1994, com o objetivo de apoiar IFES e demais ICTs e desenvolver qualquer dos projetos previstos no art. 1º, *caput*, desse ato normativo.

No caso, a fundação de apoio terá ampla autonomia para assumir e, eventualmente, negociar direitos e obrigações relacionados com o cumprimento do projeto, pois, a rigor, a instituição apoiada apenas manifesta seu consentimento expresso por meio da anuência. Esta, por sua vez, não precisa ocorrer no cerne do próprio ajuste com o financiador, pois não houve qualquer determinação legal nesse sentido; pode ocorrer por qualquer outro meio que, inequivocamente, demonstre a ciência da transação pela IFE ou ICT (ex.: aprovação por resolução do Conselho Superior), dado que, em regra, a ideia central é tornar mais eficiente a atuação da fundação de apoio na captação de recursos públicos ou privados.

Nesse sentido, a exigência do Parecer Vinculante n.º 12/2013/CPCV/DEPCONSU/PGF/AGU,<sup>34</sup> aplicável às autarquias e fundações públicas federais, de que sejam feitos, necessariamente, ajustes tripartites entre instituição apoiada, fundação de apoio e financiador na captação direta é excessiva e desconsidera a própria literalidade da lei. Na captação direta, a fundação de apoio pode celebrar ajuste somente com o financiador, devendo a instituição apoiada dar apenas sua anuência. Nesse tipo de negócio jurídico, quem

<sup>34</sup> GOMES FILHO, José Reginaldo. *Parecer Vinculante n.º 12/2013/CÁMARAPERMANENTECONVÊNIO/DEPCONSU/PGF/AGU*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN-122013CAMARAPERMANENTECONVENIOSDEPCONSUPGFAGU.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

assume as obrigações perante terceiro é a fundação de apoio, sendo esta parte ou partícipe *stricto sensu*. Consequentemente, ressalvada norma específica em sentido contrário de outras unidades da federação para suas próprias fundações de apoio, a aprovação do ajuste não se dá no âmbito da advocacia pública.

Quanto ao regime jurídico da captação direta, as características fundamentais do ajuste a ser firmado, incluindo seu nome e forma de prestação de contas, deverão ser *disciplinadas pelas normas que incidem sobre o financiador*. Se este for um ente privado não estatal, essas regras serão mais flexíveis, podendo estar sujeitas à ampla negociação com a fundação de apoio; se, por outro lado, o financiador for um *ente estatal* (ex.: BNDES, CNPq, FINEP) ou um *titular de delegações/outorgas estatais* (ex.: empresas não estatais do setor de óleo e gás, concessionárias de energia elétrica), deverão ser observadas as regras específicas sobre alocação de recursos e prestação de contas que incidem sobre esses aportes (ex.: resoluções da FINEP, da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, portarias do ministério responsável).

Dito isso, percebe-se que, nesses modelos de relacionamento apresentados, há ampla liberdade para que as receitas obtidas em transações com terceiros – *receitas próprias* – sejam administradas pelas fundações de apoio. Seja nas relações de triangulação, seja nas relações de captação direta, há autorização legislativa para que as fundações de apoio venham a gerir esses recursos em nome da instituição apoiada.<sup>35</sup> Há, contudo, um cuidado a tomar: deve-se zelar para que parcela dos ganhos econômicos decorrentes do projeto seja ou vertida para a conta única do tesouro nacional ou ao menos usufruída pela instituição apoiada por outras formas, como via titularidade da propriedade intelectual (arts. 6º, §13, e 9º, §3º, do Decreto n.º 7.423/2010 e art. 11 do Decreto n.º 8.240/2014).

Para as receitas indicadas no art. 18, parágrafo único, da Lei n.º 10.973/2004, o permissivo do novo marco regulatório da ciência, tecnologia e inovação foi, ainda, mais amplo, pois não só as fundações de apoio foram autorizadas a “captar” e “gerir” recursos como até mesmo foi facultada a *aplicação* das receitas próprias das ICTs públicas<sup>36</sup> com certa discricionariedade, sem qualquer recolhimento à conta única, desde que:

- a) haja previsão para tanto em contrato ou convênio;
- b) as receitas sejam aplicadas, exclusivamente, em objetivos institucionais de pesquisa, desenvolvimento e inovação, incluindo a carteira de projetos institucionais e a gestão da política de inovação; e
- c) haja obediência às diretrizes e objetivos da política de inovação instituída pela ICT pública (art. 14 do Decreto n.º 9.283/2018).

Perceba-se, portanto, que *a aplicação de receitas próprias das ICTs públicas pela fundação de apoio não está vedada*. O que não é possível é a criação de um fundo genérico de gestão de projetos ou, na dicção legal, um “fundo de apoio institucional” (art. 13, I, do Decreto n.º 7.423/2010), uma espécie de fundo composto por receitas próprias das ICTs públicas a ser gerido pela fundação de apoio sem qualquer relação com a execução de projetos específicos e sem um prévio planejamento. Nesse sentido, qualquer recurso próprio vertido às fundações de apoio deverá ser aplicado em projetos segundo um planejamento previsto em ajustes e normas sobre a gestão da política de inovação (art. 13, I e II, do Decreto n.º 7.423/2010).

Quanto aos demais projetos não relacionados com PD&I, a lei não foi explícita sobre a possibilidade de aplicação dos recursos próprios com maior discricionariedade (arts. 1º, §7º, e 3º, §1º, da Lei n.º 8.958/1994). A despeito disso, nada impede a previsão em projeto específico de que as receitas decorrentes da execução possam ser aplicadas para custear as despesas objeto do próprio ajuste. Somente haveria ganho econômico

<sup>35</sup> Confira-se, nesse sentido, o que dispõem o art. 7º, §4º, do Decreto n.º 9.283/2018 (recebimento de recursos de contrapartida financeira pela cessão de uso de imóveis em ambientes promotores de inovação) e os arts. 1º, §7º, e 3º, §1º, da Lei n.º 8.958/1994 (repasso direto de recursos e direitos decorrentes dos projetos).

<sup>36</sup> Para esclarecimentos sobre quais instituições podem ser consideradas ICTs Públicas, cf. MURARO, Leopoldo; QUEIROZ, Saulo. *Parecer Vinculante n.º 4/2020/CP-CT&I/PGF/AGU*. Brasília: Câmara Permanente de Ciência, Tecnologia e Inovação da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/consultoria-juridica/camara-permanente-da-ciencia-tecnologia-e-inovacao-1/Parecer042020CPCTIPGFAGU.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

a ser vertido, obrigatoriamente, para a conta única – receitas próprias – se, após deduzidas as despesas com a execução do projeto, houvesse um saldo positivo.

Por outras palavras, como somente seria necessário o aporte de “ganhos econômicos” à conta única (art. 6º, §§1º, II, e 13, do Decreto n.º 7.423/2010), e não de toda e qualquer receita, somente seria possível constatar-se se a receita auferida não estiver vinculada ao custeio de despesas do ajuste, consoante plano de trabalho. Os fluxos de caixa futuros, portanto, poderão ser utilizados para custear despesas do próprio projeto. Apenas os ganhos econômicos reais, após descontadas as despesas, devem ser vertidos à conta única.<sup>37</sup>

## 4 Considerações finais

Este artigo sistematizou as possíveis relações jurídicas das fundações de apoio com instituições apoiadas e terceiros no marco regulatório da execução de projetos de educação, ciência, tecnologia e inovação.

Após uma revisão dos parâmetros tradicionais de conceituação de convênios e contratos administrativos (interesse, comutatividade e objeto), foi proposto um novo critério de diferenciação desses institutos baseado no modo ou forma de execução do objeto do ajuste, se compartilhado ou singular. Como vantagem, a nova proposta conceitual oferece um parâmetro objetivo e seguro para a distinção entre convênio e contrato administrativo no ambiente das complexas interações entre fundações de apoio e instituições apoiadas, prevendo, expressamente, em quais hipóteses seria possível cobrar bonificações.

A segunda parte do artigo dedicou-se a classificar os limites das demais possíveis interações das fundações de apoio com terceiros. Foram, então, identificadas três formas de relações jurídicas, a triangulação, a intermediação e a captação direta. Em cada uma delas, o artigo esclareceu quais atividades deveriam ser reputadas lícitas, tendo por objetivo demonstrar que não se justifica, no novo marco legal, vedar relações mais complexas com o setor privado.

Como se viu, esses são temas que, até o presente momento, não haviam sido tratados pela doutrina com sistematização, pois boa parte da construção interpretativa sobre esses institutos foi fortemente influenciada por entendimentos restritivos do Tribunal de Contas da União no controle dessas possíveis relações com terceiros e com a própria instituição apoiada.

Demonstramos, contudo, que o novel regime jurídico do marco legal da ciência, tecnologia e inovação ampara atividades que outrora foram consideradas ilícitas no processo de controle externo da Administração Pública, não mais se justificando proibir ajustes e relações de triangulação, intermediação e captação direta nos complexos projetos que envolvem a atuação das fundações de apoio em parcerias com a iniciativa privada e/ou com entidades públicas.

Os modelos de interação propostos, nesse sentido, viabilizam, juridicamente, um regime *sistêmico*, *não linear* ou em *rede*<sup>38</sup> de parcerias estratégicas entre poder público e iniciativa privada com o objetivo de alocar capital social e recursos escassos da forma mais racionalizada possível. Certamente, a proposta operacionaliza investimentos estatais em inovação e interações mais flexíveis com a iniciativa privada, satisfazendo uma necessidade premente já sinalizada pela literatura jurídica<sup>39</sup> e pelas próprias empresas.<sup>40</sup> Espera-se, portanto,

<sup>37</sup> Com terminologia e fundamentos distintos, cf. GOMES FILHO, José Reginaldo. *Parecer Vinculante n.º 12/2013/CÁMARAPERMANENTECONVÊNIO/DEPCONSUS/PGF/AGU*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN122013CAMARAPERMANENTECONVENIOSDEPCONSUSPGFAGU.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

<sup>38</sup> DE NEGRI, Fernanda; CAVALCANTE, Luiz Ricardo; ALVES, Patrick Franco. *TD 1901 - Relações universidade-empresa no Brasil: o papel da infraestrutura pública*. Brasília; Rio de Janeiro: IPEA, 2013. p. 10s.

<sup>39</sup> Cf., por exemplo, PORTELA, Bruno; DUBEUX, Rafael. Cenário local, nacional e internacional. In: PORTELA, Bruno *et al.* *Marco legal de ciência, tecnologia e inovação no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 45s.

<sup>40</sup> Em pesquisa com atores estratégicos do setor de inovação, a Associação Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento das Empresas

que esta seja uma contribuição para a desburocratização da execução de parcerias estratégicas entre atores públicos e privados.

## Referências

AKCALI, Burcay Yasar; SISMANOGLU, Elcin. Innovation and the effect of research and development (R&D) expenditure on growth in some developing and developed countries. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, n. 195, p. 768–775, 2015.

ALMEIDA, Edvaldo de. Serviços sociais autônomos: identificação e distinções de entidades prestadoras de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*: v. 280, n. 1, p. 55-87, jan./abr. 2021.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANPEI. *Mapa do sistema brasileiro de inovação*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fanpei.org.br%2Fsite-novo%2Fwp-content%2Fuploads%2F2019%2F05%2F7.pdf&clen=5780149&chunk=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 de junho de 1993, retificado em 6 jul. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm). Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18958.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18958.htm). Acesso em: 5 ago. 2019.

BRASIL. Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de dezembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19532.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19532.htm). Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 de março de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm). Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 de julho de 2007, retificado em 14 set. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm). Acesso em: 25 jul. 2021.

---

Inovadoras – ANPEI detectou que as maiores expectativas para o futuro são a redução da burocracia e a construção intersetorial de parcerias. Cf. ANPEI. *Mapa do sistema brasileiro de inovação*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fanpei.org.br%2Fsite-novo%2Fwp-content%2Fuploads%2F2019%2F05%2F7.pdf&clen=5780149&chunk=true>. Acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2004, retificado em 16 maio 2005. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm). Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 dez. 2010. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112349.htm). Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 7.423, de 31 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei n.º 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio, e revoga o Decreto n.º 5.205, de 14 de setembro de 2004. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 2010. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7423.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7423.htm). Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 12.863, de 24 de setembro de 2013. Altera a Lei n.º 12.772, de 28 de dezembro de 2012, que dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal; altera as Leis n.ºs 11.526, de 4 de outubro de 2007, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, 11.892, de 29 de dezembro de 2008, 12.513, de 26 de outubro de 2011, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 91, de 28 de agosto de 1935, e 12.101, de 27 de novembro de 2009; revoga dispositivo da Lei n.º 12.550, de 15 de dezembro de 2011; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 set. 2013. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12863.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12863.htm). Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei n.º 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei n.º 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei n.º 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei n.º 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei n.º 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional no 85, de 26 de fevereiro de 2015. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 jan. 2016. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13243.htm). Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 9.283, de 7 de fevereiro de 2018. Regulamenta a Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei n.º 13.243, de 11 de janeiro de 2016, o art. 24, § 3º, e o art. 32, § 7º, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, o art. 1º da Lei n.º 8.010, de 29 de março de 1990, e o art. 2º, caput, inciso I, alínea “g”, da Lei n.º 8.032, de 12 de abril de 1990, e altera o Decreto n.º 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, para estabelecer medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 fev. 2018. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9283.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9283.htm). Acesso em: 4 set. 2018.

BRASIL. Decreto n.º 10.426, de 16 de julho de 2020. Dispõe sobre a descentralização de créditos entre órgãos e entidades da administração pública federal integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, por meio da celebração de termo de execução descentralizada. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jul. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10426.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10426.htm). Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 abr. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Lei Complementar n.º 182, de 1º de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 jun. 2021, retificado em 4 jun. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm). Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Súmula n.º 250*. Disponível em: <[contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/%252a/NUMERO%253A250/D'TRELEVANCIA%2520desc/false/1/false](http://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/%252a/NUMERO%253A250/D'TRELEVANCIA%2520desc/false/1/false)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n.º 2.731/2008 – Plenário*.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n.º 5.837/2010 – Primeira Câmara*.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n.º 2.622/2013 – Plenário*.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão n.º 3.307/2015 – Plenário*.

BITENCOURT, Fernando. Contratações públicas e fundações de apoio. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 171, p. 307-351, jul./set., 2006.

CARVALHO, Bruno; TONELLI, Dany. Limites e possibilidades do marco legal da CT&I de 2016 para as Instituições Científicas e Tecnológicas do Brasil. *Revista de Administração, Sociedade e Inovação*, v. 6, n. 2, p. 6-24, maio/ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017. capítulo V, seção XVIII.

CHARLES, Ronny. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. *Relatório de Consolidação de Auditorias sobre o Processo de Relacionamento entre Instituições Federais de Ensino Superior e Fundações de Apoio*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fcaud.cgu.gov.br%2Frelatorios%2Fdownload%2F10217.pdf&cld=1108983>. Acesso em: 27 jul. 2021.

DE NEGRI, Fernanda; CAVALCANTE, Luiz Ricardo; ALVES, Patrick Franco. *TD 1901 - Relações universidade-empresa no Brasil: o papel da infraestrutura pública*. Brasília; Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2009.

FEITOSA, Mônica. *Marcos regulatórios da relação fundações privadas de apoio e instituições públicas de ensino superior*. 2019. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Social) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social, Universidade de Montes Claros, Montes Claros, 2019.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009.

GOMES FILHO, José Reginaldo. *Parecer Vinculante n.º 12/2013/CÁMARAPERMANENTECONVÊNIO/DEPCONSUS/PGF/AGU*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN122013CAMARAPERMANENTECONVENIOSDEPCONSUSPGFAGU.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

INOCÊNCIO, Rosemary. *Accountability dos projetos das IFES executados em parceria com fundações de apoio: adequações dos normativos a partir de manifestações dos atores executores*. 2017. Dissertação de Mestrado

(Gestão Pública) – Programa de Pós-Graduação em Administração. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – Lei 8.666/1993*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEDERMAN, Daniel. Product innovation by incumbent firms in developing economies: the roles of research and development expenditures, trade policy, and the investment climate. *Policy research working paper*. The World Bank development research group: n. 4319, 2007.

LEMOS, Dannyela; CARIO, Sílvio. O sistema nacional e regional de inovação e sua influência na interação universidade-empresa em Santa Catarina. *Revista de Gestão*, n. 24, p. 25-57, 2017.

MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 100, p. 551-571, jan./dez., 2005.

MARTINS, Eliseu. *Contabilidade de custos*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Geane. *Convênios e Legislação: um estudo sobre a percepção dos gestores da Universidade Federal de Pernambuco*. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Políticas Públicas) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Departamento de Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2020.

MCCUBBINS, Matthew; LUPIA, Arthur. *When is delegation abdication?* How citizens use institutions to help delegation succeed. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/225528809\\_Representation\\_or\\_Abdication\\_How\\_Citizens\\_Use\\_Institutions\\_to\\_Help\\_Delegation\\_Succeed](https://www.researchgate.net/publication/225528809_Representation_or_Abdication_How_Citizens_Use_Institutions_to_Help_Delegation_Succeed). Acesso em: 24/07/2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

MURARO, Leopoldo; QUEIROZ, Saulo. *Parecer Vinculante n.º 4/2020/CP-CT&I/PGF/AGU*. Brasília: Câmara Permanente de Ciência, Tecnologia e Inovação da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/consultoria-juridica/camara-permanente-da-ciencia-tecnologia-e-inovacao-1/Parecer042020CPCTIPGFAGU.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

NOGUEIRA, Erico Ferrari. Convênio administrativo: espécie de contrato? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: v. 258, p. 81-113, set./dez. 2011.

OLIVEIRA, Alfredo Gontijo de; CINTRA, Leandro Pinheiro. O Papel das Fundações de Apoio na Gestão de Projetos para o Desenvolvimento das Atividades dos Institutos de Ciência e Tecnologia (ICTs). In: SOARES, Fabiana de Menezes; PRETE, Esther Külkamp Eyng (Coord.). *Marco Regulatório em Ciência, Tecnologia e Inovação: texto e contexto da Lei n.º 13.243/2016*. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 54-66.

PAES, José. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PORTELA, Bruno; DUBEUX, Rafael. Cenário local, nacional e internacional. In: PORTELA, Bruno *et al.* *Marco legal de ciência, tecnologia e inovação no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 35-48.

RAUEN, Cristiane. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-Empresa? *Radar*, n. 43, p. 21-35, fev. 2016.

RIBEIRO, Osni Moura. *Contabilidade de custos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Flávia dos; SILVA, Artur da; CHIMENTO, Marcelo. Barreiras à Interação Universidade-Empresa: um Estudo da UFPE no Setor Farmacêutico de Pernambuco. *Revista GEINTEC: gestão, inovação e tecnologias*: v. 10, n. 4, p. 5727-5740, out./dez., 2020.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000a.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Gestão alternativa de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 219, p. 179-203, jan./mar. 2000b.

ROSA, Rodrigo; FREGA, José. Intervenientes do processo de transferência tecnológica em uma universidade pública. *RAC/ANPAD*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, art. 1, p. 435-457, jul./ago. 2017.

TURCHI, Lenita; ARCURI, Marcos. Interação de laboratórios públicos de pesquisa e empresas: avaliação dos coordenadores de laboratório das parcerias realizadas com o setor privado. *Radar*, n. 42, p. 29-38, dez. 2015.

VIALE, Riccardo. Knowledge-driven capitalization of knowledge. In: VIALE, Riccardo; ETZKOWITZ, Henry (ed.). *The capitalization of knowledge: a triple helix of university-industry-government*. Northampton: EE, 2010, p. 31-73.



The cover image features a large, white, abstract sculpture of a seated figure, possibly representing a personification of justice or law, set against a modern architectural background with large glass windows and a prominent white tower. The sculpture is positioned in the foreground, with a paved area and a building behind it. The sky is blue with scattered white clouds. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day.

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

**A sustentabilidade à luz da perspectiva jurisdicional “à brasileira”:** um estudo de caso no Estado do Rio Grande do Sul

**The sustainability through Brazilian jurisdictional perspective:** a case study in Rio Grande Do Sul State

Francieli lung Izolani

Frederico Thaddeu Pedroso

Jerônimo Siqueira Tybusch

Francielle Benini Agne Tybusch

# A sustentabilidade à luz da perspectiva jurisdicional “à brasileira”: um estudo de caso no Estado do Rio Grande do Sul\*

## The sustainability through Brazilian jurisdictional perspective: a case study in Rio Grande Do Sul State

Francieli lung Izolani\*\*

Frederico Thaddeu Pedroso\*\*\*

Jerônimo Siqueira Tybusch\*\*\*\*

Francielle Benini Agne Tybusch\*\*\*\*\*

\* Recebido em 13/05/2021

Aprovado em 02/08/2021

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URISAN). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduada em Direito Previdenciário, em Direito Constitucional e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pesquisadora Capes – Modalidade Bolsa-Taxa. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSM).

E-mail: franizolani@hotmail.com

\*\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana (UFN). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSM).

E-mail: frederico.pedroso@acad.ufsm.br

\*\*\*\* Professor Associado do Departamento de Direito da UFSM. Professor do PPGD/UFSM e PPGTER/UFSM. Pró-reitor de Graduação UFSM. Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSM). Membro da Diretoria do CONPEDI. Doutor em Ciências Humanas (UFSC). Mestre em Direito Público (UNISINOS).

E-mail: jeronimotybusch@ufsm.br

\*\*\*\*\* Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Coordenadora do Laboratório de Extensão da Universidade Franciscana (UFN). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade (GPDS/UFSM).

E-mail: francielleagne@gmail.com

### Resumo

Este artigo objetiva compreender as perspectivas de efetividade da tutela jurisdicional brasileira à sustentabilidade multidimensional na sociedade contemporânea, com base no estudo da Ação Civil Pública 5118121-39.2020.8.21.0001/RS, em trâmite no 1º Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, evidenciando direitos transindividuais frente ao agrotóxico 2,4-D. Para tanto, a metodologia empregada obedece ao quadrimônio Teoria de Base, Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base, Juarez Freitas e Jerônimo Tybusch à sustentabilidade multidimensional; Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti à jurisdição, a partir da releitura em Cristiano Isaia. Utiliza-se a abordagem sistêmico-complexa, considerando-se as lições de Fritjof Capra e Enrique Leff. O procedimento assenta-se na pesquisa bibliográfica e na documental, com base nas técnicas de fichamentos, resumos estendidos e elaboração de gráficos e tabelas. Conclui-se que, apesar de o estudo de caso possibilitar uma oportunidade de efetivação da sustentabilidade multidimensional, a jurisdição brasileira vem avançando em uma linha diametralmente oposta.

**Palavras-chave:** Ação Civil Pública; Agrotóxico 2,4-D; Direitos transindividuais; Efetividade da tutela jurisdicional; Sustentabilidade multidimensional.

### Abstract

This research aims at understanding the prospects for Brazilian jurisdictional protection effectiveness for multidimensional sustainability in contemporary society, based on the study of Public Civil Action 5118121-39.2020.8.21.0001 / RS, pending before the 1st Court of the 10th Court of the Public Finance Court of the Forum Central da Comarca de Porto Alegre / RS, showing transindividual rights face to pesticide 2,4-D. For that, the

methodology used obeys the quadrennium Basic theory, Approach, Procedure and Technique. As the Basic Theory, Juarez Freitas and Jerônimo Tybusch for multidimensional sustainability, Giuseppe Chiovenda and Francesco Carnelutti for jurisdiction, from a rereading from Cristiano Isaia. The systemic-complex approach is used, based on Fritjof Capra and Enrique Leff lessons. The procedure is supported on bibliographic and documentary research, based on file techniques, extended abstracts and the graphs and tables elaboration. It is concluded that, although the case study provides an opportunity to implement multidimensional sustainability, the Brazilian jurisdiction has been advancing in a diametrically opposite line.

**Keywords:** Public Civil Action; Pesticide 2,4-D; Transindividual rights; Jurisdictional protection effectiveness; Multidimensional sustainability.

## 1 Introdução

Superada a primeira década do século XXI, a ascensão e as consequências do estilo de vida moderno são inegáveis. Após as revoluções industriais, a globalização e o surgimento de novas tecnologias, a sociabilidade humana efetivamente se transformou, trazendo uma complexidade sem precedentes para o estudo das Ciências Sociais.

A classificação da sociedade contemporânea como de risco é majoritária na comunidade científica internacional, com base em autores como Ulrich Beck e Marie-Angèle Hermitte. O modelo de produção instituído a partir da sociedade industrial consumista, que se propõe a maximizar os lucros e a produtividade a pretexto de um modelo de desenvolvimento avançado, ocasionou uma verdadeira imprevisibilidade quanto ao futuro, principalmente, em decorrência da falta de capacidade em controlar os riscos que essa própria sociedade tem criado. O risco se tornou a palavra-chave nos estudos dos mais renomados cientistas sociais.

Aludido risco faz-se cada vez mais presente quando o assunto em tela é o meio ambiente, a sustentabilidade e a sociobiodiversidade. Para que não existam prejuízos consideráveis no futuro, o velho estilo de vida neoliberal deverá ser revisto, juntamente com todas as suas práticas, discursos e instituições nascidas e aprimoradas sob o respaldo dos seus alicerces. A jurisdição e o processo também se encontram nessa premência.

Dessa forma, as ações judiciais que se ocupam da tutela do meio ambiente enquanto bem coletivo, como as que envolvem agrotóxicos e seus efeitos socioambientais, constituem exemplos que demonstram a necessidade de refundação da jurisdição e do processo nesse sentido. Com base nessa premissa e para contribuir, academicamente, com as transições necessárias para uma jurisdição e um processo que estejam em harmonia com a sustentabilidade nas sociedades contemporâneas, a presente produção científica é lastreada no trinômio jurisdição, sustentabilidade e mecanismos processuais de efetivação.

Nesse contexto, parte-se do seguinte problema de pesquisa: à luz das peculiaridades da Ação Civil Pública de número 5118121-39.2020.8.21.0001/RS, em trâmite no 1º Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, em que a tutela de direitos individuais (dos produtores) e difusos está posta *sub judice* concomitantemente frente ao agrotóxico 2,4-D, quais as perspectivas de o referido estudo de caso conceder efetividade à tutela jurisdicional brasileira à luz da Teoria da Sustentabilidade Multidimensional?

Considerando-se o problema supramencionado, este artigo objetiva compreender as perspectivas de efetividade da tutela jurisdicional brasileira à sustentabilidade multidimensional na sociedade contemporânea, a partir do estudo da Ação Civil Pública 5118121-39.2020.8.21.0001/RS, em trâmite no 1º Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, evidenciando direitos transindividuais frente ao agrotóxico 2,4-D.

Para tanto, com relação à metodologia, esta produção utiliza o quadrinômio Teoria de Base, Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base, utilizam-se autores que versam sobre a sustentabilidade pelas lentes do direito e suas multidimensões como Juarez Freitas e Jerônimo Siqueira Tybusch, que ampliam o clássico trinômio social-econômico-ambiental. No tocante à jurisdição e efetividade da tutela, autores como Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, fazendo-se uma releitura com base em Cristiano Isaia.

Outrossim, o método de abordagem dá-se a partir da perspectiva sistêmico-complexa, calcada em Fritjof Capra e Enrique Leff, considerando-se a jurisdição, o processo e a sustentabilidade como sistemas dinâmicos e interdependentes, evidenciando suas articulações entre o todo, suas partes e seu contexto. O método de procedimento empregado é o da pesquisa bibliográfica e da análise documental, assentado nas técnicas da construção de fichamentos e resumos estendidos, bem como na elaboração de gráficos e tabelas.

No tocante à estrutura, este estudo apresenta duas seções. Na primeira tem-se o objetivo específico de investigar o conceito de sustentabilidade multidimensional, relacionando-o com os fundamentos e limitações do sistema jurisdicional brasileiro. O segundo e último tópico refere-se à análise das peculiaridades da Ação Civil Pública à luz dos conceitos e lições expostos na primeira seção, notadamente sobre a realização jurisdicional da sustentabilidade em suas multidimensões frente ao agrotóxico 2,4-D.

## 2 Os fundamentos e limitações do processo e da jurisdição brasileira para a tutela da sustentabilidade

Embora não haja um conceito pacífico na doutrina sobre o termo *jurisdição*, compreende-se neste estudo, sumariamente, como a forma pela qual o Estado pacifica os conflitos sociais de acordo com o evoluir da sociedade. Ante à constatação de que esta se encontra na era de questões complexas, como as de cunho ambiental, exige-se da jurisdição, cada vez mais, no sentido de que sua atuação traga respostas adequadas com base em um entendimento multidimensional da sustentabilidade. Essas respostas, a partir de ensinamentos clássicos de autores como Carnelutti, são dadas com base na utilização do instrumento de materialização da justiça, o *processo*. Nesse diapasão, este tópico tem como escopo investigar o conceito de sustentabilidade multidimensional, relacionando-o com os fundamentos e limitações do sistema jurisdicional brasileiro.

Desse modo, antes da explanação teórica sobre as origens, fundamentos e limitações da jurisdição e do processo, tecem-se breves apontamentos sobre o conceito de sustentabilidade que será adotado durante a pesquisa. Nesse contexto, serão utilizadas lições de autores que transcendem a sua dimensão econômica. Na grande maioria dos estudos de políticas públicas contemporâneas, principalmente, partindo-se da eclosão da sociedade (e do discurso) neoliberal, a sustentabilidade é considerada quase que exclusivamente em sua perspectiva econômica<sup>1</sup>.

A partir dessa premissa, o conceito de sustentabilidade torna-se um verdadeiro paradigma discursivo em prol do poder econômico, sendo utilizado como instrumento (meio) para aumentar lucros, produtividade

<sup>1</sup> O termo desenvolvimento sustentável surgiu em 1983, por ocasião da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU). Apesar de estar em constante evolução, o conceito possui raízes aritméticas: “atender às necessidades da atual geração, sem comprometer a capacidade das futuras gerações em prover suas próprias demandas”. Em resumo, a expectativa era conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação da natureza, para que os recursos naturais não fossem esgotados, tão somente. MENDES, Marina Ceccato. *Desenvolvimento sustentável*. Centro de Divulgação Científica e Cultural da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, SP, 2008. Disponível em: [http://educar.sc.usp.br/biologia/textos/m\\_a\\_txt2.html](http://educar.sc.usp.br/biologia/textos/m_a_txt2.html) Acesso em: 08 mar. 2021.

e produzir alienações<sup>2</sup>. Essa tendência, conforme menciona Jerônimo Siqueira Tybusch<sup>3</sup>, se faz presente no passado e no presente da jurisdição e do processo brasileiro, em que as decisões jurídicas sofrem fortes interferências do sistema econômico e parecem institucionalizar uma irracionalidade produtiva, que prioriza a aceleração do crescimento em detrimento da preservação do meio ambiente e de seus sistemas.

Busca-se, justamente, afastar o termo sustentabilidade de técnicas discursivas de apropriação, que, se aplicadas à jurisdição e ao processo, poderão conduzir a conclusões distorcidas, que valorarão apenas aspectos econômicos quantitativos do processo (decisões) e do poder jurisdicional, deixando de lado fatores importantes, correlacionados, diretamente, ao meio ambiente. A profundidade do conceito de sustentabilidade adotado pelo estudante e/ou pesquisador, necessariamente, influirá na forma com que este percebe as dimensões do processo e de como a jurisdição se apresenta para resolver e tratar os conflitos ambientais (perspectiva repressiva, reparadora e preventiva).

Muitos autores que se propõem aos estudos das razões pelas quais ainda o aludido *desenvolvimento sustentável*<sup>4</sup> não foi alcançado e apontam mecanismos para a sua efetividade entendem que, somente a partir da intersecção entre diferentes dimensões de sustentabilidade, será possível concretizá-lo.

Inclusive, autores clássicos, como Ignacy Sachs, têm desenvolvido o entrelaçamento de outras categorias dentro da sustentabilidade, para além do tripé defendido inicialmente<sup>5</sup>. Nessa senda, considerando-se as multidimensões existentes da sustentabilidade, o presente estudo é voltado, especificamente, à dimensão jurídico-política, que se entrelaça às clássicas social, econômica e ambiental, consoante na teoria de Juarez de Freitas e na de Jerônimo Tybusch.

Começando pela definição de Freitas<sup>6</sup>, que propõe uma sincronia entre as dimensões da sustentabilidade:

as dimensões ética, jurídico-política, ambiental, social e econômica se entrelaçam e se constituem mutuamente, numa dialética da sustentabilidade que não pode, sob pena de irremediável prejuízo, ser rompida. Não se trata, como visto, da singela reunião de características esparsas, mas de dimensões intimamente vinculadas, componentes essenciais à modelagem do desenvolvimento.

No mesmo sentido, Tybusch<sup>7</sup> defende a inclusão da dimensão jurídica ao pilar clássico, definindo-a como “uma estrutura capaz de reduzir complexidades para processar decisões e, conseqüentemente, estabilizar expectativas sociais”.

<sup>2</sup> O filósofo francês Michel Foucault, por meio de um verdadeiro procedimento genealógico, faz uma analítica das relações de poder nas sociedades modernas. Seus estudos são contextualizados com a perspectiva neoliberal, que (ainda) atua em regime de verdade no século XXI: “trata-se de filtrar toda a ação do poder público em termos de oferta e procura, em termos de eficácia quanto aos dados desse jogo, em termos de custo implicado por essa intervenção do poder público no campo do mercado. Trata-se, em suma, de constituir, em relação a governamentalidade efetivamente exercida, uma crítica que não seja uma crítica simplesmente jurídica. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>3</sup> TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. In: ESTENSSORO, Fernando (org.). *América Latina e Caribe na encruzilhada ambiental: dimensões política, jurídica e estratégica*. Ijuí: Unijuí, 2011.

<sup>4</sup> Segundo Jaime Antonio Stoffel e Sílvia Antônio Colognese: “o conceito de Desenvolvimento Sustentável tornou-se uma espécie de ideal, ou de novo paradigma para a sociedade contemporânea, e se disseminou para todos os segmentos da sociedade. A questão que se estabelece a partir daí é a necessidade de desenvolver novas bases para o crescimento econômico, compatíveis com a preservação dos recursos naturais e a equidade social sintonizadas com o ambiente institucional. STOFFEL, Jaime Antônio; COLOGNESE, Sílvia Antônio. O desenvolvimento sustentável sob a ótica da sustentabilidade multidimensional. *Revista da FAE*, v. 18, n. 2, p. 18-37, 2015. Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/48>. Acesso em: 01 mar. 2021.

<sup>5</sup> Ignacy Sachs também acrescenta, em seus estudos mais atuais, outras dimensões àquelas clássicas, incluindo a política, a ecológica, a espacial, a jurídica e a cultural. SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

<sup>6</sup> FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 71.

<sup>7</sup> TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. *Sustentabilidade multidimensional: elementos reflexivos na produção da técnica jurídico-ambiental*. 2011. 222f. Tese (Doutorado – Centro de Filosofia e Ciências Humanas), Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011b. p. 190. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103349>. Acesso em: 20 fev. 2021.

Dessa forma, faz-se urgente uma retomada sistêmico-complexa sobre a sustentabilidade, que, como supracitado, não se confunde com desenvolvimento sustentável, tampouco com o avançar econômico de uma dada sociedade. As multidimensões da sustentabilidade advêm da busca de soluções aos riscos que a própria sociedade tem criado enquanto uma reação a um contexto de exploração-dominação humana sobre a natureza e sobre outros seres humanos em prol da ascensão econômica, característica da irracionalidade e da falta de complexidade.

Por isso, instrumentalizar juridicamente a sustentabilidade, compreendendo que há um sistema interligado e interdependente, que inclui a esfera econômica, social, ética, política e ambiental, viabiliza a defesa de interesses transindividuais que vêm sendo desrespeitados pelas complexidades dos problemas ambientais criados na atualidade e que guardam relação, também, com a existência de um Judiciário mais politizado e preparado, o que inclui ir além da aplicação das normas com o mesmo sentido do século passado pelos operadores do Direito.

Nesse contexto, superando a introdução conceitual sobre a sustentabilidade, passa-se a uma breve exposição sobre as origens, as crises e as influências da jurisdição e do processo brasileiro. A partir da eclosão da cultura neoliberal na concepção do Estado moderno, houve a propagação de uma racionalidade voltada ao indivíduo em sua singularidade, bordada de instrumentalismos e utilitarismos, que influenciou(a) o desenvolvimento da Teoria do Estado (jurisdição) e do Processo (processo), encontrando-se (ainda) institucionalizada no atual cenário político-jurídico do país.

Conforme lecionam Angela Araújo da Silveira Espíndola e Guilherme Cardoso Antunes da Cunha<sup>8</sup>:

o liberalismo exaltava o individualismo, considerando que os interesses individuais livremente desenvolvidos seriam harmonizados pela “mão invisível” de Adam Smith e resultariam no bem-estar coletivo. A apologia do interesse individual e a rejeição da intervenção estatal na economia transformavam-se nas teses básicas desse sistema, e a livre concorrência passou a ser considerada essencial para uma economia eficiente. O argumento da “mão invisível” e a fé na natureza automática e autorregulável do “divino mercado” demonstram que as principais funções do Estado deveriam ser fazer cumprir os contratos e defender os poderes e privilégios da propriedade privada.

Nessa senda, para se entenderem a(s) crise(s) contemporâneas da jurisdição e do processo, deve-se atentar aos vieses políticos e econômicos a que o país está submerso, de longa data<sup>9</sup>. O movimento evolutivo do direito, seus marcos teóricos e práticos concorrem entre si, se complementam, e muitas vezes são antagônicos<sup>10</sup>. É uma característica de um sistema posto à prova diariamente, diante das características e interações altamente complexas de uma sociedade já classificada como *pós-moderna*<sup>11</sup>. A compreensão da realidade da jurisdição e do processo, em uma perspectiva fenomenológica/epistemológica, torna-se essencial para uma crítica concreta à forma de tutela dos conflitos que envolvem o meio ambiente e a sustentabilidade pelo Poder Judiciário brasileiro.

A partir da redemocratização e da Constituição Federal de 1988, o Brasil se inseriu de vez na concepção democrática e republicana de Estado. Entretanto, para que certas falácias e armadilhas neoliberais que en-

<sup>8</sup> ESPINDOLA, Angela Araujo; DA CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, p. 84-94, 2011. p. 86. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/366>. Acesso em: 01 mar. 2021.

<sup>9</sup> Na prática, as premissas do discurso de vertentes ultraliberais se encontram sofisticadamente inseridas no conceito de sustentabilidade a partir de sua dimensão econômica. O discurso é sutil, de difícil identificação e possui caráter simbólico relevante. Os discursos que deveriam ser autenticamente democráticos e republicanos são distorcidos e utilizados, de forma subliminar, para fins bem determinados. Muitas vezes, passam despercebidos como se aliados fossem.

<sup>10</sup> Segundo Guilherme Leite Gonçalves, a primeira consequência desta ideia de (re)atualização contínua da contingência é que a evolução do direito e da sociedade é concebida como aumento da complexidade. É das relações necessárias das primeiras sociedades que emergem possibilidades diferenciadas. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e Incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>11</sup> HARVEY, David; SOBRAL, Adail Ubirajara. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança social*. 15. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. Rio de Janeiro: Loyola, 2006.

volvem o conceito de sustentabilidade e que repercutem no direito não se perpetuem no tempo, reflexões e problematizações contínuas são fundamentais. Para uma concreta compreensão e enfrentamento das (des) funcionalidades do direito e da jurisdição na seara ambiental, compreender o passado e o presente da realidade é essencial.

Mas o que é jurisdição propriamente dita e para que existe o processo, então? Em que pesem as controvérsias acerca de seu conceito, destacam-se a seguir três entendimentos clássicos. O primeiro deles, trazido por Giuseppe Chiovenda<sup>12</sup>, que afirma a jurisdição enquanto

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

No mesmo sentido clássico, encontram-se autores como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco<sup>13</sup>, ampliando o conceito jurisdição enquanto função do Estado, para incluir que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade, detalhando cada uma delas:

como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.

Do acima mencionado, tem-se que o *processo* é o instrumento a serviço da *jurisdição*, que, a partir das lições de Francesco Carnelutti<sup>14</sup>, serve

para indicar *um método para a formação ou para a aplicação do direito* que visa a garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja *justa e certa*: a justiça deve ser a qualidade exterior ou formal; se o direito não é certo, os interessados *não sabem*, e se não é justo, *não sentem o que é necessário* para obedecer. Assim como o objetivo de alcançar a regulamentação justa e certa é necessária uma *experiência* para conhecer os termos do conflito, uma *sabedoria* para encontrar seu ponto de equilíbrio, uma *técnica* para aquilatar a fórmula idônea que represente esse equilíbrio, a colaboração das pessoas interessadas com pessoas desinteressadas está demonstrada para tal finalidade como um método particularmente eficaz.

Essa sabedoria, nos termos da complexidade ambiental hodierna, é conseguida por meio do que Enrique Leff chama de *racionalidade ambiental*<sup>15,16</sup>. Assim, o instrumento processo passa a ser a linha de alcance da pacificação com justiça, tutelando efetivamente os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente dispostos. Do contrário, não há jurisdição efetiva.

Não há jurisdição tanto nos termos do que Chiovenda prega, de se limitar ao reconhecimento de um direito preexistente, quanto nos termos de Carnelutti, de ser o meio de criação do próprio direito substancial e nascer a composição do litígio juntamente à norma de incidência.

Isso porque, no caso dos temas ambientais da atualidade, complexos em si mesmos, não haveria direito preexistente, visto que não estão codificados no ordenamento jurídico, eis que não acompanha o ritmo de modificações a ponto de alcançar a efetividade social. Tampouco seria a jurisdição o meio de criação de um direito que sequer tem sido reconhecido por um Estado que se encontra atrelado à dinâmica mercadológica.

<sup>12</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2, p. 8.

<sup>13</sup> CINTRA, Antonio C. Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 27.

<sup>14</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero de Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 72.

<sup>15</sup> LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável*. Trad. Jorge Esteves da Silva. Blumenau: FURB, 2000.

<sup>16</sup> LEFF, Enrique. Ecologia política e saber ambiental: o saber e o discurso ambiental. In: CABRAL, Luís Carlos (Trad.). *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 279-343.

Afinal, o Poder Judiciário está em *crise*<sup>17</sup>? As limitações que a atual jurisdição e processo apresentam na tutela do meio ambiente, da sustentabilidade e de direitos coletivos relacionados ocorrem em razão de problemas estruturais e autênticos?

Para Fritjof Capra e Ugo Mattei<sup>18</sup>, o pensamento jurídico atual foi institucionalizado de forma objetiva, mecanicista e quantitativa na modernidade. Assim, a visão dominante (econômica) sujeita o sistema direito, que, ao receber casos que envolvem a tutela de direitos transindividuais e comuns, pode se tornar um poderoso combustível para práticas (socio) ambientalmente destrutivas. Nesse sentido:

quando a concepção holística da natureza foi substituída pela metáfora do mundo como máquina, o objetivo da ciência passou a ser um conhecimento que pudesse ser usado para dominar e controlar a natureza. Um movimento semelhante estava em marca no pensamento jurídico. Juristas como Grotius e Domar, ambos contemporâneos de Descartes, fomentaram a concepção da realidade como um agregado de componentes distintos e definíveis (agentes individuais livres), e a propriedade como um direito individual, garantido pelo Estado, para desenvolver a natureza — ou seja, para transformá-la em objetos físicos. De fato, o direito de propriedade e a soberania do Estado — definidos no século XVII por John Locke e Thomas Hobbes, respectivamente — são os dois grandes princípios organizadores da modernidade jurídica; sua combinação é chamada, por alguns juristas, de “absolutismo jurídico” (...). O domínio humano sobre a natureza, defendido pelo jurista e cientista Francis Bacon, produziu sua exploração e destruição recorrentes graças ao uso de tecnologias cada vez mais poderosas. O mundo de Bacon e seus contemporâneos caracterizava-se por uma imensa abundância de recursos comuns, como as florestas e zonas de pesca, além de instituições comunicais como as guildas profissionais e as estruturas comunitárias, coletivamente conhecidas como *commons*. O capital necessário para desenvolver a manufatura e a indústria era dramaticamente escasso. Instituições como a propriedade privada individual, as sociedades anônimas e os Estados soberanos — além da liberdade geral dos contratos e a doutrina da responsabilidade civil subjetiva — foram criadas para transformar alguns desses *commons* em capital concentrado<sup>19</sup>.

Essa discussão refere-se ao fato de que a jurisdição não consegue alcançar a complexidade das questões ambientais desta sociedade contemporânea. Na concepção de Cristiano Becker Isaia<sup>20</sup>, o processo instrumentalizador da tutela da sustentabilidade não acompanhou o movimento ambiental surgido em 1960, possuindo um vínculo, quase que indissociável, com a filosofia racionalista e com a ordinariedade<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Flávio Quinaud Pedron discorre sobre a “crise” do judiciário: “Com a nova Constituição, ainda se tinha a ideia de que a “crise” persistia mesmo com a criação do STJ. E não se tratava mais de uma endemia restrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas que rapidamente havia se alastrado aos demais órgãos do Poder Judiciário, o que conduzia à constatação de que havia uma “crise” não somente no STF, mas uma crise generalizada em todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Dados estatísticos acusam que, após um ano de sua criação, o STJ recebeu 14.087 processos para julgamento, conseguindo decidir apenas 11.742. O mesmo aconteceu com o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que, no mesmo período, julgou 20.473 processos. Contudo, tal problema não é restrito à realidade dos Tribunais Superiores. A primeira instância – englobando tanto as Justiças Estadual e Federal, Comum e Especiais - recebeu, em 1990, 5.117.059 causas, sentenciando apenas 3.637.152. PEDRON, Flávio Quinaud. Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do judiciário”: a diminuição de recursos é mesmo uma solução? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 217-239, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/73836>. Acesso em: 01 mar. 2021.

<sup>18</sup> FRITJOF, Capra; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018. p. 31-32.

<sup>19</sup> FRITJOF, Capra; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018. p. 31-32.

<sup>20</sup> ISAIA, Cristiano Becker. Estrutura e função dos processos judiciais envolvendo matérias ambientais: a necessidade de construção de novos locais de proteção processual do meio ambiente. *Derecho y Cambio Social*, 2016. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA\\_E\\_FUN%C3%87AO\\_DOS\\_PROCESSOS\\_JUDICIAS.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA_E_FUN%C3%87AO_DOS_PROCESSOS_JUDICIAS.pdf). Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>21</sup> O racionalismo está intimamente ligado com o liberalismo e o individualismo. Através da ordinarização do procedimento processual, busca-se, impreterivelmente, a racionalização do processo. Tudo isso através do dogma máximo da “busca pela segurança jurídica”, que ocasiona um fetichismo (em um momento “pré-decisão”) pelo esgotamento do Juízo exauriente. A partir deste discurso, os julgadores “adiam” ao máximo a tomada de decisão judicial, tudo em homenagem à segurança, que, em demandas ambientais (principalmente), atenta contra a efetividade jurisdicional. ISAIA, Cristiano Becker. Estrutura e função dos processos judiciais envolvendo matérias ambientais: a necessidade de construção de novos locais de proteção processual do meio ambiente. *Derecho y Cambio Social*, 2016. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA\\_E\\_FUN%C3%87AO\\_DOS\\_PROCESSOS\\_JUDICIAS.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA_E_FUN%C3%87AO_DOS_PROCESSOS_JUDICIAS.pdf). Acesso em: 30 abr. 2021).



Nesse contexto, o autor identifica que os ambientes de produção processual se vinculam ao movimento político-liberal individualista e à filosofia racionalista. Assim, a jurisdição tende a se desenrolar a partir de uma estrutura obcecada em proporcionar ao julgador a possibilidade de um julgamento “seguro”, condicionando os processos a exaustivas instruções probatórias<sup>22</sup>. É assim que o processo civil brasileiro subestima (peca na tutela) situações de aparência (típicas de lides ambientais) e prioriza o aspecto formal da sentença (construída após sequências lógicas e padronizadas, denominadas fases processuais: postulatória, saneamento, instrução e decisão), comprometendo a efetividade jurisdicional nas demandas ambientais.

Ancorado nas lições de Ovídio Baptista, Cristiano Becker Isaia<sup>23</sup> discorre sobre a urgência da superação do “império” da razão no processo, que, segundo ele, não pode ser manejado como um núcleo duro, imune às transformações da sociedade<sup>24</sup>. No intento de contribuir para o acoplamento estrutural do sistema constitucional ao processo civil, o autor aventa que a emergência de um paradigma processual renovado passa, necessariamente, pela reconstrução do significado e do alcance das decisões liminares nos processos que busquem a tutela (proteção) ao meio ambiente<sup>25</sup>. Nesse sentido, o magistrado deve partir da premissa que o ato de julgar não possui relação de dependência com a sentença final, estendendo-se, também, as decisões interlocutórias, que, a depender do caso, constituem-se em verdadeiras sentenças liminares.

Superado o prisma teórico introdutório, passa-se ao âmbito prático da pesquisa científica – o estudo de caso. Na próxima seção, a Ação Civil Pública de número 5118121-39.2020.8.21.0001/RS<sup>26</sup>, proposta em 16 de dezembro de 2020 por duas associações de produtores agrícolas (vinho e maçã) em face do Estado do Rio Grande do Sul, será esmiuçada. Suas peculiaridades serão evidenciadas à luz do pensamento crítico desenvolvido na primeira seção, conforme a seguir passa a se estudar.

### 3 Limitações e peculiaridades: a tutela de direitos transindividuais na Ação Civil Pública 5118121-39.2020.8.21.0001/RS

A Ação Civil Pública (ACP) n.º 5118121-39.2020.8.21.0001/RS, em trâmite no 1º juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, versa sobre direitos relacionados ao meio ambiente<sup>27</sup> e a sociobiodiversidade<sup>28</sup>. Doravante, esse segundo e último tópico volta-se à análise das peculiaridades

<sup>22</sup> ISAIA, Cristiano Becker. Estrutura e função dos processos judiciais envolvendo matérias ambientais: a necessidade de construção de novos locais de proteção processual do meio ambiente. *Derecho y Cambio Social*, 2016. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA\\_E\\_FUN%C3%87AO\\_DOS\\_PROCESSIONS\\_JUDICIAS.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA_E_FUN%C3%87AO_DOS_PROCESSIONS_JUDICIAS.pdf). Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>23</sup> ISAIA, Cristiano Becker. Estrutura e função dos processos judiciais envolvendo matérias ambientais: a necessidade de construção de novos locais de proteção processual do meio ambiente. *Derecho y Cambio Social*, 2016. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA\\_E\\_FUN%C3%87AO\\_DOS\\_PROCESSIONS\\_JUDICIAS.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA_E_FUN%C3%87AO_DOS_PROCESSIONS_JUDICIAS.pdf). Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>24</sup> Crítica, a partir da epistemologia, ao processo civil, construída por Ovídio Araújo Baptista da Silva na obra “Processo e Ideologia: o paradigma racionalista”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>25</sup> ISAIA, Cristiano Becker. Estrutura e função dos processos judiciais envolvendo matérias ambientais: a necessidade de construção de novos locais de proteção processual do meio ambiente. *Derecho y Cambio Social*, 2016. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA\\_E\\_FUN%C3%87AO\\_DOS\\_PROCESSIONS\\_JUDICIAS.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA_E_FUN%C3%87AO_DOS_PROCESSIONS_JUDICIAS.pdf). Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ação Civil Pública número 5118121-39.2020.8.21.0001/RS*. Requerentes: Associação dos Produtores de Vinhos Finos da Campanha e Associação Gaúcha de Produtores de Maçã. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 16 dez. 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 mar. 2021.

<sup>27</sup> Em conformidade com o disciplinado pela Lei da ação civil pública – artigo 1º, I, da Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985 (BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm). Acesso em: 01 mar. 2021.

<sup>28</sup> IZOLANI, Francieli Iung. *Direito à segurança alimentar e acesso à informação ambiental: agrotóxicos e impactos do consumo de hortifrutigranjeiros*. 2021. 191f. Dissertação (Mestrado - Centro de Ciências Sociais e Humanas) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2021. p. 43) alerta que, para se chegar à compreensão de sociobiodiversidade, o termo biodiversidade merece ser retomado, pelo fato de que aquele se constitui de um avanço deste. Ademais, foi primeira-

ridades dessa Ação específica, à luz dos conceitos e lições expostos na primeira seção, notadamente sobre a realização jurisdicional da sustentabilidade em suas multidensões frente ao agrotóxico 2,4-D, ou seja, especificamente, verifica-se, no caso concreto analisado, se o processo e a jurisdição estão em harmonia com a proteção constitucional ao meio ambiente e a sustentabilidade ou se a visão liberal do processo (ordinariedade, racionalismo, segurança jurídica) está comprometendo a materialização de uma solução adequada à demanda.

Destaca-se, inicialmente, que referida ACP possui como objeto o enfrentamento jurídico de um grave problema socioambiental que assola o estado: a deriva dos herbicidas hormonais que possuem o princípio ativo 2,4-D. Foi proposta por duas associações em face do estado do Rio Grande do Sul, quais sejam, Associação dos Produtores de Vinhos Finos da Campanha e Associação Gaúcha de Produtores de Maçã.

Os herbicidas hormonais (agrotóxico) que possuem o princípio ativo 2,4-D estão sendo largamente utilizados por sojicultores no Estado. A monocultura de soja, nos últimos 30 anos<sup>29</sup>, parece ter chegado para ficar no Rio Grande do Sul, trazendo consigo sérias consequências socioambientais, a exemplo da posta à apreciação do Poder Judiciário deste estudo de caso, a deriva<sup>30</sup>. A autora Vandana Shiva<sup>31</sup> discorre criticamente sobre os prejuízos socioambientais da propagação das monoculturas e das sementes modificadas geneticamente, tidas como de *alto rendimento*:

conceitos modernos de cultivo de plantas como as VARs reduzem os sistemas agrícolas a safras individuais e a partes das safras. Depois as safras componentes de um sistema são comparadas com os componentes de outro sistema. Como a estratégia da Revolução Verde tem por objetivo aumentar a produtividade de um único componente de uma propriedade rural a expensas de reduzir outros componentes e aumentar os insumos externos, uma comparação parcial como essa é, por definição, tendenciosa no sentido de tornar as novas variedades “extremamente produtivas” mesmo que, no nível dos sistemas, não o sejam [...] Nunca é feita uma avaliação realista da produtividade das diversas safras produzidas pelos sistemas mistos e de rotação de culturas. Em geral, o rendimento de uma única planta, como o trigo ou o milho, é destacado e comparado à produtividade de novas variedades. Mesmo que a produtividade de todas as safras fosse incluída, é difícil converter a medida da produção de legumes numa medida equivalente de trigo, porque, tanto na alimentação quanto no ecossistema, têm funções distintas.

Os herbicidas hormonais, especialmente os que contêm o princípio ativo 2,4-D, possuem altíssimo índice de vaporização. Assim, quando aplicados, ocasionam deriva, sendo capazes de atingir áreas distantes em até 30km do local originário de aplicação (nas lavouras de soja)<sup>32</sup>.

Em razão dos graves prejuízos suportados por produtores de uva e de maçã, no Estado do Rio Grande do Sul, que as duas associações (demandantes) buscaram a pacificação de seu litígio junto ao Poder Judiciário

---

mente divulgado, quando da Rio-92, em referência à variedade genética, à de organismos e à ecológica, consoante em MARTINS, Marcio; SANO, Paulo Takeo. *Biodiversidade tropical*. São Paulo: Unesp, 2009. p. 57. Também é definido tanto como “um conjunto dinâmico interativo entre diferentes níveis” JUNGES, José Roque. *(Bio) Ética ambiental*. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 52, quanto como o modo com que o homem se relaciona com o seu entorno. ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. O direito da sociobiodiversidade. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (org.). *Direitos Emergentes na Sociedade Global*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Unijuí, 2013..

<sup>29</sup> Qual o custo da monocultura da soja? Embalada pelos bons preços do mercado internacional, a soja avança a passos largos no RS e já preocupa pesquisadores, ecologistas e autoridades ambientais. BELMONTE, Roberto Villar. *Qual o custo da monocultura da soja?* 2014. Disponível em: <https://www.extraclassa.org.br/ambiente/2014/03/qual-o-custo-da-monocultura-da-soja/>. Acesso em: 05 mar. 2021.

<sup>30</sup> A deriva ocorre quando as micropartículas do agrotóxico pulverizado são carregadas pelo vento, atingindo e contaminando florestas, áreas vizinhas e zonas residenciais, atingindo áreas que não eram alvos. LONDRES, Flavia. *Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida*. Rio de Janeiro: AS-PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa. 2011. 190p. Disponível em: <https://br.boell.org/sites/default/files/agrotoxicos-no-brasil-mobile.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

<sup>31</sup> SHIVA, Vandana. *Monoculturas da Mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia*. São Paulo: Gaia, 2003. p. 45.

<sup>32</sup> Conforme teor de circular técnica de André Melhorança, pesquisador vinculado a EMBRAPA à época MELHORANÇA, André Luiz. *Tecnologia de dessecção de plantas daninhas no sistema plantio direto*. Embrapa Agropecuária Oeste-Circular Técnica INFOTECA-E, 2002. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/238257/tecnologia-de-dessecacao-de-plantas-daninhas-no-sistema-plantio-direto>. Acesso em: 30 abr. 2021.

rio. As perdas em razão da deriva do 2,4-D se mostraram crescentes e exponenciais. Ao entrar em contato com plantas frutíferas como a uva e a maçã, os herbicidas 2,4-D acarretam abortamento de fecundação, deformidade e atrofia das folhagens, morte de plantas jovens, entre outras consequências nefastas que afetam diretamente a produção de forma irreversível<sup>3334</sup>.

Nesse contexto, as partes demandantes postularam a supressão judicial de omissão imputada ao Estado do Rio Grande do Sul, no tocante às ações de controle e fiscalização de agrotóxicos que possuem o princípio ativo 2,4-D. A medida judicial foi adotada em razão das inúmeras tentativas inexitosas de resolução da questão extrajudicialmente, como reuniões e audiências com o Poder Executivo e a Assembleia Legislativa rio-grandense, a Federação da Agricultura do Estado do Rio Grande do Sul e o Ministério Público, bem como a realização de audiências públicas nas regiões afetadas.

Após a apresentação de fundamentação jurídica relevante e acervo de provas documentais, que incluem laudos e orientações técnicas, as associações requereram ao Juízo: (i) a concessão de liminar (tutela de urgência) independentemente de justificação prévia ou oitiva do estado para que fosse suspenso, temporariamente, o uso do 2,4-D no Rio Grande do Sul até que fossem delimitadas zonas de exclusão, monitoramento e fiscalização efetivas da aplicação deste tipo de agrotóxicos, sob pena de multa diária; (ii) ao final, para que se confirma-se a tutela provisória concedida, com a suspensão definitiva do uso do 2,4-D no Estado, até o estabelecimento de zona de exclusão do uso ou a implementação de um sistema seguro e efetivo de monitoramento e fiscalização integral pelo ente estadual, tudo para evitar os prejuízos causados pela deriva em culturas sensíveis.

Mesmo com diversos destaques quanto à urgência e ao perigo da demora no provimento da prestação jurisdicional (pedido liminar), um dia após a propositura da demanda (16 dez. 2020), em 17 de dezembro de 2020, o Juízo proferiu decisão de mero expediente, sem conteúdo decisório relevante<sup>35</sup>, determinando a intimação da Procuradoria-Geral do estado do Rio Grande do Sul para que prestasse informações acerca do pedido de tutela de urgência, bem como a intimação do Ministério Público (o Juízo solicitou o cumprimento do mandado). O pedido de concessão de liminar, independentemente de justificação prévia da parte demandada, não foi apreciado, eis que o Juízo se omitiu, não deferindo nem indeferindo.

Na prática, houve indeferimento tácito, pois o Estado foi intimado a se manifestar e apresentou defesa prévia. Todavia, como a decisão não continha conteúdo decisório relevante<sup>36</sup>, nem mesmo o expresse inde-

<sup>33</sup> Os impactos podem ser visualizados em: ROLSING, Carlos. Herbicida volta a causar atrofia em vinhedos e acirra crise entre produtores rurais. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 30 out. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/campo-e-lavoura/noticia/2020/10/herbicida-volta-a-causar-atrofia-em-vinhedos-e-acirra-crise-entre-produtores-rurais-ckg-w4jwu7000o015x9q76kai7.html>. Acesso em: 05 mar. 2021.

<sup>34</sup> Na contramão dos paradigmas alicerces da produção agrícola massificada, a agricultura orgânica vem apresentando índices de produtividade crescentes e oferece tecnologias não destrutivas, baseadas na utilização de recursos naturais disponibilizados pela própria natureza e aproveitamento de resíduos orgânicos urbanos, por exemplo. VIEIRA, Eloir Trindade Vasques *et al.* Agricultura orgânica: solução para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 185-202, 2016.

<sup>35</sup> Nesse sentido é a crítica de Cristiano Becker Isaia, que entende que as decisões liminares devem servir para democratizar a jurisdição processual ambiental, sem guardar relação de dependência com o procedimento ordinário. No estudo de caso, ocorre justamente o contrário. Uma decisão liminar pleiteada em dezembro de 2020 ainda não foi apreciada até o fim de abril de 2021, o que, certamente, esvaziou a pretensão inicial – a de proteger a sociobiodiversidade. ISAIA, Cristiano Becker. Estrutura e função dos processos judiciais envolvendo matérias ambientais: a necessidade de construção de novos locais de proteção processual do meio ambiente. *Derecho y Cambio Social*, 2016. Disponível em: [https://www.derechocambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA\\_E\\_FUN%C3%87AO\\_DOS\\_PROCESSIONS\\_JUDICIAS.pdf](https://www.derechocambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA_E_FUN%C3%87AO_DOS_PROCESSIONS_JUDICIAS.pdf). Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>36</sup> Desde o estabelecimento de metas temporais quantitativas pelo Conselho Nacional de Justiça, lançadas em nome do combate a morosidade judicial, como “julgar mais processos que os distribuídos”, “julgar processos mais antigos”, “impulsionar processos de execução”, “priorizar o julgamento das ações coletivas” e “priorizar o julgamento dos processos dos maiores litigantes e recursos repetitivos”, práticas como esta vêm se tornando recorrentes nos processos judiciais, principalmente no âmbito do Poder Judiciário estadual, que, pela competência, é o incumbido de julgar a maior parte dos casos levados à justiça. Invocando e visando cumprir as metas e desafios dessa política pública “quantitativa”, os Juízos optam por movimentar os processos com despachos sem qualquer carga decisória relevante. Assim, os processos não ficam “parados” em suas Varas, sendo “impulsionados” constantemente, assim com as “metas” do CNJ. Inclusive, na contramão da evidente crise da justiça estadual gaúcha, cerimoniais e premiações para

ferimento do pedido de antecipação de tutela, a possibilidade de não conhecimento de eventual Agravo de Instrumento interposto seria considerável, em razão do não enquadramento da decisão no rol taxativo do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Dessa decisão, as demandantes optaram por não recorrer ao 2º grau (TJ/RS).

Em sua defesa, apresentada em 07 de fevereiro de 2021, o Estado do Rio Grande do Sul pugnou: (i) pelo indeferimento da inicial em razão de suposto falta de interesse de agir das associações, por ausência de pertinência temática, considerando que estas não possuiriam entre seus objetivos associativos a defesa do meio ambiente; (ii) subsidiariamente, pela determinação de reunião da ACP com o processo de jurisdição voluntária de número 50503290520198210001/RS, que versa sobre acordos já firmados entre empresas fabricantes e comerciantes do herbicida – ou seja, sem a participação das associações de produtores atingidos – o Estado e o Ministério Público estadual (MP/RS). Através do feito, é buscada a homologação dos acordos, de cunho financeiro, com previsão de destinação de valores para adoção de medidas preventivas de minimização de impactos futuros e de implementação de ferramentas de informática e custeio de análises multirresiduais; (iii) pelo indeferimento do pedido de suspensão requerido em sede de tutela de urgência e no mérito.

Já no dia 21 de fevereiro de 2021, sobreveio aos autos a manifestação do Ministério Público estadual. Em que pese a intimação fosse para a apresentação do parecer pelo *Parquet*, nos termos da Lei, o Ministério Público se limitou a requerer a intimação das partes demandantes para que se manifestassem sobre a defesa e os documentos apresentados pela parte demandada. O Ministério Público, que pela legislação possui legitimidade para propor uma ação coletiva nos moldes do estudo de caso, postergou a apresentação do parecer.

Destarte, aparenta, mediante a atuação acima referida, estar mais focado em perfectibilizar transações monetárias com as empresas que fabricam e negociam os herbicidas. Em todos os acordos já homologados, há menção expressa de que as empresas transatoras não assumem qualquer responsabilidade em relação ao objeto da investigação, feita por meio de Inquérito Civil (de número 01633.000.006/2019).

Em 23 de fevereiro de 2021, o Juízo despachou pela intimação da parte autora a manifestar-se, nos exatos termos em que requerido pelo Ministério Público. Após a manifestação das demandantes, ordenou nova vista ao *Parquet*, que, por meio de novo parecer ministerial, pugnou pela extinção da demanda, sem resolução de mérito, com fulcro no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil<sup>37</sup>.

O Ministério Público entendeu pela ilegitimidade das associações autoras por duas razões, de cunho formal: ausência de autorização específica dos associados para ingressar com a ação civil pública e ausência de finalidade específica (positivada) que vise a proteção do meio ambiente nos Estatutos das associações demandantes. Até a conclusão da presente pesquisa, em 30 de abril de 2021, o Juízo ainda não havia apreciado o pedido liminar, que chegou ao Poder Judiciário em 16 de dezembro de 2020.

A ação foi proposta como *ultima ratio*, eis que os prejuízos suportados pelos produtores e também por toda a coletividade do Estado do Rio Grande do Sul chegaram ao seu limite máximo. As duas associações de produtores tiveram de contratar banca de advogados, arcar com custas judiciais e se expor ao risco de um revés judicial relevante, que, se materializado, custará ainda mais caro (o que é provável, ante ao posicionamento jurídico do Ministério Público, órgão responsável pela defesa dos interesses da sociedade). Inclusive, ante à gravidade do caso, combinada com a inefetividade das ações encabeçadas pelo Estado e o Ministério

---

a exaltação do cumprimento das metas numéricas e dos magistrados são recorrentes e estampam com frequência a capa do portal online do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), por exemplo. Em contrapartida, muitos cidadãos morrem esperando a “sonhada” prestação jurisdicional, que, aos olhos de seus gestores, pelo que parece, encontra-se em sua plenitude operacional. MYSCZUK, Ana Paula; BARAN, Kelly Pauline; DA SILVA, Marcus Vinicius Gonçalves. *A configuração das metas temporais do Conselho Nacional de Justiça como Política Pública*. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2017/02/politicas-publicas-brasil.html>. Acesso em: 08 mar. 2021.

<sup>37</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 01 mar. 2021.

Público estadual, com — acordos sem qualquer participação da coletividade —, que as associações optaram pelo ingresso de Ação Civil Pública.

A deriva dos herbicidas hormonais com 2,4-D atinge, também, outras culturas integrantes da biodiversidade<sup>38</sup> produtiva do Rio Grande do Sul, como pastagens de leguminosas, erva-mate, citrus, frutas de caroço e de pepita, hortaliças etc. Sendo assim, uma decisão liminar, em nome da proteção coletiva da sustentabilidade (não só econômica), no sentido de suspender temporariamente o uso de agrotóxicos dessa natureza até uma solução efetiva para o problema, seria relevante e colocaria a jurisdição e o processo a serviço da proteção da verdadeira sustentabilidade, aquela considerada em suas multidimensões.

O relevante lapso temporal entre o pedido liminar (16 de dezembro de 2020) e a decisão sobre o pedido de tutela de urgência requerido (que ainda não ocorreu) esvazia a postulação inicial, deixando os produtores de diversas culturas sensíveis entregues à própria sorte, até que se decida um pedido urgente, feito há meses. Muitas produções serão inviabilizadas e a coletividade perderá, socioambientalmente, na contramão de toda proteção ambiental consagrada constitucionalmente<sup>39</sup>.

Assim, o estudo de caso, até o momento (04 meses após a sua proposição), apesar de representar uma exemplar oportunidade para a reinvenção da jurisdição e do processo brasileiro pela questão posta *sub judice*, parece estar alinhado aos pilares epistemológicos enraizados no direito pátrio, o que acentua o risco ecológico a que a sociedade está exposta.

A esse respeito, consoante Zenildo Bodnar<sup>40</sup>, quanto aos novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco:

é necessário que as decisões sejam tomadas com todas as cautelas preventivas e precautórias, por intermédio de um planejamento estratégico e democrático que considere todas as variáveis que possam influenciar direta ou indiretamente na garantia plena da qualidade de vida em todas as suas formas, inclusive das futuras gerações. Qualquer decisão, lei ou ato administrativo que não considere a gestão e o controle dos riscos, numa perspectiva futura, integrada e conglobante, poderá caracterizar situação de incompatibilidade material com a ordem jurídica constitucional e internacional, por outorga de proteção deficiente ao direito humano fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado. Um dos maiores desafios da Modernidade a ser implementado é a adequada gestão e o controle dos riscos ambientais e sociais gerados pelas ações humanas. Afinal, são as decisões e ações do presente que irão condicionar os acontecimentos e as consequências imprevisíveis e incertas do futuro, também serão essas decisões as responsáveis pela qualidade de todas as espécies de vida no planeta no futuro da humanidade.

Nessa conjuntura, a sustentabilidade, no estudo de caso, não é um paradigma concreto, um princípio norteador da jurisdição e do processo. O caminho para a sua implementação é a revisão da normatividade, a sua reinvenção, com vistas a adequá-la à alta complexidade inerente às nuances da sociedade de risco. Necessariamente, o caminho deve percorrer a dimensão social, ambiental e jurídico-política, transcendendo a econômica. É o que preconizam os autores Angela Araújo da Silveira Espíndola e Guilherme Cardoso Antunes da Cunha<sup>41</sup>, ao afirmarem que

<sup>38</sup> O termo biodiversidade tornou-se amplamente conhecido na segunda metade da década de 80, embora seu correspondente *diversidade biológica* estivesse sendo utilizada há muito tempo, mas em 1988 que se deu a primeira definição oficial, na Convenção sobre Biodiversidade Biológica, tendo sido rapidamente incorporada pela mídia durante a preparação da Rio-92. MARTINS, Marcio; SANO, Paulo Takeo. *Biodiversidade tropical*. São Paulo: Unesp, 2009.

<sup>39</sup> Conforme preconiza o artigo 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil. Ademais, a Carta Magna agrega um capítulo inteiro para proteger o *meio ambiente*, que aqui deve ser considerado em seu sentido mais amplo, para além da questão ambiental, indo ao encontro das multidimensões da sustentabilidade (BRASIL. Constituição de [1988]). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 mar. 2021.

<sup>40</sup> BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Veredas do Direito*. Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 6, n. 12, p. 110, 2009. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/19>. Acesso em: 01 mar. 2021.

<sup>41</sup> ESPINDOLA, Angela Araújo; DA CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, p. 84-

as tentativas atuais de “modernização” do processo civil brasileiro são incapazes de produzir uma transformação significativa na prática forense: necessitamos de uma profunda revisão do atual paradigma, a fim de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática que vive no Estado Contemporâneo, devolvendo ao juiz os poderes que o paradigma racionalista lhe tolheu.

Verifica-se que, no estudo de caso, a solução do conflito está se desenvolvendo à luz de valores modernos como razão, individuação e progresso, em atenção aos compromissos históricos e ideológicos que se fundam na Teoria do Estado e do Processo brasileiro<sup>42</sup>, expostos na primeira seção. Conflitos e casos que envolvam direitos coletivos relacionados ao meio ambiente e à sustentabilidade demandam soluções na contramão do modelo vigente.

Reinventar a jurisdição e o processo é um caminho necessário para a evolução do sistema Direito, para que ele possa promover e proteger novas garantias surgidas com o advento da complexidade da sociedade pós-moderna<sup>43</sup> (direitos transindividuais, coletivos e difusos, que transbordam a esfera do indivíduo)<sup>44</sup>.

Nesse sentido, fica constatada a imprescindibilidade de reinvenção da jurisdição e do processo para que evolua a um sistema legal estruturado para versar sobre aspectos e direitos transindividuais (coletivos).

## 4 Considerações finais

A compreensão da evolução do estado, do direito e de como existem contrariedades no processo e na jurisdição brasileira se faz necessária. Somente a partir de reflexões nesse sentido evidenciam-se os paradoxos jurídicos da modernidade. Afinal, a jurisdição e o processo estão focados em proteger direitos individuais ou interesses públicos? A propriedade individual, privada, é soberana? Os valores da modernidade e do neoliberalismo são adequados para a complexidade social que cada vez se faz mais manifesta? Quais as respostas do ponto da jurisdição e do processo?

A demanda por respostas, pelo estado e pelo direito, é crescente. A partir da Constituição cidadã, houve um inegável aumento de bens a serem tutelados e de sujeitos de direito. Nesse contexto, novos direitos ocasionam novas demandas e, conseqüentemente, novas posturas do estado e do processo. A promoção e a proteção desses direitos exigem da jurisdição, da prestação jurisdicional, posicionamentos diferenciados, reestruturados. Para tanto, a pesquisa, os estudos de cenários e as reflexões críticas são essenciais.

Em vista disso se desenvolveu a presente produção. Aliando a prática jurídica (estudo de caso) a seus aspectos teóricos estruturais e históricos, e se objetivou uma análise crítica de cunho pragmático. Por meio da investigação de uma Ação Civil Pública de matéria ambiental proposta recentemente por duas associações privadas em face do Estado do Rio Grande do Sul, se chegou à resposta do questionamento proposto: quais

94, 2011, p. 92. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/366>. Acesso em: 01 mar. 2021.

<sup>42</sup> Nesse sentido é a lição de que identifica que o meio ambiente, enquanto direito de dimensão transindividual, quando envolvido em lides judiciais, exige um processo (coletivo) e princípios próprios: “o procedimento, então, sempre será um procedimento que busca construir - coletivamente aberto - a melhor solução para todos os interesses em xeque. O bem coletivo, focado dessa forma, desencadeia a lide real e não uma relação fragmentada, entre o poluidor, por exemplo, o Estado e o Ministério Público e alguma ONG. Não pode ser decidido a portas fechadas, como no processo tradicional”. PILATI, José Isaac. Tutela coletiva: crítica às propostas de sua codificação processual no Brasil. *Revista Sequência*, Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n. 55, p. 151-173, dez. 2007. P. 169.

<sup>43</sup> Para Norberto Bobbio, os direitos possuem caráter histórico, nascem em certas circunstâncias, que surgem em razão em decorrências da defesa de novas liberdades contra velhos poderes. Nascem de forma gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004.

<sup>44</sup> Na lição de Teori Albino Zavascki, “são aqueles subjetivamente transindividuais, sem titular determinado e materialmente indivisíveis”. ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

os limites e possibilidades de o estudo de caso representar caminhos possíveis de redimensionamento da jurisdição brasileira, sob a perspectiva da sustentabilidade multidimensional?

Ao empregar o método científico na análise do trâmite processual, conclui-se que a solução do conflito está se desenvolvendo na contramão das multidimensões da sustentabilidade. Isso porque o conservadorismo judicial verificado beneficia os aspectos econômicos e os interesses de empresas que fabricam e comercializam o agrotóxico, em detrimento do direito coletivo à adequada sociobiodiversidade e sustentabilidade no território gaúcho.

No estudo de caso, a efetividade da jurisdição e do processo está intimamente relacionada à celeridade da prestação jurisdicional. Enquanto o Juízo *instrui* o processo para decidir o pedido liminar, requerido em caráter de urgência (sem prévia justificação do ente estadual, o que sequer foi apreciado), o uso indiscriminado dos herbicidas hormonais que possuem o princípio ativo 2,4-D continua com veemência, prejudicando diversas culturas e, conseqüentemente, a biodiversidade como um todo no Rio Grande do Sul. A urgência da prestação jurisdicional foi exposta em detalhes, considerando-se que a Ação Civil Pública somente foi proposta em razão da inefetividade de ações executivas e administrativas pelos mais diversos entes e órgãos responsáveis.

Tal constatação é agravada quando se considera a realidade da agricultura familiar no Estado, que, como característica, se desenvolve informalmente. Na maioria dos casos, sem laços associativos entre os produtores. A Ação Civil Pública foi proposta por duas associações de produtores significativos, de vinhos finos e maçãs, que fizeram um investimento inicial considerável (com advogados, custas etc.) para ter o caso apreciado pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, o estudo de caso, apesar de representar uma oportunidade para a reinvenção da jurisdição e do processo à luz do paradigma de sustentabilidade exposto (multidimensional), está avançando em uma linha diametralmente oposta a este.

Mesmo após três meses da proposição da demanda, não havia ocorrido nenhuma manifestação relevante do Juízo e do Ministério Público, nem uma indicação de preocupação com produtores com destaque econômico menor em comparação aos que compõem associações como no caso em tela, os agricultores familiares, que muitas vezes desconhecem seus direitos e os impactos negativos dos agroquímicos em suas produções.

Com a última manifestação do Parquet pela extinção da ação em decorrência da falta de condição, pela falta de pertinência temática das associações, ressalta-se, ainda mais, a insustentabilidade em termos de formalidades desatualizadas com as lides desta sociedade complexa, propiciando que conseqüências socioambientais como as aqui relatadas continuem a persistir, fazendo-se sempre prevalecer o econômico em detrimento das demais dimensões tão imprescindíveis quanto a monetária, contribuindo, por fim, para o desequilíbrio e desproteção de direitos transindividuais de toda a coletividade.

Sendo assim, verificou-se, até a data de fechamento da presente pesquisa (30 de abril de 2021), uma insuficiência institucional da jurisdição e do processo para tutelar os direitos que foram postos à sua apreciação pelas associações de produtores envolvidas (coletivos). As demandantes se socorreram no Poder Judiciário buscando a proteção de direitos transindividuais, mas esbarraram na morosidade de um sistema de justiça que se encontra no limite do esgotamento, mergulhado em uma crise sem precedentes históricos, que, contaminado pelos dogmas do racionalismo, subestima situações de aparência e prioriza o aspecto formal da sentença, construída após seqüências lógicas e padronizadas que, na justiça estadual gaúcha, notoriamente, tende a demorar longos anos.

Por fim, no estudo desse caso, as dimensões da sustentabilidade exploradas ao longo do trabalho não afetaram a jurisdição e o processo. A dialética e o entrelaçamento entre as dimensões ética, jurídico-política,

ambiental, social, cultural e econômica são alguns dos novos desafios da jurisdição e do processo que, se não superados, inviabilizarão a tutela da sustentabilidade pelo Poder Judiciário.

## Referências

- ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 14, n. 39, p. 83-102, 1999. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091999000100005&script=sci\\_abstract&tlng=fr](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091999000100005&script=sci_abstract&tlng=fr). Acesso em: 05 mar. 2021.
- ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. O direito da sociobiodiversidade. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (org.). *Direitos Emergentes na Sociedade Global*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 269-291.
- BELMONTE, Roberto Villar. *Qual o custo da monocultura da soja?* 2014. Disponível em: <https://www.extra-classe.org.br/ambiente/2014/03/qual-o-custo-da-monocultura-da-soja/>. Acesso em: 05 mar. 2021.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004.
- BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 6, n. 12, 2009. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/19>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- BRASIL. *Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 01 mar. 2021.
- BRASIL. (Constituição de [1988]). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 mar. 2021.
- BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 01 mar. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ação Civil Pública número 5118121-39.2020.8.21.0001/RS*. Requerentes: Associação dos Produtores de Vinhos Finos da Campanha e Associação Gaúcha de Produtores de Maçã. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 16 dez. 2021. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 mar. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Outros Procedimentos de Jurisdição Voluntária número 5050329-05.2019.8.21.0001/RS*. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requeridos: Alamos do Brasil LTDA, CCAB Agro S.A., Iharabras SA Indústrias Químicas, Nortox SA, Prentiss Química LTDA e outros. Porto Alegre, 06 dez. 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 01 mar. 2021.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adrián Sotero de Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.



- CINTRA, Antonio C. Araújo; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1990.
- ESPINDOLA, Angela Araujo; DA CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 1, p. 84-94, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/366>. Acesso em: 01 mar. 2021.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FREITAS, Juares. *Sustentabilidade: Direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FRITJOF, Capra; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e Incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HARVEY, David; SOBRAL, Adail Ubirajara. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança social*. 15. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. Rio de Janeiro: Loyola, 2006.
- ISAIA, Cristiano Becker. Estrutura e função dos processos judiciais envolvendo matérias ambientais: a necessidade de construção de novos locais de proteção processual do meio ambiente. *Derecho y Cambio Social*, 2016. Disponível em: [https://www.derechocambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA\\_E\\_FUN%C3%87AO\\_DOS\\_PROCESSOS\\_JUDICIAS.pdf](https://www.derechocambiosocial.com/revista044/ESTRUTURA_E_FUN%C3%87AO_DOS_PROCESSOS_JUDICIAS.pdf). Acesso em: 30 abr. 2021.
- IZOLANI, Francieli Iung. *Direito à segurança alimentar e acesso à informação ambiental: agrotóxicos e impactos do consumo de hortifrutigranjeiros*. 2021. 191f. Dissertação (Mestrado - Centro de Ciências Sociais e Humanas) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2021.
- JUNGES, José Roque. *(Bio) Ética ambiental*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.
- LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável*. Trad. Jorge Esteves da Silva. Blumenau: FURB, 2000.
- LEFF, Enrique. Ecologia política e saber ambiental: o saber e o discurso ambiental. In: CABRAL, Luís Carlos (Trad.). *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 279-343.
- LONDRES, Flavia. *Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida*. Rio de Janeiro: AS-PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa. 2011. 190p. Disponível em: <https://br.boell.org/sites/default/files/agrotoxicos-no-brasil-mobile.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- MARTINS, Marcio; SANO, Paulo Takeo. *Biodiversidade tropical*. São Paulo: Unesp, 2009.
- MELHORANÇA, André Luiz. *Tecnologia de dessecção de plantas daninhas no sistema plantio direto*. Embrapa Agropecuária Oeste-Circular Técnica INFOTECA-E, 2002. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/238257/tecnologia-de-dessecacao-de-plantas-daninhas-no-sistema-plantio-direto>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- MENDES, Marina Ceccato. *Desenvolvimento sustentável*. Centro de Divulgação Científica e Cultural da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, SP, 2008. Disponível em: [http://educar.sc.usp.br/biologia/textos/m\\_a\\_txt2.html](http://educar.sc.usp.br/biologia/textos/m_a_txt2.html). Acesso em: 08 mar. 2021.
- MYSCZUK, Ana Paula; BARAN, Kelly Pauline; DA SILVA, Marcus Vinicius Gonçalves. *A configuração das metas temporais do Conselho Nacional de Justiça como Política Pública*. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/ccss/2017/02/politicas-publicas-brasil.html>. Acesso em: 08 mar. 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud. Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do judiciário”: a diminuição de recursos é mesmo uma solução? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, v. 44, n. 74, p. 217-239, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/73836>. Acesso em: 01 mar. 2021.

PILATI, José Isaac. Tutela coletiva: crítica às propostas de sua codificação processual no Brasil. *Revista Sequência*, Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n. 55, p. 151-173, dez. 2007.

ROLSING, Carlos. Herbicida volta a causar atrofia em vinhedos e acirra crise entre produtores rurais. *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 30 out. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/campo-e-lavoura/noticia/2020/10/herbicida-volta-a-causar-atrofia-em-vinhedos-e-acirra-crise-entre-produtores-rurais-ckgw4jwu7000o015x9q76kai7.html>. Acesso em: 05 mar. 2021.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SHIVA, Vandana. *Monoculturas da Mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia*. São Paulo: Gaia, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STOFFEL, Jaime Antônio; COLOGNESE, Silvio Antônio. O desenvolvimento sustentável sob a ótica da sustentabilidade multidimensional. *Revista da FAE*, v. 18, n. 2, p. 18-37, 2015. Disponível em: <https://revistatafae.fae.edu/revistatafae/article/view/48>. Acesso em: 01 mar. 2021.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. In: ESTENSSORO, Fernando (org.). *América Latina e Caribe na encruzilhada ambiental: dimensões política, jurídica e estratégica*. Ijuí: Unijuí, 2011.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. *Sustentabilidade multidimensional: elementos reflexivos na produção da técnica jurídico-ambiental*. 2011. 222f. Tese (Doutorado – Centro de Filosofia e Ciências Humanas), Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/103349>. Acesso em: 20 fev. 2021.

VIEIRA, Eloir Trindade Vasques *et al.* Agricultura orgânica: solução para o século XXI? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 185-202, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

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

**Aportes da análise econômica no estudo da judicialização da saúde e o risco da promoção desigual de direitos**

Contributions from law and economics in the study of the health's judicialization and the risk of unequal promotion of rights

Aportes del análisis económico en el estudio de la judicialización de la salud y el riesgo de la promoción desigual de derechos

Daniel Castanha de Freitas

Vivian Lopez Valle

Gustavo Martinelli Tanganelli Gazotto

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Aportes da análise econômica no estudo da judicialização da saúde e o risco da promoção desigual de direitos\*

## Contributions from law and economics in the study of the health's judicialization and the risk of unequal promotion of rights

## Aportes del análisis económico en el estudio de la judicialización de la salud y el riesgo de la promoción desigual de derechos

Daniel Castanha de Freitas\*\*

Vivian Lopez Valle\*\*\*

Gustavo Martinelli Tanganelli Gazotto\*\*\*\*

### Resumo

Este artigo pretende demonstrar a importância de aportes da análise econômica do direito para o fenômeno conhecido por “judicialização da saúde”, nos casos de ajuizamento de ações individuais que, a pretexto da consagração do direito fundamental à saúde, culminam por desconsiderar políticas públicas específicas destinadas ao atendimento do maior número possível de pacientes, materializadas pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT. Nesse contexto, a judicialização dos conflitos gerados ocasiona a formação de políticas públicas anômalas, na medida em que decorrem do Poder Judiciário. A análise cita levantamento realizado pela Secretaria de Estado da Saúde do Paraná – SESA/PR e evidencia o impacto monetário das decisões judiciais sobre o orçamento público destinado à saúde pública. Por meio do método dedutivo facilitado pela revisão de literatura e pela apresentação de julgados, ressalta-se a importância da análise econômica do direito para a promoção efetiva do acesso ao direito fundamental à saúde, em contraposição ao cenário de forte interferência judicial.

**Palavras-chave:** direito à saúde; judicialização da saúde; análise econômica do direito; políticas públicas; custo dos direitos.

### Abstract

The paper aims to demonstrate the importance of contributions of law and economics for the health's judicialization phenomenon in cases of filing of individual lawsuits, on the pretext of consecration of the fundamental right to health, culminating disregard for specific policies for the care of

\* Recebido em 23/05/2021  
Aprovado em 17/07/2021

\*\* Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público da FAE Centro Universitário (PR, Brasil). Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED-PUCPR. Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro – IDASAN. Advogado.  
Email: advcastanha@gmail.com.

\*\*\* Professora Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (PR, Brasil). Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Contratação Pública pela Universidade de Coimbra. Membro da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro – IDASAN. Advogada.  
Email: vivian.lima@pucpr.br.

\*\*\*\* Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. (PR, Brasil). Bolsista CAPES – PRO-EX. Bacharel em Direito pela UFPR. Associado do Instituto de Relações Governamentais – IRelGov. Advogado.  
Email: gustavo@martinelliguimaraes.com.br.

the greatest possible number of patients, materialized by Clinical Protocols and Therapeutic Guidelines - PCDT. In this context, it is understood that the legalization of conflicts generated causes the formation of “anomalous” policies in that result from the judiciary. The analysis mentions a survey conducted by the State Department of Health of Paraná - SESA/PR during the years 2010 and 2014 and shows the strong monetary impact of judicial decisions on the public budget for public health. Through the deductive method facilitated by the literature review and the presentation of judgments, we seek to emphasize the importance of the economic analysis of law for the effective promotion of access to the fundamental right to health, in contrast to the scenario of strong judicial interference.

**Keywords:** right to health; judicialization of health; law and economics; policies; efficiency.

## Resumen

El presente artículo pretende demostrar la importancia de aportes del análisis económico del derecho para el fenómeno conocido por “judicialización de la salud”, en los casos de enjuiciamiento de acciones individuales que, con el pretexto de la consagración del derecho fundamental a la salud, culminan por desconsiderar políticas públicas específicas destinadas a la atención del mayor número posible de pacientes, materializadas por los Protocolos Clínicos y Directrices Terapéuticas - PCDT. En este contexto, se entiende que la judicialización de los conflictos generados ocasiona la formación de políticas públicas anómalas, en la medida en que se derivan del Poder Judicial. El análisis cita el levantamiento realizado por la Secretaría de Salud del Estado de Paraná, Brasil, durante los años 2010 y 2014 y evidencia el impacto monetario de las decisiones judiciales sobre el presupuesto público destinado a la salud pública. A través del método deductivo facilitado por la revisión de la literatura y la presentación de sentencias, buscamos enfatizar la importancia del análisis económico de la ley para la promoción efectiva del acceso al derecho fundamental a la salud, en contraposición al escenario de fuerte injerencia judicial.

**Palabras clave:** derecho a la salud; judicialización de la salud; análisis económico del derecho; políticas públicas; eficiencia.

## 1 Introdução

Esta pesquisa se deu a partir da constatação do fenômeno da “judicialização da saúde”, definido como o contexto político-jurídico em que decisões judiciais obrigam a Administração Pública a fornecer medicamentos e tratamentos médicos não abrangidos pela saúde pública. Tais decisões, em muitos casos, não observam os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), elaborados pelo Ministério da Saúde, tampouco os requisitos de acesso às políticas públicas definidos pelos Tribunais Superiores.

Entre os inúmeros pontos de vista possíveis para investigar a judicialização da saúde, optou-se pelo instrumental da Análise Econômica do Direito (AED), metodologia multidisciplinar que busca compreender as normas jurídicas a partir de conceitos típicos das ciências econômicas, considerando, em especial, as consequências de determinada escolha jurídica. Como se verá, a aplicação da AED contribui com a busca pela eficiência das políticas públicas, hoje consideradas insuficientes para o atendimento satisfatório da população.

Também serão objeto de análise dados oficiais coletados pela Secretaria Estadual da Saúde do Paraná (SESA/PR) no período compreendido entre 2010 e 2014, apresentados no 1º Fórum de Judicialização da Saúde, ocorrido em maio de 2015 na cidade de Curitiba – PR, complementados por números provenientes do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ). As infor-

mações veiculadas relacionam o *quantum* despendido pela Administração paranaense no atendimento de decisões judiciais proferidas em ações individuais que pleiteiam medicamentos e/ou tratamentos e o aumento gradual da quantidade de atendimentos, em decorrência da judicialização. Igualmente, há breve menção a decisões paradigmáticas dos Tribunais Superiores, em parte responsáveis pela consolidação da judicialização da saúde, proferidas nos autos de suspensão de tutela antecipada (STA) n.º 175/CE e no recurso extraordinário com repercussão geral (RE) n.º 566.471/RN, ambos do Supremo Tribunal Federal, além do recurso especial representativo de controvérsia (REsp) n.º 1.657.156/RJ, do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do vultoso montante desembolsado por administrações a partir de sentenças e acórdãos, os quais revelam-se, às vezes, despreocupados com previsões orçamentárias ou divisões de competência entre os entes federativos, pergunta-se: a aquisição e dispensação de fármacos diversos mediante ordens judiciais impactam, diretamente, a sustentabilidade e eficácia das políticas de saúde? É possível concluir, com base nos marcos teóricos referentes à AED e à judicialização da saúde que a dispensa de fármacos ocorre, em certos casos, de forma irrefletida, privilegiando o indivíduo com acesso ao Poder Judiciário em detrimento da coletividade?

Nesse contexto, discorrer-se-á acerca de possíveis riscos relacionados à promoção desigual da saúde pública quando reduzidas a pleitos individuais concedidos judicialmente, na medida em que desconsideram diretrizes estabelecidas pelas políticas públicas específicas e se afastariam do princípio da eficiência, deixando de tutelar a sociedade como um todo. Para responder a essa situação, entende-se que a construção da razão judicial (*ratio decidendi*) deve considerar, em conjunto com os mandamentos jurídicos, o impacto econômico das pretensões de saúde.

## 2 A análise econômica do direito e sua pertinência para com o direito à saúde

A complexidade de uma sociedade cada vez mais integrada e globalizada reverbera nos ordenamentos jurídicos das nações. Por sua vez, os conflitos submetidos ao órgão jurisdicional exigem, cada vez mais, conhecimentos multidisciplinares por parte dos operadores do direito.

Entender os impactos promovidos pelas normas jurídicas no âmbito econômico, portanto, pode representar o divisor de águas entre a promoção de políticas públicas eficientes e o efeito devastador de medidas que, não obstante objetivem desenvolvimento, ocasionem retrocesso social.<sup>1</sup>

No Brasil, controvérsias remanesçam acerca da conjugação dos postulados da análise econômica do direito à ordem jurídica estabelecida. Imbuídos da tradição conceitualista própria do direito europeu, “procuramos a ‘essência’ dos institutos jurídicos, a abstração em detrimento do concreto. [...] Mas ela nos torna refratários às ciências sociais empíricas que buscam entender o fenômeno jurídico em sua facticidade”.<sup>2</sup>

Entretanto, sopesada a segunda parte da transcrição supramencionada, convém destacar que o exame do resultado prático das normas jurídicas positivadas proposto pela escola da *law and economics* serve, acima de tudo, para assimilar a própria norma existente, bem como a racionalidade das escolhas efetuadas pela população segundo certos incentivos. O critério de validação seria a eficiência da norma como indutora de comportamentos racionais.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2-5.

<sup>2</sup> CUEVA, Ricardo Villas Boas. Prefácio. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 19-20.

<sup>3</sup> GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26.

Ainda que Posner<sup>4</sup> atribua a Jeremy Bentham as primeiras luzes sobre o tema, é certo que o instituto da *law and economics* (no Brasil denominado de “análise econômica do direito” – AED), na expressão de Fábio Ulhôa Coelho,<sup>5</sup> ganhou notoriedade a partir da publicação da obra de Ronald Coase,<sup>6</sup> expoente da Escola de Chicago, intitulada “*The Problem of Social Cost*”, sem descuidar de outros juristas e economistas a ele contemporâneos, conforme explicitado em artigo publicado por Rachel Sztajn.<sup>7</sup>

As premissas assentadas na obra de Coase serviram de marco fundamental para o aprofundamento da relação entre direito e economia, destacando-se o ferramental introduzido a partir da microeconomia, a análise dos custos de transação e a maximização do bem-estar quando da análise das regras jurídicas, consubstanciando-se a AED em importante ferramenta para a compreensão da realidade social para além do viés do Direito.<sup>8</sup>

Trata-se, portanto, de uma metodologia da pesquisa jurídica. Por meio das lentes da AED, importam-se, para o Direito, os conceitos típicos das ciências econômicas, na tentativa de enfrentar os problemas sociais complexos em uma interpretação multidisciplinar. O estudo jurídico integra, de maneira harmônica, o escopo das ciências sociais aplicadas e contribui para a resolução de adversidades concretas.<sup>9</sup>

Não obstante a análise econômica do direito forneça subsídios empíricos à norma jurídica, possibilitando empregar análise de eficiência às consequências trazidas pelo texto normativo, suas premissas são combatidas por parte da doutrina<sup>10</sup>, as quais, em razão do recorte temático adotado, deixam de ser pormenorizados, fazendo-se menção, contudo, às suas respectivas obras literárias.

Como forma de sistematizar o instituto em estudo, conclui-se que a análise econômica do direito auxilia a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra. Por outro lado, a AED possibilita que, entre alternativas existentes, seja escolhida a mais eficiente – o melhor arranjo institucional dado um valor predefinido.<sup>11</sup>

Oksandro Osdival Gonçalves e Suzana Maria Rossetti elucidam que “para atingir resultados significativos e, assim, promover o desenvolvimento, o gestor público é desafiado a compor soluções planejadas, eficientes e eficazes.”<sup>12</sup>

<sup>4</sup> POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 33-34.

<sup>5</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. A análise econômica do direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PUC/SP*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

<sup>6</sup> COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, n. 3, p. 1-44, out. 1960. p. 1-44.

<sup>7</sup> “O movimento começa a ganhar corpo com a publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronald H. Coase, professor da Universidade de Chicago, passa por Richard Posner, com *Economic Analysis of Law*, ambos professores da Universidade de Chicago, por *The Cost of Accidents* de Guido Calabresi, de Yale. Além deles, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros, aprofundam o diálogo.” SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

<sup>8</sup> No mesmo sentido: “A análise econômica do direito (AED) é a aplicação de instrumentos analíticos e empíricos da ciência econômica, especialmente da microeconomia, que se manifesta no plano individual para compreender, explicar e prever as consequências fáticas das normas jurídicas, bem como extrair o conteúdo e a extensão do próprio ordenamento jurídico.” (SANTANA, Héctor Valverde. Análise Econômica do Direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 224-236, jan./jun. 2014. DOI: 10.5102/rbpp.v4i1.2698.)

<sup>9</sup> ANDRIGHETTO, Aline. Análise econômica do direito e algumas contribuições. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 76-91, jan. 2013. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6131/6047>. Acesso em: 02 set. 2020.

<sup>10</sup> Vide: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins fontes, 2000. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Michigan: Basic Books, 1980.

<sup>11</sup> GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26.

<sup>12</sup> ROSSETTI, Suzana Maria; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Processos de contratação pública e o direito fundamental à boa administração: uma análise a partir do relatório do TCU/2014 sobre saúde pública. In: COUTINHO, Ana Luisa Celino; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; KNOERR, Fernando Gustavo (org.). *Direito e Administração Pública I: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis, 2014.

Traçando-se panorama para com o objeto do presente trabalho, diz-se que toda escolha encerrada gera custos, os quais devem ser considerados em relação à formulação das políticas públicas, mormente em se tratando da gestão da saúde pública.

A matriz estrutural da análise econômica do direito é composta, principalmente, pelas seguintes premissas metodológicas: (i) escassez de recursos da sociedade, o que gera a necessidade de escolhas possíveis e excludentes; (ii) toda escolha gera custos, ainda que não pecuniários, devendo os agentes adotar a conduta que lhes seja mais útil e lhes traga mais bem-estar (maximização da racionalidade); (iii) os membros da sociedade respondem a incentivos, os quais, no contexto mercadológico de livre escolha, os levam a empreender trocas até que entrem em equilíbrio, atingindo a eficiência (ótimo de Pareto).<sup>13</sup>

Contudo, não se faz uma leitura simplista da escola *law and economics*. É importante destacar que essa metodologia já foi criticada desde finais da década de 1990, especialmente porque o contexto do mercado não pode ser parâmetro de perfeição para o Setor Público, regido não por contrato de mercado, mas pelo contrato social e por princípios jurídicos independentes.<sup>14</sup>

Dessa forma, trazendo à lume a interpretação crítica, o conceito de eficiência engendrado por Rachel Sztajn pode ser amoldado ao presente artigo. Sua definição se dá nos seguintes termos: “eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função.[...]”.<sup>15</sup>

Não pairam dúvidas acerca da pluralidade de conceitos relacionados à eficiência.<sup>16</sup> Contudo, para os fins a que se destina o estudo ora desenvolvido, de índole publicística, a eficiência pode ser tomada como condição *sine qua non* para a existência de justiça<sup>17</sup> ou, mais ainda, como sinônimo do que é justo, que se preocupa com os direitos fundamentais,<sup>18</sup> na medida em que “a decisão mais justa é aquela que se mostrar mais condizente com os critérios escolhidos de eficiência, preferencialmente no sentido de aumentar a riqueza social global”.<sup>19</sup> Aliás, importante mencionar o conceito do Princípio da Eficiência Administrativa previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição<sup>20</sup> proposto por Emerson Gabardo – e que se coaduna com o trabalho aqui desenvolvido –, para quem:

O princípio da eficiência administrativa é uma especificação do princípio da eficiência do Estado, que implica juridicamente todas as funções estatais a partir da exigência de desenvolvimento humano como um princípio instrumental do Estado social que está vinculado ao dever objetivo de felicidade das pessoas.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 21-25.

<sup>14</sup> Vide BOLDEMANN, Lee. *The cult of the market*. Canberra: ANU E Press, 2007. e BOVAIRD, Tony; LÖFFER, Elke. *Public management and governance*. Abington: Routledge, 2003.

<sup>15</sup> SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

<sup>16</sup> BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27-37.

<sup>17</sup> GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>18</sup> SOUZA, Sueine Patrícia Cunha. A eficácia dos direitos sob a ótica do Law & Economics: a necessidade de se ponderar sobre a racionalidade econômica na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Empresarial*: RDEmp, Belo Horizonte, v. 9, n. 3, p. 29-43, set./dez. 2012.

<sup>19</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 240.

<sup>20</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

<sup>21</sup> GABARDO, Emerson. O princípio da eficiência. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP: tomo direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>.



Nessa senda, demonstra-se a pertinência da análise econômica do direito em questões relacionadas ao direito fundamental à saúde. Afinal, o impacto orçamentário decorrente do cumprimento, pela Administração Pública, de decisões judiciais em demandas por medicamentos e tratamentos médicos, “resulta em uma perturbação orçamentária considerável”<sup>22</sup> e está, diretamente, relacionada ao sucesso das políticas públicas previstas em orçamento, às vezes comprometendo a própria estrutura estatal,<sup>23</sup> sendo imperioso empreender estudo apto a identificar métodos que promovam acesso efetivo à saúde.

Na prática, ao menos no âmbito do Estado do Paraná, verifica-se certa desconsideração pelo Poder Judiciário dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)<sup>24</sup> e das premissas insculpidas em diversos precedentes dos Tribunais Superiores.

É cediço que a eleição de prioridades para com gastos relacionados à implementação dos direitos sociais deve ser concebida considerando-se as possibilidades finitas da Administração Pública, a qual, certamente, não detém meios de abranger integralmente as necessidades de seus cidadãos.<sup>25</sup>

Atender o maior número possível de pessoas, dentro de parâmetros aceitáveis de tratamento, parece ser a medida de justiça. É nesse cenário que a AED pode perscrutar soluções para o famigerado dilema das “escolhas trágicas”<sup>26</sup>

### 3 Os resultados da pesquisa sobre o número de demandas que pleiteiam medicamentos e tratamentos

Demonstrada a pertinência da análise econômica do direito no âmbito das chamadas “prestações positivas”<sup>27</sup> relacionadas à saúde pública, passa-se ao estudo da tensão estabelecida pelo desequilíbrio ocasionado pelas diversas determinações judiciais juntamente ao orçamento destinado à promoção igualitária da saúde da população. Isso porque a mera coerção do Estado a prover um direito para aqueles que tiveram acesso ao Poder Judiciário não significa a realização da Democracia. A Justiça não deve ser o gargalo pelo qual, apenas, os mais instruídos acessam a saúde, afastando os mais vulneráveis do desenvolvimento social.<sup>28</sup>

Como forma de proporcionar parâmetros concretos ao contexto teórico mencionado nos parágrafos anteriores, imprescindível a transcrição dos dados obtidos pela Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (SESA/PR) no período de 1999 a 2017,<sup>29</sup> após minucioso estudo que considerou o número total de de-

<sup>22</sup> NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas de Souza. Saúde e doenças raras: análise da judicialização do acesso ao tratamento e suas limitações. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 300-317, abr. 2021. DOI: 10.5102/rbpp.v11i1.6538.

<sup>23</sup> DIAS, Maria Socorro de Araújo; GOMES, Diógenes Farias; DIAS, Thaís Araújo; SILVA, Lielma Carla Chagas da; BRITO, Maria da Conceição Coelho; CARNEIRO NETO, Manoel de Castro. Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 132-145, out. 2016. DOI: 10.5102/rbpp.v6i2.4012.

<sup>24</sup> Os PCDT são elaborados pelo Ministério da Saúde com o fito de padronizar procedimentos no âmbito da saúde pública (BRASIL, 2018a, online). BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. *Protocolos e diretrizes*. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf). Acesso em: 4 set. 2018.

<sup>25</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 213.

<sup>26</sup> POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 136.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 433.

<sup>28</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 255-265, maio/jun. 1994.

<sup>29</sup> O estudo limitou a pesquisa a 2017 por não encontrar, seja no Portal de Transparência do Estado do Paraná, seja nos Relatórios Quadrimestrais subscritos pela Secretaria de Estado da Saúde – SES, informações acerca dos anos de 2018 e 2019, sem olvidar do ano de 2020, em que a pandemia COVID-19 desestruturou a obtenção de índices acerca dos medicamentos dispensados à população.

mandas que envolvem medicamentos e tratamentos médicos no Estado do Paraná,<sup>30</sup> complementado por dados oficiais obtidos juntamente a estudos elaborados por seu corpo técnico. Os resultados encontrados pela SESA/PR foram os seguintes:

### DADOS DAS DEMANDAS JUDICIAIS DO PARANÁ

Número de pacientes com demandas judiciais por medicamentos atendidos na SESA PR entre 1999 e 2017: **28.663**

Recursos da SESA PR para aquisição de medicamentos para cumprimento das demandas judiciais no período de 2010 a 2017: **R\$ 816.817.017,84**.<sup>31</sup>

#### 1ª ANÁLISE: referente à responsabilidade pelo financiamento

Do total de **R\$ 333.648.768,07** destinados à aquisição de medicamentos para cumprimento de ordens judiciais no período compreendido entre 2010 a 2014, **R\$ 225.051.933,73** (67,45%) estão relacionados à compra de medicamentos cuja responsabilidade de financiamento são do Ministério da Saúde, explicitadas nas Portarias dos Componentes da Assistência Farmacêutica (Grupos 1 A e 1 B do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – CEAF e Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica – CESAF), na Política Nacional de Oncologia e na Política Nacional de Oftalmologia.

A SESA PR vem registrando, a partir de meados de 2012, no Sismedex (sistema de informação gerencial), todas as dispensações dos medicamentos destinados ao atendimento das demandas judiciais. Em relação a essa composição de R\$ 225.051.933,73, **R\$ 147.205.663,83** estão registrados nesse sistema e correspondem à dispensação daqueles classificados como de responsabilidade do Ministério da Saúde, conforme anteriormente explicitado. Dos R\$ 147.205.663,83:

- a) R\$ 37.440.781,92 estão relacionados aos processos em que a ordem judicial determina o ressarcimento pelo MS;
- b) R\$ 109.764.881,91 estão relacionados aos processos em que não há determinação judicial para ressarcimento pelo MS.

#### DEMANDAS JUDICIAIS POR MEDICAMENTOS NO ESTADO DO PARANÁ

De 1999 até 2017, 28.678 novos pacientes foram cadastrados junto a SESA/PR para recebimento de medicamentos por demanda judicial. O número de novos pacientes cadastrados, ano a ano, pode ser observado no Quadro 1 e no Gráfico 1 abaixo.

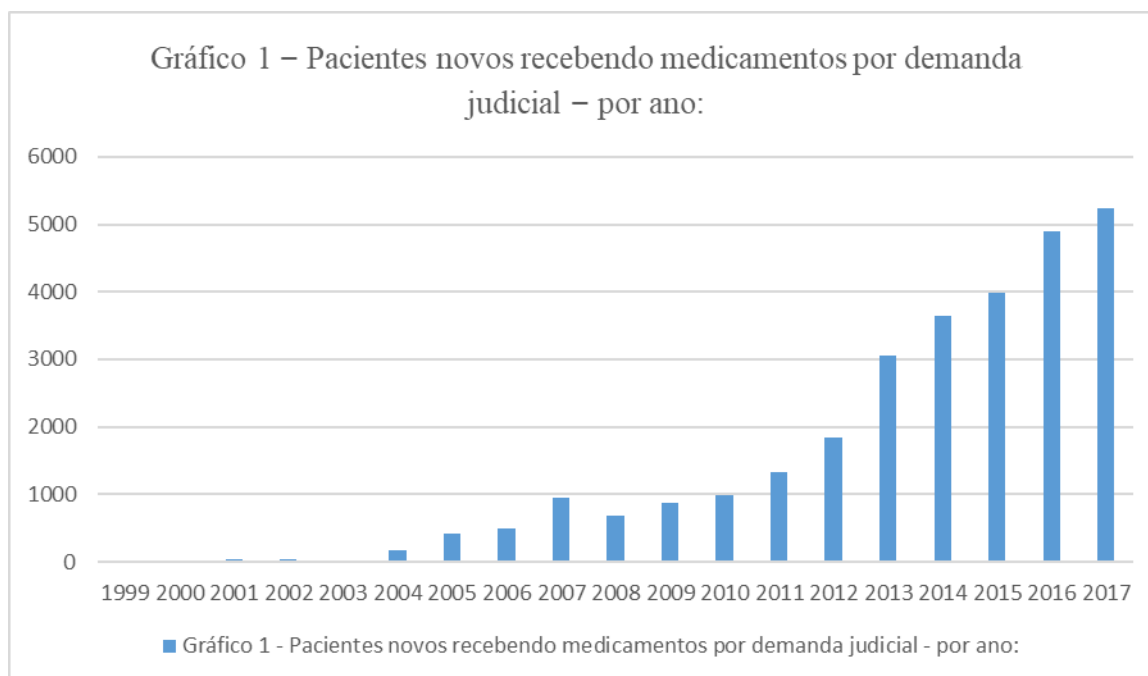
<sup>30</sup> Os dados ora em análise decorrem da palestra ministrada pelo assessor jurídico da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná, Carlos Alexandre Lorga, intitulada “Dados das demandas judiciais do paraná”, apresentada no 1º Fórum de judicialização da saúde, realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos dias 20 a 23 de maio de 2015, em Curitiba, Paraná. Disponível em: <http://www.emap.com.br/cursos/2015/Judicializacao%20na%20saude/>. Acesso em: 3 set. 2018. Por este motivo, muitas das análises estão temporalmente limitadas ao marco de 2014. Apesar de a falta de dados bem estruturados atualizados dificultar o acompanhamento da situação após 2015, houve a preocupação de se renovar determinadas informações com dados mais recentes, quando disponíveis.

<sup>31</sup> Dados de 2015 a 2017 decorrentes de: PONTAROLLI, Deise; ROSSIGNOLI, Paula; MORETONI, Claudia. *Panorama da judicialização de medicamentos na Secretaria Estadual de Saúde do Paraná*. Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. 2018. Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escruba-sesa@9aeb81dd-3457-48dd-b815-21e0cf7cf4f9>. Acesso em: 6 jul. 2021.

**Quadro 1** – Número de pacientes novos e sua situação cadastral por ano (1999 a 2017).

Ano	Total de novos pacientes
1999	1
2000	15
2001	33
2002	35
2003	27
2004	175
2005	420
2006	498
2007	947
2008	679
2009	871
2010	984
2011	1.337
2012	1.840
2013	3.054
2014	3.646
2015	3.979
2016	4.901
2017	5.236
<b>Total</b>	<b>28.678</b>

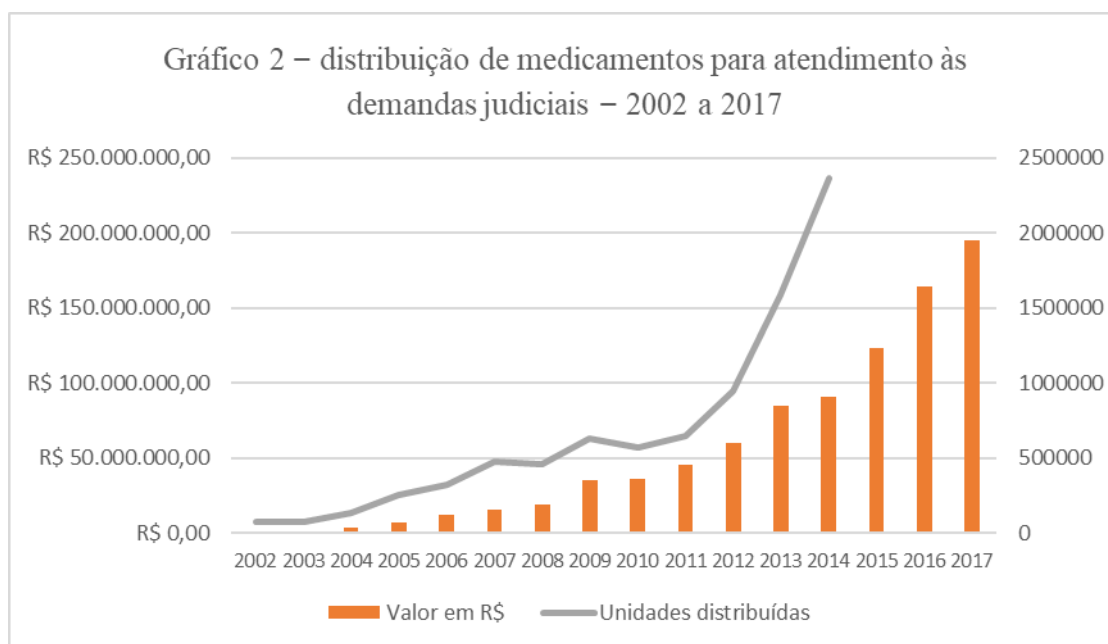
Fonte: Sistema de Medicamentos de Dispensação Excepcional – Sismedex e SESA-PR.



O número de unidades de medicamentos distribuídas pelo Centro de Medicamentos do Paraná – CE-MEPAR, para atendimento às demandas judiciais no período de 2002 a 2017, com o respectivo valor financeiro, são apresentados no Quadro 2 e no Gráfico 2.

**Quadro 2** – Distribuição de medicamentos para atendimento às demandas judiciais no período de 2002 a 2017

Ano	Unidades de medicamentos distribuídas	Valor em R\$
2002	73.731	R\$ 239.815,36
2003	73.606	R\$ 705.641,65
2004	137.615	R\$ 3.385.598,95
2005	251.107	R\$ 6.949.488,24
2006	322.557	R\$ 12.427.245,35
2007	477.863	R\$ 15.869.402,89
2008	459.117	R\$ 19.336.580,60
2009	632.406	R\$ 35.004.454,92
2010	571.267	R\$ 35.718.740,24
2011	649.344	R\$ 45.073.802,93
2012	945.632	R\$ 60.168.910,82
2013	1.587.105	R\$ 85.009.327,63
2014	2.363.822	R\$ 90.395.273,10
2015	-	R\$ 123.610.396,41
2016	-	R\$ 164.760.191,86
2017	32	R\$ 194.797.661,50



Para o cumprimento das demandas judiciais por medicamentos, se fez necessário o estabelecimento de um rito processual interno, com tempos de fluxo documental rigorosamente acordado e controlado entre

<sup>32</sup> Valores de 2015 a 2017 não especificados pela SESA-PR nos relatórios quadrimestrais de gestão.

as unidades (PGE, AJU, CEMEPAR e Regionais de Saúde), o qual permite orientação das áreas jurídicas (AJU e PGE) ao CEMEPAR quanto ao correto cumprimento das ordens judiciais; promove o repasse de subsídios técnicos farmacêuticos pelo CEMEPAR à AJU e PGE para a instrução dos processos e subsidia a programação de compras pelo CEMEPAR e monitoramento dos pacientes pelas Regionais de Saúde.

O número de novos pacientes por ano cadastrados para recebimento de medicamentos em razão de determinação judicial continua numa curva crescente. Em 2015, o número de novos pacientes foi de 3.979; em 2016 constatou-se aumento para 4.901; e em 2017, 5.236.<sup>33</sup>

Esse crescimento fica evidente a partir dos dados apresentados no estudo “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de soluções”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), em que foi apontado aumento de 130% de demandas judiciais relativas à saúde entre os anos de 2008 e 2017.<sup>34</sup> A título de exemplo, em 2017, 95.752 novas demandas de saúde tiveram início na primeira instância brasileira.<sup>35</sup>

Destaca-se que, mais recentemente, somente entre os anos de 2015 e 2017, o valor financeiro despendido para atendimento das demandas judiciais por medicamentos na SESA/PR correspondeu a R\$ 483.168.249,77 (quatrocentos e oitenta e três milhões, cento e sessenta e oito mil, duzentos e quarenta e nove reais, e setenta e sete centavos),<sup>36</sup> ou seja: quase meio milhão de reais.

Verifica-se, desse modo, um “crescimento constante na mobilização de recursos, porém sem qualquer previsibilidade”. Isso gera “impactos significativos tanto na gestão das políticas públicas como no cumprimento das demandas judiciais por medicamentos”. Além disso, “o fenômeno da judicialização tem sido apontado como um fator desorganizador e de desvio de recursos da execução de ações programadas, no âmbito da atenção coletiva”.<sup>37</sup>

A exposição dos dados obtidos pela SESA/PR, no período indicado, permite extrair algumas conclusões sobre a judicialização da saúde ocorrida no Estado do Paraná, no seguinte sentido:

(i) do montante total despendido pelo Estado do Paraná entre 2010 e 2014 para a aquisição de medicamentos decorrentes de imposição judicial – R\$ 333.648.768,07 –, 67,45% dessa quantia se refere a fármacos cuja aquisição e distribuição é de responsabilidade exclusiva da União Federal, por meio do Ministério da Saúde.<sup>38</sup> O percentual corresponde a R\$ 225.051.933,76;

<sup>33</sup> PONTAROLLI, Deise; ROSSIGNOLI, Paula; MORETONI, Claudia. *Panorama da judicialização de medicamentos na Secretaria Estadual de Saúde do Paraná*. Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. 2018. Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-sesa@9aeb81dd-3457-48dd-b815-21e0cf7cf4f9>. Acesso em: 6 jul. 2021.

<sup>34</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Instituto de Ensino e Pesquisa, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020. p. 13.

<sup>35</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Instituto de Ensino e Pesquisa, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020. p. 59.

<sup>36</sup> PONTAROLLI, Deise; ROSSIGNOLI, Paula; MORETONI, Claudia. *Panorama da judicialização de medicamentos na Secretaria Estadual de Saúde do Paraná*. Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. 2018. Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-sesa@9aeb81dd-3457-48dd-b815-21e0cf7cf4f9>. Acesso em: 6 jul. 2021.

<sup>37</sup> PONTAROLLI, Deise; ROSSIGNOLI, Paula; MORETONI, Claudia. *Panorama da judicialização de medicamentos na Secretaria Estadual de Saúde do Paraná*. Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. 2018. Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-sesa@9aeb81dd-3457-48dd-b815-21e0cf7cf4f9>. Acesso em: 6 jul. 2021.

<sup>38</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf). Acesso em: 6 jul. 2018. p. 16-45.

(ii) dos valores apurados, em, pelo menos, 48,77% dos casos de medicamentos adquiridos pelo Estado do Paraná em ações judiciais (R\$ 109.764.881,91), não houve determinação de ressarcimento pela União,<sup>39</sup> haja vista que os fármacos pertencentes tanto ao Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF)<sup>40</sup> quanto ao Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)<sup>41</sup>, são todos adquiridos com verbas federais;

(iii) o impacto ocasionado pelas decisões judiciais que concederam medicamentos durante os quatro anos pesquisados, na ordem de R\$ 333.648.768,07, é considerável para o orçamento público do Estado do Paraná e, com isso, ocasiona insegurança jurídica em relação ao cumprimento das demais demandas atinentes ao setor de saúde estadual;

(iv) ainda que o montante total correspondente às demandas judiciais entre 2010 e 2014 (R\$ 333.648.768,07) represente percentual modesto (9,73%) quando cotejado para com o orçamento oficial do Estado do Paraná do ano de 2014, fixado em R\$ 3.429.231.980,00,<sup>42</sup> imprescindível destacar que quantia superior a 225 milhões de reais deveria ser custeada por verba do Ministério da Saúde;

(v) entre 2013 e 2017, aludido valor alcançou cifra da ordem de R\$ 648 milhões. Esse montante, por sua vez, comprometeu 49% do orçamento destinado à aquisição de medicamentos pelo Estado do Paraná.<sup>43</sup>

Do quadro exposto, não subsistem dúvidas acerca da presença de indícios de desequilíbrio orçamentário decorrente da intervenção judicial na saúde do Estado do Paraná, se considerado que a metodologia empregada nas ações judiciais difere, sensivelmente, da cadência procedimental para a obtenção de fármacos pelas vias usuais, em relação aos requisitos, necessidade de atendimento no âmbito do SUS e, sobretudo, a divisão de responsabilidades pela aquisição e distribuição de medicamentos dos componentes estratégico e especializado da assistência farmacêutica.

## 4 A judicialização da saúde atual e o risco da promoção desigual de direitos

Com base no levantamento apresentado no item precedente, conclui-se com assertividade que os dados apontam para o conhecido fenômeno da “judicialização da saúde”. Ao tipificar as demandas por medicamentos como insertas nesse movimento crescente de discussão judicial sobre a concretização do direito à saúde, identificam-se traços comuns em tais tipos de ação nas instâncias ordinárias, mesmo quando se está

<sup>39</sup> No ponto, não se olvida do obstáculo de ordem processual atinente à competência da Justiça Comum e da Justiça Federal, esta responsável única pelo julgamento da União. Entretanto, a não observância, pelo Judiciário, da repartição de competência entre os entes federativos em matéria de direito à saúde ocasiona o enfraquecimento do sistema público de saúde, por não observar a divisão imposta por atos normativos primários da Administração, a exemplo da Portaria GM/MS n.º 1.554/2013. O assunto é abordado especificamente na obra de FREITAS, Daniel Castanha de. *Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>40</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf). Acesso em: 6 jul. 2018. p. 32.

<sup>41</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf). Acesso em: 6 jul. 2018. p. 44-45.

<sup>42</sup> PARANÁ. *Lei nº 17.886, de 20 de dezembro de 2013*. Estima a receita e fixa a despesa para o exercício financeiro de 2014. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.

<sup>43</sup> PONTAROLLI, Deise; ROSSIGNOLI, Paula; MORETONI, Claudia. *Panorama da judicialização de medicamentos na Secretaria Estadual de Saúde do Paraná*. Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. 2018. Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-sesa@9aeb81dd-3457-48dd-b815-21e0cf7cf4f9>. Acesso em: 6 jul. 2021.

diante de processos individuais e que pleiteiam fármacos distintos, tais como: (i) a suficiência de prescrição médica unilateral para instruir a demanda, em detrimento de outras provas; (ii) a falta de observância, por médicos e magistrados, das listagens oficiais do SUS (RENAMEs e PCDTs), seja em relação às alternativas terapêuticas, seja quanto à existência dos repositórios públicos dos respectivos princípios ativos – os medicamentos “genéricos”;<sup>44</sup> e (iii) a alta incidência de deferimento de tutelas provisórias de urgência *inaudita altera parte* – antes nominada “tutela antecipada”<sup>45</sup> –, dentre outros.

Esse *modus operandi* jurisdicional comumente observado em ações de medicamentos, não obstante possa ser justificado a partir de argumentos válidos, relacionados ao controle de políticas públicas ineficientes e à satisfação do direito fundamental à saúde em sua maior extensão possível,<sup>46</sup> revela certa inconsequência para com o esforço hermenêutico realizado pelos próprios Tribunais Superiores e órgãos de controle, quanto ao estabelecimento de balizas concretas para o fornecimento judicial de medicamentos.

Exemplo do protagonismo judicial que decorre da judicialização da saúde pode ser representado pela recorrente inobservância da Recomendação n.º 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, por parte de magistrados de primeiro e segundo graus. Muito embora a alínea “b.3” do item “I” desse documento recomende, expressamente, que juízes “ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência”, pesquisa realizada no Estado do Ceará revela que, no período de 1998 a 2012, mais de 91% dos pedidos de tutela antecipada foram deferidos e, desse percentual apurado em pesquisa, mais de 97% continham determinação de fornecimento de medicamento antes mesmo da formação do contraditório.<sup>47</sup>

As tentativas do Judiciário de racionalizar o acesso a fármacos não previstos nos catálogos oficiais do SUS culminaram com pronunciamento advindo do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de precedente vinculante para demandas sobre medicamentos nessa condição,<sup>48</sup> atuado como recurso especial representativo de controvérsia n.º 1.657.156, oriundo do Estado do Rio de Janeiro.

A respectiva decisão colegiada,<sup>49</sup> modulada quanto aos efeitos para atingir tão somente os processos distribuídos depois do término do julgamento,<sup>50</sup> elencaram-se 3 (três) critérios que, atendidos cumulativamente, autorizam determinação judicial para aquisição e dispensação de medicamento não constante dos protocolos públicos, a saber: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade

<sup>44</sup> CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1335-1356, out./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312016000400014>.

<sup>45</sup> NUNES, Carlos Francisco Oliveira; RAMOS JÚNIOR, Alberto Novaes. Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios. *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 192-199, abr./jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1414-462X201600020070>.

<sup>46</sup> COSTA, Saulo Felipe; ARAÚJO, Cletiane Medeiros; MELO, Vilma Felipe Costa de. Constitucionalismo e check and balances: teoria e pesquisa empírica. *Revista Prima Facie: retórica, argumentação e direito*, João Pessoa, v. 10, n. 19, p. 145-164, jul./dez. 2011.

<sup>47</sup> NUNES, Carlos Francisco Oliveira; RAMOS JÚNIOR, Alberto Novaes. Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios. *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 192-199, abr./jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1414-462X201600020070>.

<sup>48</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. Apresentação. *Revista de Recursos Repetitivos do Superior Tribunal de Justiça: organização sistemática*, Brasília, v. 1, n. 1, jan./dez. 2018.

<sup>49</sup> Ementa: “Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repositório de jurisprudência*, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.

<sup>50</sup> Faculdade prevista no art. 927, § 3º do CPC – *verbis*: “§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.” FÓRUM DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, 1. Curitiba, 2015. Disponível em: <http://www.emap.com.br/cursos/2015/Judicializacao%20na%20saude/>. Acesso em: 6 jul. 2018.

financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

No âmbito constitucional, a respeito das ações em que se debateu o direito à saúde e à percepção de medicamentos, extrai-se o julgamento encerrado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos de agravo regimental em suspensão de tutela antecipada n.º 175, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, que assentou entendimento no sentido de que deve o Poder Público fornecer medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, ainda que não previstos em quaisquer instrumentos normativos.<sup>51</sup> O voto condutor do aresto, legitimado pela ampla discussão realizada em sede de audiência pública no ano de 2009 – em que foram ouvidos integrantes de diversas instituições públicas a favor e contra a atuação judicial em sede de políticas públicas –, conferiu credibilidade inequívoca ao julgado e acenou para o agigantamento do Judiciário em questões que envolvem as políticas de saúde.<sup>52</sup> Do voto do relator, extrai-se a seguinte passagem:

após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. [...] o problema talvez não seja de judicialização [...] pois o que ocorre [...], é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.<sup>53</sup>

Além dos acórdãos já mencionados, destaca-se, no âmbito de atuação da Corte Constitucional, a existência do recurso extraordinário n.º 566.471/RN, o qual teve reconhecida a sua repercussão geral<sup>54</sup> e cuja deliberação sobre a fixação de tese foi postergada indefinidamente<sup>55</sup> após a prolação de votos – todos divergentes entre si – do relator, ministro Marco Aurélio Mello, dos ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin<sup>56</sup> e Alexandre de Moraes<sup>57</sup> fato que ilustra a divergência de opiniões e a consequente insegurança acerca da posição assumida pelo Judiciário em casos de medicamentos requestados judicialmente.

No âmbito acadêmico, persiste debate vigoroso entre juriconsultos que sinalizam, de um lado, a necessidade de autocontenção do Judiciário nos casos de saúde pública e, de outro, os que veem neste ramo de poder o último baluarte para concretizar o direito fundamental à saúde. Para o primeiro grupo, a intervenção judicial somente será legítima quando o Poder Público deixar de implementar normas expressamente previstas na Constituição, ocasionando lacunas. Para estes, não é dado ao Judiciário criar políticas públicas, diante da violação ao princípio da separação de poderes.<sup>58</sup> Quanto à posição segunda, entendem seus defensores

<sup>51</sup> Ementa: “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repositório de jurisprudência*, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública*, 5 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 23 jul. 2018.

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Repositório de jurisprudência*, 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.

<sup>54</sup> Ementa: “SAÚDE. ASSISTÊNCIA. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Repositório de jurisprudência*, 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa avançada*: Tema 6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 6 jul. 2021.

<sup>56</sup> Votos sumarizados e analisados por Daniel Castanha de Freitas em: FREITAS, Daniel Castanha de. *Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa avançada*: Tema 6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 6 jul. 2021.

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.



ser o Estado como um todo o responsável pela vida segundo o Princípio da Dignidade Humana para além da sobrevivência – princípio intrinsecamente voltado aos direitos sociais e à proteção da vida<sup>59</sup> –, motivo pelo qual a efetivação do direito à saúde poderá decorrer de uma atuação destacada por parte do Judiciário.<sup>60</sup>

Nesse contexto, chega-se à seguinte celeuma: a atuação do Judiciário nas ações de medicamentos contribui para a efetiva solução do problema oriundo da instabilidade da saúde brasileira, fiscalizando e punindo políticas públicas ineficientes? Ou, em sentido oposto, a concessão judicial de medicamentos e tratamentos apenas agrava as ações já deficientes praticadas pelo Executivo, traduzindo-se em ingerência indevida e criando políticas públicas anômalas, sem a observância das dotações orçamentárias correspondentes?

Porquanto inserido no título correspondente aos direitos e garantias fundamentais, o direito social à saúde previsto no artigo 6º da Constituição<sup>61</sup> goza da prerrogativa específica da aplicabilidade imediata conferida pelo parágrafo 1º do artigo 5º também do Texto Fundamental.<sup>62</sup> Em razão de tal contexto, a jurisprudência liderada pelo STF tem apreciado, cada vez mais, pretensões relacionadas à aquisição de medicamentos e tratamentos.

Nada obstante, a Constituição, acertadamente, estruturou as linhas mestras das políticas públicas de saúde, inserindo esse direito, inclusive, no núcleo duro da seguridade social, ao lado de previdência e assistência social,<sup>63</sup> destinando-lhes recursos próprios, provenientes de todos os entes federativos e outras contribuições sociais.<sup>64</sup> Tal fato representa a importância do direito à saúde para a própria ordem social almejada pelo Estado brasileiro, diretamente regido pelo ideário de bem-estar e justiça social prescritos no artigo 193 da Carta Magna.<sup>65</sup> A esse respeito, segundo artigo 196 da Constituição: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A redação conferida ao dispositivo constitucional antes transcrito revela, segundo expressiva parcela da doutrina, a preocupação do legislador constituinte em inculcar no sistema jurídico mandamento capaz de equalizar os cidadãos, dignificando-os, ao tempo em que materializa o dever estatal de protegê-los por meio de políticas afirmativas. Conforme o entendimento de José Afonso da Silva:

a norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula a saúde é direito de todos, assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo todos, que é signo de universalização, mas com destinação exclusiva aos brasileiros e estrangeiros residentes - aliás, a norma reforça esse sentido ao prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde -, e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula a saúde é dever do Estado, compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta.<sup>66</sup>

Nesse passo, é lícito concluir que a construção normativo-constitucional erigida em favor do direito à saúde deve ser protegida quando os poderes incumbidos de criar e pôr em prática as políticas públicas correspondentes não lhe conferem efetividade. Perfeitamente possível, assim, a vigilância, pelo Poder Judiciário,

<sup>59</sup> COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvany Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 844-874, dez. 2017. DOI: 10.5102/rbpp.v7i3.4809.

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 768.

<sup>61</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>62</sup> “Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

<sup>63</sup> “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

<sup>64</sup> Cf. artigos 195 e 198 da Constituição da República.

<sup>65</sup> “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 768.

da implementação dos direitos sociais, quando injustificadamente negligenciados pelos demais poderes instituídos, sob pena de acarretar inconsistência da ordem jurídica.

Porém, essa atividade de controle encontra limites no próprio Princípio da Separação dos Poderes,<sup>67</sup> insculpido no art. 2º da Constituição Federal.<sup>68</sup> É dizer: o fluxo contínuo e crescente de decisões judiciais proferidas em tribunais de todo o país, por vezes proferidas sem a necessária observância de critérios seguros e que procurem otimizar o sistema público de saúde, maximiza os efeitos deletérios de um já combalido sistema público de saúde, não obstante a legislação infraconstitucional criadora do Sistema Único de Saúde (SUS) – Lei n.º 8.080/90 – tenha o condão de impelir todos os entes federativos a engendrar medidas garantidoras do direito à saúde indistintamente.<sup>69</sup> É nesse sentido que Luís Roberto Barroso acena para os perigos da judicialização da saúde.<sup>70</sup>

Quanto aos elementos de convencimento cotidianamente utilizados em tais decisões judiciais, pode-se sumarizar o embate jurídico entre Administração Pública e Poder Judiciário da seguinte forma:

(i) de um lado, pronunciamentos emanados do Judiciário justificam a concessão de fármacos com base em normas principiológicas, dispositivos constitucionais dantes mencionados (arts. 6º, 196 e 198 da CF) e, sobretudo, na Teoria do “Mínimo Existencial”,<sup>71</sup> valendo-se de técnica hermenêutica que permite concluir por um acesso universal – e, em certa medida, irrestrito – ao direito fundamental à saúde;<sup>72</sup>

(ii) de outro lado, Municípios, Estados e União Federal se valem de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, estes, porém, relacionados à divisão de competência entre os entes federativos, a exemplo do art. 23, II da Constituição<sup>73</sup> e art. 15 da Lei Orgânica da Saúde – Lei n.º 8.080/90.<sup>74</sup> Para a Administração Pública, devem incidir nos casos de pedidos judiciais de medicamentos – negados administrativamente ou não previstos nas listagens oficiais – construções doutrinárias como a teoria da “reserva do possível”,<sup>75</sup> ante a clara escassez de recursos diante das necessidades infinitas da população.<sup>76</sup> Tal argumento, inclusive, reverbera posicionamentos doutrinários que advogam que o excesso de decisões judiciais em políticas públicas de saúde pode, em certa medida, perpetuar desigualdades entre a população,<sup>77</sup> em que “para dar atendimento ilimitado a alguns, diminuem-se necessariamente os serviços e ações que beneficiam a outros”,<sup>78</sup> ressalvados, por óbvio, o legítimo atendimento a indivíduos e grupos vulneráveis que não estão acobertados por condições mínimas de dignidade pelos entes estatais.<sup>79</sup>

<sup>67</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao artigo 2º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

<sup>68</sup> “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>69</sup> Lei n.º 8.080/90, “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).”

<sup>A</sup> respeito do assunto: STF: RE 642536 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. 05.02.2013, DJe 27.02.2013.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

<sup>71</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: HACHEM, Daniel Wunder; BLANCHET, Luiz Alberto; SANTANO, Ana Cláudia (coord.). *Estado, direito e políticas públicas: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2014.

<sup>72</sup> A respeito do assunto: STF: RE 642536 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. 05.02.2013, DJe 27.02.2013.

<sup>73</sup> “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]”.

<sup>74</sup> “Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: [...]”.

<sup>75</sup> A respeito do assunto: STF: ARE 727864, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 09.09.2014, DJe 17.09.2014.

<sup>76</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 215-282.

<sup>77</sup> ARAÚJO, Kammilla Éric Guerra de; QUINTAL, Carlota. A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 212-235, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i3.5689.

<sup>78</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *DADOS: Revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

<sup>79</sup> SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instru-

No Estado brasileiro, vigoram diretivas primordiais relacionadas à dignidade humana e ao bem-estar da população.<sup>80</sup> Houve a construção de um sistema nacional capaz de vincular e sistematizar recursos de todas as políticas públicas relacionadas a um mesmo fim.<sup>81</sup> O SUS se revela, nesse contexto, verdadeiro instrumento de minimização de desigualdades havidas na área da saúde pública.<sup>82</sup>

Não pairam dúvidas, no entanto, de que o aparato estatal, nesse caso, às vezes denota ser insuficiente – e ineficiente – para alcançar soluções adequadas para a melhora da condição de saúde da população, haja vista a imensurável procura por todas as camadas da população, indistintamente.<sup>83</sup>

Dá-se, assim, o conflito infausto ocorrido no seio da própria Administração, dividida entre opções públicas que possam melhor aproveitar as escassas verbas destinadas à saúde pública,<sup>84</sup> já ciente que não englobarão a totalidade de serviços necessários.<sup>85</sup> Para além disso, padece o Executivo, às vezes, de problemas advindos da má gestão destes fundos, quando estes são governados por servidores ou administradores incautos, acentuando o fosso que separa o atendimento adequado de considerável parcela da população. Uma possível explicação para a desproporção havida pode ser encontrada na obra de Ricardo Lobo Torres,<sup>86</sup> para quem o investimento massivo em serviços de saúde curativa, voltados à cura de enfermidades já contraídas, prejudica a adoção de métodos de saúde preventiva, que engloba serviços de vacinas, campanhas de conscientização por hábitos saudáveis e até mesmo obras de saneamento básico.<sup>87</sup>

Logo, sobejam razões para que sejam edificadas novas políticas públicas que, uma vez implementadas, concedam eficiência administrativa ao Estado<sup>88</sup> e possibilitem a este alcançar “a solução que seja ótima ao atendimento da finalidade pública, seja no espaço de decisão vinculada expressamente à lei, seja no espaço de decisão discricionária”.<sup>89</sup>

Pelo exposto, incumbe posicionar-se, criticamente, em relação ao panorama atual da judicialização da saúde, em que a aquisição de uma profusão de medicamentos e tratamentos médicos pode ser obtida com facilidade e, às vezes, de maneira irrefletida, juntamente ao Poder Judiciário.<sup>90</sup> O estabelecimento de critérios

mento de acesso à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 194-211, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i3.5726.

<sup>80</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. Comentário ao art. 3º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. A esse respeito, cf. arts. 1º, III e 3º, IV da Constituição da República.

<sup>81</sup> FREITAS, Daniel Castanha de; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Controle de políticas públicas de saúde pelos Tribunais de Contas: auditoria operacional como mecanismo de análise de eficiência. In: BONAT, Alan Luiz; NASCIMENTO NETO, José Osório; QUETES, Regeane Bransin (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2016.

<sup>82</sup> FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *DADOS: Revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

<sup>83</sup> LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 246.

<sup>84</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa; CASTRO, Máira Lopes de. Desenhando modelos de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 101-123, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i3.5639.

<sup>85</sup> SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o conseqüente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 98-115, abr. 2017. DOI: 10.5102/rbpp.v7i1.4454.

<sup>86</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 287.

<sup>87</sup> Sobre a consagração do direito fundamental ao saneamento básico como vetor para a melhora da condição de saúde pública, confira-se estudo desenvolvido por Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. *Serviços públicos de saneamento básico e saúde pública no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2016.

<sup>88</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 108.

<sup>89</sup> GABARDO, Emerson. O princípio da eficiência. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP: tomo direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>.

<sup>90</sup> Nesse sentido: “o Judiciário tende a conceder, usualmente, qualquer objeto demandado por um paciente que não apresente condições financeiras de arcar com aquele tratamento, desde que lhe seja devidamente prescrito por um médico, independentemente de esse profissional vincular-se à rede pública ou privada de saúde. O índice de êxito em ações da espécie já foi estimado em aproximadamente 90% dos casos” (CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do

seguros para a concessão judicial de determinado fármaco – tal qual os requisitos cumulativos havidos no julgamento do REsp repetitivo n.º 1.657.156/RJ –, devem servir de embasamento para ações futuras, em que o Judiciário atue excepcionalmente, depois de percorridos caminhos administrativos e que antecedem – ao menos deveriam anteceder – o acesso à justiça.

Por outro lado, a reestruturação das políticas públicas de saúde é medida salutar e premente e, para tanto, deve considerar o rico acervo de dados provenientes da própria judicialização da saúde – a exemplo dos dados compilados pela Secretaria Estadual de Saúde do Paraná e utilizados na pesquisa –, além de perseguir a otimização de rotinas administrativas responsáveis pela dispensação de medicamentos.

As informações coletadas quantificam, ainda que de maneira breve, o impacto contraproducente de decisões judiciais nas políticas de saúde, até mesmo porque não são utilizadas para a construção de soluções que visem o aperfeiçoamento dos programas governamentais existentes. Tais decisões reverberam no sistema público de saúde, engessando-o e promovendo desigualdades, culminando com resultados ineficientes para grande parcela da população.

É o Estado o responsável pelo atendimento da garantia da saúde de sua população, sobretudo daqueles que não possuem condições financeiras de subsidiar o custeio de medicamentos ou tratamentos. Contudo, este dever estatal deve, a todo custo, ser materializado precipuamente por meio de políticas públicas adequadas e eficientes. Defender essa premissa é fazer prevalecer as normas constitucionais que corporificam o direito fundamental à saúde, seja no art. 6º ou 196 da Constituição.

O emprego da análise econômica nessa seara pode representar opção salutar para evitar que o fenômeno da judicialização se perpetue de forma negativa. Logo, analisar o direito à saúde sob a perspectiva do *law and economics* não importa em renúncia ou negativa de vigência aos direitos fundamentais, mas tão somente a perscrutar medidas que imprimam eficiência ao Poder Público para o atingimento dos objetivos propostos pela própria Constituição da República,<sup>91</sup> tudo para garantir que o maior número de cidadãos seja abrangido por tal preceito fundamental. De fato, a novidade da AED está em trazer o princípio da maximização da eficiência à teoria do Direito, possibilitando que os custos de normas e condutas possam ser medidos e considerados para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.<sup>92</sup>

Dessa forma, faz-se necessário que o direito à saúde seja encarado com a seriedade que o assunto recomenda, motivo pelo qual sua concretização deve ocorrer no seio da Administração Pública, por meio de políticas públicas que considerem os custos e a eficiência das escolhas públicas.

## 5 Considerações finais

Ultimados os argumentos expostos na pesquisa, conclui-se que o ponto nodular a ser empregado na pesquisa reside, inicialmente, na necessidade de esclarecimento da correta medida de coexistência entre os Poderes instituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário –, a fim de que o Princípio da Separação dos Poderes seja mantido incólume, o que possibilitaria ponderar acerca das políticas públicas relacionadas à saúde, cotejando seus efeitos práticos para com os termos dos artigos 6º e 196 da Constituição da República, objetivando encontrar o ponto de equilíbrio necessário para a concretização dos direitos sociais.

---

Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 307-326, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i3.5676.

<sup>91</sup> CASTRO, José Augusto Dias de Castro. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. *Revista de direito público da economia - RD-E*, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, p. 149-158, jan./mar. 2008.

<sup>92</sup> BUGALLO ALVAREZ, Alejandro. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29.

Ademais, possui relevância a utilização das ferramentas metodológicas oriundas da análise econômica do direito, para compreender e buscar soluções para a judicialização da saúde, os custos de sua promoção desigual e o impacto no orçamento público. O estudo conjunto das temáticas desenvolvidas reúne potencial para desenvolver técnicas que confirmam efetividade ao sistema de saúde brasileiro, eis que analisado também sob o viés dos custos.

Por certo, essa análise das normas jurídicas à luz de instrumentos econômicos que objetivam identificar as consequências das escolhas públicas, por sua vez, somente contará com legitimidade caso esteja alicerçada no princípio da eficiência administrativa (art. 37 da CF) e demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública, todos tendentes ao desenvolvimento de uma sociedade, em seu âmago, mais justa e solidária.

Os breves apontamentos realizados a partir do levantamento oficial juntamente à Secretaria Estadual de Saúde do Paraná demonstram as potencialidades de uma análise que congrega direito e economia, com foco no princípio da eficiência administrativa. Valendo-se dos vetores que caracterizam o Estado social brasileiro – em especial, o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais –, vislumbram-se as vantagens para a consecução de novas políticas públicas de bem-estar, munidos de dados empíricos, coletados no âmbito do Executivo (*v.g.* postos de consulta médica e hospitais públicos) ou oriundo de outros Poderes (*v.g.* dados da judicialização, audiências e consultas públicas levadas a efeito pelo Legislativo e Judiciário), poderá a Administração Pública viabilizar programas governamentais cada vez mais otimizados e eficientes.

E, nessa linha argumentativa, compreender, sob a ótica do *law and economics*, a judicialização da saúde e seus possíveis efeitos negativos implicará não somente na melhora da qualidade de vida dos cidadãos, como também contribuirá, em certa medida, para a racionalização do acesso à saúde pública e, até mesmo, o desenvolvimento de condições favoráveis ao estabelecimento de programas de saúde preventiva, com base em dados empíricos confiáveis, capazes de detectar as discrepâncias na distribuição dos recursos públicos nos setores da sociedade.

## Referências

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRIGHETTO, Aline. Análise econômica do direito e algumas contribuições. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 76-91, jan. 2013. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6131/6047>. Acesso em: 02 set. 2020.

ARAÚJO, Kammilla Éric Guerra de; QUINTAL, Carlota. A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 212-235, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i3.5689.

AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Michigan: Basic Books, 1980.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

- BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (coord.). *Estado, direito e políticas públicas: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2014.
- BOLDEMAN, Lee. *The cult of the market*. Canberra: ANU E Press, 2007.
- BOVAIRD, Tony; LÖFFER, Elke. *Public management and governance*. Abington: Routledge, 2003.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 4 set. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 4 set. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. *Protocolos e diretrizes*. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf). Acesso em: 4 set. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2017*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf). Acesso em: 6 jul. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Repositório de jurisprudência*, 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública*, 5 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienPublicaSaude>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa avançada*: Tema 6 - Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 6 jul. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repositório de jurisprudência*, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Repositório de jurisprudência*, 2018. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- BUGALLO ALVAREZ, Alejandro. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 307-326, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpb.v8i3.5676.
- CASTRO, José Augusto Dias de Castro. A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito. *Revista de direito público da economia - RD-E*, Belo Horizonte, v. 6, n. 21, p. 149-158, jan./mar. 2008.
- CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, p. 1335-1356, out./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312016000400014>.

COELHO, Fábio Ulhôa. A análise econômica do direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PUC/SP*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COESE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, n. 3, p. 1-44, out. 1960.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Instituto de Ensino e Pesquisa, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 844-874, dez. 2017. DOI: 10.5102/rbpp.v7i3.4809.

COSTA, Saulo Felipe; ARAÚJO, Cletiane Medeiros; MELO, Vilma Felipe Costa de. Constitucionalismo e check and balances: teoria e pesquisa empírica. *Revista Prima Facie: retórica, argumentação e direito*, João Pessoa, v. 10, n. 19, p. 145-164, jul./dez. 2011.

CUEVA, Ricardo Villas Boas. Prefácio. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Socorro de Araújo; GOMES, Diógenes Farias; DIAS, Thaís Araújo; SILVA, Lielma Carla Chagas da; BRITO, Maria da Conceição Coelho; CARNEIRO NETO, Manoel de Castro. Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 132-145, out. 2016. DOI: 10.5102/rbpp.v6i2.4012.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins fontes, 2000.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *DADOS: Revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FÓRUM DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, 1. Curitiba, 2015. Disponível em: <http://www.emap.com.br/cursos/2015/Judicializacao%20na%20saude/>. Acesso em: 6 jul. 2018.

FREITAS, Daniel Castanha de. *Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, Daniel Castanha de; LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Controle de políticas públicas de saúde pelos Tribunais de Contas: auditoria operacional como mecanismo de análise de eficiência. In: BONAT, Alan Luiz; NASCIMENTO NETO, José Osório; QUETES, Regeane Bransin (org.). *Políticas públicas e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2016.

GABARDO, Emerson. O princípio da eficiência. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP: tomo direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distorções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito público no Merval: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: HACHEM, Daniel Wunder; BLANCHET, Luiz Alberto; SANTANO, Ana Cláudia (coord.). *Estado, direito & políticas públicas: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2014.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. *Serviços públicos de saneamento básico e saúde pública no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2016.

LOPES, José Reinaldo Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 255-265, maio/jun. 1994.

LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NUNES, Carlos Francisco Oliveira; RAMOS JÚNIOR, Alberto Novaes. Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios. *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 192-199, abr./jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1414-462X201600020070>.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas de Souza. Saúde e doenças raras: análise da judicialização do acesso ao tratamento e suas limitações. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 300-317, abr. 2021. DOI: 10.5102/rbpp.v11i1.6538.

PARANÁ. *Lei nº 17.886, de 20 de dezembro de 2013*. Estima a receita e fixa a despesa para o exercício financeiro de 2014. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br>. Acesso em: 23 jul. 2018.

PIVETTA, Saulo Lindofer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PONTAROLLI, Deise; ROSSIGNOLI, Paula; MORETONI, Claudia. *Panorama da judicialização de medicamentos na Secretaria Estadual de Saúde do Paraná*. Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. 2018. Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriva-sesa@9aeb81dd-3457-48dd-b815-21e0cf7cf4f9>. Acesso em: 6 jul. 2021.

POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSSETTI, Suzana Maria; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Processos de contratação pública e o direito fundamental à boa administração: uma análise a partir do relatório do TCU/2014 sobre saúde pública. In: COUTINHO, Ana Luisa Celino; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; KNOERR, Fernando Gustavo (org.). *Direito e Administração Pública I: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis, 2014.

SALOMÃO, Luis Felipe. Apresentação. *Revista de Recursos Repetitivos do Superior Tribunal de Justiça: organização sistemática*, Brasília, v. 1, n. 1, jan./dez. 2018.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 194-211, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i3.5726.



SANTANA, Héctor Valverde. Análise Econômica do Direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 224-236, jan./jun. 2014. DOI: 10.5102/rbpp.v4i1.2698.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 98-115, abr. 2017. DOI: 10.5102/rbpp.v7i1.4454.

SILVA, Marcelo Rodrigues da; SANTINHO, Guilherme Sampieri. Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais. *Fórum Administrativo – EA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 144, p. 50-56, fev. 2013.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; CASTRO, Maíra Lopes de. Desenhando modelos de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 101-123, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i3.5639.

SOUZA, Sueine Patrícia Cunha. A eficácia dos direitos sob a ótica do Law & Economics: a necessidade de se ponderar sobre a racionalidade econômica na jurisprudência brasileira. *Revista de Direito Empresarial: RDEmp*, Belo Horizonte, v. 9, n. 3, p. 29-43, set./dez. 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. Comentário ao art. 3º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao artigo 2º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

The logo for CEUB (Centro Universitário de Brasília) is displayed in a stylized white font on a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' and 'B' sharing a vertical stem.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The background of the cover features a photograph of a modern architectural complex. In the foreground, a large, white, abstract sculpture of a seated female figure is prominent. Behind it, a long, low building with a series of white, curved, cantilevered balconies stretches across the frame. In the distance, a tall, rectangular skyscraper rises against a blue sky with scattered white clouds. The overall scene is brightly lit, suggesting a sunny day.

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

**Avanços no debate da  
judicialização da saúde no  
contexto latino-americano: um  
olhar para a implementação da  
política pública**

**Advances in the debate on the  
judicialization of health in the  
Latin American context: a look at  
the implementation of public policy**

Jorge Leal Hanai

Suely de Fátima Ramos Silveira

Nina Rosa da Silveira Cunha

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Avanços no debate da judicialização da saúde no contexto latino-americano: um olhar para a implementação da política pública\*

## Advances in the debate on the judicialization of health in the Latin American context: a look at the implementation of public policy

Jorge Leal Hanai\*\*

Suely de Fátima Ramos Silveira\*\*\*

Nina Rosa da Silveira Cunha \*\*\*\*

### Resumo

A judicialização do direito à saúde apresenta-se como fenômeno em que mecanismos jurídicos são utilizados por cidadãos para reivindicar ao Estado, produtos e serviços públicos de saúde. Incorporando como dado a existência de dissonâncias entre a formulação e a implementação de políticas públicas desse sobrecarregado setor, objetiva-se, neste artigo, identificar as principais discussões na academia sobre a judicialização da saúde, considerando-se a necessária atuação conjunta dos Poderes Executivo e Judiciário. Trata-se de discussões com o recorte para a implementação de políticas públicas de saúde situadas no contexto de países latino americanos. Metodologicamente, lança-se mão da bibliometria e da *Metbodi InOrdinatio*, cuja análise de 122 artigos identificou que a abordagem da Judicialização 2.0 e a criação de Núcleos de Assistência Técnica (NAT) apresentam-se como soluções institucionais centrais ao processo de implementação. Em complemento, os trabalhos da comissão e da corte Interamericana de Direitos Humanos são analisados à luz da “arena internacional possível” ao fortalecimento do Judiciário colaborador e não interventor nesse processo. O ineditismo dos seus achados repousa na sistematização dos principais debates acadêmicos que se referem à saúde, cuja relevância gerencial informa a acadêmicos e gestores públicos (implementadores) a extração das experiências vivenciadas pelos entes da federação e inspirações úteis para a articulação entre a formulação e a implementação das políticas públicas de saúde.

**Palavras-chave:** direito à saúde; implementação; políticas públicas; judicialização; América Latina.

### Abstract

The judicialization of the right to health presents itself as a phenomenon in which legal mechanisms are used by citizens to claim public health products and services from the State. Incorporating, as a given, the existence of dissonances between the formulation and implementation of public policies in

\* Recebido em 25/05/2021  
Aprovado em 19/11/2021

\*\* Doutorando em Administração Pública e Governo. Fundação Getúlio Varga (FGV/EAESP).  
E-mail: jorge.leal@ufv.br.

\*\*\* Doutora em Economia Aplicada. Universidade Federal de Viçosa (UFV).  
E-mail: sramos@ufv.br.

\*\*\*\* Doutora em Economia Aplicada. Universidade Federal de Viçosa (UFV).  
E-mail: ninarosaufv@gmail.com.

this overloaded sector, this article aims to identify the main discussions in academia on the judicialization of health, considering the necessary joint action of the Executive and Judiciary Powers. These are discussions with a focus on the implementation of public health policies located in the context of Latin American countries. Methodologically, bibliometrics and Methodi InOrdinatio are used, whose analysis of 122 articles identified that the Judicialization 2.0 approach and the creation of Technical Assistance Centers (NAT) are presented as central institutional solutions to the implementation process. In addition, the work of the commission and the Inter-American Court of Human Rights is analyzed in the light of the “possible international arena” to strengthen the judiciary that collaborates and does not intervene in this process. The originality of their findings lies in the systematization of the main academic debates that orbit in health matters, whose managerial relevance informs academics and public managers (implementers) the extraction of experiences lived by federation entities and useful inspirations for the articulation between the formulation and the implementation of public health policies.

**Keywords:** right to health; implementation; public policy; judicialization; Latin America.

## 1 Introdução

Ao conferir autonomia aos entes federados, o cumprimento de direitos sociais constitucionais não acompanhou a realidade de Estados e Municípios quanto ao efetivo provimento de serviços públicos em diversas áreas de atuação do Poder Público.<sup>1-2</sup> Em matéria de saúde, enquanto a incapacidade de provimento de serviços públicos de saúde impera com maior intensidade no âmbito municipal<sup>3-4</sup>, paralelamente se constata acentuado crescimento de demandas ajuizadas no Poder Judiciário, reivindicando, sobretudo, o direito à saúde, que nem sempre é provido pelo Poder Executivo.<sup>5</sup>

Em termos percentuais, isso se observa pelo aumento de 42,6 % do número de novos processos em tramitação, passando de 3.066.526 em 2007 para 4.373.418 em 2017.<sup>6</sup> Embora o Poder Judiciário brasileiro assegure o fiel cumprimento dos ditos constitucionais, é nítido que os reflexos de suas decisões incidem sobretudo na implementação das políticas públicas de saúde.<sup>7</sup> Em evidências práticas, cumpre observar o caso do Estado do Paraná (PR/Brasil), que, em divulgação dos gastos com saúde, indicou em 2018 que R\$

<sup>1</sup> ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a03v18n2.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

<sup>2</sup> PINAFO, Elisângela; NUNES, Elisabete de Fátima Polo de Almeida; CARVALHO, Brígida Gumenez; MENDONÇA, Fernanda de Freitas; DOMINGOS, Carolina Milena; SILVA, Camila Ribeiro. Problemas e estratégias de gestão do SUS: a vulnerabilidade dos municípios de pequeno porte. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, n. 5, p. 1619-1628, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232020000501619&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020000501619&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 08 maio 2020.

<sup>3</sup> ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a03v18n2.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

<sup>4</sup> PINAFO, Elisângela; NUNES, Elisabete de Fátima Polo de Almeida; CARVALHO, Brígida Gumenez; MENDONÇA, Fernanda de Freitas; DOMINGOS, Carolina Milena; SILVA, Camila Ribeiro. Problemas e estratégias de gestão do SUS: a vulnerabilidade dos municípios de pequeno porte. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, n. 5, p. 1619-1628, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232020000501619&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020000501619&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 08 maio 2020.

<sup>5</sup> ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a03v18n2.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

<sup>6</sup> CNJ. Sumário Executivo Justiça Pesquisa. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil de demandas, causas e propostas de solução*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>7</sup> HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

143 milhões se referiram, especificamente, ao valor dispendido com o fornecimento de medicamentos, para tratar em grande parte, de casos oncológicos judicializados.<sup>8</sup>

Em termos práticos, mesmo o Estado do Paraná alegando que a competência de fornecimento dos medicamentos é da União, o Judiciário brasileiro entende que o direito à saúde deve ser professado por todos entes da federação, contrapondo que, em casos de dificuldade de fornecimento, as ações estatais devem se orientar pela cooperação federativa, de modo que não haja a abstenção do provimento.<sup>9-10</sup>

Em caso semelhante, no município de Maceió (AL/Brasil), a crescente judicialização tem gerado efeitos não apenas em termos orçamentários a repercutir na implementação das políticas públicas, mas também no comprometimento da agilidade do departamento de compras das Secretarias de Saúde em gerir em tempo hábil, o abastecimento e o posterior fornecimento de medicamentos tanto à população de modo geral quanto para os casos judicializados.<sup>11</sup> O diagnóstico dessa nítida falha de gestão é claro: nos termos de Ronald Ballou, professor da *Case Western Reserve University* (EUA), trata-se de erro na manutenção dos estoques de segurança em que, para corrigi-lo, se faz necessário “manter estoques, que agem como “amortecedores” entre a oferta e demanda” independentemente da sua complexidade e natureza. Isto porque, importante lembrar, que o enfoque da operação logística é atender a demanda do cliente, ou do cidadão no caso do Estado. Para tanto, para entregar a tempo os medicamentos, a organização estatal deve se posicionar, logisticamente, próxima aos seus consumidores.<sup>12</sup>

Embora os exemplos supracitados não subsidiem generalizações para além de suas respectivas localidades, ambos revelam a incapacidade de provimento e articulação logística dos serviços e produtos de saúde de competência dos Estados e Municípios. Não obstante, sinalizam importantes debates com vistas a se compreender como poderia o poder público alinhar ações de gestão a confluir com a implementação de políticas públicas, fazendo paralelamente face aos ditos constitucionais? Nesse sentido, com base na noção de coprodução dos serviços de saúde, quais alternativas de gestão se colocam como disponíveis para os juízes e para os gestores públicos? Como a literatura discute a coordenação desses dois mundos de atuação? Argumentamos que esse é um debate crucial para o início de discussões produtivas que elevam o Judiciário ao *status* de coprodutor das políticas públicas (considerando os limites de sua atuação e competência). Por essa razão, todas as seções que se seguem estão unidas por esse fio condutor: de compreender os rumos do debate de como a intersecção entre o gestor público e judiciário pode se dar.

Para responder aos questionamentos propostos, o artigo tem como objetivo identificar as principais discussões na academia sobre a judicialização da saúde, considerando-se a necessária atuação conjunta dos Poderes Executivo e Judiciário. Trata-se de discussões com o recorte para a implementação de políticas públicas de saúde situadas no contexto de países latino-americanos, buscando (i) a caracterização da produção científica internacional em termos de título, nome do autor, periódico, país, ano de publicação e fator de impacto a estes vinculados; (ii) a identificação das principais considerações teórico-empíricas, pensadas por pesquisadores brasileiros e estrangeiros passíveis de inaugurar soluções de gestão pública.

<sup>8</sup> BRODBECK, Paulo. Paraná gasta R\$ 143 milhões com remédios fornecidos a partir de decisões judiciais. *RPC G1*, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/09/10/parana-gasta-r-143-milhoes-com-remedios-fornecidos-a-partir-de-decisoes-judiciais.ghtml>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>10</sup> BRODBECK, Paulo. Paraná gasta R\$ 143 milhões com remédios fornecidos a partir de decisões judiciais. *RPC G1*, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/09/10/parana-gasta-r-143-milhoes-com-remedios-fornecidos-a-partir-de-decisoes-judiciais.ghtml>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>11</sup> MACÊDO, Dartagnan Ferreira de; ATAÍDE, João Antônio da Rocha; COSTA, Antônio Carlos Silva; SOUZA, Waldemar Antônio da Rocha de; SANTA RITA, Luciana Peixoto. Análise da judicialização do direito à saúde, subfinanciamento do setor e políticas públicas: estudo de caso no estado de Alagoas. *Revista de Administração de Roraima*, Boa Vista, v. 5, n. 2, p. 300-325, jul./dez. 2015. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/313654056\\_Analise\\_da\\_Judicializacao\\_do\\_Direito\\_a\\_Saude\\_Subfinanciamento\\_do\\_setor\\_e\\_Politicas\\_Publicas\\_Estudo\\_de\\_Caso\\_no\\_Estado\\_de\\_Alagoas](https://www.researchgate.net/publication/313654056_Analise_da_Judicializacao_do_Direito_a_Saude_Subfinanciamento_do_setor_e_Politicas_Publicas_Estudo_de_Caso_no_Estado_de_Alagoas). Acesso em: 31 mar. 2020.

<sup>12</sup> BALLOU, R. H. *Logística empresarial: transportes, administração de materiais e distribuição física*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 24.

Cumprir destacar o emprego do método bibliométrico para se obter uma visão mais profunda e sistematizada sobre a judicialização da saúde, facultando a compreensão, contextualização e identificação de problemas teórico-empíricos ou até mesmo evitando erros de interpretação e/ou análise por parte do pesquisador.<sup>13</sup> E para determinar a relevância de cada produção científica e afastar qualquer subjetivismo, adotou-se o instrumento da *Methodi Oridinatio*.

Por esse método, permitiram-se discussões e análises à luz das soluções da gestão pública (implementação) e do direito, ambas no âmbito dos trabalhos da comissão e da corte Interamericana de Direitos Humanos. O documento declarado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e assinado na Conferência Especializada Interamericana, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi escolhido como parâmetro para balizar tais discussões.

Considerando a concentração (de 78%) do *locus e focus* dos estudos analisados terem se dado com base no contexto regional latino-americano, reforça-se pelo presente artigo o interesse pela região não apenas pelo recorte acadêmico territorial, como alerta Armin Von Bogdandy, mas pelo atravessamento dos países que o compõem e que são fortemente marcados pela desigualdade e exclusão social.<sup>14</sup>

Por essa razão, considerou-se ainda, o *Ius Constitutionale Commune na América Latina* (ICCAL) que concentra direções jurídicas, fundamentada nos direitos humanos, democracia e estado de direito, que faculta erradicar a exclusão social. Trata-se de uma transformação política e social com vistas a defender os menos favorecidos da segregação social, da desigualdade social, da injustiça e de seus direitos em necessidades primárias. Havendo, portanto, pelo postulado do ICCAL, o delinear de alternativas para a resolução da questão de direito (controvérsias em saúde), associado a soluções de gestão protagonizadas pelo Poder Executivo.

Há estudos que analisam a judicialização com base nos planos de saúde<sup>15-16-17-18</sup> da atuação da defensoria pública<sup>19</sup>, do relacionamento entre os juízes e os *policy-makers*,<sup>20</sup> dos incentivos ao ajuizamento do direito à

<sup>13</sup> LOVATTO, P. A.; LEHNEN, C. R.; ANDRETTA, I.; CARVALHO, A. D.; HAUSCHILD, L. Meta-análise em pesquisas científicas: enfoque em metodologias. *Revista Brasileira de Zootecnia*, v. 36, p. 285-294, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbz/v36s0/26.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>14</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 269, p. 13-66, 2015. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57594>. p. 19.

<sup>15</sup> CARVALHO, Rafaela Magalhães Nogueira; PORTO, Antônio José Maristrello; RAMALHO, Bruno Araújo. Papel institucional dos canais de reclamação para a resolução extrajudicial de conflitos sobre planos de saúde: uma análise comparada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 370-393, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5674/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>16</sup> MELO, Álisson José Maia; DANTAS, Nathalia Aparecida Sousa. A sustentabilidade econômico-financeira das operadoras de planos de saúde diante da concessão indiscriminada de tutelas de urgência no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 411-433, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5699/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>17</sup> TREITTEL, Daniela Batalha; SCHEFFER, Mário César. Judicialização de planos de saúde e posicionamentos dos tribunais: súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça sobre cobertura assistencial. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, n. 27, p. 425-445, jan./fev. 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1069/937>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>18</sup> CHRIZOSTIMO, Raquel Marinho; SILVINO, Zenith Rosa; CHRIZOSTIMO, Miriam Marinho; ORTIZ SÁNCHEZ, Maritza Consuelo; FERREIRA, Helen Campos; OLIVEIRA, Fernanda Pessanha de. Judicialização da saúde decorrente dos planos de pré-pagamento e o direito sanitário: revisão integrativa. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Rio de Janeiro, v. 73, n. 3, p. 1-8, 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/pdf/reben/v73n3/pt\\_0034-7167-reben-73-03-e20180400.pdf](https://www.scielo.br/pdf/reben/v73n3/pt_0034-7167-reben-73-03-e20180400.pdf). Acesso em: 31 mar. 2021.

<sup>19</sup> SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da defensoria pública na garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 195-211, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5726/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>20</sup> DIAS, Eduardo Rocha; POMPEU, Gina Vidal Marcília. The court and the delivery of medicines by unified health system in Brazil: recent developments in a difficult relationship between judges and policy-makers. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 237-249, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5507/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

saúde,<sup>21</sup> da assistência farmacêutica,<sup>22-23-24</sup> do acesso a medicamentos em regiões específicas do país<sup>25</sup> e da ausência do registro de fármacos na Anvisa,<sup>26-27</sup> bem como pela abordagem do Direito e das Políticas Públicas com o fim de pensar estratégias para a redução da judicialização da saúde.<sup>28,29</sup> Em termos supranacionais há, ainda, estudos integrativos que exploram a perspectiva comparada da judicialização da saúde no contexto latino-americano.<sup>30</sup>

Em relação a todos esses estudos, não tem sido recorrente a incorporação da análise bibliométrica a respeito da judicialização da saúde, aplicada ao processo de implementação das políticas públicas de saúde. Tampouco em associação aos trabalhos da comissão e da corte Interamericana de Direitos Humanos e do postulado do ICCAL.

Cada seção compõe o todo da proposição do artigo: de que não há implementação de política pública de saúde efetiva sem a atuação conjunta entre os Poderes Executivo e Judiciário. E que a arena internacional (Comissão e Corte Interamericana de DH) apresenta-se como ambiente externo a ser explorado na busca por essa efetividade. Logo, este artigo foi estruturado de modo a levar esse assunto, gradualmente, ao leitor. Nas primeiras seções, o leitor encontrará a conceituação do processo de implementação de políticas públicas, o detalhamento do percurso metodológico e as discussões e análises dos resultados condensados na Tabela 1. Posteriormente, terá contato com o conceito de colaboração e cooperação e como o Poder Judiciário deve se posicionar nessas discussões quando se elevam as falhas da implementação e a busca por arrefecimentos para o nível internacional latino-americano. Por fim, considerações finais são redigidas com a indicação de estudos futuros.

<sup>21</sup> CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 308-326, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5676/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>22</sup> CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cader-nos de Saúde Pública*, São Paulo, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

<sup>23</sup> ARAÚJO, Kammila Éric Guerra de; QUINTAL, Carlota. A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 213-235, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5689/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>24</sup> SONODA, Lucas Yuji; HAWERROTH, Maria da Graça Lebre; MAIA, Maria Ambrosina Cardoso. A judicialização da saúde no acesso a medicamentos em uma cidade do interior de Minas Gerais. *Revista Eletrônica Acervo Saúde*, v. 12, n. 11, p. 4484-4484, set. 2020. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/4484>. Acesso em: 31 mar. 2021.

<sup>25</sup> MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS, Daniel Resende; GUERRA JR, Augusto Afonso; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n3/2403.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>26</sup> LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos; DIAS, Sergio. Medicamentos sem registros na ANVISA: uma abordagem institucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 396-408, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4736/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>27</sup> BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. Medicamentos não registrados: judicialização da saúde e o STF. *Revista Jurídica em Pauta*, Bagé, v. 2, n. 1, p. 55-72, 2020. Disponível em: <http://revista.urcamp.tche.br/index.php/revistajuridicaurcamp/article/view/3147>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>28</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, M. P. D.; DUARTE, C. S. (org.). *Judicialização da saúde: a visão do poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

<sup>29</sup> HANAI, Jorge Leal; ABRANTES, Luiz Antônio; PEREIRA, Luis Ismael. Conflitos de competência e a judicialização da saúde no federalismo brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, (no prelo), 2021.

<sup>30</sup> D'ÁVILA, Luciana Souza; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 29, n. 3, p. 1-16, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sausoc/v29n3/1984-0470-sausoc-29-03-e190424.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

## 2 Implementação de Políticas Públicas

A definição de implementação de política pública, cunhada por Mazmanian e Sabatier,<sup>31</sup> a evidencia como o cumprimento de comandos do poder público, dentre eles, as decisões do Poder Judiciário. A positividade dos objetivos — ainda que no plano do ideal — a serem buscados pela política pública são ressaltados, de modo a afirmar a necessidade de um processo estruturado de implementação.

Em termos práticos, enquanto o Poder Judiciário assume papel decisório e determinante do que deve ser feito nesse processo estruturado, por outro lado, compete ao Poder Executivo providenciar os meios para cumprir suas decisões.<sup>32</sup> Tem-se, pois, que a intensificação desse processo é assumida como a judicialização de políticas públicas.<sup>33</sup>

Quando se examinam os reflexos das decisões judiciais em políticas públicas, Jowell,<sup>34</sup> ao concordar com Hill e Hupe,<sup>35</sup> pontua que estas, em primeira análise, são perceptíveis no exercício discricionário de agir dos juízes. No entanto, Hill e Hupe<sup>36</sup> demarcam que, ainda assim, há limites para o exercício desse poder, a começar pelo caráter prescritivo de ações a serem perseguidas por implementadores de políticas públicas em qualquer seara de atuação do Poder Público.

Em outra análise, pontua-se que a judicialização é arena profícua de decisões discricionárias, pois, quando a política pública é judicializada, é provável que se tenham conflitos entre o que foi decidido por implementadores de políticas públicas e por tribunais. O referido autor defende o porquê desse processo ser “saudável” em um ambiente democrático, sobretudo quando assevera que: “[...] o Judiciário pode envolver a transferência de poderes discricionários para um juiz ou tribunal, com a suposição de que esse órgão esteja melhor equipado para exercer discricção do que os funcionários que tomaram a decisão original.”<sup>37-38</sup>

Nessa esteira, e em acentuada complexidade, emerge o conceito de equidade no contexto da implementação de políticas públicas de saúde, cujo caráter polissêmico sinaliza a necessidade de se demarcar o sentido assumido neste artigo.<sup>39</sup> Por equidade, entende-se a consideração de pessoas diferentes com necessidades diversas a respeito do provimento de serviços públicos de saúde, perseguindo diretivas como o “[...] utilização e acesso igualitário a cuidados de saúde; qualidade de atendimento padrão para todos.”<sup>40</sup>

Assim, “[...] o objetivo de um serviço de saúde equitativo seria tornar o nível de saúde igual em todas as regiões e/ou grupos sociais ou, pelo menos diminuir significativamente lacunas de saúde” entre o que se prevê e o que realmente precisaria ser provido”.<sup>41-42</sup>

<sup>31</sup> MAZMANIAN, Daniel A.; SABATIER, P. A. *Implementation and public policy*. Glenview: Scott, Foresman, 1983.

<sup>32</sup> MAZMANIAN, Daniel A.; SABATIER, P. A. *Implementation and public policy*. Glenview: Scott, Foresman, 1983.

<sup>33</sup> JOWELL, Jeffrey L. *The legal control of administrative discretion*. 1973.

<sup>34</sup> JOWELL, Jeffrey L. *The legal control of administrative discretion*. 1973.

<sup>35</sup> HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

<sup>36</sup> HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

<sup>37</sup> Excerto original: “[...] judicization may involve the shifting of discretionary powers to a judge or tribunal, with na assumption that such a body is better equipped to exercise discretion than the officials making the original decision.”

<sup>38</sup> EVANS, Tony; HUPE, Peter L. *Discretion and the quest for controlled freedom*. Palgrave MacMillan, 2019. p. 252.

<sup>39</sup> WHITEHEAD, Margareth. The concepts and principles of equity and health. *International Journal of Health Services*, v. 22, n. 3, p. 429-445, 1992. DOI: 10.2190/986L-LHQ6-2VTE-YRRN.

<sup>40</sup> WHITEHEAD, Margareth. The concepts and principles of equity and health. *International Journal of Health Services*, v. 22, n. 3, p. 429-445, 1992. DOI: 10.2190/986L-LHQ6-2VTE-YRRN.

<sup>41</sup> Excerto original: “[...] the goal of an equitable health service would be to make the level of health the same in all regions and/or social groups, or at least to narrow the health gap significantly.

<sup>42</sup> WHITEHEAD, Margareth. The concepts and principles of equity and health. *International Journal of Health Services*, v. 22, n. 3, p. 429-445, 1992. DOI: 10.2190/986L-LHQ6-2VTE-YRRN. p. 434-435.



As políticas públicas, enquanto compromissos de ação do Estado, ao falharem, encontram suas explicações, também, na incapacidade técnica de entes federados.<sup>43</sup> Em decorrência, a emergência de processos de inovação proclama robusta relação federativa e melhoria na forma de coordenação entre entes federados<sup>44</sup> e contínuo aperfeiçoamento das relações intergovernamentais.<sup>45</sup>

É importante considerar que políticas concebidas com base na perspectiva *top-down*, frequentemente, falham no nível da “entrega do serviço”, os vários níveis de execução da política, incluindo os “níveis de entrega”, identificados por Lipsky<sup>46</sup> como “burocratas de nível de rua”, abarcam as normas (leis), regras institucionais, as relações de poder, as redes de atores, entre outros fatores que influenciam a política pública em si.<sup>47</sup> Desse modo, qualquer tipo de instrumento jurídico produzido no sentido de vincular e, conseqüentemente, determinar que a implementação de políticas públicas ocorra, é falho, pois não há garantias de que a política será implementada da mesma forma como foi formulada.<sup>48</sup> Por essa razão, o jogo da implementação de políticas públicas é inerentemente complexo e possivelmente frustrante.<sup>49</sup>

Em face do exposto, a próxima seção detalha o percurso metodológico (próxima seção) para, posteriormente, demonstrar a análise e discussão dos resultados em associação aos trabalhos desenvolvidos sobre a comissão e a corte Interamericana de Direitos Humanos. Intenta-se, com essa organização das seções, produzir sentido lógico-sequencial ao artigo.

### 3 Percorso metodológico

Em termos metodológicos, utilizou-se a *Methodi Ordinatio*, desenvolvida por Pagani, Kovaleski e Resende.<sup>50</sup> Essa metodologia consiste em um meio para analisar se uma publicação científica é ou não relevante, criando um *ranking* e tomando por base três variáveis: o número de citações, o fator de impacto e o ano de publicação do periódico. Para tanto, a operacionalização da pesquisa obedeceu à nove etapas.

“etapa 1 – estabelecimento da intenção de pesquisa”, definida com base na necessidade de se averiguar, na literatura, as principais discussões a respeito dos reflexos da judicialização da saúde a respeito da implementação de políticas públicas. Na etapa 2, executou-se pesquisa preliminar nas bases de dados *Web of Science* (WoS).

Já na etapa 3, estabeleceram-se palavras-chave relacionadas ao tema em investigação, resultando no seguinte conjunto de palavras: “TS=(judicializa\*)” e “TS=(health OR welfare OR public health AND public policy OR implement\*)”. No tocante à temporalidade adotada, consideraram-se as publicações entre 1945 e 2019. O operador “TS” foi utilizado, pois capturou os artigos que citaram, em seu conteúdo, o conjunto de palavras definidas. Na etapa 4, executou-se a pesquisa definitiva na base WoS em conformidade com os protocolos de pesquisa demonstrados na Figura 1.

<sup>43</sup> SOUZA, Celina. *Coordenação de políticas públicas*. Brasília: Enap, 2018.

<sup>44</sup> HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

<sup>45</sup> EVANS, Tony; HUPE, Peter L. *Discretion and the quest for controlled freedom*. Palgrave MacMillan, 2019. p. 252.

<sup>46</sup> LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. 30. ed. New York: Russel Sage Foundation, 2010

<sup>47</sup> BOAZ, Annette; DAVIES, Huw; FRASER, Alec; NUTLEY, Sandra. *What works now?: evidence-informed policy and practice*. Bristol: Police Press, 2019.

<sup>48</sup> SOUZA, Celina. *Coordenação de políticas públicas*. Brasília: Enap, 2018.

<sup>49</sup> HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

<sup>50</sup> PAGANI, Regina Negri; KOVALESKI, João Luiz; RESENDE, Luís Maurício Martins de. Avanços na composição da *Methodi Ordinatio* para revisão sistemática de literatura. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 46, n. 2, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1886/3708>. Acesso em: 31 mar. 2021.

**Figura 1 - Protocolos de pesquisa**

P1: #1 TS=(judicializa\*)  
 P2: #2 TS=(health OR welfare OR public health AND public policy OR implement\*)  
 P3: #2 AND #1  
 Tempo estipulado: Todos os anos (1945-2019).  
 Data da busca: 1 de novembro de 2019  
 Refinado por: CATEGORIAS DO WEB OF SCIENCE: Todas  
 Índices: SCI-EXPANDED, SSCI, A&HCI, CPCI-S, CPCI-SSH, ESCI.

Fonte: elaborada pelos autores, 2021.

Na etapa 5, empregaram-se procedimentos de filtragem com o auxílio do *software* JabRef, do qual se pôde importar e exportar dados no formato “Bib” da base de dados WoS. Primeiramente, foram eliminados registros em duplicidade, e, posteriormente, por meio da leitura do título, palavras-chave e, quando necessário, do resumo, descartaram-se os estudos que não tinham alinhamento ao tema estudado.

Executados esses procedimentos, os dados foram exportados para uma planilha de *Excel* e formatados para se analisarem as três variáveis-chave do *Methodi Ordinatio* (“etapa 6 – identificação do fator de impacto, ano de publicação e número de citações”). Para identificar o fator de impacto, foi utilizado o JCR de 2018, e, para o ano de publicação e número de citações, foram utilizadas as informações disponíveis na WoS e gerenciadas pelo *software* SciMAT. Na etapa 7, a relevância dos estudos foi calculada em função da equação (1) da *Methodi Ordinationis*. A equação é a seguinte:

$$\text{InOrdinatio} = (\text{Fi} / 1000) + (\alpha * (10 - (\text{ano da pesquisa} - \text{ano da publicação}))) + (\text{Ci}) \quad (\text{eq.1})$$

Em que “**Fi**” é o fator de impacto. E “**α**” é variável definida pelo pesquisador e se refere à relevância da atualidade dos artigos para a pesquisa. Varia de 1 (menos relevante) a 10 (mais relevante). Neste artigo foi utilizado o valor 1, por considerar que o ano de produção do artigo não possui demasiada relevância para determinar a importância e contribuição do artigo. Já “**C<sub>i</sub>**” corresponde ao número de citações.

O resultado pode ser visualizado na Tabela 1, apresentada em ordem decrescente, ou seja, do artigo mais relevante ao menos relevante. Essa classificação é útil, pois direciona os esforços analíticos do pesquisador para trabalhos realmente profusos no âmbito acadêmico. Na etapa 8, localizaram-se textos na íntegra, de modo a encontrar todos os artigos componentes do *corpus* de pesquisa. De posse dos artigos salvos em uma pasta destinada para essa finalidade, em computador pessoal dos autores, procedeu-se para a “etapa 9 — em que se realizou a “Leitura sistemática e análise dos artigos”.

Em atenção às funções desempenhadas pela comissão e pela corte Interamericana de Direitos Humanos, lança-se mão do expresso na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

Uma vez processados todos os procedimentos supramencionados, a próxima seção se dedica à discussão e análise dos resultados.

## 4 Discussão e análise dos resultados

Como resultado de pesquisa, ao se empregar o protocolo P1: #1 “TS=(judicializa\*)”, localizou-se o total de 468 artigos que versavam sobre o fenômeno da judicialização. No entanto, ao empregar o segundo protocolo, o P2: #2 “TS=(health OR welfare OR public health AND public policy OR implement\*)”, obteve-se o quantitativo de 3.738.132 publicações. Já ao finalizar o emprego dos protocolos anteriores, o P3: “#2 AND

#1”, ao localizar a intersecção entre os termos de pesquisa empregados anteriormente, chegou-se ao total de 147 artigos.

No entanto, ainda assim, 25 artigos foram eliminados por, pelo menos, duas principais razões. A primeira é pela persistência do registro em duplicidade na WoS. A segunda, por se tratar de uma análise exógena do fenômeno da judicialização, ou seja, de estudos que consideraram, em grande medida, a presença da indústria farmacêutica e de profissionais que atuam em redes privadas de saúde como elementos centrais do estudo. Ou seja, elementos que extrapolam o contexto da presente análise.

Por decorrência dos critérios adotados, 122 artigos compuseram o *corpus* de pesquisa. Em primeira análise, identificou-se que a produção científica sobre a judicialização da saúde, quando associada aos possíveis reflexos na implementação de políticas públicas de saúde, tem sido salutar tema de pesquisa na academia — sobretudo, a partir do ano de 2011. Quanto às explicações sobre o fenômeno, é possível se pensar em três principais razões.

A primeira se refere à problemática de gestão da política pública SUS, a respeito da desarticulação de áreas internas do programa e por consequência, pela não disponibilidade de recursos financeiros para resolver plenamente problemas de saúde que acometem a população, quando há casos, por exemplo, de doenças raras.<sup>51</sup>

Desarticulação esta que pode ser percebida em pontos críticos à implementação da Política Nacional de Medicamentos (PNM), como apresentado no estudo de Machado *et al.*<sup>52</sup> Sem dúvida, os fundamentos teóricos que oferecem explicações a essa problemática constituem o aperfeiçoamento das relações intergovernamentais. Destarte, para além de Hill e Hupe,<sup>53</sup> que sinalizam essa relação como fundamental para tornar o processo de implementação fluido, os fatores previstos por Lipsky<sup>54</sup> e Boaz *et al.*<sup>55</sup> também se adequam ao diagnóstico de falhas para a formulação de políticas públicas de saúde com base na perspectiva *top-down*.

Já a segunda razão conduz à interpretação de que o quantitativo de publicações científicas tem crescido em função do aumento das demandas judiciais em 42,6% entre 2007 e 2017, conforme afirma o relatório “Justiça Pesquisa”, publicado em 2019 (BRASIL, 2019), que o interesse despertado na academia, em relação ao fenômeno, corrobora o aumento de publicações na área, embora ocorrendo somente após o ano de 2011.

Por sua vez, a terceira razão encontra explicação para o crescente volume de estudos científicos sobre a expansão de litígios manifestada entre a década de 1990 e o início dos anos 2000, fomentada com maior intensidade, pela epidemia global do HIV/AIDS em países Latino-Americanos.<sup>56</sup>

É possível que essa terceira razão, também, ofereça explicações para a concentração em termos de países dos quais a produção científica analisada emergiu. Com base nesse raciocínio, identificou-se que o Brasil concentra 65% dos estudos sobre a temática em análise, seguido dos Estados Unidos, com 18%, da Colômbia, com 7%, da Argentina com 6% e da Inglaterra, com 4%.

<sup>51</sup> CNJ. Sumário Executivo Justiça Pesquisa. *Judicialização da saúde no Brasil*: perfil de demandas, causas e propostas de solução. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>52</sup> MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS, Daniel Resende; GUERRA JR, Augusto Afonso; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n3/2403.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>53</sup> HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

<sup>54</sup> LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. 30. ed. New York: Russel Sage Foundation, 2010.

<sup>55</sup> BOAZ, Annette; DAVIES, Huw; FRASER, Alec; NUTLEY, Sandra. *What works now?: evidence-informed policy and practice*. Bristol: Police Press, 2019.

<sup>56</sup> LAMPREA, Everaldo. The judicialization of health care: a Global South perspective. In: HAGAN, J. (org.). *Annual review of law and social science*. Palo Alto: Annual Reviews, 2017. v. 13. p. 431-449.

Ante o exposto, observa-se que o interesse de pesquisar sobre o fenômeno da judicialização da saúde se manifesta com maior intensidade em países Latino-Americanos, pois se somado, são responsáveis por 78% da produção científica global. Em países Africanos e Asiáticos, não foram encontradas publicações. Já quando se observa o *locus* de pesquisa em que os trabalhos foram conduzidos, mesmo os de origem estrangeira incorporaram, em seus estudos, o Brasil como caso emblemático do fenômeno da “Judicialização” da saúde.

De acordo com Rosana Helena Mass e Ana Paula Daroit,<sup>57</sup> até 2018, o direito à saúde não havia sido incorporado ao sistema de proteção, tampouco à jurisprudência no âmbito Interamericano de Direitos Humanos. As autoras argumentam que, embora o direito à saúde tenha respaldo no artigo 26 da convenção Americana de Direitos Humanos, sua proteção se dava de modo indireto via direitos civis e políticos. Situação se revertendo pois com o caso Pobleto Vilches.

Em detalhamento aos artigos analisados, cumpre caracterizá-los em termos de título, nome do autor, periódico, ano de publicação, número de citações (*Ci*), fator de impacto (*Fi*). Sendo assim, na Tabela 1, organizam-se e demonstram-se essas informações em função do cálculo *InOrdinatio*.

**Tabela 1 - Estudos classificados em função do cálculo *InOrdinatio***

Título	Autor (es)	Periódico	Ano	<i>Ci</i>	<i>Fi</i>	<i>InOrdinatio</i>
“Judicialization” of public health policy for distribution of medicines	Chieffi e Barata	Cadernos de Saúde Pública	2009	67	1,117	67
Judicialization of access to medicines in Minas Gerais State, Southeastern Brazil3/1/20 2:43:00 PM3/1/20 2:43:00 PM	Machado et al.	Revista de Saúde Pública	2011	38	1,911	40
The judicialization of biopolitics: Claiming the right to pharmaceuticals in Brazilian courts	Biehl	The American Ethnological Society	2013	35	3,053	39
The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil	Biehl, Social e Amon	Health and Human Right Journal	2016	23	1,074	30
Consequences of the judicialization of health policies: the cost of medicines for mucopolysaccharidosis	Diniz, Medeiros e Schwartz	Cadernos de Saúde Pública	2012	26	1,117	29
Conflicts and impasses in the judicialization of the supply of medicines: circuit court rulings on claims brought against the State of Rio de Janeiro, Brazil, in 2005	Borges e Uga	Cadernos de Saúde Pública	2010	26	1,117	27
Role of the Courts in the Progressive Realization of the Right to Health: Between the Threat and the Promise of Judicialization in Mexico	Daniels <i>et al.</i>	Journal Health Systems & Reform	2015	15	1,372	21
Access to medium and high-complexity procedures in the Brazilian Unified National Health System: a matter of judicialization	Gomes <i>et al.</i>	Cadernos de Saúde Pública	2014	13	1,117	18
The judicialization of health in the Federal District of Brazil	Diniz, Machado e Penalva	Ciência & Saúde Coletiva	2014	12	1,960	17

<sup>57</sup> MAAS, Rosana Helena; DAROIT, Ana Paula. A proteção interamericana do direito humano e social à saúde. *Revista Direito Sanit.*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 13-31, mar./jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/164199/157581/380320>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Título	Autor (es)	Periódico	Ano	<i>Ci</i>	<i>Fi</i>	<i>InOrdinatio</i>
Judicialization and Health Policy in Colombia: The Implications for Evidence-Informed Policymaking	Hawkins e Rosete	Policy Studies Journal	2019	4	3,917	14
The Judicialization of Health Care: A Global South Perspective	Lamprea	R. of Law and Social Science	2017	5	2,360	13
The thesis of judicialization of health care by the elites: medication for mucopolysaccharidosis	Diniz, Medeiros e Schwartz	Ciência & Saúde Coletiva	2013	9	1,960	13
The judicialization of health care: a case study of three state courts in Brazil	Travassos <i>et al.</i>	Ciência & Saúde Coletiva	2013	7	1,960	11
Judicialization 2.0: Understanding right-to-health litigation in real time	Biehl <i>et al.</i>	Global Public Health	2019	1	1,943	11
Implementing a Circle of Accountability: A Proposed Framework for Judiciaries and Other Actors in Enforcing Health-Related Rights	Yamin e Lander	Journal of Human Rights	2015	5	1,185	11
How the Uruguay an Judiciary Shapes Access to High-Priced Medicines: A Critique through the Right to Health Lens	Pizzarossa, Pehudoff e Forte	Health and Human Right Journal	2018	2	1,074	11

Fonte: Dados da pesquisa.

Legendas: *Ci*: Quantidade de citações; *Fi*: Fator de impacto.

Cumprido salientar, que o Ministério da Saúde (MS), a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se colocam como fontes de pesquisa utilizadas por autores não somente da área da saúde, mas também do Direito, por contemplarem dados oficiais de desempenho da saúde no Brasil. Em especial, o CNJ conta com a elaboração anual de relatórios sobre a judicialização da saúde no Brasil.

Em termos de metodologia adotada, os estudos recorreram, em grande medida, à pesquisa documental triangulada com estudos de caso. Para tanto, foram utilizados dados de documentos de decisões judiciais — sobretudo de Tribunais Estaduais e Federais. Como principais variáveis adotadas, identificaram-se: parte ativa no litígio; tipo de demanda; complexidade e reincidência de demandas.

Em termos de avanços no conhecimento, identificado em estudos da Tabela 1, cumpre observar que o estudo de Chieffi e Barata (2009) se destaca não somente pelo número de citações, mas também pela publicação em *journal* de alto impacto. A contribuição do referido estudo rompe com a ideia de que as partes litigantes são apenas aquelas em vulnerabilidade socioeconômica. Em verdade, os autores sublinham que substancial parcela da população, atendida por demandas judiciais, não somente goza de melhores condições financeiras, como também reside em áreas com baixa ou sem nenhuma vulnerabilidade social. Nesses termos, a gravidade é que decisões judiciais em favor desses indivíduos, e não do coletivo, acentuam desigualdades sociais no âmbito da saúde.

Em termos de gestão, sublinha-se a utilidade do Sistema de Controle Jurídico (SCJ), disponibilizado aos gestores da saúde, que, dentre outros benefícios, auxilia o acompanhamento do cumprimento de decisões judiciais. Esse mecanismo é colocado como de fundamental auxílio em relação à implementação de políticas de saúde, sobretudo a do SUS, que enfrenta problemas de coordenação.

Um ponto em comum dos estudos de Chieffi e Barata<sup>58</sup> e Machado *et al.*<sup>59</sup> refere-se à constatação de que as demandas ajuizadas no Judiciário brasileiro são peticionadas por advogados particulares. Em ambos os estudos, postula-se que, na verdade, ocorre o contrário do que se espera quando há demandas por medicamentos de alto custo, cuja ação, poderia se valer da justiça gratuita.

Nesse raciocínio, o artigo de Borges e Ugá<sup>60</sup> endossa que o fornecimento de medicamentos de alto custo para essa classe social é comumente oriundo de prescrições médicas de consultas particulares, que não recomendam, muitas vezes, medicamentos componentes da lista do SUS – RENAME. Com efeito, a implementação de políticas públicas de saúde é “estrangulada”, ao passo que colapsos nos sistemas de saúde pública passam também a operar em virtude do não alinhamento entre as expectativas do cidadão e o estoque disponível de medicamentos.

Por outro lado, essa “interferência” do Judiciário no processo de implementação não é vista como algo anômalo à harmonia entre os poderes estatais. Essa não anomalia é colocada para defender que a judicialização cumpre com o papel de mecanismo utilizado por indivíduos hipossuficientes para responsabilizar o Estado. Assim, Travassos *et al.*,<sup>61</sup> Diniz, Machado e Penalva<sup>62</sup> e Biehl, Socal e Amon<sup>63</sup> sublinham que os pacientes-litigantes são de fato hipossuficientes, pois não somente se utilizaram de serviços prestados pela defensoria pública e residiam em regiões carentes, como também se utilizaram de receitas médicas oferecidas pelo SUS.

Em raciocínio positivo, o estudo de Diniz, Medeiros e Schwartz<sup>64</sup> alerta que o impacto das decisões judiciais nas compras públicas é nítido, a começar pela instabilidade gerada no planejamento de compras de medicamentos, cujo maior problema, para além da logística envolvida nesse processo, refere-se à perda da economia de escala, imprescindível para se proverem serviços com o menor custo possível para o Estado.

Em contribuição, segundo Gomes *et al.*<sup>65</sup>, embora os medicamentos constituam produtos farmacêuticos altamente litigados, as internações em leitos comuns são também comumente litigadas devido a questões de infraestrutura das organizações de saúde no país.

<sup>58</sup> CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, São Paulo, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

<sup>59</sup> MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS, Daniel Resende; GUERRA JR, Augusto Afonso; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n3/2403.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>60</sup> BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Domingues. Conflicts and impasses in the judicialization of the supply of medicines: circuit court rulings on claims brought against the State of Rio de Janeiro, Brazil, in 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 26, n. 1, p. 59-69, 2010.

<sup>61</sup> TRAVASSOS, Denise Vieira; FERREIRA, Raquel Conceição; VARGAS, Andréa Maria Duarte; CONCEIÇÃO, Elza Maria de Araújo; MARQUES, Daniela de Freitas; FERREIRA, Efigênia Ferreira e. Judicialização da saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 11, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v18n11/31.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>62</sup> DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Amp. Saúde Coletiva*, v. 19, n. 2, p. 591-598, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v19n2/1413-8123-csc-19-02-00591.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>63</sup> BIEHL, João; SOCAL, Mariana P.; AMON, Joseph J. The judicialization of health and the quest for state accountability: evidence from 1,262 lawsuits for access to medicines in southern Brazil. *Health and Human Rights*, v. 18, n. 1, p. 209-220, 2016. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5070692/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>64</sup> DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 28, n. 3, p. 479-489, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v28n3/08.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

<sup>65</sup> GOMES, Fernanda de Freitas Castro; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; MACHADO, Carlos Dalton; SANTOS, Viviane Cristina dos; ACURCIO, Francisco de Assis; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Access to medium and high-complexity procedures in the Brazilian Unified National Health System: a matter of judicialization. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 31-43, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v30n1/0102-311X-csp-30-01-00031.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

Adotando uma abordagem propositiva, Daniels *et al.*<sup>66</sup> Demarcam que, considerando-se que as decisões judiciais podem exceder-se na tentativa de fazer justiça (adotando postura ativista-judicial), sobretudo ante à incapacidade do Poder Executivo em prover de serviços públicos em nível ideal ao demandado pela sociedade. Dessa forma, pode-se pensar, em relação ao sistema de saúde, em desenvolver um processo deliberativo justo para determinar como alcançar a realização progressiva do direito à saúde ou a cuidados de saúde.

Essa deliberação pode ocorrer não no momento da implementação, mas sim em relação à (re)formulação de políticas públicas, com vistas a não se frustrarem as expectativas entre o formulado e o implementado, conforme asseveram Hill e Hupe.<sup>67</sup> Corroborando, ainda, a terceira diretriz de política pública equitativa de Whitehead<sup>68</sup> de tornar o momento de formulação, participativo.

Em exame ao caso colombiano, Hawkins e Rosete<sup>69</sup> pontuam que esse processo deliberativo se consubstancia na forma de sistemas consultivos, no qual orienta e fundamenta, cientificamente, a tomada de decisão judicial e também de implementadores de políticas de saúde. No entanto, esse processo é mais profícuo em fase de formulação de políticas públicas de saúde, pois, assim, haverá adequado planejamento da ação estatal — sobretudo, no planejamento orçamentário.<sup>70</sup>

Ao que sugerem as pesquisas, seria profícuo se pensarem em arranjos institucionais de cunho deliberativo que integrem juízes e implementadores de políticas públicas de saúde, para que, com base no estabelecimento dialógico entre as partes, haja adequada parcimônia das decisões judiciais e as dificuldades de gestão quando do processo de implementação.

#### **4.1 O papel do poder judiciário *vis-à-vis* à judicialização da saúde: o aquecimento para uma postura de transição de interventor, invasor ou mero cooperador para colaborador**

Em definição clássica publicada na *Harvard Business Review*, cooperação não é sinônimo de colaboração.<sup>71</sup> Enquanto cooperação envolve esforços pontuais relativos à atuação conjunta estabelecida entre Judiciário-Executivo. A colaboração firma a base dessa atuação com base no compromisso permanente e ativo, do início ao fim, cindindo-se, apenas quando se atinge as metas e objetivos previamente planejados. Ou seja, com base na perspectiva do direito constitucional, não se cindirá repentinamente, haja visto que o ordenamento jurídico pátrio emana ordens ao Executivo continuamente até previsão em contrário.

De posse dessa básica distinção conceitual, afirma-se que, embora haja gargalos de processo de modo assimétrico em diferentes organizações envolvidas na grande missão de entregar “saúde pública” à população brasileira, a judicialização, por esta ótica, não se consagra como problema de gestão de ordem unilateral, mas sistêmica, de tal sorte a invocar a colaboração ainda mais justaposta àquela selada pelo constituinte em 1988, (re)clarificando os papéis do Executivo e do Judiciário nesse sentido.

Em linha, o diagnóstico possibilitado pelo levantamento exaustivo da literatura aponta para ações colaborativas entre os poderes do Estado, pautadas pelo conceito de equidade. A respeito disso, se observa que, ante às decisões e monitoramento do direito à saúde desempenhado pelo judiciário, é imprescindível que

<sup>66</sup> DANIELS, Norman; CHARVEL, Sofia; GELPI, Adriane H.; PORTENY, Thalia; URRUTIA, Julian. Role of the courts in the progressive realization of the right to health: between the threat and the promise of judicialization in Mexico. *Health Systems & Reform*, v. 1, n. 3, p. 229-234, 2015.

<sup>67</sup> HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

<sup>68</sup> WHITEHEAD, Margareth. The concepts and principles of equity and health. *International Journal of Health Services*, v. 22, n. 3, p. 429-445, 1992. DOI: 10.2190/986L-LHQ6-2VTE-YRRN.

<sup>69</sup> HAWKINS, Benjamin; ROSETE, Arturo Alvarez. Judicialization and health policy in Colombia: the implications for evidence-informed policymaking. *Policy Studies Journal*, v. 47, n. 4, p. 953-977, 2019.

<sup>70</sup> PIZZAROSSA, Lucía Berro; PEREHUDOFF, Katrina; FORTE, José Castela. How the Uruguayan Judiciary shapes access to high-priced medicines. *Health and Human Rights*, v. 20, n. 1, p. 93-105, 2018.

<sup>71</sup> ASHKENS, Ron. There's a difference between cooperation and collaboration. *Harvard Business Review*, 2015.

as pessoas tenham acesso à justiça, assumindo-se, em contrapartida, a capacidade de se sentenciarem entes subnacionais em paridade ao postulado da equidade.<sup>72-73</sup>

Argumenta-se pelo presente, que, para a capacitação estatal se desenhar em paridade ao conceito de equidade, deve-se assumir que a alquimia entre os poderes estatais, a respeito do judiciário, não deve se consagrar, única e exclusivamente, em sede do constitucionalismo regional, mas encontrar, no constitucionalismo transformador da América Latina, alternativas exequíveis.<sup>74</sup>

Considerando-se que os países latino-americanos são unidos pelo cenário da profunda exclusão social, o encadeamento de violações de direito e desafios de ordem financeira e orçamentária, identificou-se que, ao invés de julgar os casos individuais e comprometer o orçamento público (conflitando, assim, com o Princípio do Equilíbrio Orçamentário), os juízes devem julgar em nome da saúde coletiva com base nas demandas próprias de cada país. Por essa razão, se reforça nesse artigo buscas por estratégias que não o proferir sentenças ancoradas, única e exclusivamente, no direito, mas também, considerando-se os desafios da Gestão Pública inerentes ao Poder Executivo.

O fato, por exemplo, de os “[...] médicos rotineiramente apresentarem aos pacientes a possibilidade de judicializar, além de os incentivar a persegui-los para acessar os medicamentos prescritos”<sup>75</sup> repercute a pressão sobre o Executivo que vê a política pública de saúde estrangulada. Ou seja, trata-se de avançar no debate da judicialização, pelo direito público e constitucional, enquanto alternativa supranacionalmente disponível em relação à comissão e à corte Interamericana de Direitos Humanos.

De modo adicional, Machado *et al.*<sup>76</sup> criticam a argumentação que coloca como conflitantes os direitos coletivo e individual, pois o atendimento de uma demanda individual não necessariamente leva à descon sideração da coletividade. Afinal, o coletivo é composto por indivíduos. Mais uma vez, desloca-se para a discussão maior sobre a necessidade de justificação, transparência e democracia a respeito das decisões de alocação de recursos para um aspecto pontual de atendimento de uma demanda.

Já Yamin e Lander<sup>77</sup> revelaram que os reflexos das decisões judiciais não se traduzem de modo direto, apenas, para o beneficiário que tem seu direito assegurado em curto e médio prazo, mas também por gerar impactos orçamentários de longo prazo para os entes federados, que, por sua vez, rompem com o funcionamento do ciclo de políticas públicas não exclusivas da área da saúde.

No entanto, o Poder Judiciário, por sua vez, tem respondido à altura a crítica das supostas decisões micro sociológicas e reducionistas ao que postula o ordenamento jurídico, alertando que o texto constitucional é produto de construção dialética do homem, e que seus ditos não se confundem com profundas promessas de Direito, significando, desse modo, que a clara garantia de direito é condição *sine qua non* para que haja direcionamento da ação estatal.<sup>78</sup>

<sup>72</sup> YASMIN, Alicia Ely; LANDER, Fiona. Implementing a circle of accountability: a proposed framework for judiciaries and other actors in enforcing health-related rights. *Journal of Human Rights*, v. 14, n. 3, p. 312-331, 2015. DOI: 10.1080/14754835.2015.1056874.

<sup>73</sup> Excerto original: “[...] physicians routinely introduce patients to the possibility of judicializing and encourage them to pursue it in order to access prescribed medicines.”

<sup>74</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, n. 269, p. 13-66, 2015. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57594>. p. 15.

<sup>75</sup> BIEHL, João; AMON, Joseph J.; SOCAL, Mariana P.; PETRYNA, Adriana. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health and Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 36-52, 2012. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22773096/>. Acesso em: 29 mar. 2021. p. 14.

<sup>76</sup> MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS, Daniel Resende; GUERRA JR, Augusto Afonso; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n3/2403.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

<sup>77</sup> YASMIN, Alicia Ely; LANDER, Fiona. Implementing a circle of accountability: a proposed framework for judiciaries and other actors in enforcing health-related rights. *Journal of Human Rights*, v. 14, n. 3, p. 312-331, 2015. DOI: 10.1080/14754835.2015.1056874.

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.



Ao que parece, essa preocupação situa-se superada no estudo de Ribeiro e Hartmann<sup>79</sup>, ao passo que se apontam as inovações institucionais, como a criação de centros de assessoria técnica aos juízes (Núcleos de Assistência Técnica – NAT),<sup>80</sup> focados em disputas envolvendo o direito à saúde, bem como câmaras extrajudiciais de resolução de conflitos, como arranjos institucionais passíveis de implementação por gestores públicos do Poder Judiciário e Executivo. Reduzindo, sem embargo, falsas projeções de um judiciário interventor ou até mesmo injusto com os mais sagrados princípios da ciência da administração. No entanto, apresentou-se, com base nesse exemplo, a mais genuína forma de cooperação, pois, em termos de gestão, proclama a celeridade e ativez para o processo da implementação da política pública de saúde.

Esses arranjos institucionais acrescentam um novo papel ao Poder Judiciário, qual seja: o de supervisionar as políticas públicas de saúde. Assim, em corrente alternativa, para além do Poder Executivo, o campo de políticas públicas passa a considerar o olhar do Judiciário sobre a implementação de políticas públicas, bem como concebê-lo como gerador de políticas públicas, inaugurando as políticas públicas do Judiciário.<sup>81</sup> Essa nova roupagem conferida ao Poder Judiciário de supervisionar políticas públicas e preservar a vida de cidadãos identifica-se como a “abordagem 2.0 da judicialização”.<sup>82</sup>

Isto é, a sutil diferença entre o desenho de competências e prerrogativas constitucionais também se contempla de modo confuso a respeito do conceito de cooperação e colaboração. Isto é, ao atuar como supervisor de políticas públicas, situado no contorno e centro de sua atuação, o Judiciário deixaria de agir como mero cooperador, elevando-se ao status de colaborador à medida que se compromete, do início ao fim, com a não violação do direito à saúde em sentido mais restrito e mais amplo com base no diagnóstico das falhas de gestão. Argumenta-se, porém, que, na busca por soluções para o processo da implementação na arena internacional, o aparente conflito conceitual se dilui. A próxima seção do artigo desenvolve essa argumentação.

#### 4.2 De interventor para colaborador: a arena internacional latino-americana enquanto espaço de soluções “outras” possíveis

Quando propusemos o título deste artigo “Avanços no debate da Judicialização da saúde”, assim o fizemos em extensão ao que identificamos na literatura internacional e nacional sobre o tema. Isso porque não estávamos convencidos e convencidas de que houvesse o esgotamento das possibilidades de atuação conjunta entre os Poderes Executivo e Judiciário nesta literatura. Esperávamos encontrar um *pot-pourri* de opções nesse sentido. Em especial, soluções “outras” para além da abordagem clássica da administração de materiais, da logística, de suprimentos e dos modelos de gestão e coordenação de pessoas no processo coprodutivo e colaborativo em políticas públicas. Essa solução “outra”, a que referimos nos próximos parágrafos, resgata, no ambiente externo: o ambiente internacional enquanto arena possível a se manifestar a colaboração entre esses poderes.

<sup>79</sup> RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 3, p. 35-52, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/48160/29945>. Acesso em: 31 mar. 2021.

<sup>80</sup> Já em funcionamento, tem-se, por exemplo, pioneiro no Brasil, o “Núcleo de Assessoria Técnica da Magistratura (NAT), hoje denominado de Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NAT JUS, conforme Resolução 238 de 2016 do CNJ, tem sua origem nas demandas por retrovirais para tratamento da AIDS” no Rio de Janeiro (NATJUS/RJ). O NATJUS também está presente em outros estados brasileiros.

<sup>81</sup> BIEHL, João; SOCAL, Mariana P; GAURI, Varun; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; RONDON, Gabriela; AMON, Joseph J. Judicialization 2.0: understanding right-to-health litigation in real time. *Global Public Health*, v. 14, n. 2, p. 190-199, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441692.2018.1474483?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>82</sup> BIEHL, João; SOCAL, Mariana P; GAURI, Varun; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; RONDON, Gabriela; AMON, Joseph J. Judicialization 2.0: understanding right-to-health litigation in real time. *Global Public Health*, v. 14, n. 2, p. 190-199, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441692.2018.1474483?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 29 mar. 2021.

A atuação colaborativa do Poder Judiciário, em conjunto com o Poder Executivo frente à judicialização da saúde, é, sem embargo, a mais profícua das alternativas pensadas por acadêmicos do Direito Público e Constitucional e da Administração Pública e Governo. Especialmente quando se pensa que a implementação das políticas públicas requer atuação conjunta e solidária dos poderes estatais, explorando, se necessário, a interdisciplinaridade do conhecimento teórico-empírico disponível em ambas as áreas. A respeito dessa linha de desenvolvimento, essa seção considera o contexto latino-americano enquanto hospedeiro de 6 dos 20 países mais desiguais do mundo<sup>83</sup>, dado inicial suficiente para inferir que há unicidade, subalternização desenvolvimentista a países do norte global, similaridades, históricos e experiências de gestão (especialmente) interessantes a se partilhar na arena internacional, agora espaço de fortalecimento possível à colaboração entre cortes constitucionais (e seus respectivos sistemas judiciais) e ações de competência do Executivo de plantão.

Neste limiar, os direitos humanos, o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 5 CFRB de 1988), apresentam-se enquanto *frames* possíveis à judicialização da saúde em sua abrangência e congruência territorial, cultural e política latino-americana. São preceitos jurídicos que acompanham a organização de elementos do Estado, incorporados enquanto cláusulas pétreas no ordenamento jurídico pátrio, para citar o caso do Brasil.

Atento às eventuais especificidades do caso concreto de diferentes países, impõe-se como subsunção, o diagnóstico do fato jurídico que se apresenta aos países inscritos na realidade latino-americana e quais os enquadramentos jurídico-legais possíveis a se fazer em cada caso. Nesse caminho e em exercício aplicado, considerando que pelo menos 6% da população mundial é acometida por doenças raras, aquelas não resoluntas com o mais avançado conhecimento das ciências médicas<sup>84</sup>, cumpre observar o caso dos medicamentos de alto de custo no Brasil, cujos fármacos desenvolvidos pelas indústrias farmacêuticas apresentam-se se como o único meio possível ao alcance de um estado próximo do conceito de bem-estar ao paciente. Afinal, comumente trata-se de solução farmacológica a cumprir com a função da melhoria da qualidade de vida daquele enfermo que já lida com a severidade da doença.

Assim, tomando como exemplo a clássica falta de medicamentos de alto custo para o cidadão brasileiro, a situação prevê a demanda por saúde diretamente ao Poder Executivo. Logo, a proposição lógica é simples: se não tem medicamento, não há amparo (fato jurídico). Nesse limiar, e em inquérito à busca por culpados pelo patente desamparo aos sujeitos de direito, não raramente a visão da gestão pública tem sido a de que atuação do Judiciário (com o proferir sentenças, sobretudo) repercute, negativamente, no funcionamento do ciclo das políticas públicas. Isto de tal sorte a fomentar guerras narrativas interpeladas por novos processos de nomeação aos juizes, agora lidos como “invasores”, “ditadores”, “deuses”, “parasitas”, “interventores” ou qualquer outro léxico a inscrever e produzir sentidos pejorativos à consagrada atividade judicante.

Isto é, ao falhar, o Poder Executivo informa ao Judiciário nítidos problemas da saúde pela simples exposição da questão de direito. Cumpre lembrar que esse fato se enquadra na lei quando o ordenamento jurídico afirma que o cidadão tem o direito à saúde, à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos (Art. 5 CFRB de 1988). Quanto ao nexos de causalidade inerente à subsunção, que, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, aponta a relação da ação (ou omissão) com o resultado respectivo<sup>85</sup> (falta de medicamento), o resultado das falhas de gestão passa a ser claro: o não provimento da proteção à saúde implica a conclusão de que o Estado, mesmo tendo a obrigação de provê-lo, não o concretiza.

<sup>83</sup> PIOVESAN, Flavia; CRUZ, Júlia Cortez da Cunha. Measuring transformation: at the 50th anniversary of the American Convention on Human Rights, a move to maximize its structural impact. *Harvard Review of Latin America*, p. 1-3, 2019.

<sup>84</sup> EURORDIS. *O que é uma doença rara?*. Disponível em: <https://www.eurordis.org/pt-pt/content/o-que-e-uma-doenca-rara>. Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>85</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Gazeta Jurídica: Brasília, 2016.

Em complemento, o diagnóstico da situação de agravamento da saúde pública brasileira se confirmou nos estudos levantados, havendo, como norte comum, o questionamento de onde está a origem da questão de direito (a controvérsia): notadamente as falhas da implementação. Não raramente, a falta de políticas públicas eficazes e eficientes apresentou-se como crítica a ser diluída pelo Poder Executivo. Todavia, aponta-se, nessa seção, que aperfeiçoamentos no processo de implementação da Política Pública de Saúde podem se dar com base nos trabalhos desenvolvidos a respeito da comissão e da corte Interamericana de Direitos Humanos, dada a visão integrativa em que este artigo se inscreve.

Em que pese a abordagem clássica sobre a gestão da política pública se dar no âmbito do poder Legislativo (explorando as dinâmicas da agenda-setting) e Executivo (abordagens do governo em ação em associado à Teoria da escolha pública), a presente proposta explora a “atuação 2.0 do Judiciário” em três eixos: a) representada na troca de experiências entre países (no âmbito dos trabalhos da comissão); b) relativa ao auxílio mútuo (mensurado pelas iniciativas de cooperação e colaboração no âmbito da comissão) e c) em eventuais penalidades como forma de pressão externa ao país violador de um *ius constitutionale commune* (no âmbito da corte).

a) Sobre a troca de experiências entre países no âmbito dos trabalhos desenvolvidos pela comissão Interamericana de Direitos Humanos, trata-se do fortalecimento, em associado, de dois polos de trabalho: do estímulo à consciência e da formulação de recomendações.

#### a.1 Do estímulo à consciência dos Direitos Humanos

Em que pese o disposto na seção 2 a que trata das funções da comissão Interamericana de Direitos Humanos de “estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América” (Art. 41, item a, Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), sugere-se, neste artigo, a incorporação não apenas do *Ius Constitutionale Commune da América Latina* (ICCAL) como parâmetro de direito comparado<sup>86</sup>, mas também a coleta de diferentes casos de gestão da saúde, explorando os pontos de sucesso e falhas da implementação da política pública de saúde de cada país (e exemplo do caso chileno que informa desdobramentos recentes de uma nova constituinte em matéria de saúde).

Complementarmente a esse exercício comparativo, os benefícios das experiências forâneas também apresentam-se necessários ao conjunto relacional Judiciário-Executivo<sup>87</sup>, reduzindo, ocasionalmente, a alegada carga de responsabilidades delineadas pelo constituinte ao Poder Executivo. Reforça-se um judiciário colaborador (e não apenas cooperador) disposto a repercutir os trabalhos da comissão a “distintos níveis de poder de decisão jurisdicional”.<sup>88</sup> Trata-se de consagrar escala de atuação multilateral à medida que o agir da comissão, urgente nos termos da Doutora Flávia Piovesan, reverbera ao conglomerado de países aderentes aos termos, ainda que parciais, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Isto posto, afirma-se haver, a respeito do compilar experiencial entre países e cortes constitucionais, fundamentos empíricos para a subsunção do direito à saúde enquanto direito humano, havendo, nas diretivas e dinâmicas comunicacionais da comissão, a incorporação de tais direitos em conjunto e não em separado. Que se quer dizer é que a consciência coletiva, antes de assim a ser, deve ser estimulada, institucionalmente, por meio de *frameworks* de iniciativa, como da própria comissão, sugestivamente. Inserindo-se, seguramente, no ciclo hermenêutico-ontológico da construção do ser consciente daquilo que lhe é assegurado e lhe pertence (ou possa vir a pertencer).<sup>89</sup> Ancoradas na grande Teoria da Educação de Jhon Dewey<sup>90</sup>, as soluções

<sup>86</sup> VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 269, p. 13-66, 2015. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57594>. p. 18.

<sup>87</sup> CARBONELL, Miguel. *Introducción general al control de convencionalidad*. Disponível em: <https://www.unam.mx/>. Acesso em: 21 maio 2021. p. 88.

<sup>88</sup> PIOVESAN, F.; BORGES, Bruno Barbosa. O Diálogo Inevitável Interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*. *Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)*, v. 23, 2019. p. 21.

<sup>89</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Advogado Editora, 2008. p. 6.

<sup>90</sup> DEWEY, John. *Progressive education and the science of education*. *Recherche & formation*, v. 3, n. 92, p. 71-82, 2019. DOI: 10.4000/rechercheformation.5686. Disponível em: <https://www.cairn-int.info/journal-recherche-et-formation-2019-3-page-71>.

pragmáticas de cunho pedagógico-educacional também se apresentam como portal adicional a iniciativas de fortalecimento dos trabalhos da comissão.

Em avanço, é em somatória às ontologias do ser vulnerável latino-americano que as soluções a controvérsias das questões de direito e dos dilemas de gestão (decisão alocativa de recurso que decide quem vive e quem morre, os gargalos de processo, a bioética etc.) requerem ações pragmáticas, genuinamente representadas nas ações de estímulo à consciência de Direitos Humanos da capitaneada pela Comissão. Conscientizar significa antes conhecer o histórico do processo da construção do estoque de significados de direitos — afinal, o que é ter direito? Se o Estado for incapaz de o prover, a sua eficácia é afastada do instituto da violação ou relegada ao lamento do “deveria mas não o fez?” — produzidos no conglomerado “América Latina”.

E cabe à comissão tomar ciência da pluralidade a que se reveste tais signos, para, assim, disponibilizar o significado uno da violação de direito e da responsabilidade dos Estados-nacionais frente a essa violação. Tornando-se central, nesse processo, a conformação de um “bloco constitucional comum”, internacionalmente compartilhado.<sup>91</sup> Por movimentos de acesso à consciência, postula-se em Dewey o afastar das subjetividades acentuados pela variância dos modelos cognitivos para a consciência de direito constituída socialmente. Ou seja, novamente pelo caso do Brasil, os esforços dos trabalhos de estímulo à consciência, partindo do ideal de redução da judicialização, devem enveredar-se para o mundo das possibilidades de pressão sobre o gestor. Fazendo-o agir, preventivamente, às demandas de saúde, evitando-se, litígios futuros. Em linha, consta o ato de formular recomendações para os Estados-nacionais,

#### a.2 A formulação de recomendações para os Estados-nacionais

Com base na toada da recomendação (Art. 41, item b, Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), se orientam as principais funções da comissão, retratadas, neste artigo, com base no banco de experiências que se poderia construir no rol das atividades cotidianas da comissão, facilitando a elaboração de relatórios técnico-jurídico e também de gestão, ambos úteis não apenas para as trocas de experiências, mas também para a assertividade e precisão das recomendações que lhe compete. Se organizados e disponibilizados a gestores públicos, apresentar-se-iam ainda mais úteis.

Não há dúvida de que o fluxo de trabalhos da comissão tende a aumentar à medida que o alcance de efetivação dos direitos humanos encontra-se abalado<sup>92</sup>. No entanto, cumpre lembrar que suas ações se consagram como juízo opinativo que não se confunde com parecer a gerar, necessariamente, implicações vinculativas na esfera civil, administrativa e criminal. A finalidade dos atos de recomendação da comissão reveste-se do múnus da ética, cuja força ancora-se no comportamento estatal esperado. A fundamentação dessa sacra força estruturante do tecido social encontra, no pragmatismo e no instrumentalismo de Jhon Dewey, professor da *Harvard Kennedy School*<sup>93</sup>, *frameworks* claros da atuação da comissão enquanto a figura do mediador *ombudsman*<sup>94</sup> entre aqueles marginalizados e o Estado (e seus comandantes) arbitrário. Por seu turno, os trabalhos da comissão apresentam-se como respostas às insuficiências do controle político e administrativo-doméstico aproximando-se mais de uma tipologia de controle “desformalizado” regionalmente<sup>95</sup>.

htm.

<sup>91</sup> Ainda que haja certa ruptura nos tradicionais estudos do direito internacional público e do direito estatal. Ver VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, n. 269, p. 13-66, 2015. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57594>. p. 22.

<sup>92</sup> VENTURA, Catarina Sampaio. O poder da recomendação. *Provedoria de Justiça*, p. 5-8, 2013. Disponível em: [https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Catarina\\_S\\_Ventura\\_-\\_O\\_poder\\_da\\_Recomendacao\\_-\\_IIIENPE.pdf](https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Catarina_S_Ventura_-_O_poder_da_Recomendacao_-_IIIENPE.pdf). Acesso em: 24 maio 2021.

<sup>93</sup> HILDEBRAND, David. John Dewey. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/dewey/>.

<sup>94</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Do ombudsman ao provedor de justiça*. Coimbra, 1979. p. 88.

<sup>95</sup> VENTURA, Catarina Sampaio. O poder da recomendação. *Provedoria de Justiça*, p. 5-8, 2013. Disponível em: [https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Catarina\\_S\\_Ventura\\_-\\_O\\_poder\\_da\\_Recomendacao\\_-\\_IIIENPE.pdf](https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Catarina_S_Ventura_-_O_poder_da_Recomendacao_-_IIIENPE.pdf). Acesso em: 24 maio 2021.

b) Em continuidade, partindo agora para o auxílio mútuo (cooperação e colaboração) a ser reforçado na comissão Interamericana de Direitos Humanos, observam-se polos possíveis de trabalho:

Embora a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não mencione os léxicos “cooperação” e “colaboração”, o “assessoramento” a que trata o item 3 do seu art. 41 possibilita, na melhor das intenções, enquadrar a comissão como o *staff* provedor da boa governança na relação Judiciário-Comissão-Executivo dos Estados nacionais. Não se trata de elevar o *status* da comissão ao nível de executor das políticas públicas, mas, tão somente, o de assessorá-las. Isto posto, colaborador seria o Judiciário-regional do Estado aderente à Convenção, ao passo que este firma compromisso do mais longo prazo de colaborar com a não violação de direitos com base na perspectiva da implementação das políticas públicas.

c) Eventuais penalidades como forma de pressão externa

Considerando-se a necessária observância dos ritos processuais (elencados na seção 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e que “somente os Estados parte e a comissão têm o direito de submeter caso à decisão da corte” (Art. 61 Da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), invocam-se ressalvas a serem observadas na condução dos trabalhos da corte.

Embora se reconheça a importância de se engendrar uma espécie de garantia supranacional via constitucionalismo transformador, argumenta-se que, ao se elevarem as falhas da implementação de políticas públicas ao *status* das discussões de violações de direitos humanos, em relação à comissão da corte interamericana, não se condicionam os resultados deliberativos a medidas punitivas, tampouco de *enforcement*. Isto de modo semelhante à força jurídica e transformadora dos relatórios elaborados pela comissão. Por essa razão, não se vislumbra, no âmbito da comissão e da corte interamericana de Direitos Humanos, o fazer valer causalidades nos sistemas judiciais, mas mormente o explorar as relações entre cortes enquanto alternativa possível à exposição de demandas de saúde (não atendidas) para além dos meios jurídico-nacionais.

Em análise ao bônus dessa alternativa, considera-se como a alternativa melhor situada no federalismo brasileiro. Primeiramente, porque invocar a articulação comunicacional entre cortes constitucionais e a Corte Interamericana de Direito Humanos faz sentido quando se confronta que a emergência de processos de inovação proclama relação federativa fluída e melhoria na forma de coordenação entre os entes federados<sup>96</sup> e o contínuo aperfeiçoamento das relações intergovernamentais.<sup>97</sup>

A viabilidade dessa alternativa apresenta-se possível pelo próprio arranjo federativo que centraliza, no âmbito da União, a coordenação da Política Pública de Saúde (a exemplo do SUS). Por essa perspectiva, se necessário o diálogo com o Poder Executivo, a governança política e técnica do Ministério da Saúde e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em conjunto com o Judiciário, seriam mais fáceis. Assim, se extrai a genialidade da arena internacional como espaço outro possível de fluxos, ainda que para os países não federalizados que haveriam de superar os desafios da coordenação nacional e subnacional das demandas em saúde. No entanto, há três preocupações teórico-empíricas que devem ser observadas para ambos os casos:

- i) o duplo agir do sistema judicial brasileiro (doméstico e supranacional) pode agravar, ainda que ontologicamente, o conflito de competências do Poder Executivo e Judiciário se não delimitado, pragmaticamente, e seguido do trabalho de comunicação institucional a justificar as ações do Judiciário. Nesse sentido, sugere-se, neste artigo, a incorporação das iniciativas e articulações lideradas pelo judiciário nos relatórios Justiça em Números e Judicialização da Saúde no Brasil, ambos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ);
- ii) considerando-se que Michael James Hill e Peter Hupe<sup>98</sup> demarcam que é pelo caráter prescritivo de

<sup>96</sup> HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

<sup>97</sup> EVANS, Tony; HUPE, Peter L. *Discretion and the quest for controlled freedom*. Palgrave MacMillan, 2019. p. 252.

<sup>98</sup> HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

ações e decisões judiciais que os implementadores de políticas públicas agem, cumpre lembrar que, ao ser alçado para a arena internacional, as ações do judiciário não estarão imunes da interpretação do ativismo burocrático em associado ao ativismo institucional. Se levado a cabo de modo sistemático, e ainda não trabalhado pelos auspícios da *accountability* comunicacional, tende-se a agravar a imagem do judiciário juntamente à opinião pública, reforçando a compreensão de um judiciário não colaborador.

Especialmente por haver casos como o Reverón Trujillo *vs.* Venezuela (iniciado em 2007) (tratando inclusive de questões da administração pública (destituir pessoas de cargos por entender por alguma razão, que não mais subsistem razões para o exercício profissional) e Camba Campos e *versus.* Equador (iniciado em 2004) e dentre outros casos mencionados no estudo de Flávia Piovesan e Bruno Barbosa Borges.<sup>99</sup>

iii) Nesse sentido, impõe-se preocupação quanto à possível confusão e incompreensão da atuação da corte no *modus operandi* de um Poder Judiciário desgastado em sua relação com o Poder Executivo, a exemplo do caso brasileiro. Que se quer dizer é que a busca por pressão internacional pode gerar efeito revés ao que se objetiva, a (des)judicialização, que é também chamado de “efeito bumerangue” por Margaret E. Keck e Kathryn Sikkín ao tratar de estratégias de *advocacy* em relação ao internacional, cristalizando, assim, o elemento do agir, organizacionalmente, em redes (podendo se dar via organizações sociais e modos de associativismo civil).<sup>100 101</sup>

Em face do exposto, recomenda-se haver, na exata composição das comissões (representantes da sociedade civil, representantes de cada poder), a representação de vozes para aqueles silenciados pela pobreza estrutural a que se reveste o conglomerado dos comuns latino-americanos que lidam com a dificuldade de acesso à justiça.

Compreende-se que a aglutinação de tais sugestões corrobora um judiciário diferente daquele idealizado no estudo de Rodrigo Monteiro Silva, qual seja: daquele em que o magistrado atua “com a finalidade de possibilitar a intervenção do Poder Judiciário, visando conferir efetividade ao direito fundamental à boa gestão pública”<sup>102</sup>. Ao invés da intervenção, propomos que a busca pela efetividade e eficácia perpassa pela cristalização do judiciário **colaborador**, do qual, com base na arena internacional, poderá aumentar suas hipóteses de:

1. sucesso na “busca de legitimidade (ou representatividade)”<sup>103</sup> junto aos litigantes e *stakeholders* inseridos na coprodução e colaboração na implementação de políticas públicas;
2. insaturar e incorporar “a lógica jurídica voltada a desnaturalizar a expressão “melhor alocação” e abordar o tema sob um ideal de justiça”<sup>104</sup> compartilhado internacionalmente e fomentado pela credibilidade, transparência e tradição de respeito aos direitos humanos;
3. justapor-se com o Poder Executivo uma vez que “faz-se necessário alinhar e (re)formular as políticas públicas de saúde, baseadas em conceitos e atitudes mais equânimes e fundamentadas a partir de evidências”.<sup>105</sup>

<sup>99</sup> PIOVESAN, F.; BORGES, Bruno Barbosa. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revista direitos fundamentais & democracia (Unibrasil)*, v. 23, 2019. p. 18.

<sup>100</sup> KECK, Margaret; SIKKIN, Kathryn. *Activists beyond borders: the relocation of jewish immigrants across America*. 1998.

<sup>101</sup> HANAI, Jorge Leal. Mediação tecnológica como subsídio organizacional à participação pública: o caso ilustrativo do aplicativo “O Poder do Voto”. In: ENCONTRO DA ANPAD, 45, 2021. *Anais...* p. 1-15.

<sup>102</sup> SILVA, Rodrigo Monteiro. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i1.4251>. Acesso em: 09 out. 2021.

<sup>103</sup> ROMANELLI, S. B. Para reatar Ulisses: a judicialização da política como mastro garantidor dos pré-compromissos constitucionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 1, n. 1, 2011. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v1i1.1203>. Acesso em: 09 out. 2021. p. 5.

<sup>104</sup> 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*, v. 9, n. 1, 2019. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i1.5898>. Acesso em: 09 out. 2021.

<sup>105</sup> DIAS, M. S. A. *et al.* Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v6i2.4012>. Acesso em: 09 out. 2021.

## 5 Considerações finais

Embora as reflexões tecidas neste trabalho constituam produto de esforço intelectual, as análises situadas se distanciam da ousada tarefa de esgotar o assunto. Por essa razão, a intenção do trabalho se distanciou do compromisso de generalizar a situação da judicialização da saúde para além do *locus* de estudo considerado na condução das pesquisas de autores referenciados nas discussões.

Isto posto, algumas reflexões puderam ser feitas. Em relação à aproximação entre a Gestão Pública e o Direito, judicializar a saúde sem haver congruência com o que foi formulado, a implementação de políticas públicas apresentará conflitos com os princípios orçamentários da especificação e, sobretudo, do equilíbrio orçamentário. Isso se explica, porque, ante as especificidades de casos litigados, como poderia o gestor público prever futuras demandas judiciais e deste modo, agir preventivamente e não apenas corretivamente? Por essa razão, o Princípio da Especificação não somente conflita com a gestão pública, como também lhe incute desafios que requerem arranjos robustos de gestão, conforme se observou na literatura discutida. Essa observação reforça a proposição de que não há implementação de política pública de saúde efetiva sem a atuação conjunta entre os Poderes Executivo e Judiciário.

Em detalhamento, inserir o debate da equidade ante a judicialização não significa tornar menos importante o debate sobre o claro conflito com o princípio do equilíbrio orçamentário. Pelo contrário, acrescenta-se a esse elemento, que o impacto das decisões judiciais para as contas públicas não se resume, apenas, a análises de impacto em curto prazo, pois são comuns decisões judiciais que obrigam Estados e Municípios a fornecer, por exemplo, remédios de uso contínuo que, geralmente, são de alto custo.<sup>106</sup>

Em resposta aos questionamentos colocados durante as reflexões do presente artigo, infere-se que o aparato estatal goza de substanciais caminhos possíveis para se proverem serviços em diversas áreas de atuação. Porém, ao fazer face aos ditos constitucionais, os desafios são realmente maiores, ao passo que se exigirá não somente a congruência entre o Direito e a Gestão Pública, mas também em relação ao conceito de equidade. Sendo um dos caminhos possíveis à aglutinação Executivo-Judiciário a arena internacional (Comissão e Corte Interamericana de DH) enquanto ambiente externo a ser explorado na busca pela efetividade e eficácia da implementação das políticas públicas.

Destaca-se, ainda, a relevância da temática de provimento de serviços públicos de saúde para além do âmbito das capacidades estatais dos estados nacionais latino americanos, o suporte interamericano, que, desde novembro de 1999, por meio do Protocolo de San Salvador, reconheceu a saúde como direito essencial do homem dispondo que este não deriva da nacionalidade, mas dos atributos da dignidade da pessoa humana.<sup>107</sup>

Argumenta-se que o conhecimento dessa produção, com base nesse recorte analítico, possibilita aos profissionais interessados a sistematização de saberes situados no trânsito entre o Direito e a Gestão Pública. Isto é, de posse desses saberes, gestores públicos implementadores de políticas públicas na área da saúde, magistrados e pesquisadores, poderão empregar novos esforços no sentido de (re)formular suas ações, utilizando-se, sobretudo, das informações e avanços no debate da judicialização da saúde reunidas neste artigo. Por essa razão, consideramos cumprir com o objetivo da pesquisa.

Em termos de limitações de pesquisa, destaca-se a utilização de apenas uma base de dados, podendo ser limitante no sentido de que a produção global possa não ser representativa ao ponto de se ter atingido a

<sup>106</sup> HANAI, Jorge Leal; ABRANTES, Luiz Antônio; PEREIRA, Luis Ismael. Conflitos de competência e a judicialização da saúde no federalismo brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, (no prelo), 2021.

<sup>107</sup> BRASIL. *Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

exaustividade do assunto. Por essa razão, sugere-se, para estudos futuros, a replicação dos protocolos adotados com o uso de bases como *Scielo*, *Spell* e *Scopus*, conforme recomenda os próprios autores do *Methodi Ordinatio*.

Ademais, sugere-se a incorporação da abordagem “judiciário colaborador” aqui discutida de tal sorte a explorar:

a) a dimensão histórica dos trabalhos desenvolvidos no âmbito da comissão e da Corte Interamericana de Direito Humanos, apontando, com base em dados empiricamente validados, óbices e potencialidades às reflexões levantadas por este artigo;

b) pressupostos de perenidade e estabilidade institucional a serem resolutos entre o Direito e a Administração Pública;

c) a abordagem da gestão de projetos internacionais presente em “Gerência de Projetos” de David Cleland e Lewis Ireland, especialmente sobre a tratativa do que os projetos de resolução e melhorias de processos “podem ser conduzidos por uma organização ou ser uma parceria, ou consórcio” em que “a relação estabelecida pelos detentores do projeto dirige a implementação”<sup>108</sup>.

## Referências

ARAÚJO, Kammila Éric Guerra de; QUINTAL, Carlota. A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 213-235, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5689/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

ARRETCHE, Marta. *A política da política de saúde no Brasil: saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a03v18n2.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BALLOU, R. H. *Logística empresarial: transportes, administração de materiais e distribuição física*. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BIEHL, João; AMON, Joseph J.; SOCAL, Mariana P.; PETRYNA, Adriana. Between the court and the clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. *Health and Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 36-52, 2012. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22773096/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BIEHL, João; SOCAL, Mariana P.; AMON, Joseph J. The judicialization of health and the quest for state accountability: evidence from 1,262 lawsuits for access to medicines in southern Brazil. *Health and Human Rights*, v. 18, n. 1, p. 209-220, 2016. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5070692/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BIEHL, João; SOCAL, Mariana P.; GAURI, Varun; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; RONDON, Gabriela; AMON, Joseph J. Judicialization 2.0: understanding right-to-health litigation in real time. *Global Public Health*, v. 14, n. 2, p. 190-199, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441692.2018.1474483?scroll=top&needAccess=true>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>108</sup> CLELAND, D. I.; IRELAND, L. R. *Gerência de projetos*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2002.



BOAZ, Annette; DAVIES, Huw; FRASER, Alec; NUTLEY, Sandra. *What works now?: evidence-informed policy and practice*. Bristol: Police Press, 2019.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Domingues. Conflicts and impasses in the judicialization of the supply of medicines: circuit court rulings on claims brought against the State of Rio de Janeiro, Brazil, in 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 26, n. 1, p. 59-69, 2010.

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. Medicamentos não registrados: judicialização da saúde e o STF. *Revista Jurídica em Pauta*, Bagé, v. 2, n. 1, p. 55-72, 2020. Disponível em: <http://revista.urcamp.tche.br/index.php/revistajuridicaurcamp/article/view/3147>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRODBECK, Paulo. Paraná gasta R\$ 143 milhões com remédios fornecidos a partir de decisões judiciais. *RPC G1*, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/09/10/parana-gasta-r-143-milhoes-com-remedios-fornecidos-a-partir-de-decisoes-judiciais.ghtml>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, M. P. D.; DUARTE, C. S. (org.). *Judicialização da saúde: a visão do poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

CARVALHO, Rafaela Magalhães Nogueira; PORTO, Antônio José Maristrello; RAMALHO, Bruno Araújo. Papel institucional dos canais de reclamação para a resolução extrajudicial de conflitos sobre planos de saúde: uma análise comparada. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 370-393, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5674/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 308-326, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5676/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, São Paulo, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CHRIZOSTIMO, Raquel Marinho; SILVINO, Zenith Rosa; CHRIZOSTIMO, Miriam Marinho; ORTIZ SÁNCHEZ, Maritza Consuelo; FERREIRA, Helen Campos; OLIVEIRA, Fernanda Pessanha de. Judicialização da saúde decorrente dos planos de pré-pagamento e o direito sanitário: revisão integrativa. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Rio de Janeiro, v. 73, n. 3, p. 1-8, 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/pdf/reben/v73n3/pt\\_0034-7167-reben-73-03-e20180400.pdf](https://www.scielo.br/pdf/reben/v73n3/pt_0034-7167-reben-73-03-e20180400.pdf). Acesso em: 31 mar. 2021.

CLELAND, D. I.; IRELAND, L. R. *Gerência de projetos*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2002.

CNJ. Coordenação, uniformidade e autonomia na formulação de políticas públicas: experiências federativas no cenário internacional e nacional. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00046818>.

CNJ. Sumário Executivo Justiça Pesquisa. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil de demandas, causas e propostas de solução*. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

D’ÁVILA, Luciana Souza; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; AITH, Fernando Mussa Abujamra. A judicialização da saúde no Brasil e na Colômbia: uma discussão à luz do novo constitucionalismo latino-americano.

*Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 29, n. 3, p. 1-16, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sausoc/v29n3/1984-0470-sausoc-29-03-e190424.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

DANIELS, Norman; CHARVEL, Sofia; GELPI, Adriane H.; PORTENY, Thalia; URRUTIA, Julian. Role of the courts in the progressive realization of the right to health: between the threat and the promise of judicialization in Mexico. *Health Systems & Reform*, v. 1, n. 3, p. 229-234, 2015.

DEWEY, John. Progressive education and the science of education. *Recherche & formation*, v. 3, n. 92, p. 71-82, 2019. DOI: 10.4000/rechercheformation.5686. Disponível em: <https://www.cairn-int.info/journal-recherche-et-formation-2019-3-page-71.htm>.

DIAS, Eduardo Rocha; POMPEU, Gina Vidal Marcília. The court and the delivery of medicines by unified health system in Brazil: recent developments in a difficult relationship between judges and policy-makers. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 237-249, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5507/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

DIAS, M. S. A. *et al.* Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v6i2.4012>. Acesso em: 09 out. 2021.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Amp. Saúde Coletiva*, v. 19, n. 2, p. 591-598, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v19n2/1413-8123-csc-19-02-00591.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; SCHWARTZ, Ida Vanessa D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 28, n. 3, p. 479-489, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v28n3/08.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

EVANS, Tony; HUPE, Peter L. *Discretion and the quest for controlled freedom*. Palgrave MacMillan, 2019.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; MACHADO, Carlos Dalton; SANTOS, Viviane Cristina dos; ACURCIO, Francisco de Assis; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Access to medium and high-complexity procedures in the Brazilian Unified National Health System: a matter of judicialization. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 31-43, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v30n1/0102-311X-csp-30-01-00031.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Gazeta Jurídica: Brasília, 2016.

HANAI, Jorge Leal. Mediação tecnológica como subsídio organizacional à participação pública: o caso ilustrativo do aplicativo “O Poder do Voto”. In: ENCONTRO DA ANPAD, 45, 2021. *Anais...* p. 1-15.

HANAI, Jorge Leal; ABRANTES, Luiz Antônio; PEREIRA, Luis Ismael. Conflitos de competência e a judicialização da saúde no federalismo brasileiro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, (no prelo), 2021.

HAWKINS, Benjamin; ROSETE, Arturo Alvarez. Judicialization and health policy in Colombia: the implications for evidence-informed policymaking. *Policy Studies Journal*, v. 47, n. 4, p. 953-977, 2019.

HILDEBRAND, David. John Dewey. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2018. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/dewey/>.

HILL, Michael James; HUPE, Peter L. *Implementing public policy*: an introduction to the study of operational governance. 2. ed. Los Angeles: SAGE, 2009.

JOWELL, Jeffrey L. *The legal control of administrative discretion*. 1973.

KECK, Margaret; SIKKIN, Kathryn. *Activists beyond borders*: the relocation of jewish immigrants across America. 1998.

- LAMPREA, Everaldo. The judicialization of health care: a Global South perspective. In: HAGAN, J. (org.). *Annual review of law and social science*. Palo Alto: Annual Reviews, 2017. v. 13. p. 431-449.
- LARA, Mariana; FERNANDES, Clemente Maia da Silva; PENTEADO, Valéria Pavão; SERRA, Mônica da Costa. Right to health and judicialization in access to medium and high complexity treatments through the Unique Health System (SUS). *Research, Society and Development*, v. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <https://www.rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13091>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos; DIAS, Sergio. Medicamentos sem registros na ANVISA: uma abordagem institucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, 396-408, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4736/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.
- LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. 30. ed. New York: Russel Sage Foundation, 2010.
- LOVATTO, P. A.; LEHNEN, C. R.; ANDRETTA, I.; CARVALHO, A. D.; HAUSCHILD, L. Meta-análise em pesquisas científicas: enfoque em metodologias. *Revista Brasileira de Zootecnia*, v. 36, p. 285-294, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbz/v36s0/26.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- MAAS, Rosana Helena; DAROIT, Ana Paula. A proteção interamericana do direito humano e social à saúde. *Revista Direito Sanit.*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 13-31, mar./jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/164199/157581/380320>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- MACÊDO, Dartagnan Ferreira de; ATAIDE, João Antônio da Rocha; COSTA, Antônio Carlos Silva; SOUZA, Waldemar Antônio da Rocha de; SANTA RITA, Luciana Peixoto. Análise da judicialização do direito à saúde, subfinanciamento do setor e políticas públicas: estudo de caso no estado de Alagoas. *Revista de Administração de Roraima*, Boa Vista, v. 5, n. 2, p. 300-325, jul./dez. 2015. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/313654056\\_Analise\\_da\\_Judicializacao\\_do\\_Direito\\_a\\_Saude\\_Subfinanciamento\\_do\\_setor\\_e\\_Politicas\\_Publicas\\_Estudo\\_de\\_Caso\\_no\\_Estado\\_de\\_Alagoas](https://www.researchgate.net/publication/313654056_Analise_da_Judicializacao_do_Direito_a_Saude_Subfinanciamento_do_setor_e_Politicas_Publicas_Estudo_de_Caso_no_Estado_de_Alagoas). Acesso em: 31 mar. 2020.
- MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS, Daniel Resende; GUERRA JR, Augusto Afonso; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli Iola Gurgel. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 3, p. 590-598, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v45n3/2403.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- MAZMANIAN, Daniel A.; SABATIER, P. A. *Implementation and public policy*. Glenview: Scott, Foresman, 1983.
- MELO, Álisson José Maia; DANTAS, Nathalia Aparecida Sousa. A sustentabilidade econômico-financeira das operadoras de planos de saúde diante da concessão indiscriminada de tutelas de urgência no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 411-433, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5699/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.
- 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*, v. 9, n. 1, 2019. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i1.5898>. Acesso em: 09 out. 2021.
- PAGANI, Regina Negri; KOVALESKI, João Luiz; RESENDE, Luís Maurício Martins de. Avanços na composição da Methodi Ordinatio para revisão sistemática de literatura. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 46, n. 2, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/1886/3708>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- PINAFO, Elisângela; NUNES, Elisabete de Fátima Polo de Almeida; CARVALHO, Brígida Gumenez; MENDONÇA, Fernanda de Freitas; DOMINGOS, Carolina Milena; SILVA, Camila Ribeiro. Problemas e estratégias de gestão do SUS: a vulnerabilidade dos municípios de pequeno porte. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25,

n. 5, p. 1619-1628, 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232020000501619&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020000501619&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 08 maio 2020.

PIZZAROSSA, Lucía Berro; PEREHUDOFF, Katrina; FORTE, José Castela. How the Uruguayan Judiciary shapes access to high-priced medicines. *Health and Human Rights*, v. 20, n. 1, p. 93-105, 2018.

RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 3, p. 35-52, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/48160/29945>. Acesso em: 31 mar. 2021.

ROMANELLI, S. B. Para reatar Ulisses: a judicialização da política como mastro garantidor dos pré-compromissos constitucionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 1, n. 1, 2011. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v1i1.1203>. Acesso em: 09 out. 2021.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da defensoria pública na garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 3, p. 195-211, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5726/pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

SILVA, Rodrigo Monteiro. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i1.4251>. Acesso em: 09 out. 2021.

SONODA, Lucas Yuji; HAWERROTH, Maria da Graça Lebre; MAIA, Maria Ambrosina Cardoso. A judicialização da saúde no acesso a medicamentos em uma cidade do interior de Minas Gerais. *Revista Eletrônica Acervo Saúde*, v. 12, n. 11, p. 4484-4484, set. 2020. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/4484>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SOUZA, Celina. *Coordenação de políticas públicas*. Brasília: Enap, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Advogado Editora, 2008.

TRAVASSOS, Denise Vieira; FERREIRA, Raquel Conceição; VARGAS, Andréa Maria Duarte; CONCEIÇÃO, Elza Maria de Araújo; MARQUES, Daniela de Freitas; FERREIRA, Efigênia Ferreira e. Judicialização da saúde: um estudo de caso de três tribunais brasileiros. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 11, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v18n11/31.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

TRETEL, Daniela Batalha; SCHEFFER, Mário César. Judicialização de planos de saúde e posicionamentos dos tribunais: súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça sobre cobertura assistencial. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, n. 27, p. 425-445, jan./fev. 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1069/937>. Acesso em: 30 mar. 2021.

UGA, Maria Alcía; PIOLA, Sérgio Francisco; PORTO, Sílvia Marta; SOLON, Magalhães Vianna. Descentralização e alocação de recursos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 417-437, 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232003000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232003000200008&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 31 mar. 2021.

VENTURA, Catarina Sampaio. O poder da recomendação. *Provedoria de Justiça*, p. 5-8, 2013. Disponível em: [https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Catarina\\_S\\_Ventura\\_-\\_O\\_poder\\_da\\_Recomendacao\\_-\\_IIIENPE.pdf](https://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/Catarina_S_Ventura_-_O_poder_da_Recomendacao_-_IIIENPE.pdf). Acesso em: 24 maio 2021.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, n. 269, p. 13-66, 2015. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57594>.

WHITEHEAD, Margareth. The concepts and principles of equity and health. *International Journal of Health Services*, v. 22, n. 3, p. 429-445, 1992. DOI: 10.2190/986L-LHQ6-2VTE-YRRN.

YASMIN, Alicia Ely; LANDER, Fiona. Implementing a circle of accountability: a proposed framework for judiciaries and other actors in enforcing health-related rights. *Journal of Human Rights*, v. 14, n. 3, p. 312-331, 2015. DOI: 10.1080/14754835.2015.1056874.

**OUTROS TEMAS**

The logo for CEUB (Centro de Estudos Urbanos) is displayed in a stylized, bold, white font against a dark red background. The letters 'C', 'E', 'U', and 'B' are interconnected, with the 'U' and 'B' having a unique, geometric shape.

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

The cover image features a large, white, seated female statue in the foreground, holding a book. The statue is positioned in front of a modern, multi-story building with a glass facade and a prominent white dome. The building is situated on a hillside, and a road with a yellow car is visible in the background. The sky is blue with scattered white clouds. The entire scene is framed by a dark red border with a subtle floral pattern.

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

**Aspectos gerais da proteção internacional dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais pela organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização dos Estados Americanos (OEA)**

**An overview of the economic, social and cultural human rights protection by the United Nations (UN) and the Organization of American States (OAS)**

Antônio Márcio da Cunha Guimarães

Miguel Souza Dantas Neto

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# Aspectos gerais da proteção internacional dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais pela organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização dos Estados Americanos (OEA)\*

## An overview of the economic, social and cultural human rights protection by the United Nations (UN) and the Organization of American States (OAS)

Antônio Márcio da Cunha Guimarães\*\*

Miguel Souza Dantas Neto\*\*\*

### Resumo

O objetivo do presente estudo é a análise bibliográfica e documental acerca do panorama da proteção internacional dos Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) nos âmbitos global e interamericano. Será explicitada a evolução histórica da consagração dos direitos de segunda dimensão; os marcos normativos gerais no escopo da ONU e da OEA; os desafios de implementação desses direitos; e algumas das principais conclusões dos órgãos de monitoramento e julgamento a respeito do tema. O estudo se justifica para a compreensão do dilema entre a concepção holística e indivisível dos direitos humanos e o débil estágio de efetividade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais como obrigações jurídicas internacionais. Conclui-se que, não obstante importantes avanços relativos ao tema, sobretudo em virtude da pioneira jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecida no caso “Largos Del Campo *vs.* Peru” (2017), a comunidade internacional ainda se revela reticente em responsabilizar Estados pelo descumprimento de obrigações firmadas nas principais convenções relacionadas ao implemento dos DESC, que, ainda, tendem a ser interpretados como normas de estrutura programática.

**Palavras-chave:** Direitos econômicos; Sociais e culturais; ONU; OEA.

### Abstract

The aim of this study is the bibliographical and documental analysis about the panorama of the international protection of economic, social and cultural human rights (ESCR) at the global and inter-American scopes. It will be explained the historical evolution of the consecration of second-dimension rights; the general normative frameworks in the scope of the UN and the OAS; the challenges of implementing these rights; and some of the main

\* Recebido em 31/05/2021  
Aprovado em 24/11/2021

\*\* Doutor e Mestre em Direito Internacional pela PUC/SP, Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP desde 1991 (Bacharelado), desde 2007 (Mestrado/Doutorado); Visiting Professor/Researcher on King's College University of London; Visiting Professor/Researcher na Università Degli Studi di Milano; Advogado e Consultor Jurídico desde 1986 - OAB/SP: 82.984; Líder do Grupo de Pesquisa da PUC/SP junto ao CNPq - DIGE Direito Internacional e Globalização Econômica; Autor de Obras Jurídicas. Email: guimaraes@pucsp.br.

\*\*\* Procurador da Fazenda Nacional. Mestrando em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP. Especialista em Direito Público e em Direito Internacional Aplicado. Integrante do Grupo de Pesquisa da PUC/SP junto ao CNPq - DIGE Direito Internacional e Globalização Econômica. Email: miguelndneto@yahoo.com.br.



conclusions of the monitoring and judgment bodies on the subject. The study is justified for the understanding of the dilemma between the holistic and indivisible conception of human rights and the weak stage of effectiveness of economic, social and cultural human rights, as international binding provisions. The article concludes that, despite significant advances on the subject, especially due to the pioneering jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, led by the case “Largos Del Campo vs. Peru” (2017), the international community is still reluctant to hold States responsible for noncompliance with the obligations undertaken in the main conventions related to the implementation of the ESCR, which still tend to be interpreted as principles with programmatic structure.

**Keywords:** Economic; Social and cultural rights; OAS; UN.

## 1 Introdução

Seja por motivações éticas, para legitimação política de um governo, por pressão de agrupamentos sociais, dentre inúmeras outras razões, ao longo dos séculos, os Estados foram paulatinamente reconhecendo uma série de prerrogativas jurídicas que garantem a dignidade da pessoa humana.

Como exemplos, cite-se a assinatura da *Magna Charta Libertatum* pelo Rei da Inglaterra *John Lackland* em 1215; o *Petition of Rights* de 1628 e o *Habeas Corpus Act* de 1679 (também provenientes da experiência constitucional inglesa); a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), fruto da Revolução Francesa de 1789; a abolição da escravatura ao redor do mundo<sup>1</sup>.

Como resultado desse processo, no início do século XX, praticamente, todos os países soberanos já possuíam declarações de direitos reconhecendo a propriedade e a autonomia privadas, direitos políticos e demais liberdades públicas aos indivíduos, além de uma estrutura estatal organizada para a garantia da ordem jurídico-liberal (ex.: Poder Judiciário, polícia ostensiva e judiciária, direito de petição etc.).

Por outro lado, também, em face de profundas razões sociopolíticas, uma nova onda de direitos — atualmente considerados *direitos de segunda “geração”*<sup>2</sup> — começou a alvorecer, sobretudo a partir do último quarto do século XIX, destinada a regular obrigações prestacionais em prol da garantia de condições materiais mínimas de vida digna. Esse fenômeno marca a passagem do *Estado-Liberal* para o *Estado-Social*, que se instaurou em grande parte dos ordenamentos jurídicos nacionais e teve seu apogeu no segundo terço do século XX. Ilustrativamente, indica-se como iniciativas catalisadoras desse processo: (a) o advento do sistema de previdência social na Alemanha, em 1883; (b) as constituições mexicanas de 1917 e alemã de 1919; (c) a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919; e, um pouco mais adiante, (d) o sistema de assistencialismo social inglês, consubstanciado no *Plano Beveridge*, de 1942 (*from the cradle to the grave*).

Todavia, embora já houvesse largo reconhecimento de direitos humanos de primeira e segunda “gerações” em todo o mundo, a sua proteção, de forma consistente, sistemática e internacionalizada somente veio a se consolidar com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) pela Carta de São Francisco (1945), a qual já explicitamente previa, como um dos pilares do novel organismo, o dever de promoção dos direitos humanos.

Posteriormente, em 10 de dezembro de 1948, sem voto contrário de nenhum país-membro<sup>3</sup>, foi aprovado na ONU o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

<sup>1</sup> O que só veio a ocorrer na Inglaterra em 1833 (*Slavery Abolition Act*); nos Estados Unidos da América em 1865, através da 13ª emenda à sua Constituição; e no Brasil pela Lei Áurea de 1888.

<sup>2</sup> Ou “segunda dimensão”, como será visto adiante.

<sup>3</sup> Todos os votos foram favoráveis à redação final (no total de 48). Contudo, houve oito abstenções: Bielorrússia, Tchecoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul.

Além de uma gama de direitos civis e políticos, a DUDH não se furtou de prever o ser humano como criatura social e, conseqüentemente, estabeleceu direitos econômicos, sociais e culturais *indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade*, que estão compreendidos entre os artigos 23 a 27 da Declaração. Por exemplo: a) direito ao trabalho, ao emprego livre e à remuneração justa e equitativa, “a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”, bem como o direito de associação sindical; b) direito ao repouso, ao lazer e às férias periódicas remuneradas; c) direito a um padrão de vida adequada à saúde e ao bem estar próprio e da família, que inclui alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, serviços sociais indispensáveis e segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, assim como a assistência especial à maternidade e à infância; d) direito à instrução gratuita, pelo menos, nos graus elementares.

Não obstante a consagração *normativa* dos direitos humanos de segunda “geração”, estes encontram evidentes obstáculos de efetivação, porque representam prestações positivas demasiadamente custosas ao erário, bem como aos empreendimentos privados que, eventualmente, teriam de absorver os ônus sociais da exploração de suas atividades.

Paralelamente, o triunfo do pensamento neoliberal e as recorrentes teses desenvolvimentistas estatais também colaboram para o recrudescimento do elevado estado de inefetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) em grande parte do mundo. A situação se agrava pelo fato de que mais de vinte por cento da população global vive em situação de extrema pobreza, sem acesso à alimentação adequada, tampouco a saúde e educação básicas.

Nesse cenário, o presente artigo, com base no exame da estrutura normativa básica da proteção internacional dos DESC nos âmbitos global (ONU) e interamericano (OEA), indicará os desafios para a implementação desses direitos, bem como as conclusões e novas tendências dos órgãos de monitoramento e julgamento internacionais a respeito do tema.

## 2 Questões propedêuticas

### 2.1 Dimensões dos direitos humanos

A doutrina, tradicionalmente, classifica o gênero dos direitos humanos em três diferentes espécies, que estariam, de forma, mais ou menos tortuosa, interligadas pelo contexto de desenvolvimento histórico em que consolidados. Por isso, essa classificação é, usualmente, apelidada de “Teoria Geracional dos Direitos Humanos”. Nesse sentido:

(a) Direitos de primeira geração: seriam as liberdades individuais tipicamente reconhecidas no mundo ocidental pelas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Consubstanciam-se, sobretudo, em prestações negativas estatais, isto é, no dever do Estado de tolerar e fazer respeitar, ainda que pelo uso da força, as atividades praticadas no exercício regular de uma zona de liberdade e autonomia privada. Para J. J. Gomes Canotilho, coincidem com os direitos denominados de civis e políticos<sup>4</sup>.

(b) Direitos de 2ª geração: seriam os direitos de igualdade material, cuja consagração se tornou notória a partir do final do século XIX e início do século XX. Destinam-se a regular obrigações prestacionais em prol da garantia de condições materiais mínimas de vida digna:

a segunda geração de direitos humanos representa a modificação do papel do Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo, além do mero fiscal das regras jurídicas. Esse papel ativo, embora necessário para proteger os direitos de primeira geração, era visto anteriormente com desconfiança, por ser considerado

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 505.

uma ameaça aos direitos do indivíduo. Contudo, sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantia a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para realizar aquilo que CELSO LAFER denominou “direito de participar do bem-estar social”.<sup>5</sup>

(c) Direitos de terceira geração: são chamados de direitos de solidariedade, titularizados pela comunidade, ou seja, são direitos metaindividuais, de sujeição ativa difusa. Exemplos: direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, direito à paz, direito à autodeterminação dos povos. O período histórico em que se consolidaram como direitos fundamentais da pessoa humana foi a segunda metade do século XX.

Além das três “gerações” de direito acima, Paulo Bonavides<sup>6</sup>, ainda, cogita uma quarta “geração” de direitos humanos, vinculadas ao período atual de expansão da globalização social, em face da revolução das comunicações e da difusão da internet, desde o final do século XX até os dias atuais. Seriam exemplos desses “novos direitos humanos” os direitos à informação, ao pluralismo e a uma maior participação nas decisões administrativas (direito à participação democrática).

Contudo, a Teoria Geracional é duramente criticada por permitir a suposição de que entre as diferentes gerações existiria uma relação de sucessão no tempo. Por isso, Flávia Piovesan<sup>7</sup> admite que o adequado seria se falar em “dimensões” de direitos humanos, em substituição ao vocábulo “geração”, que transmite a equivocada impressão de que o advento de novos direitos poderia implicar a superação ou mitigação daqueles já consagrados no passado, em outro contexto histórico.

Ao contrário, o conceito de dignidade humana é fruto de uma construção perene, marcada pela vedação ao retrocesso e pelo acumulativo esforço de expansão do *status dignitatis*.

Por isso, este estudo doravante se referirá a dimensões de direitos humanos, em detrimento da referida (e anacrônica) classificação geracional.

## 2.2 As origens do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a classificação dos direitos humanos quanto ao conteúdo

Como já mencionado no capítulo introdutório, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada a DUDH. Ocorre que o referido instrumento foi elaborado com base em natureza de Resolução da Assembleia Geral da ONU, que, nos termos da própria Carta de São Francisco, teria natureza de *soft law*. Logo, as obrigações assumidas na DUDH, segundo o entendimento então vigente, não teriam o condão de ensejar a responsabilidade do Estado perante a comunidade internacional, acaso descumpridas.

Por isso, temente da hipótese de a DUDH recair em generalizada crise de inefetividade — e ainda traumatizada pelos horrores do holocausto, promovido pelo regime nazista —, ainda ao final da década de 1940, a comunidade internacional já envidava esforços para a elaboração de um instrumento jurídico de conteúdo ostensivo e vinculante.

Vale, ainda, ressaltar que, já àquela época, a ONU recebia, rapidamente, cada vez mais membros e, além dos oito países que se abstiveram na votação da DUDH (Bielorússia, Tchecoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul), os novos aderentes, também, não haviam participado dos debates que culminaram na aprovação do texto final da Declaração.

Logo, era premente a necessidade de se pactuar uma convenção internacional, com natureza de tratado, que pudesse legitimar a submissão de Estados-membros à (então) recém-criada Corte Internacional de Justiça, em face de violações a direitos humanos.

<sup>5</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 524-525.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 27.

À luz da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, a intenção originária praticamente unânime na ONU era pactuar a proteção internacional dos direitos humanos em um único instrumento, que englobaria direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, subdivididos em cinco categorias: direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A respeito dessa classificação, André de Carvalho Ramos pontua:

por direitos civis, entendem-se os direitos de autonomia do indivíduo contra interferências indevidas do Estado ou de terceiros. Assim, o conteúdo de tais direitos é relativo à proteção dos atributos da personalidade e dignidade da pessoa humana.

Já os direitos políticos são direitos de participação, ativa ou passiva, na elaboração das decisões políticas e na gestão da coisa pública.

Os direitos ditos econômicos, por seu turno, são aqueles relacionados com a organização da vida econômica de um Estado, na ótica produtor-consumidor. Estão inseridos nesse contexto vários direitos trabalhistas.

Já os direitos sociais, como já mencionado, são aqueles direitos que asseguram uma vida material digna, exigindo prestações positivas do Estado, caso o indivíduo as necessite. Exs: direito à moradia, vestimenta, alimentação, saúde e educação (inclusive a implementação progressiva da gratuidade da educação de nível superior).

Por fim, os direitos culturais são aqueles relacionados à participação do indivíduo na vida cultural de uma comunidade, bem como a manutenção do patrimônio histórico-cultural, que concretiza sua identidade e a memória.<sup>8</sup>

No entanto, nos anos subsequentes, o planeta experienciou o auge da Guerra Fria e o crescimento da tensão político-ideológica entre os blocos capitalista e socialista. Nesse quadro, o acordo em torno de um tratado único parecia cada vez mais improvável, considerando-se a divergência dos dois blocos a respeito do peso a ser conferido a cada dimensão de direito.

As discordâncias seguiam a seguinte tônica: os países capitalistas tinham prevalência pelo amplo reconhecimento e aplicabilidade imediata de direitos de primeira dimensão, mas eram deveras cautelosos quanto aos direitos de segunda dimensão. Já o bloco de países do mundo socialista adotava a lógica diametralmente inversa: admitiam a verticalização da defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas eram bastante reticentes em consentir com o alargamento do âmbito de liberdade privada na qual o Estado deveria se abster de intervir.

Diante desse embate, em 1952 a própria Assembleia Geral da ONU decidiu abandonar o ideal de um tratado único, resolvendo que a proteção internacional dos direitos humanos deveria ser pactuada em dois instrumentos separados, um referente a direitos civis e políticos e outro relativo aos DESC.

Somente em 1966, as duas convenções foram finalmente aprovadas na Assembleia Geral da ONU e postas à disposição dos Estados para ratificação, recebendo as denominações de *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* e de *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (doravante mencionado pela sigla PIDESC).

Esses dois pactos, somados com a DUDH, formam uma tríade considerada a “Carta Internacional dos Direitos Humanos” ou, na feliz expressão referida por José Augusto Lindgren Alves, o *International Bill of Human Rights*, uma vez que possuem alcance universal e abrangem várias espécies de direitos<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64-65.

<sup>9</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 25.

## 3 A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito global

### 3.1 O PIDESC: estrutura principiológica dos direitos econômicos, sociais e culturais?

Como já visto, diante das intermináveis divergências quanto ao peso que deveria ser atribuído aos direitos de primeira e de segunda dimensão, a proteção global dos direitos humanos foi disciplinada, pormenorizadamente, em dois tratados distintos, ambos aprovados na Assembleia Geral da ONU no ano de 1966.

Mas somente em 1976 os referidos pactos lograram obter o número de ratificações necessárias para sua entrada em vigor na esfera internacional.

O Brasil, por seu turno, ratificou sem qualquer reserva, ambos os Pactos, na data de 24 de janeiro de 1992.

Considerando-se o disposto no art. 27, parágrafo 2º, o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais passou a vigorar para o Brasil, no plano internacional, em 24 de abril de 1992. No âmbito interno, a promulgação foi feita pelo Decreto 591, de 06 de julho de 1992.

Da leitura do Pacto, se verifica que a técnica utilizada em sua elaboração foi a de descrever, aprofundar e ampliar os direitos sociais, econômicos e culturais já previstos nos artigos 23 a 27 da DUDH 1948.

Merecem destaque os seguintes direitos declarados pelo PIDESC:

a) autodeterminação dos povos, que podem dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência – art. 1º;

b) igualdade entre homens e mulheres no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais – artigo 3º;

c) obrigação dos Estados de prover orientação e formação técnica e profissional para a sua população, no intuito de possibilitar o pleno acesso de sua população ao mercado de trabalho – artigo 6º;

d) garantia de um salário mínimo que proporcione a existência digna do trabalhador e de sua família, bem como um meio ambiente do trabalho seguro, higiênico e com igualdade de oportunidades, sem prejuízo de férias periódicas remuneradas – artigo 7º;

e) liberdade de associação sindical e direito de greve – artigo 8º;

f) direito à previdência social, inclusive ao seguro social – art. 9º;

g) direito à licença maternidade remunerada ou acompanhada de benefícios previdenciários adequados, bem como a proibição do emprego infantil – art. 10;

h) direito à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida – art. 11, 1;

i) dever dos Estados signatários de adotarem programas concretos contra a fome – art. 11, 2;

j) direito à saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes devem adotar medidas adequadas para a diminuição da mortalidade infantil, prevenção e tratamento de doenças, bem como criarem condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade – artigo 12;

l) educação primária obrigatória e gratuita, com a progressiva implementação dos ensinos secundário e superior também gratuitos – art. 13;

m) direito à participação na vida cultural comunitária, aos benefícios do progresso científico e à proteção dos direitos autorais – art. 15.

Todavia, pelo PIDESC, os Estados que o ratificam se obrigam a assegurar tais compromissos progressivamente, *até o máximo de seus recursos disponíveis*, com esforços próprios ou com cooperação internacional, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, podendo os países em desenvolvimento determinar em que medida garantirão os direitos econômicos àqueles que não sejam seus nacionais (art. 2º e seus parágrafos)<sup>10</sup>.

Nesse ponto, uma pequena digressão se faz necessária. É que não haveria como se analisar a disposição do artigo 2º do PIDESC sem se considerar a célebre teoria da norma jurídica de Robert Alexy, segundo a qual a distinção entre regras e princípios é que estes são “mandados de otimização”, ao passo que as regras assumem a natureza de “mandados definitivos”<sup>11</sup>.

Como “mandados de otimização”, os princípios seriam normas que prescrevem um ideal a ser realizado “na maior medida possível”, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras seriam prescrições que encerram “mandados definitivos”<sup>12</sup>.

E é justamente nessa linha que o art. 2º do PIDESC parece caminhar.

Nessa ordem de ideias, considerando-se que o Pacto sobre direitos civis e políticos não alberga cláusula semelhante àquela do art. 2º do PIDESC (“desenvolvimento progressivo, até o máximo de seus recursos disponíveis”), o fruto do consenso obtido na Assembleia Geral da ONU, em 1966, foi o de que os direitos de segunda dimensão seriam promovidos por deveres jurídicos com estrutura de princípios (*mandados de otimização*), ao passo que os direitos de primeira dimensão veiculariam regras propriamente ditas (*mandados definitivos*), cuja implementação se tornaria obrigação imediata, sem condicionantes.

De certa forma, tal previsão acaba por privilegiar a visão *ex parte principis* da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, acaba por, também, patrocinar um desbalanço ente os regimes de promoção dos direitos de primeira e segunda dimensões, em manifesto desprestígio aos princípios da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Além disso, o artigo 4º do PIDESC ainda admite a possibilidade de limitação dos direitos de segunda dimensão, desde que estabelecidas em lei, “somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática”.

Sobre os (polêmicos) artigos 2º e 4º, acima analisados, para José Augusto Lindgren:

a possibilidade de limitações legais generalizadas, que visa a adequar sua observância aos meios concretamente disponíveis para cada Estado-parte, propicia aos governos a possibilidade de relegar os direitos econômicos e sociais a um segundo plano, atribuindo-lhe caráter de objetivos a serem alcançados quando factível. Nessas condições, acaba-se assumindo, ainda que involuntariamente, em termos práticos, a interpretação liberalista tradicional de que eles não seriam efetivamente direitos, mas simples metas a serem perseguidas.<sup>13</sup>

Contudo, os artigos 2 e 4 do PIDESC indicam uma extrema cautela das Nações Unidas em impor obrigações de implementar direitos econômicos, sociais e culturais aos Estados Partes.

Essa preocupação reside na questão fundamental largamente conhecida como “custos dos direitos”<sup>14</sup>, que desempenha um decisivo papel para a implementação de direitos de segunda dimensão. Prover saúde,

<sup>10</sup> O que, *a contrario sensu*, implicaria em concluir que os países desenvolvidos deverão conceder aos estrangeiros, em seu território, tantos direitos econômicos, sociais e culturais quantos garantam aos seus próprios cidadãos.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 85-87.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 85-87.

<sup>13</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 45.

<sup>14</sup> Sobre a temática, vide a mundialmente célebre obra: HOLMES, S; SUSTEIN C. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*.

educação, segurança pública, empregos, cultura, lazer, esgotamento sanitário, requer um substancial aporte de recursos públicos. Não havendo recursos financeiros para atender todas as demandas sociais, algumas necessariamente deverão ser priorizadas sobre outras. Os artigos 2 e 4, portanto, sugerem que a comunidade internacional deverá respeitar a *zona de liberdade* de cada Estado de escolher internamente a suas próprias políticas públicas prioritárias, desde que compatíveis com o dever internacional de sempre perquirir o progresso para a implementação das condições materiais de vida de seus cidadãos.

Nessa linha de flexibilização dos direitos previstos no PIDESC, é também digno de nota que o seu artigo 29 lida com a possibilidade de alteração do próprio conteúdo da Convenção. Conforme Antônio Márcio da Cunha Guimarães e outros,

o interessante neste artigo não é a forma como se emenda ou não o texto principal, a forma de proposição, o quorum para deliberação e consequente alteração de texto, mas sim, a possibilidade de alteração em si. Sim porque, muitos tratados internacionais não admitem qualquer ressalva uma vez aprovados e aceitos pelos Estados que a ele aderiram, como é o caso do Tratado de Roma – relativo ao Tribunal Penal Internacional.

Outrossim, o presente tratado – Pacto Internacional sobre desenvolvimento prevê sim, a possibilidade de sua alteração, entendemos que no sentido de melhoria e maior alcance dos direitos nele protegidos, não em regressão ou supressão dos mesmos. Trata-se portanto, de um tratado internacional que tem a característica de ser flexível quanto à forma de alteração de seu texto, como já tivemos oportunidade de comentar na obra *Tratados Internacionais*.

De qualquer forma, existe a concreta possibilidade de se propor emendas, serem analisadas e votadas, caso haja o quorum especificado no próprio texto do artigo 29, item 2, e portanto, alteração do texto do presente tratado internacional.

Outro aspecto muito relevante trazido pelo artigo 29 é que as alterações produzidas através das emendas propostas e votadas, somente valem para aqueles Estados que com elas aduziu ou se comprometeu, não alcançando os demais Estados que dela se abstiveram ou com elas não concordaram expressamente.

Isto traz uma tranquilidade no sentido de consolidação de direitos já assegurados e aceitos pelos Estados, com possibilidade de crescimento, de alargamento destes direitos, através destas emendas citadas no artigo 29, e que sejam observadas, obviamente, por aqueles Estados que a elas aderiram, mas se constituem sempre, um avanço e ainda, que nem todos os Estados dela façam parte ou sejam concordes, a proteção internacional dos direitos do homem vai avançando e ocupando novos espaços. Aquilo que hoje é aceito por poucos, amanhã poderá ser aceito por todos ou por muitos Estados.<sup>15</sup>

A despeito da alterabilidade (flexibilidade) de suas previsões, a intenção dessa regra seria a de se franquear aos signatários a oportunidade do gradual reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, ainda não contemplados no PIDESC. Mas aspirando a densificação dos direitos, e não retrocessos.

### 3.2 A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais na estrutura da ONU

Globalmente, ainda não há uma Corte especificamente destinada a decidir conflitos de direitos humanos. A Corte Internacional de Justiça (CIJ), principal órgão judicante da ONU, é um tribunal que possui competências genéricas e resolve contendas que tenham como pano de fundo qualquer norma jurídica internacional em vigor, conforme os artigos 34 a 38 do seu próprio Estatuto. Além disso, sua jurisdição contenciosa somente se aplica a Estados (quer como autores ou como réus).

New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000.

<sup>15</sup> GUIMARAES, Antonio Marcio da Cunha; GUIMARÃES, Arianna Stagni; GUIMARÃES, Adriano Stagni. Comentários ao artigo 29º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; COUTO, Monica Bonetti (org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica Editora, 2013. p. 312-313.

De domínio universal, cumpre, ainda, mencionar a existência tribunais penais, tais como: a) O Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, de 1998, que julga os crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e agressão; b) tribunais *ad hoc*, criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU<sup>16</sup>.

Ou seja, a CIJ tem papel secundário na proteção de direitos humanos, enquanto os tribunais penais da ONU apenas julgam fatos tipificados como crimes internacionais, protegendo os direitos humanos apenas pela via indireta da punição, não pela prevenção/promoção.

Por isso, a atividade judicante da ONU no que diz respeito aos direitos humanos é pífia, sobretudo porque, no último terço do século XX, as cortes regionais de direitos humanos (a exemplo das cortes europeia, interamericana e africana) se consolidaram na defesa desses direitos, praticamente absorvendo o ofício de processar e julgar as violações de direitos humanos em seus respectivos limites de jurisdição.

No entanto, a estrutura da ONU conta com comitês de monitoramento de direitos humanos, que exercem o chamado “monitoramento internacional” das obrigações de respeito e garantia de direitos humanos assumidas pelos países membros.

Esses comitês se constituem em órgãos colegiados compostos de especialistas independentes, com competência para examinar relatórios sobre a situação dos direitos protegidos em cada tratado, podendo, ao final, exarar recomendações.

Um relevante instrumento a disposição dos comitês temáticos da ONU é o “Mecanismo de Revisão Periódica Universal” (RPU), como observa André de Carvalho Ramos:

mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU), que é fundado no *peer review* — monitoramento pelos pares — pelo qual um Estado tem a sua situação de direitos humanos analisada por três outros Estados (troika) e que, futuramente, pode vir a substituir os procedimentos especiais vistos acima. Para seus defensores, o RPU permite que todos os Estados sejam avaliados, evitando-se a seletividade e os parâmetros dúbios da escolha de um relator para um determinado país (por que determinadas ditaduras são excluídas dos procedimentos extraconvencionais?).

[...]

Apesar de criticados (porque os Estados não são os melhores críticos de seus pares), os procedimentos de averiguação de violações por países não foram extintos até o momento, desempenhando importante papel de investigação de violações de direitos humanos. O Brasil recebe constantemente a visita de Relatores Especiais, uma vez que fez um convite aberto a todos esses especialistas de direitos humanos, que podem, então, fazer inspeções *in loco* sem que tenham que receber uma aprovação prévia do Estado brasileiro.<sup>17</sup>

Nessa mesma linha, o PIDESC detalha o sistema de controle e monitoramento dos direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 16 a 25). Esse sistema, no entanto, restringe-se, basicamente: (i) à obrigação dos Estados aderentes em submeter relatórios periódicos “sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto”; e (ii) à cooperação internacional para a necessária prestação de assistência técnica em políticas públicas.

Para tanto, o Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) instituiu, em 1985, o “Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” (CESCR), que, desde então, vem sendo responsável pelo monitoramento das obrigações contraídas pelos Estados signatários do PIDESC.

<sup>16</sup> GUILMARÃES, Antonio Marcio da Cunha. Tribunal Penal Internacional - Breve análise. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 373.

<sup>17</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102-103.



## 4 A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no sistema interamericano

Como dito no capítulo precedente, tem-se, como um corpo de decisões jurisdicionais internacionais específicas sobre Direitos Humanos, a atuação das cortes internacionais de direitos humanos, estabelecida pelos diversos sistemas regionais (africano, europeu e interamericano).

Logo, em relação Brasil, assume especial importância o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), *cujá jurisdição obrigatória é reconhecida pelo país desde 1998*.

Em nível interamericano, o principal tratado de direitos humanos é o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, denominado de Convenção Americana de Direitos Humanos. Todavia, apesar de reconhecer direitos civis e políticos em dezenas de disposições, o Pacto destinou aos direitos sociais, econômicos e culturais apenas um único preceito, o qual, ainda assim, trata a matéria de forma bastante comedida:

### Artigo 26

#### Desenvolvimento Progressivo

Os Estados-Partes comprometem-se a *adotar providência*, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de *conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura*, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (grifos nossos)

O preceptivo, na mesma linha do art. 2º do PIDESC, parte da lógica de que os pactuantes assumem o “*compromisso em promover os direitos econômicos, sociais e culturais de forma progressiva, na medida dos recursos disponíveis*”. Dessa forma, reflete, claramente, a tendência do bloco capitalista liderado pelos EUA em adotar uma postura mais reticente quanto aos direitos humanos de 2ª dimensão, conferindo-lhes a natureza de meros mandados de otimização, a serem perseguidos na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas de cada Estado, em cada época.

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) da OEA, tendo ratificado o referido Pacto em 25 de setembro de 1992, com promulgação interna pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Entretanto, o principal instrumento interamericano para a proteção de direitos de segunda dimensão é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, na cidade de San Salvador, El Salvador. O Governo Brasileiro depositou o instrumento de adesão do referido ato em 21 de agosto de 1996, passando o mesmo a vigorar, internacionalmente, para o Brasil, em 16 de novembro de 1999. No plano interno, o Protocolo se encontra em vigência desde 30 de dezembro de 1999 (Decreto Presidencial n.º 3.321/1999).

O Protocolo Adicional de San Salvador, esse sim, discorre, de forma mais minudente, sobre os direitos econômicos, culturais e sociais no plano interamericano. Entretanto, com exceção dos artigos 17 e 18 — que versam, respectivamente, sobre a proteção a idosos e deficientes —, suas prescrições em quase nada inovam em relação ao PIDESC.

Mas a substancial diferença no trato dos direitos humanos entre os sistemas da ONU e da OEA é o proeminente papel desempenhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque se trata de um tribunal destinado especificamente ao julgamento de violações de direitos humanos no âmbito intera-

mericano, seja pela importante função desempenhada pelos seus pareceres consultivos<sup>18</sup>, ou, ainda porque, diferentemente da CIJ (que somente admite Estados nos polos ativo e passivo), franqueia a qualquer pessoa, grupo de pessoas ou ONG o “direito de petição” diretamente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que exerce uma função similar ao Ministério Público no sistema penal brasileiro), para apuração de casos de violação de direitos humanos<sup>19</sup>.

Em tema de direitos de segunda dimensão, dentre os mais prestigiados pareceres consultivos da lavra da Corte Interamericana de Direitos Humanos, realça-se, por sua elevada importância histórica, o Parecer Consultivo 07/86, no qual se firmou a interpretação de que os direitos garantidos pelo Pacto de San José da Costa Rica possuem aplicabilidade direta e imediata (“*enforceable per se*”) em todas os órgãos estatais nacionais (inclusive o Judiciário), prescindindo-se da intermediação de qualquer outro normativo interno para que sejam exigidos por seus destinatários<sup>20</sup>.

No Parecer Consultivo 01/1982, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a sua jurisdição consultiva poderá adotar como paradigma de interpretação e aplicação qualquer disposição relativa a direitos fundamentais entabulada em qualquer tratado aplicável a membro da OEA<sup>21</sup>, refutando a tese norte-americana, que pugnava pela autolimitação da Corte à edição de pareceres relativos a tratados regionais de direitos humanos<sup>22</sup>.

Dessa forma, a Corte Interamericana trabalha com um *framework* normativo copiosamente alargado, o que amplia de forma extraordinária o grau de proteção aos direitos humanos no âmbito dos Estados Americanos.

No capítulo subsequente, serão analisados alguns dos principais e mais paradigmáticos julgados da Corte Interamericana que importam à temática dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

## 5 Crise de efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais (desc) e o posicionamento da corte interamericana de direitos humanos

Durante os tempos de Guerra Fria, a comunidade internacional demonstrava maior entusiasmo pelos direitos de segunda dimensão, o que se explicava pela união diplomática dos países do bloco socialista com aqueles que compunham a “periferia” do mundo capitalista, a respeito do apelo por uma ordem econômica mundial voltada, precipuamente, para a distribuição de condições materiais de vida digna, ao invés do mero acúmulo de riquezas.

Inclusive, o PIDESC logrou obter o número de trinta e cinco ratificações (exigidas para a sua vigência) em 3 de janeiro de 1976, enquanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos somente alcançou tal quantidade de ratificações em 23 de março de 1976, embora ambos tenham sido unanimemente aprovados pela mesma Resolução 2200 A (XXI) da Assembleia Geral da ONU, de 16 de dezembro de 1966.

<sup>18</sup> Apesar desses pareceres não serem vinculantes, cumprir a interpretação dada pela Corte é extremamente salutar para que se possa evitar ulterior ação de responsabilidade internacional.

<sup>19</sup> No âmbito global, o direito de petição de pessoas físicas ou ONGs, pugnando pela apuração de eventuais violações de direitos humanos diretamente ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da ONU, somente foi possibilitado após o advento do Protocolo Adicional ao PIDESC, aprovado em 10 de dezembro de 2008. O Brasil ainda não assinou tal Protocolo.

<sup>20</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Advisory Opinion OC 07/86*. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_07\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_ing.pdf). Acesso em: 28 jan. 2021.

<sup>21</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Advisory Opinion OC 01/82*. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_01\\_ing1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_ing1.pdf). Acesso em: 28 jan. 2021.

<sup>22</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 136-137.

Todavia, a derrocada do socialismo soviético e a propagação da doutrina neoliberal, em grande parte do mundo (“consenso de Washington”), representaram um franco arrefecimento das pressões internacionais pelo implemento dos direitos de segunda dimensão, como adverte José Augusto Lindgren Alves:

Essa tendência de valorização prioritária dos direitos econômicos e sociais na esfera internacional, que se beneficiava, nos tempos da Guerra Fria, da aliança tática entre os Estados socialistas e os países em desenvolvimento na luta por uma Nova Ordem Econômica Internacional, pode agora inverter-se, por vários motivos. Em primeiro lugar porque, com o fim do chamado “socialismo real” e, portanto, dessa aliança tática, o desenvolvimento *tout court* deixou de ser uma bandeira internacional propagandística, sendo hoje substituída pela noção, mais abrangente, de desenvolvimento humano, dependente, até certo ponto, das condições econômicas internacionais, mas sobretudo da determinação da distributiva da riqueza interna e da adoção de políticas públicas adequadas pelos governos nacionais. [...] Em terceiro lugar, porque o conceito de direitos humanos que se instaurou de forma avassaladora na agenda internacional dos anos 90, em decorrência da ideologia vigente do neoliberalismo, corresponde exclusivamente — e de maneira simplista — aos dos direitos “de primeira geração”.<sup>23</sup>

Nessa trilha, as razões orçamentárias, a chamada “objeção desenvolvimentista” e até o *lobby* de agentes privados são legitimados pela ideologia diplomática que prevalece no debate dos DESC. Não que tais argumentos sejam injustos, muito pelo contrário: de fato, não seria possível a materialização do mínimo de dignidade humana em termos sociais somente com atos normativos, sem o substrato econômico favorável.

Ainda que encarados os direitos de segunda dimensão sob a ótica principiológica, como uma finalidade a ser buscada na *medida do possível* (“mandados de otimização”) — à luz do art. 2 do PIDESC/1966 e do art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica/1969 —, a noção de princípio como norma jurídica obrigatória já é, há décadas, um fato consolidado e pacífico na teoria geral do direito. Logo, os compromissos contraídos nos referidos Pactos possuem força jurígena vinculante, não se tratando meros projetos de metas (*soft law*) ou um discurso retórico.

Nesse sentido, a tradicional Teoria da Reserva do Possível, como limite fático e jurídico para a satisfação dos DESC, foi paulatinamente evoluindo no sentido de se exigir prova cabal da impossibilidade técnica ou financeira, a cargo (ônus processual) do ente administrativo<sup>24</sup>.

Consequentemente, é verdade que não se pode exigir do Estado o cumprimento de prestações materiais para além de suas possibilidades fáticas ou orçamentárias, a lógica inversa, também, se afigura igualmente verdadeira: o Poder Público deve ser responsabilizado por todos os direitos econômicos, sociais e culturais pactuados no PIDESC e no Protocolo de San Salvador que poderiam ter sido prestados, mas não o foram por razões políticas, por negligência/incapacidade administrativa *ou até mesmo por aquilo que a jurisprudência brasileira já alcunhou de “escolhas trágicas”*:

essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.<sup>25</sup>

O problema da “alocação trágica” dos recursos públicos, em detrimento do objetivo primordial do Estado de garantir a dignidade humana, é muito bem elucidado na seguinte ponderação de André de Carvalho Ramos:

No âmbito puramente empírico, observo que AMARTYA SEN, ao analisar casos históricos de fome

<sup>23</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997. p. 48.

<sup>24</sup> MARINO, Leonardo Romero. Moldando a “reserva do possível” no tempo: a sustentabilidade fiscal como direito difuso fundamental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 172, 2015.

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 812626/RS*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 08/09/2016, publicado no DJE em 08/17/2016.

maciça em um Estado (Etiópia, 1972-1974; Bangladesh, 1974, entre outros), comprovou que o principal problema não fora o da produção insuficiente de alimentos, mas sim o fracasso da elite governamental em distribuir os alimentos existentes. Assim, não houve carência de recursos, mas sim falta de políticas públicas de proteção do direito à alimentação. O mesmo pode ser dito do Brasil.

Portanto, o princípio do desenvolvimento progressivo no âmbito de direitos sociais deve ser aplicado com parcimônia e restrições, já que, em países como o nosso, o desenvolvimento é associado com políticas de concentração de renda, o que torna cada vez mais distante (e não mais próximo como seria natural) a concretização dos chamados direitos sociais.<sup>26</sup>

É oportuno rememorar que os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes entre si. A classificação em diferentes dimensões, portanto, é um expediente de caráter meramente didático.

Por essas (e outras) razões, a pioneira jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vem, reiteradamente, reconhecendo a responsabilidade de Estados membros da OEA pela frustração dos direitos econômicos, sociais e culturais de seus cidadãos.

Dentre os inúmeros julgados, verifica-se que, ao longo dos anos, diversas técnicas foram engendradas pela Corte e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para ensejar a condenação de países americanos inadimplentes com as obrigações assumidas no Pacto de San José da Costa Rica e no Protocolo de San Salvador.

A título exemplificativo, em 1999, no denominado *street children case* (“Villagran Morales vs Guatemala”, na linha da *dimensão positiva do direito a uma vida digna e da interdependência dos direitos humanos*), a Guatemala foi condenada pela tortura e morte de cinco crianças sem abrigo, com o fundamento de que o Estado deveria ter tomado medidas concretas para preveni-los de viver em absoluta miséria, uma situação que lhes teria negado as condições mínimas necessárias para o desenvolvimento de suas personalidades<sup>27</sup>.

Já no caso “Baena Ricardo et al vs. Panamá” (2001), lançando mão da técnica da *proteção indireta dos direitos sociais*, a Corte Interamericana condenou o Panamá pela ausência absoluta de providências em relação à despedida de duzentos e setenta trabalhadores que aderiram a um movimento grevista, sem que se tivesse garantido a estes o devido processo legal de despedimento<sup>28</sup>.

Por seu turno, no processo “Yakie Axa vs. Paraguai” (2005), na esteira da *realização progressiva dos direitos de segunda dimensão*, o Tribunal considerou a situação de uma comunidade indígena privada de acesso às suas terras tradicionais, o que a sujeitou a uma condição de extrema pobreza, além de alimentação, saúde e educação precárias. A argumentação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos invocou a obrigação de desenvolvimento progressivo, estabelecida no Pacto de San José, e os direitos à saúde, a um meio ambiente saudável, à alimentação, à educação e à cultura, previstos no Protocolo de São Salvador. Na sentença, a Corte concluiu que o Estado havia fracassado em suas obrigações por não ter empreendido as “medidas razoavelmente exigíveis” para a garantia de acesso a tais direitos, especialmente considerando a situação de vulnerabilidade agravada vivida pela comunidade<sup>29</sup>.

Até então, nos diversos julgados da Corte Interamericana, a exigibilidade das obrigações referentes aos DESC ainda estava condicionada a uma violação subjacente de direitos civis e políticos, estes sim dotados de justiciabilidade direta.

<sup>26</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 170.

<sup>27</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of the “Street Children” (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala*. Series C No 63, julgamento em 19 de novembro de 1999. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_63\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf). Acesso em: 27 jan. 2021.

<sup>28</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Baena Ricardo et al. v. Panama (Merits, Reparations and Costs)*. Series C No 72, julgamento em 02 de fevereiro de 2001. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec\\_72\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_72_ing.pdf). Acesso em: 28 jan. 2021.

<sup>29</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of the Indigenous Community Yakie Axa v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs)*. Series C No 125, julgamento em 17 de junho de 2005. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf). Acesso em: 28 jan. 2021.

Todavia, segundo Flávia Piovesan, Julia Cortez da Silva Cruz e Mariela Morales Antoniazzi<sup>30</sup>, a semente para a grande evolução do tema foi plantada pela tese sustentada pela Comissão Interamericana no caso “Suarez Peralta *vs.* Equador (2013)”. Nessa oportunidade, a Comissão pretendia a condenação do Estado do Equador em face de erro médico praticado numa clínica médica privada, por ter sido negligente no dever de adotar providências para, progressivamente, garantir os *standards* de proteção do direito à saúde — descumprimento do art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica.

Nesse sentido, a Comissão pontuou que os Estados possuem a obrigação positiva de estabelecer uma estrutura normativa adequada que regule a prestação de serviços de saúde, impondo padrões de qualidade para as instituições privadas, que permitem evitar riscos de violação da integridade pessoal durante a prestação de tais serviços. Além disso, deveriam, necessariamente, criar mecanismos oficiais de supervisão e controle da assistência médica, bem como procedimentos para a proteção administrativa e judicial das vítimas. Tais obrigações seriam decorrência direta dos compromissos assumidos pelos Estados Signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos e do seu Protocolo Adicional de 1988, razão pela qual poderiam ser diretamente exigíveis no plano jurídico (justiciabilidade direta dos DESC)<sup>31</sup>.

A tese suscitada pela Comissão, no entanto, não obteve adesão da maioria dos juízes que compunham a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Suarez Peralta *vs.* Equador”. Mesmo assim, o referido julgamento ganhou notoriedade por inaugurar a tendência no Tribunal, ainda que de forma minoritária, da proteção direta dos DESC.

Foi apenas no ano de 2017, no acórdão do caso “Lagos Del Campo *vs.* Peru”<sup>32</sup>, que a Corte Interamericana finalmente obteve maioria na sua composição para consolidar a tendência de se conferir *aplicabilidade direta à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais*:

Os juízes Roberto Caldas e Manuel Ventura aderiram ao parecer. O movimento para a justiciabilidade direta do artigo 26, que tinha começado com um juiz em Suarez Peralta, depois dois em Canales Huapaya, foi agora apoiado por três. Em 2017, a sua opinião ganharia uma maioria de cinco juízes em Lagos del Campo v. Peru. Lagos del Campo era um caso sobre a estabilidade laboral e o direito dos trabalhadores a associarem-se para defenderem os seus interesses comuns. O Tribunal decidiu que a violação destes direitos constitui uma violação direta do artigo 26 (a sentença esclarece que este artigo abrange os direitos laborais). O Tribunal reafirmou também a indivisibilidade dos direitos humanos, salientando que os DESC e a RCP devem ser vistos como parte de um conceito holístico<sup>33-34</sup>.

No caso em apreço, o Sr. Alfredo Lagos del Campos havia sido demitido como represália por ter delatado a intervenção de seus empregadores na realização de eleições internas de sua categoria sindical<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> ANTONIAZZI, Mariela Morales; CRUZ, Julia Cortez da Silva; PIOVESAN, Flávia. The Protection of Social Rights in the Inter-American Commission of Human Rights. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 428-429.

<sup>31</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Suárez Peralta v. Ecuador*. Series C No 261, julgamento em 31 de maio de 2013. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_261\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_ing.pdf). Acesso em: 29 jan. 2021.

<sup>32</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Lagos del Campo v. Peru (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Courts)*. Series C No 340, julgamento em 31 de agosto de 2017. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_ing.pdf). Acesso em: 29 jan. 2021.

<sup>33</sup> Tradução livre de: “*Judges Roberto Caldas and Manuel Ventura adhered to the opinion. The movement towards direct justiciability of article 26, which had started with one judge in Suarez Peralta, then two in Canales Huapaya, now was supported by three. In 2017, their opinion would gain a five-judge majority in Lagos del Campo v. Peru. Lagos del Campo was a case about labor stability and the right of workers to associate in order to defend their common interests. The Court held that impairments to these rights constitute a direct violation of article 26 (the sentence clarifies that this article encompasses labor rights). The Court also reaffirmed the indivisibility of human rights, highlighting that ESCR and CPR must be seen as part of a holistic concept.*”

<sup>34</sup> ANTONIAZZI, Mariela Morales; CRUZ, Julia Cortez da Silva; PIOVESAN, Flávia. The Protection of Social Rights in the Inter-American Commission of Human Rights. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 428-429.

<sup>35</sup> DAL CONTE TONIAL, M. A.; PIUCCO, M. Controle de convencionalidade das leis: o Caso Lagos del Campo e seus reflexos na Reforma Trabalhista brasileira. *Revista da Escola Judicial do TRT4*, [S. l.], v. 1, n. 01, p. 25, 2019.

Irresignado, o mesmo acionou o Poder Judiciário peruano, que, todavia, deixou de assegurar a proteção ao emprego do Sr. Lagos del Campos.

Exauridas as instâncias recursais internas, o caso foi posteriormente levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, por seu turno, reconhecendo a violação direta do compromisso adotado no artigo 26 do Pacto de San Jose da Costa Rica, condenou a República do Peru a pagar, em favor do Sr. Lagos del Campo, a quantia de mais trinta mil dólares por danos materiais, acrescida de vinte mil dólares a título de indenização por danos morais, em face da inescusável omissão em promover a proteção ao emprego no caso concreto<sup>36</sup>.

Desde então, a Corte vem oficialmente reconhecendo em seus julgados que a responsabilidade internacional decorrente do amesquinamento de direitos econômicos, sociais e culturais não mais pressupõe uma violação subjacente a um direito de primeira dimensão.

A corroborar esta tendência de afirmação de autonomia e indivisibilidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais – enquanto espécies do gênero direitos humanos – a decisão proferida no Caso Lagos del Campo ainda foi citada como fundamento de outros precedentes da CIDH, merecendo destaque o caso *Trabajadores Dispensados de Petroperú e outros vs. Peru* (sentença em novembro de 2017) e o caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile* (sentença em março de 2018)<sup>37</sup>.

Ao que parece, resta definitivamente consagrada no âmago da referida Corte Regional a responsabilidade direta de Estados que incorrerem em violação do dever de adotar as medidas razoavelmente possíveis para garantir a progressiva efetividade dos direitos consagrados no Protocolo de São Salvador, aclamando-se, assim, a justiciabilidade direta dos DESC e aplicabilidade imediata do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

## 6 Considerações finais

Não obstante a concepção holística, indivisível e universal dos direitos humanos, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada na Primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU em Teerã (em 1968) e na Segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU em Viena (em 1993), os direitos humanos de segunda dimensão, como obrigações jurídicas internacionais, ainda se encontram em débil estado de concretude.

Tanto o PIDESC/1966 (no âmbito universal) quanto o Protocolo de San Salvador/1988 (âmbito regional) são extremamente cautelosos quanto às obrigações estatais em promover os direitos humanos econômicos, sociais e culturais, reduzindo a efetividade de tais direitos à existência dos “recursos disponíveis” e à cláusula de compromisso ao “desenvolvimento progressivo”.

A sociedade internacional, no atual contexto de prevalência ideológica do neoliberalismo, tende a encarar os direitos humanos de segunda dimensão como mandados de otimização, a serem perseguidos pela lógica da “maior medida possível”, admitindo-se a natureza de regras (mandados definitivos) apenas em relação aos direitos civis e políticos (direitos de primeira dimensão).

De certa forma, tais concepções desprivilegiam a visão *ex parte populus* da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, patrocina um desbalanço entre os regimes de promoção dos direitos

<sup>36</sup> SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. Corte Interamericana de Direitos Humanos e a garantia de emprego no Brasil. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 24, n. 9, p. 378-395, dez. 2019, p. 389.

<sup>37</sup> CERQUEIRA, Dheborá Mendonça de. *A perspectiva social dos direitos humanos e o papel da corte interamericana: uma análise do Caso Lagos del Campo vs. Peru*. 2019. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2019. p. 89.

de primeira e segunda dimensões, em manifesto desprestígio aos princípios da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Contudo, sob qualquer perspectiva, os DESC gozam de inquestionável natureza normativa e são definitivamente capazes de gerar responsabilidade em face de Estados que negligenciam o adimplemento do compromisso internacional de promover o desenvolvimento progressivo destes direitos.

Considerando-se que a Corte Internacional de Justiça exerce jurisdição em assuntos gerais, a proteção judicial mais significativa e específica em matéria de direitos humanos é exercida pelos tribunais de direitos humanos estabelecidos nos sistemas regionais.

No contexto interamericano, os precedentes acima mencionados revelam que, pouco a pouco, a Corte Interamericana de Direitos Humanos avançou no sentido de uma proteção cada vez mais efetiva dos direitos de segunda dimensão. No caso “Lagos Del Campo *vs.* Peru” (2017), o Tribunal finalmente decidiu que os DESC, estabelecidos no sistema da OEA, são dignos de proteção direta, rompendo-se, assim, com a postura mais comedida da comunidade internacional no que tange à concretização do princípio da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, pelo menos, no âmbito daquela corte regional.

A jurisprudência recentemente estabelecida é um horizonte promissor para a proteção efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais e deve servir de paradigma evolutivo da matéria para a Corte Internacional de Justiça e para os demais tribunais regionais de direitos humanos ao redor do mundo.

## Referências

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; CRUZ, Julia Cortez da Silva; PIOVESAN, Flávia. The Protection of Social Rights in the Inter-American Commission of Human Rights. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 413-438.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 812626/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília: 08/09/2016, publicado no DJE em 08/17/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despa-cho662937/false>. Acesso em: 28 jan. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CERQUEIRA, Dheborá Mendonça de. *A perspectiva social dos direitos humanos e o papel da corte interamericana: uma análise do Caso Lagos del Campo vs. Peru*. 2019. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2019. Disponível em: <http://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/10998>. Acesso em: 19 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Advisory Opinion OC 01/82*. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_01\\_ing1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_ing1.pdf). Acesso em: 28 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Advisory Opinion OC 07/86*. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_07\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_ing.pdf). Acesso em: 28 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Baena Ricardo et al. v. Panama (Merits, Reparations and Costs)*. Series C No 72, julgamento em 02 de fevereiro de 2001. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec\\_72\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_72_ing.pdf). Acesso em 28 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Lagos del Campo v. Peru (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*. Series C No 340, julgamento em 31 de agosto de 2017. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_ing.pdf). Acesso em: 29 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Suárez Peralta v. Ecuador*. Series C No 261, julgamento em 31 de maio de 2013. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_261\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_ing.pdf). Acesso em 29 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay (Merits, Reparations and Costs)*. Series C No 125, julgamento em 17 de junho de 2005. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf). Acesso em 28 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*. Series C No 63, julgamento em 19 de novembro de 1999. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_63\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf). Acesso em 27 jan. 2021.

DAL CONTE TONIAL, M. A.; PIUCCO, M. Controle de convencionalidade das leis: o Caso Lagos del Campo e seus reflexos na Reforma Trabalhista brasileira. *Revista da Escola Judicial do TRT4*, [S. l.], v. 1, n. 01, p. p. 15–39, 2019. Disponível em: <https://rejtrt4.emnuvens.com.br/revistaejud4/article/view/11>. Acesso em: 19 set. 2021.

GUIMARAES, Antonio Marcio da Cunha; GUIMARÃES, Arianna Stagni; GUIMARÃES, Adriano Stagni. Comentários ao artigo 29º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: BALEIRA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; COUTO, Monica Bonetti (org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica Editora, 2013.

GUIMARAES, Antonio Marcio da Cunha. Tribunal Penal Internacional - Breve análise. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (org.). *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Mattos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000.

MARINO, Leonardo Romero. Moldando a “reserva do possível” no tempo: a sustentabilidade fiscal como direito difuso fundamental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 170-193, 2015. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2903/2565>. Acesso em: 18 set. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Garantia de Emprego no Brasil. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 24, n. 9, p. 378-395, dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5266>. Acesso em: 19 set. 2021.





CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A estrutura linguístico-discursiva do voto do Ministro Barroso na ADO 26 e no MI 4733: uma reflexão à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico**

**The linguistic-discursive structure of Minister Barroso's vote in ADO 26 and MI 4733: a reflection in the light of Counter-Hegemonic Dialogical Constitutionalism**

Maria Eugenia Bunchaft

VOLUME 12 • Nº 2 • AGO • 2022

# A estrutura linguístico-discursiva do voto do Ministro Barroso na ADO 26 e no MI 4733: uma reflexão à luz do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico\*

## The linguistic-discursive structure of Minister Barroso's vote in ADO 26 and MI 4733: a reflection in the light of Counter-Hegemonic Dialogical Constitutionalism

Maria Eugenia Bunchaft\*\*

### Resumo

Este artigo pretende analisar a estrutura linguística do discurso inerente ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, relativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 e ao Mandado de Injunção 4733, incluindo a tese do papel iluminista do STF, com objetivo de verificar se as ferramentas discursivas utilizadas refletem o idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário e Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico* ou se, ao contrário, refletem categorias binárias e outros estereótipos de gênero.

A temática é relevante, pois, à medida que desafiamos processos de opressão vivenciados pelos membros da comunidade LGBTQI+, se torna fundamental diagnosticar que tais formas de subordinação decorrentes da homofobia não podem ser combatidas sem a superação de autocompreensões binárias — que também se manifestam nas decisões judiciais. O trabalho é original, propondo marco teórico inovador, porquanto o *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico* é uma teoria ampla, que sustenta a ideia de uma fusão dialógica contra-hegemônica — específica de países periféricos que passam por processos de desdemocratização —, a qual articula os *insights* conceituais das teorias da parceria, do equilíbrio e da teoria da democracia de Fraser, com ênfase na releitura desta sobre o conceito gramsciano de hegemonia.

Conclui-se que a estrutura discursiva do voto do Ministro Luís Roberto Barroso revela que não houve uma porosidade jurídico-institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais LGBTQI+ e que a defesa do papel iluminista do STF poderia reforçar as práticas normalizadoras da sexualidade vinculadas a uma normatização capitalista decorrentes de correntes políticas do neoliberalismo progressista.

Como resultado, não se nega a tese de acordo com qual o STF desempenhou um papel fundamental no enfrentamento da violência homotransfóbica no que concerne ao debate envolvendo o julgamento do MI 4733/DF e da ADO 26, mas o trabalho teoriza a possibilidade de avançarmos para além dessa vitória inicial, pois há elementos textuais conclusivos que revelam uma “cegueira” do ministro Luís Roberto Barroso em relação à temática da

\* Recebido em 17/02/2020  
Aprovado em 21/05/2022

\*\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - UNESA. Orientadora de Doutorado e de Mestrado. Pós-Doutora em Filosofia Política pela UFSC. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pós-Doutoranda em Direito pela PUC-Rio. Autora do livro: *Patriotismo Constitucional: a Reconstrução da Ideia de Nação na Filosofia Política Contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2015.

E-mail bunchaftmaria1@gmail.com

desconstrução de categorias binárias, que é uma reivindicação constitutiva da linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais. A pesquisa será operacionalizada pelo método monográfico e por meio do método histórico-analítico delineado por Nancy Fraser. Por fim, a pesquisa documental e a documentação indireta serão utilizadas.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico. Diálogos constitucionais. Binarismo. Minorias LGBTQI+. Contra-hegemonia.

## Abstract

The article intends to analyze the linguistic structure of discourse inherent in the vote of Justice Luís Roberto Barroso at Direct Action of Unconstitutionality of Omission number 26 and at Writ of Injunction 4733, including the thesis of “enlightenment role” of Brazilian Supreme Court, in order to verify whether the employed discursive tools reflect the counter-hegemonic language of social movements, in the light of Egalitarian-Democratic Constitutionalism and Counter-Hegemonic Democratic Constitutionalism, or quite the opposite, if reveal binary categories, and other gender stereotypes. Regarding the justification, the theme is relevant, because as oppression processes experienced by LGBTQI+ community are challenged, it becomes essential to diagnose that such forms of subordination resulting from homophobia can not be combated without overcoming binary self-understandings which also manifest in Cort decisions. The work is original, proposing an innovative theoretical framework, because Counter-Hegemonic Democratic Constitutionalism is a broad theory that supports the idea of a specific counter-hegemonic dialogical fusion of peripheral countries that go through processes of dedemocratization, combining both the conceptual insights of partnership and equilibrium theories and Fraser’s theory of democracy, with emphasis on her rereading on the gramscian concept of hegemony.

As a result, the work doesn’t refuse the thesis according to which the Brazilian Supreme Court played a fundamental role in combat the homophobic violence with regard to the debate involving the judgment of Writ of Injunction 4733 and of Direct Action of Unconstitutionality of Omission number 26, but the research theorizes about the possibility of moving beyond this initial victory, because there are conclusive textual elements that reveal a “blindness” of the Justice Luís Roberto Barroso in relation to the theme of the deconstruction of binary categories, which is a claim constitutive of the counter-hegemonic language of social movements. It is concluded that the discursive structure of Justice Luís Roberto Barroso’s vote reveals that there was no institutional porosity to the counter-hegemonic language of the LGBTQI+ social movements, and that the defense of Enlightenment role of the Brazilian Supreme Court could reinforce the normalizing practices of sexuality linked to a capitalist normatization resulting from political currents of progressive neoliberalism.

The research will be operationalized by the monographic method and through the historical-analytical method outlined by Nancy Fraser. Finally, documentary research and indirect documentation will be used.

**Keywords-**Counter-Hegemonic Constitutionalism. Constitutional dialogues. Binarim. LGBTQI+ minorities. Counter-hegemony.

## 1 Introdução

Um dos aspectos centrais da democracia deliberativa consiste em que o cidadão não se reduz ao papel de destinatário passivo das decisões estatais, pois as decisões públicas devem ser o resultado de um intercâmbio reflexivo de argumentos, garantindo-se o respeito mútuo. Segundo Amy Gutmann, a democracia delibera-

tiva tem como atributos a exigência de que as decisões políticas sejam o resultado da justificação através do exercício público da razão à luz de princípios que sejam aceitos por cidadãos que buscam os termos equitativos da cooperação social.<sup>1</sup>

Todavia, nas sociedades latino-americanas, os sistemas político-institucionais enfrentam grave crise de legitimidade. Essas democracias representativas — ao serem influenciadas por elites ligadas ao grande capital financeiro, que controlam a imprensa — se deparam com fechamento do horizonte de debate crítico-reflexivo na esfera pública informal. À vista disso, há uma crise de representatividade política por parte dos cidadãos em face do déficit de participação democrática efetivo de parte da população tanto na esfera pública informal como nos processos políticos decisórios.

Em síntese, na deliberação político-parlamentar de países como o Brasil, se incrementa a aprovação de atos normativos vinculados aos interesses da bancada das armas, de grupos neopentecostais e do agronegócio. Alguns desses atos frequentemente limitam direitos fundamentais de minorias sexuais dissidentes. Nesse aspecto, revela-se essencial, em circunstâncias específicas, a retomada de processos dialógicos de judicialização voltados à concretização de direitos fundamentais de minorias vulneráveis.

A estratégia de compatibilização entre democracia e constitucionalismo representa um dos maiores desafios das sociedades democráticas. Nessa perspectiva, a proposta teórica de Post e Siegel consiste em negar a tirania majoritária. O *Constitucionalismo Democrático* pretende tornar compatível uma tensão: integridade do Estado de Direito *versus* necessidade da ordem constitucional de legitimidade democrática.

Constatando as injustiças que impactam minorias sexuais dissidentes em países periféricos de modernidade tardia — especialmente o Brasil — que sofrem o impacto de processos de desigualdade econômica, mecanismos de subordinação de *status* e falta de empoderamento político que decorrem da integração do evangelicalismo à sua cultura política, propugna-se uma releitura da teoria do *Constitucionalismo Democrático* à luz do marco teórico de Nancy Fraser e da ideia de fusão dialógica, proposta por Christine Bateup, com o escopo de contextualizá-la nessa cultura política específica. Para tal empreendimento, a Teoria do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* revela-se fundamental.

Em 13 de junho de 2019, o STF concluiu o julgamento conjunto da ADO 26/DF<sup>2</sup>, que foi proposta pelo Partido Popular Socialista, e do Mandado de Injunção 4733/DF<sup>3</sup>, apresentado pela ABGLT-Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, que também foi proposta em face do Congresso.

Portanto, o objetivo geral do presente artigo consiste em analisar a estratégia linguístico-discursiva que perpassa pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADO 26<sup>4</sup> e no MI 4733/DF à luz das teorias propostas do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, com o intuito de verificar se as ferramentas discursivas empregadas refletem o idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais ou se, ao contrário, revelam estereótipos de gênero inerentes a um feminismo corporativo de elite.

Sustentam-se os seguintes OBJETIVOS ESPECÍFICOS (ITEM 5):

1. investigar os aspectos fundamentais da teoria do *Constitucionalismo Democrático* de Reva Siegel e

<sup>1</sup> GUTMAN, Amy. The challenge of multiculturalism in political pthics. *Philosophy and Public Affairs*, Malden, v. 22, n. 3, p. 171-206, 1993. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PRIMEDU143/Amy%20Gutmann.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Plenário. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733*. Plenário. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Plenário. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=H0crBs4Gqc4>. Acesso em: 21 fev. 2019.

Robert Post;

2. analisar os elementos centrais da Teoria da Justiça de Nancy Fraser e sua releitura a respeito da concepção gramsciana de hegemonia;
3. explorar e refinar as reflexões atuais da teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*;
4. promover a análise da estratégia linguístico-discursiva contida no voto do Ministro Barroso na ADO 26 e no MI 4733 à luz do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*.

Com efeito, o principal problema, enfrentado por este trabalho, está vinculado ao seguinte questionamento: em que medida a estratégia linguístico-discursiva, empregada no voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADO 26 e no MI 4733, e sua ênfase na ideia de papel iluminista do STF, reforçam categorias binárias típicas de um feminismo corporativo de elite ou descortinam a efetiva sensibilidade jurídico-institucional à linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais (desconstruindo categorias binárias) invocada pelo *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e pelo *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico*?

Em suma, sustenta-se a seguinte hipótese: as ferramentas discursivas, empregadas no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, e sua ênfase na ideia de papel iluminista do STF, reforçam categorias binárias típicas de um liberalismo sexual decorrente de um neoliberalismo progressista e não desvelam efetiva porosidade institucional à linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais, invocada pelas teorias do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e do *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico*.

Em síntese, tanto o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* como o *Constitucionalismo Subalterno*<sup>5</sup> representam duas correntes teóricas específicas que integram uma teoria mais ampla denominada *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*.

A palavra *justificar* pressupõe o termo latino *justificare* — que sintetiza a ideia de declarar justo. Sustenta-se que o presente trabalho necessita explicitar motivos relevantes que o legitimem. Reitera-se alguns motivos teóricos fundamentais que legitimam a concretização da pesquisa, no que concerne à importância do tema e à eleição do marco teórico.

A temática é relevante, pois, ao desafirmos processos de opressão vivenciados pelos membros da comunidade LGBTQI+, torna-se fundamental diagnosticar que tais formas de subordinação decorrentes da homofobia não podem ser combatidas sem a superação de autocompreensões binárias — que também se manifestam nas decisões judiciais. A eleição do marco teórico relativo à proposta do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* é fundamental, pois transcende e vai além da necessária (mas não suficiente) discussão sobre a atuação contramajoritária do STF na efetivação dos direitos fundamentais de minorias sexuais dissidentes, trazendo à tona um debate inovador e também fundamental: a necessidade de problematizar se o STF é pautado por uma porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais com o objetivo de evitar estratégias linguísticas de subalternização textual de minorias vulneráveis.

É de se mencionar que a pesquisa usa o método monográfico. Sob esse prisma, parte-se da ideia de que “um caso investigado com profundidade, se representativo de muitos outros, pode ter suas conclusões estendidas para casos semelhantes.”<sup>6</sup> É utilizado o método histórico-analítico (método de abordagem) de Nancy Fraser<sup>7</sup>, pois a historicização congloba uma abordagem adequada da teoria social, ao possibilitar a investigação do caráter socioestrutural singular e historicamente específico da sociedade capitalista contemporânea.

<sup>5</sup> MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. *Os direitos dos quilombolas no STF: uma reflexão à luz do Constitucionalismo Subalterno*. Notas de aula. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 2019.

<sup>6</sup> HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 46.

<sup>7</sup> FRASER, Nancy. Feminismo, Capitalismo e a astúcia da história. *Mediações*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-33, 2009. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4505>. Acesso em: 3 jan. 2010.

A técnica de pesquisa contempla a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e capítulos de livros que tratam do marco teórico de Nancy Fraser, Antonio Gramsci e dos teóricos que integram o movimento acadêmico denominado *Constitucionalismo Democrático* (Post e Siegel), assim como das teorias da parceria e do equilíbrio. Utiliza-se, também, pesquisa bibliográfica complementar que incide sobre a produção teórica de autores que dialogam com os marcos teóricos de Nancy Fraser e Antonio Gramsci (com ênfase na ideia de hegemonia), assim como incidente sobre a contribuição de teóricos que comentam o referencial teórico de Post e Siegel.

A pesquisa documental propiciará a análise do voto do Ministro Barroso na ADO 26<sup>8</sup> e no MI 4733.<sup>9</sup> Tais documentos jurídicos — cabe citar — estão disponíveis de forma on-line no site do STF. Feitas essas considerações, é fundamental analisar os aspectos centrais da teoria do *Constitucionalismo Democrático*.

## 2 Contextualizando a teoria do *Constitucionalismo Democrático* de Post e Siegel

Uma das estratégias capazes de resolver a tensão estabelecida entre constitucionalismo e democracia é a solução teórica adotada pelo *Constitucionalismo Democrático*, o qual presume que “a Constituição e o Direito Constitucional são moldados em meio a interações discursivas entre o governo, o Congresso, as Cortes, as reivindicações dos movimentos sociais e os partidos políticos.”<sup>10</sup> De início, é fundamental delimitar brevemente as principais teorias que explicam a expansão do poder judiciário no mundo.

Nesse sentido, as teorias conceitualistas propugnam teorizar e explicar a expansão global do Poder Judiciário a partir do surgimento do Estado Democrático de Direito, que emergiu no contexto do Pós-Segunda Guerra e foi responsável pela conversão de um sistema originalmente vinculado à vontade majoritária em um novo arcabouço normativo baseado na ideia de democracia constitucional.

Em sentido diverso, há um conjunto de teorias funcionalistas que pressupõem “a judicialização como um fenômeno decorrente de uma questão estrutural do sistema jurídico, como, por exemplo, a existência de múltiplos pontos de veto em um sistema político fortemente descentralizado.”<sup>11</sup>

Por sua vez, inserindo-se nas teorias estratégicas, Ginsburg leciona que determinados grupos promovem a constitucionalização e o ativismo judicial, que funcionam como uma garantia aos que perdem o processo político, zelando por princípios democráticos e viabilizando a não alteração de seu plano político pelo grupo político vencedor.<sup>12</sup>

A seu turno, Hirschl assinala a utilização política das Cortes como mecanismo de manutenção do *status quo*.<sup>13</sup> Durante a vigência do regime de *apartheid*, a minoria branca podia apostar no processo político como instrumento de manutenção do *status quo*, justificando a supremacia do Parlamento, razão pela qual uma emenda constitucional de 1958 estabelecia uma proibição expressa ao controle de constitucionalidade.<sup>14</sup> Quando o regime de *apartheid* terminou, a minoria branca passou a confiar no Poder Judiciário e na tutela

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Voto do Ministro Roberto Barroso.

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733*.

<sup>10</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o backlash à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. *Revista do Mestrado em Direito da UCB*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 231, jan./jun., 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/6645/4442>. Acesso em: 3 jan. 2017.

<sup>11</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 69.

<sup>12</sup> GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003. p. 23.

<sup>13</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 12.

<sup>14</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. p. 12.

de direitos fundamentais por meio do controle de constitucionalidade com o intuito de manter privilégios. Portanto, a supremacia parlamentar é substituída pela supremacia judicial, refletindo o uso político do Poder Judiciário como mecanismo de preservação do status quo.<sup>15</sup>

De outro lado, é premente distinguir os conceitos de judicialização e ativismo judicial. Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a judicialização, “[...] no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”.<sup>16</sup> Em contraposição, o ativismo judicial “[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”<sup>17</sup>

Em *Verdade e Consenso*, Streck pondera que “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”.<sup>18</sup> Já “[...] a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção à jurisdição constitucional).”<sup>19</sup>

Diante dessa estrutura conceitual, o *Constitucionalismo Democrático* tenciona desvelar como os direitos constitucionais foram estabelecidos em uma sociedade marcada pelo pluralismo. A divergência interpretativa sintetiza uma condição natural para a evolução do Direito Constitucional, não devendo ser negada, visto que a autoridade da Constituição pressupõe sua legitimidade democrática.<sup>20</sup>

Nesse ponto, na compreensão de Post e Siegel, “não há efetiva incompatibilidade entre o papel proativo do povo na delimitação do significado da Constituição e as virtudes ativas do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais.”<sup>21</sup> Ambos desempenham papéis relevantes na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais. Em princípio, a Suprema Corte somente pode concretizar normas constitucionais, pressupondo a interpretação que seja sedimentada na consciência popular. Em determinadas circunstâncias, a Corte pode atuar em sentido contrário à vontade popular, mesmo em uma sociedade plural e divergente.<sup>22</sup>

Nessa perspectiva, Post e Siegel postulam um modelo focado na compreensão dos esforços dos funcionários do governo para o cumprimento da Constituição em condições de controvérsia pública. Destarte, a construção dos sentidos constitucionais pressupõe um processo histórico marcado por disputas de narrativas estabelecidas por sujeitos engajados politicamente, com o intuito de tornar hegemônica a sua interpretação do *nomos* constitucional. Tais embates interpretativos situam-se à margem da institucionalidade, sendo o judiciário invocado para resguardar valores sociais e restringir eventual violação a dispositivos constitucionais.<sup>23</sup>

Na proposta de Post e Siegel, embora seja negado um foco *juricêntrico*, é função do Judiciário a interpretação da Constituição e dos valores constitucionais, mantendo-se, todavia, o “[...] o papel fundamental que

<sup>15</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. p. 12.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Synthesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. p. 6. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonoivo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonoivo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. p. 6.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 589

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. ed. p. 589.

<sup>20</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalism and the Backlash. *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>. Acesso em: 03 fev. 2009.

<sup>21</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o backlash à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. p. 246.

<sup>22</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo Roe: constitucionalismo democrático y reacción violenta. In: *Constitucionalismo Democrático: por una reconciliación entre constitución y pueblo*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. p. 31-118.

<sup>23</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: democratic constitutionalism and the Backlash. p. 373-343.

o envolvimento do público, dos movimentos sociais, dos partidos políticos e da sociedade desempenha na orientação e na legitimação das instituições e das práticas de revisão judicial.”<sup>24</sup>

A versão específica de *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* proposta para a cultura política de países periféricos em processos de desdemocratização — como o Brasil — incorpora a forma de um *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, que articula as contribuições teóricas do *Constitucionalismo Democrático* às concepções de contrapúblicos subalternos e de paridade de participação, propostas por Fraser. Assim, é fundamental não neutralizar as assimetrias da esfera pública informal de interpretação constitucional, expandindo as arenas discursivas por meio de contrapúblicos interpretativos.<sup>25</sup>

De fato, o papel contramajoritário do STF configura uma resposta ao vazio legislativo decorrente do processo político deliberativo e alcança legitimidade institucional no âmbito de um modelo constitucional de freios e contrapesos — ou de concretização de direitos e garantias processuais no Estado Democrático. Todavia, para as estratégias teóricas do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico*, não se revela suficiente uma perspectiva contramajoritária do STF, voltada para a efetivação dos direitos fundamentais cidadãos ou direcionada à garantia das regras do jogo democrático e das condições procedimentais que viabilizam a democracia deliberativa.

Portanto, na hipótese de efetivação contramajoritária dos direitos de minorias vulneráveis contra violações do processo político majoritário, se torna, também, crucial a centralidade de uma atuação judicial que não apenas estabeleça diálogos constitucionais robustos entre poderes, atores sociais, povo e movimentos sociais, mas que, partindo das diferenciadas contribuições que cada poder pode estabelecer a partir de suas competências específicas, seja capaz de captar juridicamente a linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais.

O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* propugna se opor tanto à ideia de “papel iluminista” do STF (reflexo de processos sutis de cooptação das pautas emancipatórias dos movimentos sociais pelo neoliberalismo progressista) quanto à estratégia que pretende interpretar nossa Corte Constitucional como uma instância que possui uma abertura jurídico-institucional ao clamor popular (reflexo dos discursos homofóbicos e racistas inerentes ao neoliberalismo reacionário).

Passa-se a analisar a Teoria da Justiça e da Democracia de Fraser.

### 3 A Teoria da Democracia de Nancy Fraser

Na linha da teórica Nancy Fraser, gênero é uma categoria tridimensional que contempla: reconhecimento, redistribuição e representação. O não reconhecimento não pressupõe uma subjetividade deformada, mas uma subordinação de *status* e uma violação efetiva à justiça.

Diante dessa estrutura conceitual, Fraser sustenta que o não reconhecimento deve ser interpretado como uma questão de *status* social, pois as injustiças que advêm da subordinação de *status* apenas podem ser reparadas por meio de uma política do reconhecimento desconstrutiva. Logo, reconhecimento, redistribuição e representação são três esferas de injustiça primárias e cooriginárias. A terceira dimensão da justiça tem por escopo delimitar as injustiças na dimensão global, partindo da divisão do espaço político em sociedades delimitadas territorialmente. A dimensão da representação foi contemplada em seu marco teórico, pretendendo democratizar o procedimento voltado ao estabelecimento do *quem* da justiça. A questão é: quem

<sup>24</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. O “direito dos banheiros” no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845.779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 157, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/banheirosMaria.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

<sup>25</sup> FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990b. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/466240?seq=1>. Acesso em: 2 jan. 2020.



são os atores sociais que têm legitimidade para instituir alterações substanciais na sociedade nas esferas do reconhecimento e da redistribuição?

Fraser reflete sobre a temática do enquadramento, mencionando que a Teoria da Justiça deve se tornar tridimensional. A teórica elenca três núcleos de anormalidade atinentes à justiça social, com reflexos em disputas em torno desses núcleos. Surgem questões em torno de *quem* tem o direito de mobilizar reivindicações de justiça em relação ao *o quê* (reconhecimento, redistribuição, representação). Por fim, surgem embates em relação ao *como*. Em contextos anormais, esse *o quê* da justiça converte-se em objeto de disputa. Surgem embates em torno da injustiça distributiva, enquanto outros se contrapõem à subordinação de *status*. Por fim, há atores sociais que questionam o domínio do político.<sup>26</sup>

Outrossim, Fraser diagnostica que o modelo de *status* oportuniza a cada indivíduo mobilizar reivindicações por reconhecimento em uma perspectiva universalista e moralmente vinculante sob condições de pluralismo. Destaca que o modelo de *status* é deontológico e não sectário, bem como “[...] não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para a concepção de justiça que pode - e deve - ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem.”<sup>27</sup>

Ao ensejo, o cerne da Teoria de Fraser consiste na concepção de paridade participativa, que propugna desconstruir injustiças sociais inerentes à subordinação de *status*, classe ou falta de representação política. Em suma, a “[...] ‘paridade’ significa a condição de um par, de se estar em igual condição de ser um par, de se estar em igual condição com os outros, de estar partindo do mesmo lugar.”<sup>28</sup> No que concerne aos contrapúblicos subalternos, Fraser sustenta que estes são arenas discursivas transversais e contra-hegemônicas nas quais os membros dos grupos subalternos inventam e circulam contradiscursos para estabelecer interpretações opostas de suas identidades e necessidades.<sup>29</sup>

Por meio da noção de contrapúblico, “Fraser desenvolve uma ideia mais dinâmica de lutas sociais ao mesmo tempo em que acrescenta uma dimensão mais política à noção de esfera pública”.<sup>30</sup> Maria Pia Lara e Robert Fine, investigando as contribuições de Fraser, reiteram que, na sua concepção, “a exclusão das mulheres e de outros grupos de pessoas foi fundamental para todo o processo de constituição de uma esfera pública burguesa.”<sup>31</sup>

Para Fraser, os *públicos fracos*, por meio do engajamento político-democrático, tendem a se tornar *públicos fortes* — o que pressupõe a deliberação em públicos concorrentes — embora seja patente que tais movimentos discursivos reivindiquem certo tempo para concretizar a efetivação de algumas demandas dos movimentos sociais.<sup>32</sup> Nesse aspecto, destaca-se a luta política inserida em públicos concorrentes como uma luta pela hegemonia e pela inclusão social, com vistas a dar voz aos excluídos. Logo, reconhecer que os processos de inclusão e de exclusão são constitutivos da esfera pública, muda sua conceituação inicial. Finalmente, a ideia de contrapublicidade pode promover as práticas emancipatórias de movimentos ativistas da sociedade civil global, com reflexo no surgimento de contrapúblicos de mulheres negras, de transexuais e de lésbicas.

Com efeito, como salienta Fraser, a partir da década de 1980, as pautas emancipatórias da primeira fase do feminismo de segunda onda e suas críticas ao economicismo, androcentrismo e ao estatismo foram redimensionadas pelo feminismo de segunda onda na sua segunda fase a partir do surgimento do neoliberalismo

<sup>26</sup> FRASER, Nancy. *Scales of Justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2009. p. 45-78.

<sup>27</sup> FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: redistribution, recognition, and participation*, p. 31.

<sup>28</sup> FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 118, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

<sup>29</sup> FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy*, p. 56-80.

<sup>30</sup> LARA, Maria Pia; FINE, Robert. *Justice and Public Sphere. The Dynamics of Nancy Fraser's Critical Theory*. In: LOVELL, Terry. *(Mis)recognition, Social Inequality and Social Justice: Nancy Fraser and Bourdieu*. New York: Routledge, 2007. p. 38

<sup>31</sup> LARA, Maria Pia; FINE, Robert. *Justice and Public Sphere. The Dynamics of Nancy Fraser's Critical Theory*, p. 27.

<sup>32</sup> FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy*, p. 56-80.

progressista. Como se sabe, as feministas da primeira fase de segunda onda contrapuseram-se ao imaginário político economicista, que pressupunha a identificação da fonte exclusiva das injustiças como sendo as desigualdades distributivas.<sup>33</sup>

Nesse sentido, as críticas dessas feministas, que, na década de 1960 e 1970, eram direcionadas ao economicismo ou primazia da categoria classe, foram ressignificadas pelo feminismo de segunda onda na sua segunda fase por meio de uma “aliança eletiva perversa” entre políticas da identidade e neoliberalismo progressista, justamente em um contexto no qual cresciam as desigualdades socioeconômicas. Os principais representantes políticos do neoliberalismo progressista nos Estados Unidos foram os ex-presidentes Obama e Clinton.<sup>34</sup>

Analisando o contexto norte-americano atual, que se caracteriza por uma versão hiper-reacionária de neoliberalismo representada pela ascensão de Donald Trump, a autora sustenta uma versão progressista de populismo como ator contra-hegemônico. Fraser não defende que um bloco populista progressista contra-hegemônico deva minimizar as reivindicações por reconhecimento das minorias e movimentos sociais, pois estas também devem permanecer centrais. No entanto, Fraser postula ser contraproducente analisá-las de modo superficial e desconectado das questões econômicas, como se igualdade significasse empoderamento meritocrático, anti-homofobia meritocrática e capitalismo verde.

A vertente progressista do neoliberalismo procura se legitimar simbolicamente por meio da cooptação das pautas emancipatórias e mais radicais dos movimentos sociais. Refiro-me à “afinidade eletiva perversa entre neoliberalismo e política da identidade.”<sup>35</sup> Outrossim, o liberalismo sexual defendido pelo neoliberalismo progressista pressupõe um conjunto de práticas normalizadoras da sexualidade. Já a estratégia do neoliberalismo hiper-reacionário, que caracteriza os governos de Trump e Bolsonaro, parte de uma agenda plutocrática mais cruel, que segue a “voz das ruas” e mobiliza argumentos misóginos, homofóbicos e racistas, opondo-se às reivindicações dos movimentos sociais.

Em face dessa leitura, é clara a assertiva de Fraser: “embora pareça valorizar a liberdade individual, o liberalismo sexual não desafia as condições estruturais que incitam a homofobia e transfobia, incluindo o papel da família na reprodução social.”<sup>36</sup> A normalização gay é resultado da normalização capitalista. Consoante salienta Fraser, é central realizar o sonho de uma nova forma de sociedade que assegure “as bases materiais da liberação sexual, entre elas o amplo suporte público à reprodução social, redesenhada para uma gama muito mais ampla de famílias e uniões afetivas.”<sup>37</sup> Passa-se a analisar as contribuições atuais do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*.

## 4 Contribuições atuais do Constitucionalismo Democrático-Paritário e do Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico

Na primeira elaboração conceitual estabelecida no ano de 2016, a Teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* revelou pertinência para contemplar as reivindicações de minorias dissidentes, pois pressupunha a tese de acordo com a qual, quando o processo político-democrático não efetivava as demandas de grupos

<sup>33</sup> FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história, p. 11-33.

<sup>34</sup> FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história. *Mediações*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-33, jul./dez, 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4505>>. Acesso em: 3 jan. 2010.

<sup>35</sup> FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história. p. 11-33.

<sup>36</sup> ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. São Paulo: Boitempo, 2019. p. 72.

<sup>37</sup> ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. p. 74.

vulneráveis, caberia ao STF atuar de modo contramajoritário de maneira a concretizar direitos fundamentais — suprimindo um déficit de representatividade política destes no processo político majoritário.<sup>38</sup>

Inicialmente, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* representava a defesa de um judiciário atuante na defesa de direitos fundamentais, capaz de minimizar a descaracterização do valor epistêmico da política institucional em países periféricos de modernidade tardia. Nessa estrutura conceitual, “[...] tal práxis comunicativa de interpretação constitucional vinculada a um enquadramento Pós-Westfaliano potencializa a paridade de participação de minorias vulneráveis.”<sup>39</sup> De fato, em 2016, o *insight* da Teoria do *Constitucionalismo Democrático-Paritário* pressupunha uma aproximação conceitual entre os fundamentos do *Constitucionalismo Democrático* — proposto por Post e por Siegel — e o princípio da paridade participativa, teorizado por Fraser.<sup>40</sup>

A partir de 2020, em face de um novo contexto político-institucional, elucido pontos controversos de minha teoria e passo a teorizar sobre um marco teórico mais amplo que congloba a teoria mencionada: a teoria do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, que articula a postura dialógica da jurisdição constitucional (e a ideia de fusão dialógica de Bateup) à releitura proposta por Fraser a respeito do conceito gramsciano de hegemonia — que será invocado como fundamento para a sensibilidade jurídico-institucional das Cortes Constitucionais ao vocabulário político dos movimentos sociais.

Em 2020, a Teoria do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* abarca três elementos:

a) a defesa de uma fusão dialógica contra-hegemônica que contempla a Teoria da Democracia de Fraser e os elementos gerais das teorias do equilíbrio e da parceria, que compõem o universo de teorias dos diálogos institucionais sistematizadas a partir de uma abordagem estrutural. Diferentemente, o *Constitucionalismo Democrático-Paritário* parte da articulação conceitual entre os pressupostos do *Constitucionalismo Democrático* de Post e Siegel (cuja proposta dialógica se contrapõe a processos antidemocráticos de ativismo judicial) e os aspectos fundamentais das teorias da parceria à luz da Teoria da Democracia de Fraser.

b) o caráter interpretativo e contra-hegemônico da ideia de contrapúblicos interpretativos;

c) a releitura de Fraser sobre a ideia gramsciana de hegemonia.

#### 4.1 A fusão dialógica contra-hegemônica

A abordagem estrutural sobre a Teoria dos Diálogos Institucionais congloba as teorias da construção coordenada, a Teoria dos Princípios, a Teoria da Parceria e a Teoria do Equilíbrio. Miguel Godoy sublinha que a Teoria da Construção Coordenada concebe a interpretação como uma tarefa compartilhada, de modo que cada poder exerce sua competência, e o resultado final pressupõe uma interpretação compartilhada sobre o sentido da Constituição. As teorias da construção coordenada foram teorizadas, pela primeira vez, por James Madison.<sup>41</sup> Essas teorias partem do modelo de freios e contrapesos, de modo que, se há uma atuação equivocada dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário declara os atos e leis inconstitucionais. Se o Poder Judiciário age de modo equivocado, há a possibilidade de superação legislativa da decisão. No entanto, ao invés de estimular o diálogo entre os poderes, promove uma disputa entre estes sobre quem possui a mais pertinente interpretação da Constituição.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> BUNCHART, Maria Eugenia. O “direito dos banheiros” no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845.779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. p. 143-174.

<sup>39</sup> BUNCHART, Maria Eugenia. O “direito dos banheiros” no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845.779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. p. 143-174.

<sup>40</sup> BUNCHART, Maria Eugenia. O “direito dos banheiros” no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845.779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. p. 143-174.

<sup>41</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. *O federalista*. Rio de Janeiro: Typimp e Const de Villeneuve e Comp, 1840.

<sup>42</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2017. p. 153.

De um lado, as Teorias do Princípio pressupõem que “O judiciário desempenha uma função dialógica única baseada em sua competência institucional especial em relação a questões de princípio.”<sup>43</sup> O principal representante que compõe o universo de Teorias do Princípio é Alexander Bickel.<sup>44</sup> De outro lado, para Bateup, as Teorias da Parceria pretendem articular a *expertise* do Poder Legislativo para criação de leis e políticas públicas com a expertise do Poder Judiciário na aplicação de princípios. Assim, “Atores judiciais e não judiciais atuam como iguais participantes na construção da decisão constitucional, os quais contribuem dialogicamente para a busca das melhores respostas como resultado de suas perspectivas institucionais únicas.”<sup>45</sup> Juizes e legisladores estabelecem “perspectivas institucionais únicas para a consideração do sentido constitucional devido às suas posições separadas mas interconectadas na ordem constitucional.”<sup>46</sup> Desse modo, cada um dos poderes deve escutar e aprender uns com os outros como efeito da articulação e combinação de perspectivas institucionais diversas.

Já as Teorias do Equilíbrio pressupõem a interpretação constitucional como produto de uma atividade compartilhada entre os poderes, sem que se atribua superioridade a algum deles e sem minimizar a necessidade de um amplo debate público por meio da inclusão de atores não judiciais (movimentos sociais e outros atores sociais, instituições e povo).<sup>47</sup> Ao promover uma discussão social ampla, a Corte não se torna “simplesmente uma voz adicional no diálogo constitucional, mas se engaja ativamente em uma troca produtiva que, em última análise, leva a estabelecer um equilíbrio sobre o sentido constitucional.”<sup>48</sup>

Destacam-se Friedman, Post e Siegel entre os mais proeminentes autores defensores dos diálogos constitucionais inseridos no âmbito das Teorias do Equilíbrio. Friedman sugere que a questão central não é verificar como os diferentes atores institucionais se engajam para promover suas visões sobre sentidos constitucionais, mas como “atores judiciais e não judiciais passam a “aprender, debater, adaptar ou modificar visões devido à participação interdependente no diálogo constitucional.”<sup>49</sup> Como resultado desse processo dialógico dinâmico, as Cortes podem reconsiderar suas decisões a partir das perspectivas dos atores não judiciais. Friedman considera que as Cortes “moldam o debate sobre significado constitucional e também dão voz e corpo ao diálogo. Cortes também assumem uma posição não usual e desacreditada e a move para o centro.”<sup>50</sup> As Cortes também podem interromper certos padrões sociais que forem inadequados. Por fim, Cortes moderam o debate ao “proteger as instituições que participam no diálogo.”<sup>51</sup>

A seu turno, Robert Post e Reva Siegel salientam que, se a Corte deve revelar uma porosidade para facilitar o diálogo constitucional, também pode endurecer e limitar esta abertura se ela vislumbrar a presença de atitudes populares que ameacem valores constitucionais relevantes. Os autores identificam “formas institucionais diferenciadas” nas quais o poder Legislativo e Judiciário se engajam em um diálogo com a cultura constitucional da nação. A Corte possui um papel institucionalmente específico direcionado à efetivação dos direitos em casos concretos, enquanto o Legislativo possui a competência institucional específica direcionada à responsividade democrática. Os autores teorizam sobre um diálogo amplo com a cultura constitucional da nação, ao invés de focarem, exclusivamente, nos aspectos institucionais.<sup>52</sup> O modelo de interpretação

<sup>43</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 41, p. 70, 2006. Disponível em: [file:///C:/Users/bunch/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/SSRN-id852884%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/bunch/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/SSRN-id852884%20(1).pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>44</sup> BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

<sup>45</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 70.

<sup>46</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 77-78

<sup>47</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 57.

<sup>48</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 64-65

<sup>49</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, Lansing, v. 91, n. 4, p. 670, feb. 1993. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1289700?seq=1>. Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>50</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, p. 670.

<sup>51</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, p. 670.

<sup>52</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *The Yale Law Journal*, v. 112, p. 1950, Oct. 2003. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/>

policêntrica, proposto pelos autores, permite ao Congresso “articular compreensões populares da Constituição” sem prejudicar ou minimizar “a habilidade das Cortes na efetivação de direitos.”<sup>53</sup>

Nessa perspectiva, Bateup sustenta uma fusão dialógica entre as Teorias do Equilíbrio e da Parceria. A autora reconhece as diferentes habilidades de cada um dos intérpretes da Constituição sem renunciar a um debate público robusto que conglome povo, atores sociais, órgãos e instituições. A autora desenvolve um modo original de solucionar a dificuldade contramajoritária ao pretender que tanto as Cortes como o poder Legislativo assumam perspectivas institucionais singulares, de modo que ambos devam revelar uma abertura para processos de aprendizagem estabelecidos com base em suas diversas perspectivas.<sup>54</sup>

Diante do exposto, sustenta-se uma fusão dialógica contra-hegemônica específica de países periféricos que passam por processos de desdemocratização a qual articula tanto os *insights* conceituais das Teorias da Parceria, do Equilíbrio e da Teoria da Democracia de Fraser. Como assevera Bateup, a vantagem de incorporar uma Teoria do Equilíbrio, tal como o *Constitucionalismo Democrático*, consiste no fato de pressupor um Poder Judiciário como promotor de um debate amplo na sociedade sobre sentidos constitucionais.<sup>55</sup>

O *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico* estimula a atuação dialógica de cada um dos poderes na interpretação constitucional, estabelecendo processos de aprendizagem à luz de suas *expertises* específicas e incentiva o engajamento de instituições, movimentos sociais e povo na interpretação da Constituição, de modo que tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário devem manter uma abertura institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais.

O resultado é que as Cortes podem redimensionar suas decisões, modificando as ferramentas discursivas empregadas em seus julgados a partir das contribuições e perspectivas contra-hegemônicas dos movimentos sociais. Para compreender tal desafio, a releitura de Fraser sobre a ideia gramsciana de hegemonia consiste no substrato teórico fundamental.

## 4.2 A releitura de Fraser sobre a ideia gramsciana de hegemonia

A concepção gramsciana de hegemonia possui recursos teóricos relevantes para o tema da linguagem dos movimentos sociais. A partir do pensamento de Gramsci, há uma evolução teórico-conceitual, precisamente porque o conceito de ideologia passa a ser interpretado como “prática social viva e habitual.”<sup>56</sup> Nas considerações de Gramsci, a ideia de hegemonia do proletariado não pressupõe a cooptação das massas no aparelho do Estado, mas sintetiza um processo democrático e pedagógico que potencializa o engajamento desses grupos. A hegemonia “não é o instrumento de governo de grupos dominantes para obter o consentimento e exercer a hegemonia sobre as classes subalternas; é a expressão destas classes subalternas que querem educar a si mesmas na arte de governo e que têm interesse em conhecer todas as verdades, inclusive as desagradáveis.”<sup>57</sup>

Em face de uma abertura conceitual, inúmeros conceitos gramscianos, estabelecidos nos *Cadernos*, foram submetidos a uma releitura por diversas correntes teóricas que incorporaram seus sentidos diferentemente daqueles originários concebidos por Gramsci. A Antropologia estabeleceu uma releitura inovadora do conceito de grupos subalternos por meio de uma estratégia teórica de análise dos estudos da cultura popular.

---

legislative-constitutionalism-and-section-five-power-policentric-interpretation-of-the-family-and-medical-leave-act. Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>53</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act, p. 2059.

<sup>54</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 76-84.

<sup>55</sup> BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, p. 77.

<sup>56</sup> EAGLETON, Terry. Ideologia: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 1997, p. 115.

<sup>57</sup> GRAMSCI, Antonio. Cadernos do Cárcere. Edição de Carlos Nelson Coutinho com a colaboração de Luiz Sergio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. v.1. p. 388.

Dentre os autores que se destacam, elenca-se De Martino<sup>58</sup>, que estabeleceu estudos sobre as classes subalternas e sobre o folclore do Sul da Itália, investigações que potencializaram o debate teórico até a década de 1970. A vertente culturalista, estabelecida com base nas contribuições dos *Cultural Studies*, tornou mais ampla o âmbito de análise teórica dos grupos subalternos. Nesse sentido, são fundamentais as contribuições de Willians<sup>59</sup> e Thompson.<sup>60</sup> Sob esse prisma, essas classes subalternas somente poderiam superar a subalternidade quando se engajassem na disputa pela hegemonia.

Analisando historicamente o capitalismo italiano, Gramsci sustenta um projeto revolucionário anticapitalista e antifascista que parte de uma aliança emancipatória operário-camponesa. Portanto, a totalidade do espectro de classes subalternas seria articulada pela classe operária na desconstrução das bases hegemônicas do capitalismo. Era crucial a modificação de suas culturas fragmentadas, que impactavam o folclore e a religião por meio da elevação intelectual das massas, motivando uma cultura e uma hegemonia renovadas, constitutivas desse bloco histórico. Essa frente de articulação pressupunha a luta pela hegemonia no contexto das forças revolucionárias, destacando-se o papel dos intelectuais e da cultura.

Com efeito, Fraser realiza uma releitura das contribuições teóricas de Gramsci, Habermas e Foucault para esboçar uma *política de interpretação das necessidades* nas sociedades de capitalismo tardio com Estado de bem-estar social. O objetivo é delinear uma conexão teórica entre as categorias de discurso (Habermas), poder (Foucault) e hegemonia (Gramsci). A autora feminista não pretende analisar uma concepção essencialista de necessidade, mas diagnosticar os embates discursivos hegemônicos e contra-hegemônicos em torno da definição e interpretação das necessidades estabelecidas por atores sociais e instituições oficiais e da luta pela implementação das necessidades, o que remete à atuação da burocracia estatal. Verifica-se um embate político-discursivo em torno da definição, da interpretação e da satisfação das necessidades.<sup>61</sup>

Em síntese, Gramsci esboça um conceito multidimensional de sociedade civil que objetiva empurrar barreiras coercitivas do Estado com a pretensão de estabelecer uma contra-hegemonia em direção ao socialismo. Gramsci diagnostica que a conquista da hegemonia pelo proletariado pressupõe um caminho diverso dos mecanismos coercitivos de poder mobilizados pela hegemonia burguesa:<sup>62</sup>

Nesse sentido, a sociedade civil não é um momento transitório para se chegar ao Estado — a etapa maior da realização humana e social — nem o mundo exclusivo da burguesia. Mas representa também o espaço decisivo onde as classes trabalhadoras podem aprender a travar lutas em diversas frentes para neutralizar as raízes de poder da classe dominante e promover a emancipação sociopolítica das massas populares, universalizando concretamente os valores da liberdade, da responsabilidade e da participação, a tal ponto de tornar obsoleta a função do Estado.<sup>63</sup>

Ao ensejo, sustenta-se que, em Gramsci, a hegemonia das classes subalternas e das massas proletárias pressupõe uma democracia robusta capaz de ensejar uma modificação substancial na superestrutura estabelecida a partir da socialização do poder, incrementando a capacidade e potencial intelectual das massas. Assim, “as classes subalternas podem tornar-se protagonistas do processo histórico. Essa transformação moral das massas pressupõe uma hegemonia renovada estabelecida pela participação política e democrática das classes subalternas.”<sup>64</sup>

<sup>58</sup> DE MARTINO, Ernesto. Postille a Gramsci e Gramsci e il Folklore. *Ricerca Folklorica*, n. 25, aprile, 1992, p. 73-79.

<sup>59</sup> WILLIAMS, Raymond. *Culture and society-1780-1950*. Harmondsworth: Penguin Books, 1958; WILLIAMS, Raymond. *Marxismo e literatura*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

<sup>60</sup> THOMPSON, E.P. *A formação de classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

<sup>61</sup> FRASER, Nancy. *Struggle over Needs: Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture*, p. 161-187.

<sup>62</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v. 1, p. 388.

<sup>63</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v. 1, p. 131.

<sup>64</sup> GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, v. 1, p. 103. Essa classe operária não incorpora uma consciência crítica espontaneamente, assumindo relevância o papel dos intelectuais que serão responsáveis por desmontar o intelectual orgânico da classe dominante. O papel dos intelectuais consiste em se engajar na vida prática das classes subalternas representadas, forjando um bloco intelectual-moral que sintetiza a figura do “intelectual orgânico”.

Outrossim, a hegemonia não representa um conceito metafísico, mas uma “prática permanente, uma visão de mundo disputada em lutas por reconhecimento, por meio da qual a liderança moral, política e intelectual é estabelecida.”<sup>65</sup> Gramsci teoriza um conceito de hegemonia por meio de uma interpretação democrática e socializadora, reiterando que as classes subalternas, ao serem conduzidas e tornarem-se efetivamente Estado, não manifestarão uma tendência direcionada a processos de dominação, instituindo uma forma inovadora de realização da política a partir da gestão democrática do poder.<sup>66</sup>

Na perspectiva de Gramsci, o “senso comum” sintetiza um processo de introjeção das relações sociais de subordinação pelas classes subalternas, que não se tornam passíveis de problematização. Nas ponderações de Luis Felipe Miguel, em Gramsci, “o bom senso abre uma brecha para que o aprendizado permitido pela própria experiência conteste o senso comum aprendido”.<sup>67</sup> No entanto, o problema fundamental consiste na indagação: qual o papel da cultura no processo de introjeção das relações de estratificação social e de dominação das classes subalternas?

Com base nessas considerações, Fraser estabelece uma contraposição entre o discurso hegemônico de interpretação das necessidades estabelecido pelas instituições oficiais, burocratas e grupos de interesse ao discurso contestatório e contra-hegemônico reivindicado pelos movimentos sociais no âmbito dos denominados contrapúblicos subalternos. Fraser reitera que o embate político-discursivo dos movimentos sociais contestatórios não objetiva somente a implementação de políticas públicas ou a aprovação de leis estabelecidas pelas instituições oficiais, mas uma profunda alteração cultural e efetiva modificação das “concepções de mundo”, assim como uma modificação dos discursos hegemônicos sobre “interpretação das necessidades.”<sup>68</sup>

A articulação conceitual entre Gramsci e Habermas perpassa pela análise da jovem Fraser quando ela se refere a um conjunto de assimetrias delineadas entre os agentes que estabelecem consensos discursivos. Essa articulação desvela-se evidente em nota de rodapé do artigo, “Rethinking the Public Sphere – A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, quando a autora tece uma aproximação inequívoca entre o conceito habermasiano de “esfera pública” e o conceito gramsciano de “senso comum:”

A esfera pública produz consenso pela circulação de discursos que constroem o senso comum do dia e representam a ordem existente como natural e/ou apenas, mas não simplesmente, uma armadilha imposta. Ainda, a esfera pública em sua forma madura inclui participação e representação suficientes de interesses múltiplos que permitem a muitas pessoas, na maioria das vezes, se reconhecerem a si próprias nesses discursos.<sup>69</sup>

A teoria proposta do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, estabelecida por meio de uma articulação conceitual entre Post, Siegel e Fraser, sustenta que as Cortes constitucionais, por meio de diálogos institucionais robustos, devem resgatar ferramentas discursivas em suas decisões que reflitam uma sensibilidade jurídico-institucional ao idioma político dos movimentos sociais inscrito nos discursos contra-hegemônicos de interpretação das necessidades.

#### 4.3 A categoria dos contrapúblicos interpretativos

É bastante conhecido o fato de a década de 1960 ter sido perpassada pela emergência de movimentos que reivindicavam transformações em diversos países do mundo. Essa onda de protestos, que surgiu a partir de eventos históricos como a Luta pelos Direitos Civis, a Guerra do Vietnã, o Maio de 68 em Paris, trazia um problema teórico para muitos autores na medida em que tais eventos não poderiam ser elucidados a partir

<sup>65</sup> BUCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 475, dez. 2009.

<sup>66</sup> SEMERARO, Giovanni. *Gramsci e a sociedade civil: cultura e educação para a democracia*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 91.

<sup>67</sup> MIGUEL, Luis Felipe. *Dominação e resistência: desafios para uma política emancipatória*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 77.

<sup>68</sup> FRASER, Nancy. *Struggle over Needs. Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture*, p. 161-187.

<sup>69</sup> FRASER, Nancy. *Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy*, p. 78.

da Teoria da Revolução Marxista. Consoante Alonso, esses movimentos não reivindicavam a tomada do poder estatal e nem eram vinculados a uma classe, pois traziam como pautas as questões raciais, de gênero e ambientais. Eram movimentos solidários que não se enquadravam nos dois modelos teóricos vigentes: marxismo e funcionalismo.<sup>70</sup>

Diante da necessidade de renovação teórica, as teorias passaram a estabelecer novos âmbitos e marcos conceituais de investigação, criando-se um conceito teórico inovador — mas também vago — no intuito de delimitar o fenômeno: os movimentos sociais. Surgem, nos anos 1970 e 1980, três teorias que explicam a organização dos movimentos sociais. A primeira teoria seria a Teoria da Mobilização de Recursos (TMR), que afirma a centralidade do processo de mobilização (e não nas razões). A ação coletiva operacionalizada por meio recursos humanos. “A explicação privilegia a racionalidade e a organização e nega relevo a ideologias e valores na conformação das mobilizações coletivas.”<sup>71</sup>

Para Alonso, a Teoria do Processo Político (TPP) e a Teoria dos Novos Movimentos Sociais (TNMS) surgem a partir do esgotamento de paradigmas marxistas, dos diagnósticos baseados no determinismo econômico e da idealização do proletariado como sujeito histórico. O Maio de 1968, na França, produziu reflexos muito diversos no Brasil e na Argentina, em razão do contexto político específico desses países. No Brasil, o embate político era mais direcionado à ditadura militar, e o movimento sindical era forte. Nos anos 1970 e parte dos anos 1980, surgem, na América Latina, os denominados “novos movimentos sociais”. Como elucida Gohn, “foram movimentos organizados em periferias urbanas articulados com pastorais cristãs e intelectuais engajados na luta contra o regime militar.”<sup>72</sup> Esses movimentos se diferenciavam dos movimentos afrodescendentes, de mulheres e indígenas. Nessa fase, os principais teóricos dos movimentos sociais eram Melucci, Touraine, Castells.

Nas palavras de Alonso, as duas teorias “constroem explicações macro-históricas que repelem a economia como chave explicativa e combinam política e cultura na explicação dos movimentos sociais.”<sup>73</sup> A seu turno, Gohn esclarece que a Teoria do Processo Político (TPP), ou teoria da mobilização política institucional, foca nos “repertórios de grupos e de indivíduos e suas articulações com aspectos macro, devido a certas estruturas de oportunidades políticas existentes em dados contextos.”<sup>74</sup>

Em suma, a articulação de repertórios e estruturas de oportunidades políticas oportuniza que pautas ganhem visibilidade pública. Já a Teoria da Mobilização dos Recursos (TMR) reivindica como requisito a denominada “estrutura de mobilização.” Nas reflexões de Alonso, “a mobilização é então o processo pelo qual um grupo cria solidariedade e adquire controle coletivo sobre os recursos necessários para sua ação.”<sup>75</sup>

Na década de 1980, os estudos sobre movimentos sociais focam os movimentos emancipatórios (índios, indígenas, negros, mulheres), nas lutas populares urbanas e nas lutas pela terra.<sup>76</sup> Os autores das Teorias dos Novos Movimentos Sociais se contrapõem ao marxismo ortodoxo com a singularidade de estabelecer uma interpretação cultural dos movimentos sociais.<sup>77</sup> Essa abordagem afirma os aspectos culturais e identitários dos participantes cuja centralidade conduz ao aprendizado nas lutas e embates.<sup>78</sup>

Especificamente em relação à temática LGBTQI+, Fachini pontua que o surgimento do Movimento Homossexual Brasileiro marca a denominada “Primeira Onda” (1978-1983) com a criação do grupo *Somos*

<sup>70</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate. *Lua Nova*, São Paulo, 76, p. 50, 2009.

<sup>71</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate, p. 53.

<sup>72</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina. *Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 84, set./dez, 2014. p. 84.

<sup>73</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate. *Lua Nova*, São Paulo, 76, p. 54, 2009.

<sup>74</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p. 69.

<sup>75</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate, p. 55.

<sup>76</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p. 85.

<sup>77</sup> ALONSO, Angela. As Teorias dos Movimentos Sociais: um balanço do debate, p. 59.

<sup>78</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p. 70.



e do *Jornal Lâmpião na Esquina*. A questão fundamental era o embate político direcionado contra a ditadura e o regime militar, o que motivava certas divisões internas no movimento.<sup>79</sup>

No final da década de 1980, surge a fase de organização dos movimentos na América Latina, assumindo especial ênfase os movimentos identitários. A Constituição de 1988 reconheceu um rol de direitos para mulheres, povos indígenas, crianças e adolescentes e idosos.<sup>80</sup> Nesse cenário, a “Segunda Onda” (1984-1991) do Movimento LGBTQI+ é perpassada pela explosão da epidemia HIV e pela luta contra despatologização. É de se mencionar que o *Grupo Triângulo Rosa* e o *Grupo Gay da Bahia* propuseram a inclusão de um dispositivo que consagrava a não discriminação por orientação sexual no texto constitucional de 1988.<sup>81</sup>

Nos anos 1990, nos Estados Unidos e na Europa, tendo em vista que os movimentos sociais se burocratizam, estes são cooptados pela lógica sistêmica do Estado, levando atores importantes a atuar segundo a lógica institucional; novamente a teoria se adapta à realidade e entra em cena no debate acadêmico um conceito fundamental: a ideia de sociedade civil. O potencial de inovação deixa de se vincular aos atores sociais e se situa nesse *locus*. Destacam-se autores como Melucci<sup>82</sup> e Touraine.<sup>83</sup> As contribuições de Touraine tiveram impacto fundamental no cenário acadêmico da América Latina e no Brasil na década de 1990.

Scheren-Warren postula que, embora frequentemente a sociedade civil seja equiparada a terceiro setor, isso não é pertinente. A autora assevera que a sociedade civil congloba o terceiro setor, mas também contempla a deliberação popular em sentido amplo, que tenciona políticas sociais e públicas por meio de protestos, manifestações e pressões de natureza política.<sup>84</sup> Gohn reitera que, com a consolidação da democracia nos anos 1990, um novo sujeito ganha relevância no âmbito dos movimentos sociais: os sem-terra, surgindo também os movimentos antiglobalização a partir dos anos 2000.<sup>85</sup>

Especificamente no que concerne ao Movimento LGBTQI+, na “Terceira Onda” (1992-2005), precisamente no início dos anos 2000, o Movimento se articula com o Poder Executivo Federal para criação e formulação de políticas públicas em direitos humanos e não somente na área de saúde. As principais reivindicações no Parlamento são a parceria civil, a identidade trans e a criminalização da homofobia.<sup>86</sup> A partir de 2006, com o surgimento da “Quarta Onda” (2006-2016), surgem perspectivas políticas que defendem identidades pós-modernas, potencializadas pelas Teorias *Queer* e Pós-Coloniais.<sup>87</sup>

Após a crise financeira de 2008, assume relevância o surgimento de diversos movimentos e protestos promovidos pelos “indignados” em diversos países, de modo que parte da população volta às ruas para protestar. Dois atributos marcam o movimento dos “indignados”: o ativismo dos jovens e a mobilização de novas tecnologias. Destacam-se as revoltas em Portugal e Espanha. No Oriente Médio, países como Tunísia, Egito, Turquia são atingidos pela Primavera Árabe. O Movimento Occupy atinge diversos países do mundo. Surge uma onda de manifestações na França, Inglaterra, Estados Unidos e Venezuela. Consoante Gohn, esses protestos são contra políticos, políticas, defesa do meio ambiente, marcha de mulheres, contrapondo-se ou defendendo o Brexit.<sup>88</sup> No Brasil, destacam-se as manifestações de junho de 2013, refletindo movimen-

<sup>79</sup> FACHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 93-101.

<sup>80</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p.69.

<sup>81</sup> FACHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*, p. 102-118.

<sup>82</sup> MELUCCI, Alberto. *Nomads of the present: social movements and individual needs in contemporary society*. Philadelphia: Temple University Press, 1989.

<sup>83</sup> TOURAINE, Alain. Os novos conflitos sociais-para evitar mal-entendidos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 17, p. 5-18, 1989.

<sup>84</sup> SCHERER-WARREN. Das Mobilizações às redes de movimentos sociais. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 1, p. 110, 2006.

<sup>85</sup> GOHN, Maria da Glória. A Produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina, p. 86.

<sup>86</sup> FACHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*, p. 119-148.

<sup>87</sup> PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 4, n. 1, p. 124, 2016. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/307>. Acesso em: 1 jan. 2020.

<sup>88</sup> GOHN, Maria da Glória. *Participação e democracia no Brasil: da década de 1960 aos impactos pós-junho de 2013*. Petrópolis: Vozes, 2019, p. 109.

tos que protestam contra “políticas sociais vigentes nas áreas dos transportes, educação, saúde, prioridade dada aos gastos com a Copa do Mundo, entre outros motivos.”<sup>89</sup>

De fato, em 2016, o golpe midiático-parlamentar inviabilizou e encerrou as possibilidades de diálogo entre o Governo atual e os movimentos feministas, o movimento negro e o LGBTQI+, findando um período marcado por alguns impasses políticos, mas também por uma série de conquistas históricas fundamentais direcionadas aos movimentos sociais — especialmente durante o Governo Lula. Em relação à produção acadêmica, o século XXI é marcado por abordagens descoloniais e pela proposta relacional, a qual parte de investigações teóricas sobre redes e cyberativismo, ou seja, estudos a respeito do papel das redes e mídias sociais. Por fim, a abordagem da Teoria Crítica a respeito dos movimentos sociais procura conectar deliberação com outros eixos de justiça: reconhecimento e redistribuição.

Desse modo, os embates políticos estabelecidos pelos movimentos sociais na luta pela contra-hegemonia surgem no plano da deliberação democrática, tematizando questões como aborto, meio ambiente, gênero, direitos LGBTQI+, direito à saúde. Mas essas lutas político-discursivas também emergem no âmbito de disputas interpretativas em torno de significados constitucionais. Sob esse prisma, Siegel e Balkin sublinham que “a contestação política desempenha um importante papel em moldar compreensões sobre o significado e a aplicação de princípios constitucionais.”<sup>90</sup> Portanto, movimentos sociais ajudam a mudar o ambiente normativo no qual princípios constitucionais são aplicados.

De fato, Post e Siegel, não teorizaram sobre o elemento da contra-hegemonia, assim como Fraser não aborda as assimetrias específicas do processo de interpretação constitucional. A categoria dos contrapúblicos interpretativos, pressuposta pelo *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, complementa conceitualmente a contribuição de Post e Siegel, pois, ao pressupor que as mobilizações dos movimentos sociais em torno de disputas sobre sentidos constitucionais se realizam em múltiplos públicos contra-hegemônicos interpretativos, tem como pretensão normativa a desconstrução dos pressupostos hegemônicos que perpetuam mecanismos de estratificação social e processos linguísticos de subalternização textual de minorias presentes nos votos dos ministros do STF. Este é um desafio que somente pode ser superado pela incorporação da categoria dos contrapúblicos interpretativos no debate constitucional e pela mobilização de ferramentas discursivas juridicamente sensíveis ao idioma desses grupos subalternizados.

Não obstante, como ter certeza de que a atuação do STF não seja pautada pelo “clamor público?” Propugna-se, como aspecto central, a investigação específica das assimetrias de poder que perpassam pelos processos interpretativos da Constituição, evitando o fenômeno denominado por Cattoni como verdadeiras tentativas de “fraude à Constituição.”<sup>91</sup>

A temática é fundamental, pois, em diversos episódios políticos recentes da história político-jurídica brasileira, surgiram tentativas nefastas de “fraude à Constituição.”<sup>92</sup> Nas considerações de Cattoni, apesar dos profundos embates interpretativos sobre “o sentido *de e da* Constituição”, é fundamental realizar “as devidas ressalvas genealógicas e estarmos atentos para o risco, sempre presente, de uma situação que possa ser caracterizada como um caso de abuso de direito ou de tentativa de se lançar a Constituição contra a própria Constituição”, ou seja, “um verdadeiro caso de fraude à Constituição.”<sup>93</sup>

Sob esse aspecto, discursos interpretativos cujos conteúdos sintetizam contextos de efetiva “fraude à Constituição” somente podem ser identificados com clareza a partir de um elemento político fundamental: a contra-hegemonia. Por essa razão, a defesa da centralidade dos contrapúblicos interpretativos como o *locus* onde florescem discursos contra-hegemônicos pautados por princípios.

<sup>89</sup> GOHN, Maria da Glória. *Participação e democracia no Brasil*, p. 123.

<sup>90</sup> BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices, and Social Movements. *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, v. 154, p. 928, 2006. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol154/iss4/3/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol154/iss4/3/). Acesso em: 2 jan. 2020.

<sup>91</sup> CATTONI, Marcelo. *Contribuições para uma teoria crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

<sup>92</sup> CATTONI, Marcelo. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*, p. 111.

<sup>93</sup> CATTONI, Marcelo. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*, p. 111.

A atuação dinâmica e contra-hegemônica dos movimentos sociais em esferas públicas transversais (contrapúblicos subalternos) sintetiza um importante mecanismo de controle social, não apenas por se direcionarem ao enfrentamento da violência estrutural contra essas minorias sexuais dissidentes (viabilizando canais de denúncia), mas também por viabilizarem a reivindicação de políticas públicas específicas (nas áreas de saúde e educação). Já os contrapúblicos interpretativos oportunizam o controle da estratégia linguístico-discursiva das decisões do STF que efetivam seus direitos fundamentais.

Passa-se à análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso à luz do *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*.

## 5 Síntese dos votos dos ministros e análise da estratégia linguístico-discursiva no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADO 26 e do MI 4733

No julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, a mora legislativa na criminalização da homofobia e da transfobia foi reconhecida pelo STF, por 10 votos a 1. E, por 8 votos a 3, o plenário reconheceu que o artigo 20 da Lei n.º 7.716/89 (Brasil, 1989) possui aplicabilidade à homofobia e à transfobia, permanecendo vencidos os Ministros Lewandowski, Dias Toffoli e o ex-Ministro Marco Aurélio.<sup>94</sup> Em seguida, tem-se uma síntese dos votos.

### 5.1 Resumo dos votos dos ministros na ADO 26 e no MI 4733

No julgamento da ADO 26 e do MI 4733, a divergência do Ministro Lewandowski incidiu especificamente no que concerne ao enquadramento das condutas homotransfóbicas à Lei n.º 7.716/89, mas declarou a mora legislativa sem fixação de prazo, sendo acompanhado pelo ministro Dias Toffoli. O ex-Ministro Marco Aurélio não somente considerou inadmissível o Mandado de Injunção 4733, refutando-o via inadequada, mas também não afirmou a omissão legislativa, reconhecendo, ainda, a necessidade de resguardar a reserva legal penal e o princípio da separação de poderes.<sup>95</sup>

Após a aposentadoria do ex-Ministro Celso de Mello, foram ajuizados embargos de declaração ao julgamento do STF na ADO 26 pela Advocacia-Geral da União (AGU) em 9 de outubro de 2020.<sup>96</sup> Em 5 de novembro de 2020, há o despacho de substituição que determina o novo relator da ADO 26, assumindo o Ministro Nunes Marques. O pedido dos embargos de declaração à ADO 26 defendeu que as hipóteses de exclusão da ilicitude concernentes à criminalização da homofobia, as quais, atualmente, se restringem ao exercício da liberdade religiosa, fossem objeto de ampliação para abarcar todas as manifestações de liberdade de expressão.

Os embargos de declaração reivindicam: a) contradição interna do acórdão proveniente do julgamento da ADO 26 e do ADI 4733, pois, de um lado, o julgamento sustenta a postura omissiva e inconstitucional do Congresso Nacional, ao mesmo tempo em que propõe uma abrangência na interpretação da Lei Antirracismo<sup>97</sup> capaz de conglobar a homotransfobia como espécie de racismo social; b) necessidade de tornar

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Plenário. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Plenário. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

<sup>96</sup> BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf>. Acesso em 1 de novembro de 2020.

<sup>97</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989a*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm). Acesso em: 01 jan. 2019.

claro o tratamento jurídico destinado à liberdade religiosa; c) necessidade de explicitar o caráter legítimo do controle de acesso dos espaços de convivência pública (banheiros, vestiários e transporte público) sob o fundamento de resguardar o direito à intimidade.<sup>98</sup>

Os embargos de declaração ajuizados pela AGU aduzem: “Assim como a reflexão relativa a hábitos de sexualidade predominante deve ser garantida, também é necessário assegurar liberdade para a consideração de morais sexuais alternativas, sem receio de que tais manifestações sejam entendidas como incitação à discriminação.”<sup>99</sup> Postula que negar acolhimento a indivíduo cuja conduta venha a ser interpretada como “gravemente inadequada” a certa filosofia religiosa não deveria, em princípio, ser enquadrada como racismo, mas como manifestação do exercício da liberdade religiosa.

O pedido da AGU diverge da criminalização da “divulgação - seja em meios acadêmicos, midiáticos e profissionais - de toda e qualquer ponderação acerca dos modos de exercício da sexualidade.”<sup>100</sup> Por fim, reitera que as compreensões religiosas não deveriam ser tipificadas aprioristicamente como expressões de racismo. Todavia, no julgamento da ADO 26, o STF já tinha conferido tratamento constitucional ao tema da liberdade religiosa, que, de acordo com a Corte, deveria ser respeitada no contexto confessional, desde que descaracterizada a manifestação de discurso de ódio. Feitas essas considerações, o item seguinte trata das tendências discursivas que perpassam o voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

## 5.2 Tendências discursivas no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733

Nas considerações do Ministro Luís Roberto Barroso, as Cortes constitucionais assumem três papéis fundamentais em uma democracia: o papel contramajoritário, o papel representativo e o papel iluminista. O ministro salienta que, nos Estados Unidos, como a jurisdição constitucional passou a ser interpretada no meio acadêmico como *judicial review*, a procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade abarca, em princípio, a invalidação da norma e, portanto, reflete a denominada atuação contramajoritária.<sup>101</sup>

De um lado, analisando o caso Rodney King, Amy Gutman ressalta relativamente as decisões das Cortes que tal caso reforça a tese de que “o multiculturalismo daqueles que deliberam resulta normalmente em uma indispensável ajuda para que se produza uma deliberação adequada, quando o que está em jogo são questões de justiça social.”<sup>102</sup>

De outro lado, Gargarella pondera que a estratégia de inclusão de representantes das minorias nas Cortes enfrenta dificuldades e não garante que direitos de minorias vulneráveis sejam realizados. Reitera que os interesses das pessoas negras, dos homossexuais, das mulheres não são internamente homogêneos.<sup>103</sup> Institutos como audiências públicas e *amicus curiae* podem ser um primeiro passo para estabelecer uma interação dialógica entre o STF e movimentos sociais, propiciando a atuação da Corte baseada em argumentos pautados em razões públicas.

<sup>98</sup> BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf> Acesso em 1 de novembro de 2020.

<sup>99</sup> BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020, p. 34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf> Acesso em 1 de novembro de 2020.

<sup>100</sup> BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020, p. 34. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf> Acesso em 1 de novembro de 2020.

<sup>101</sup> BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, p. 2208.

<sup>102</sup> GUTMAN, Amy. The challenge of multiculturalism in Political Ethics, p. 205.

<sup>103</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramajoritario del poder judicial*, p. 203.

Em face dessa leitura, para efetivar de modo mais realista os direitos das minorias, oportunizando que as diversas entidades que representam um movimento social tenham voz e possam ser ouvidas, seria fundamental aprofundar a representatividade interseccional viabilizada pela porosidade institucional da Corte ao vocabulário político dos movimentos sociais.

Nesse ponto, analisando o tema do ativismo e da judicialização, o Ministro Luís Roberto Barroso assinala que, quando o Congresso atua e produz uma lei, o STF deve ser deferente para com as decisões políticas do Congresso e só deve invalidá-las quando não há margem a dúvida razoável que essa decisão política violou a Constituição. Conclui que, quando o Congresso não atua em situações que havia mandamento constitucional para que atuasse, o papel do STF se amplia para efetivar a Constituição.<sup>104</sup>

O Ministro resume que a regra geral é a autocontenção, deixando maior espaço possível para atuação do legislador, que representa o povo. O papel contramajoritário da jurisdição constitucional alcança legitimidade com base em dois fundamentos:

- a) proteção dos direitos fundamentais, que não devem ser violados pela deliberação democrática;
- b) garantia das regras do jogo democrático e das condições procedimentais que viabilizam a participação dos cidadãos.

Assim, o Ministro Luís Roberto Barroso postula, ainda, que esse papel contramajoritário será acrescido — ou não — por uma dimensão representativa ou iluminista. Em suma, a democracia congloba três dimensões: representativa (votos), constitucional (respeito aos direitos fundamentais) e deliberativa (exercício público da razão). A função representativa das Cortes surge quando estas satisfazem as demandas sociais que não foram implementadas pelo Legislativo ou para sanar vazios normativos na hipótese de omissão inconstitucional. Barroso elenca algumas decisões da Suprema Corte que revelaram uma dimensão representativa, como a decisão do STF que julgou inconstitucional o financiamento privado de campanhas eleitorais.

Nessa perspectiva, o “papel iluminista” pressupõe situações excepcionais nas quais devem as cortes constitucionais se pautar por “uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens”.<sup>105</sup> Esses avanços civilizatórios pressupõem uma razão humanista que precisa impor-se sobre o senso comum majoritário. A concretização dos direitos de negros, mulheres, homossexuais, nas ponderações do ministro Barroso, por exemplo, não foi operacionalizada pelo processo político majoritário.<sup>106</sup>

A estratégia argumentativa do voto do ministro Barroso, ao acompanhar o voto do Ministro Celso de Mello, ratificou a defesa do conceito político-social de raça desprovido de elementos biológicos, o que tinha sido postulado no parecer do advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. A ADO 26<sup>107</sup> e MI 4733<sup>108</sup> requeriam:

- a) a declaração de mora inconstitucional legislativa na criminalização da homotransfobia;
- b) o estabelecimento de prazo razoável para que o Congresso criasse legislação criminalizando a homofobia e a transfobia;
- c) a atribuição de *interpretação conforme a Constituição* ao artigo 20 da Lei n.º 7.716/89<sup>109</sup> para fazer valer a acepção político-social de racismo, consolidando a homotransfobia como espécie do crime de racismo.

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 2208.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 2208.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*.

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733*.

<sup>109</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em:

Nessa hipótese, o advogado e doutrinador Vecchiatti, subsidiariamente, sustentou em memorial apresentado ao STF que, caso o STF não entendesse ser subsumível homotransfobia no tipo penal de racismo, o STF poderia exercer a função legislativa atípica. Assim, o memorial do advogado Vecchiatti argumentou ser legítima a concessão de mandados de criminalização visando a efetivação de direitos fundamentais de minorias vulneráveis.<sup>110</sup>

O ex-Ministro relator, Celso de Mello, reconheceu a inconstitucionalidade na omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a tutela penal ou a criminalização da homotransfobia, declarando a omissão legislativa. No entanto, o ministro rejeitou a tese da função legislativa atípica, mas estabeleceu *interpretação conforme a Constituição* à Lei n.º 7.716/89, enquadrando a homofobia e a transfobia como espécies de racismo, até a edição de uma norma autônoma pelo Congresso Nacional.<sup>111</sup>

O memorial de Vecchiatti, apresentado ao STF, propugna que a ADO 26 e MI 4733 objetivam o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional para fins de criminalização da homotransfobia, aduzindo três argumentos: a) o primeiro argumento invocado para embasar o pedido é o princípio da proporcionalidade; b) enquadramento da homotransfobia no tipo de racismo com fundamento no artigo 20 da Lei 7.716/1989<sup>112</sup> em face da acepção político-social de racismo consolidada no STF no HC 82.424<sup>113</sup> por meio de interpretação literal; c) subsidiariamente, com base no artigo 5º, LVI da Constituição Federal, o enquadramento em discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (orientação sexual e livre identidade de gênero).<sup>114</sup>

Vecchiatti defendeu a interpretação do racismo como dispositivo político-social de poder, que “prega a inferioridade de um grupo social relativamente a outro.”<sup>115</sup> Reiterou que o objetivo do racismo era estabelecer privilégios a um grupo dominante, desumanizando um grupo dominado. Por fim, aduziu que o conceito de racismo social não foi inventado pelo STF, que incorporou o referido conceito político-social de raça a partir das contribuições da literatura negra antirracismo.<sup>116</sup>

Sob esse prisma, o Ministro Barroso reiterou que no caso da ADO 26, os dois fatores que alargam a fronteira da interpretação constitucional estão presentes. Há omissão do Congresso em normatizar a questão da criminalização da homofobia. E existem os seguintes direitos fundamentais sendo violados em razão da omissão do Congresso: liberdade, igualdade, integridade e vida de integrantes da comunidade LGBTQI+.

Entretanto, uma análise global das tendências discursivas empregadas pelo Ministro nos seus diversos julgados proferidos no STF desvela uma aliança teórica entre uma perspectiva conservadora acerca de políticas sociais e trabalhistas e a efetivação dos direitos fundamentais de minorias vulneráveis. Nessa perspectiva, o Ministro Barroso é o principal representante do neoliberalismo progressista no STF. No que concerne à defesa da Democracia, merece ser enaltecida a mensagem do Ministro Barroso no discurso de

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm). Acesso em: 01 jan. 2019.

<sup>110</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constituição Dirigente e Concretização Judicial das Imposições Constitucionais ao Legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em Particular*. São Paulo: Editora Spessoto, 2019. p. 461-462.

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>112</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989*.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.424*. Paciente: Ellwanger; Coator: Tribunal de Justiça-RS. Relator: Moreira Alves. Brasília, Data de julgamento, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corporus-hc-82424-rs>. Acesso em: 1 maio 2019.

<sup>114</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constituição dirigente e concretização judicial das imposições constitucionais ao legislativo: a eficácia jurídica positiva das Ordens Constitucionais de legislar em geral e dos Mandados de Criminalização em Particular*, p. 461-462.

<sup>115</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Parecer de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti. Brasília, 10 de dezembro de 2018, p. 6.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Memorial de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, p. 6.

posse no Tribunal Superior Eleitoral. O ministro pondera que o STF está sujeito à crítica pública, mas que “o ataque destrutivo às instituições, a pretexto de salvá-las, depurá-las ou expurgá-las, já nos trouxe duas longas ditaduras na República.”<sup>117</sup> No mesmo sentido, as declarações recentes do ministro reiterando que as Forças Armadas têm sido orientadas a desacreditar o processo eleitoral brasileiro são perpassadas por um conteúdo parcialmente democrático que se torna funcional em um contexto político-institucional marcado por processos de desdemocratização.

No entanto, a verdadeira democracia não se compatibiliza com qualquer forma de neoliberalismo, ainda que em sua versão “progressista”. Outrossim, as ferramentas discursivas, mobilizadas pelo ministro na efetivação de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, ainda não desvelam uma plena porosidade institucional ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais. Depreende-se que a concepção do “papel iluminista” sintetiza apenas o véu carismático que procura legitimar a estratégia socioeconômica conservadora inerente ao neoliberalismo progressista, tão criticada por Fraser.

Por sua vez, a estratégia de Fraser tenciona não apenas se contrapor ao neoliberalismo reacionário, que levanta bandeiras misóginas e racistas, mas também propugna romper com o feminismo corporativo de elite, típico do neoliberalismo progressista, substituindo-o por um feminismo das classes trabalhadoras — capaz de captar as reivindicações dos(as) trabalhadores, das pobres, das mulheres racializadas, das queer, trans, profissionais do sexo e donas de casa.<sup>118</sup>

Portanto, assumindo tais reflexões da autora, como pretende-se demonstrar, a estratégia linguístico-discursiva invocada no voto do ministro Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733 encobre um conjunto de discursos implícitos que refletem estereótipos de gênero intrínsecos ao liberalismo sexual ou ao feminismo corporativo de elite. Tais estereótipos, quando direcionados à membros da comunidade LGBTQI+, revelam “regimes regulatórios de base estatal que normatizam e reforçam a família monogâmica cuja conformidade é o preço da aceitação de gays e lésbicas”.<sup>119</sup>

No que concerne ao julgamento de mérito, o Ministro Luís Roberto Barroso consignou que qualquer ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos deve ser interpretada como racismo, incidindo a norma penal preexistente. No que se refere à presença de estereótipos de gênero vinculados ao binarismo, o voto do Ministro Barroso na ADO 26/DF<sup>120</sup> mobilizou uma estratégia argumentativa que parte de categorizações binárias, as quais são contestadas pela estrutura deontológica de Fraser.<sup>121</sup>

O binarismo interpreta a definição do sexo como uma realidade verdadeira preexistente e imutável sobre a qual se constroem os gêneros. A concepção binária interpreta a identidade sexual como algo natural, que atribui uma coerência objetiva e científica à teoria da existência de apenas dois sexos, que são teorizados cientificamente pela Medicina e pela Biologia. Parte-se de uma “[...] fundamentação naturalizada da crença de que há dois sexos e somente dois, inexistindo outras possibilidades.”<sup>122</sup>

Outrossim, há uma segunda característica das categorizações binárias atinente à natureza dicotômica da concepção de sexo. Existe uma oposição entre o sexo masculino e o sexo feminino, que sintetizam dois

<sup>117</sup> EM RECADO a ataque de Weintraub, Barroso diz que “educação não pode ser capturada pela mediocridade.” Folha de São Paulo, São Paulo, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/em-recado-a-ataque-de-weintraub-barroso-diz-que-educacao-nao-pode-ser-capturada-pela-mediocridade.shtml>. Acesso em: 25 maio 2020.

<sup>118</sup> ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%*: um Manifesto, p. 71-72.

<sup>119</sup> ARRUIZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%*: um manifesto, p. 71-72.

<sup>120</sup> BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 9.

<sup>121</sup> O estabelecimento desses estereótipos de gênero torna a relação homem-mulher extremamente assimétrica, tendo como efeito a relação desigual de poder. Foucault, em *História da Sexualidade*, pondera que a sexualidade é construída culturalmente, tencionando satisfazer às estratégias políticas da classe dominante. Os comportamentos sexuais relacionam-se a dispositivos de saber e de poder, relacionando-se aos discursos da Medicina, da Psicologia e da Religião. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. a vontade do saber. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra, 2014.

<sup>122</sup> FDEZ-LLEBREZ, Fernando. Democratización de las identidades, transgenerismos e malestares de gênero. *Desafios*, Bogotá, v. 27, n. 2, p. 119, 2015.

polos diferenciados entre si. Se o indivíduo não se encaixa no sexo masculino (homem), inevitavelmente se encaixa no sexo feminino (mulher). Essa interpretação estabelece categorias que são efetivadas por meio de “[...] estereótipos contraditórios que qualificam e classificam a identidade masculina e feminina”.<sup>123</sup> O ministro Barroso parte do determinismo imutável do sexo biológico e da vinculação da concepção de gênero a fatores psicossociais:

Sexo é uma condição física biológica. Gênero diz respeito à “autopercepção do indivíduo ou seu sentimento de pertencimento ao universo masculino, ao universo feminino ou a nenhuma dessas definições tradicionais. Já orientação sexual “está associada à atração física, ao desejo de cada um. É aqui que a pessoa pode ser heterossexual, homossexual ou bissexual.”<sup>124</sup>

Não obstante, nas ponderações de Butler, o próprio sexo biológico é resultado de uma construção discursiva. “O gênero não está para a cultura como o sexo para a natureza; ele também é o meio discursivo/cultural pelo qual ‘a natureza sexuada’ ou ‘um sexo natural’ é produzido e estabelecido como ‘pré-discursivo’, anterior à cultura”.<sup>125</sup> O sexo biológico também é produto de uma produção discursiva e decorrente de relações de poder.

Na década de 1980, surge o interesse feminista em refletir sobre a construção social das categorias sexo/corpo, potencializando-se como consequência do objetivo da emancipação feminina. O corpo feminino e a sexualidade são concebidos como construções discursivas e sociais suscetíveis de transformação. Fraser compreende a temática do binarismo através da diferenciação entre remédios afirmativos e transformativos. Postula que, embora os remédios afirmativos pretendem reparar a subordinação de gays e lésbicas por meio da valorização da cultura e padrões LGBTQI+, tendem a manter intacto o código homem/mulher, hétero/homossexual.<sup>126</sup>

Os remédios afirmativos são responsáveis pela reificação das identidades e refutam uma autocompreensão das identidades que partem da multiplicidade de identificações. Apenas reparam os “resultados injustos dos arranjos sociais sem modificarem a estrutura social subjacente que os produzem”.<sup>127</sup> A seu turno, os remédios transformativos, ao serem aplicados à esfera do reconhecimento, se contrapõem à reificação e desestabilizam as subordinações de status. As políticas *queer*, por exemplo, propugnam a desconstrução entre heterossexualidade e homossexualidade, contrapondo-se à polarização dos dois status sexuais exclusivos. Eles superam e se opõem às categorizações binárias, tais como branco/negro, homem/mulher, por meio de uma perspectiva que supõe uma complexidade de identificações.

Fraser reitera que o problema fundamental não seria “dissolver toda identidade sexual em uma identidade humana universal, e sim defender um campo de diferenças sexuais múltiplas, fluidas e não-binárias que pressuponham o igual valor moral dos seres humanos.”<sup>128</sup> Não obstante, o ministro sustenta, na fundamentação da ADO 26/DF, uma estratégia linguístico-discursiva insuscetível de desconstruir categorias binárias e de se opor ao sistema sexo-gênero, distanciando-se da Teoria Crítica do Gênero de Nancy Fraser.

Em síntese, sustenta-se que o ministro Luís Roberto Barroso não realizou efetivamente uma abordagem sensível às reivindicações interseccionais, não binárias e contra-hegemônicas que são tematizadas pelo movimento LGBTQI+ e Movimentos Feministas. Sem uma efetiva sensibilidade jurídico-interpretativa do STF

<sup>123</sup> FDEZ-LLEBREZ, Fernando. Democratización de las identidades, transgenerismos e malestares de género, p. 119.

<sup>124</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>125</sup> BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 25.

<sup>126</sup> FRASER, Nancy. Social justice in the Age of Identity Politics, p. 74.

<sup>127</sup> FRASER, Nancy. Social justice in the Age of Identity Politics, p. 74.

<sup>128</sup> BUNCHAFT, Maria Eugénia; CRISTIANETTI, Jessica. O julgamento da ADI 4277: uma crítica ao binarismo sexual à luz do debate Fraser-Honneth. *Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 2, p. 72, 2016. Disponível em: [http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/1054/693](http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1054/693). Acesso em: 2 jan. 2020.



à linguagem inscrita nos embates discursivos contra-hegemônicos dos movimentos sociais, as Cortes — ao romperem com assimetrias — podem recriar novas formas de estratificação social.

## 6 Considerações finais

Indubitavelmente, não propugno negar a tese de acordo com qual o STF desempenhou um papel fundamental no enfrentamento da violência homotransfóbica no que concerne ao debate envolvendo o julgamento do MI 4733/DF<sup>129</sup> e da ADO 26<sup>130</sup>, aplicando a Lei n.º 7.716/1989<sup>131</sup> à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, que culminou na criminalização da homotransfobia. Esse julgado foi objeto de comemoração pela comunidade LGBTQI+, tendo sido considerado uma conquista essencial do movimento, precisamente no que concerne a um aspecto do voto do ex-Ministro Celso de Mello que pressupôs o conceito político-social de raça, tipificando a homotransfobia como mais uma prática segregacionista.<sup>132</sup>

Não obstante, é fundamental refletirmos sobre a possibilidade de avançarmos para além dessa vitória inicial, pois há elementos textuais conclusivos que revelam uma “cegueira” do Ministro Luís Roberto Barroso em relação à temática da desconstrução das categorias binárias, que é uma reivindicação constitutiva da linguagem contra-hegemônica dos movimentos sociais.

A estratégia do *Constitucionalismo Democrático-Paritário*, enquanto versão específica (em sentido estrito) do *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico* adaptada à cultura jurídica de países periféricos de modernidade tardia, consiste em uma forma original de operacionalizar a profunda tensão entre constitucionalismo e democracia, precisamente por conceber o caráter democrático do *backlash* e por pressupor o elemento teórico da permeabilidade institucional ao idioma político contra-hegemônico dos movimentos sociais, cujo objetivo central consiste na análise e desconstrução das estruturas de poder que permeiam os mecanismos de interpretação constitucional.

O *Constitucionalismo Dialógico Contra-Hegemônico*, partindo da ideia de fusão dialógica contra-hegemônica específica de países como o Brasil, potencializa a atuação dialógica de cada um dos poderes na interpretação da Constituição à luz de suas competências específicas, de modo que tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário devem guardar uma abertura ao vocabulário político contestatório dos movimentos sociais. As Cortes devem ser sensíveis aos discursos contra-hegemônicos pautados por princípios, assim como o Poder Legislativo, quando cria políticas públicas e leis, também deve refletir o vocabulário político contestatório dos movimentos sociais.

Em face dessa leitura, pressupondo que o Judiciário não profere nem a primeira nem a última palavra, sustento ser possível potencializar o debate constitucional com os movimentos sociais, atores sociais e Poder Legislativo por meio de diálogos institucionais robustos e de um controle social contínuo, dialético e progressivo sobre a estrutura linguístico-discursiva das decisões proferidas pelo STF que efetivam direitos fundamentais de minorias sexuais dissidentes.

Com efeito, incorporando as contribuições de Fraser e demais autoras do *Feminismo para os 99%*, uma análise discursiva pode indicar que a defesa do “papel iluminista do STF” poderia reforçar as práticas normalizadoras da sexualidade vinculadas a uma normatização capitalista decorrentes de correntes políticas do

<sup>129</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733*.

<sup>130</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*.

<sup>131</sup> BRASIL. *Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989*.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019, p. 1-48. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

neoliberalismo progressista.<sup>133</sup> O resultado desse feminismo corporativo de elite é a presença de estereótipos de gênero que estabelecem categorias binárias — os quais, no caso da ADO 26, perpassam um conjunto de discursos implícitos inerentes ao voto do ministro Luís Roberto Barroso.

Diante do exposto, uma investigação consistente sobre o voto do Ministro Barroso na temática que envolveu a criminalização da homofobia — e que foi suscitada na ADO 26 — confirma a tese de que possivelmente a principal armadilha desta Corte seria a percepção de duas opções políticas fundamentais: a articulação de um privatismo econômico, ou seja, de uma política econômica conservadora que esvazia o papel dos direitos sociais trabalhistas, articulada ao “papel iluminista” do STF, com o objetivo de fornecer o véu carismático que legitima o neoliberalismo progressista, mas com ferramentas discursivas questionáveis.

Corroborar-se a hipótese segundo a qual a estratégia linguístico-discursiva que perpassa o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733, e sua ênfase na ideia de papel iluminista do STF, reforça categorias binárias inerentes ao liberalismo sexual decorrente de um neoliberalismo progressista e não descortina efetiva porosidade institucional ao vocabulário político contra-hegemônico dos movimentos sociais, invocado pelo *Constitucionalismo Democrático-Paritário* e pelo *Constitucionalismo Dialógico Contra-hegemônico*.

O *Constitucionalismo Democrático-Paritário* pressupõe o STF não como vanguarda iluminista, *mas como uma instância crítico-reflexiva que desafia discursivamente concepções assimétricas de mundo decorrentes de uma moral majoritária ou de regimes estatais normalizadores por meio de uma sensibilidade interpretativa ao idioma contra-hegemônico dos movimentos sociais*. A sensibilidade das Cortes à linguagem contestatória dos movimentos sociais potencializa a representatividade destes, os quais perceberão a relevância do seu engajamento político em embates discursivos cada vez mais democráticos delineados com base em seu próprio idioma contra-hegemônico sem o qual seus ideais emancipatórios, interseccionais e não-binários seriam cooptados por vertentes ou correntes políticas do neoliberalismo progressista.

*The linguistic structure of discourse inherent in the vote of Justice Luís Roberto Barroso at Direct Action of Unconstitutionality of Omission number 26 and at Writ of Injunction 4733: an insight in the light of Counter-Hegemonic Democratic Constitutionalism.*

## Referências

- ALONSO, Angela. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. *Lua Nova*, São Paulo, 76, p. 50, p. 49-86, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n76/n76a03.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2020.
- ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva. Principles, Practices, and Social Movements. *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, v. 154, p. 927-950, 2006. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol154/iss4/3/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol154/iss4/3/). Acesso em: 2 jan. 2020.
- BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 3 jan. 2019.

<sup>133</sup> ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*, p. 72.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)thesis. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Disponível em: [file:///C:/Users/bunch/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge\\_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/SSRN-id852884%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/bunch/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/SSRN-id852884%20(1).pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989a*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm). Acesso em: 01 jan. 2019.

BRASIL. *Projeto de lei n.º 672/2019, de 2019*. Altera a Lei n.º 7.716/1989, de 5 de janeiro de 1989, para incluir na referida legislação os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135191>. Acesso em: 2 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Plenário. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto do Ministro Edson Fachin. Brasília, 21 de fevereiro 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26*. Voto do Ministro Roberto Barroso. Brasília, 21 de fevereiro 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=youtu.be&t=2705>. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.424*. Paciente: Ellwanger; Coator: Tribunal de Justiça-RS. Relator: Moreira Alves. Brasília, Data de julgamento, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 4733*. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Poder Executivo Federal. Advocacia-Geral da União. *Embargos de Declaração ajuizados na ADO 26*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acao-agu.pdf> Acesso em 1 de novembro de 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BÜCKEL, Sonja; FISCHER-LESCANO, Andreas. Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 471-490, dez. 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O “direito dos banheiros” no STF: considerações sobre o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE n. 845.779 com fundamento em Post, Siegel e Fraser. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 143-174, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/banheirosMaria.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; CRISTIANETTI, Jessica. O julgamento da ADI 4277: uma crítica ao binarismo sexual à luz do debate Fraser-Honneth. *Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 2, p. 51-84, 2016. Disponível em: [http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/1054/693](http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1054/693). Acesso em: 2 jan. 2020.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis; MOREIRA, Eduardo. O casamento entre pessoas do mesmo sexo e a Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o backlash à luz do debate entre Constitucionalismo Democrático e Minimalismo Judicial. *Revista do Mestrado em Direito da UCB*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 227-257, jan./jun., 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/6645/4442>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade*. 6.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CATTONI, Marcelo. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

DE MARTINO, Ernesto. Postille a Gramsci e Gramsci e il Folklore. *Ricerca Folklorica*, n. 25, aprile, p. 73-79, 1992.

EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 1997.

EM RECADO a ataque de Weintraub, Barroso diz que “educação não pode ser capturada pela mediocridade.” *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/em-recado-a-ataque-de-weintraub-barroso-diz-que-educacao-nao-pode-ser-capturada-pela-mediocridade.shtml>. Acesso em: 25 maio 2020.

FACHINI, Regina. *Sopa de letrinhas: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FDEZ-LLEBREZ, Fernando. Democratización de las identidades, transgenerismos e malestares de gênero. *Desafíos*, Bogotá, v. 27, n. 2, p. 99-143, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/desa/v27n2/v27n2a04.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, Lansing, v. 91, n. 4, p. 670, feb. 1993. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1289700?seq=1>. Acesso em: 2 jan. 2020.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade do saber*. Rio de Janeiro: Editora Paz & Terra, 2014.

FRASER, Nancy. Struggle over Needs. Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of Late Capitalist Political Culture. In: *Unruly Practices: Power, Discourse, and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989. p. 161-187.

FRASER, Nancy. The Uses and Abuses of French Discourse Theories for Feminist Politics. *Boundary 2*, Durham, v. 17, n. 2, p. 82-101, 1990a.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. *Social Text*, Durham, n. 25/26, p. 56-80, 1990b. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/466240?seq=1>. Acesso em: 2 jan. 2020.

FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics. In: FRASER; HONNETH. *Redistribution or recognition: a political philosophical exchange*. London: Verso, 2003.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, 70, p. 101-138, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2010.

FRASER, Nancy. *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing World*. New York: Columbia University Press, 2009.

FRASER, Nancy. Feminismo, capitalismo e a astúcia da história. *Mediações*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-33, jul./dez, 2009. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/4505>. Acesso em: 3 jan. 2010.

FRASER, Nancy. Against Symbolicism. The uses and abuses of Lacanianism for Feminist Politics. In: FRASER, Nancy. *Fortunes of feminism: from State managed capitalism to neoliberal crisis*. London: Verso, 2014. p. 139-158.

FRASER, Nancy. From Progressive Neoliberalism to Trump – and Beyond. *American Affairs*, v. 1, n. 4, p. 46-64, winter 2017. Disponível em: <https://americanaffairsjournal.org/2017/11/progressive-neoliberalism-trump-beyond/>. Acesso em 2 de janeiro de 2020.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramajoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Apresentação. In: POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre constitución y pueblo*. Buenos Aires: SigloVeintiuno, 2013. p. 9-10.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: Constitutional Courts in Asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003.

GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

GOHN, Maria da Gloria. A produção sobre movimentos sociais no Brasil no contexto da América Latina. *Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 13, n. 28, p. 79-103, set./dez 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2014v13n28p79/28928>. Acesso em: 1 jan. 2020.

GOHN, Maria da Glória. *Participação e democracia no Brasil: da Década de 1960 aos impactos pós-junho de 2013*. Petrópolis: Vozes, 2019.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Edição de Carlos Nelson Coutinho com a colaboração de Luiz Sergio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. v.1.

GRUPO GAY Da BAHIA. *População LGBT morta no Brasil: relatório GGB 2018*. Salvador: GGB, 2018. Disponível em: <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2019.

GUTMAN, Amy. The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics. *Philosophy and Public Affairs*, Malden, v. 22, n. 3, 1993, p. 171-206. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PRIME-DU143/Amy%20Gutmann.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2020.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

- LARA, Maria Pia; FINE, Robert. Justice and Public Sphere. The Dynamics of Nancy Fraser's Critical Theory. In: LOVELL, Terry. *(Mis)recognition, social inequality and social justice: Nancy Fraser and Bourdieu*. New York: Routledge, 2007. p. 36-48.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, John. *O federalista*. Rio de Janeiro: Typ imp e Const de Villeneuve e Comp, 1840.
- MELUCCI, Alberto. *Nomads of the present: social movements and individual needs in contemporary society*. Philadelphia: Temple University Press, 1989.
- MENDONÇA, Gustavo Proença da Silva. *Os direitos dos quilombolas no STF: uma reflexão à luz do constitucionalismo subalterno*. Notas de aula. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 2019.
- MIGUEL, Luis Felipe. *Dominação e resistência: desafios para uma política emancipatória*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo Roe: constitucionalismo democrático y reacción violenta. In: *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre constitución y pueblo*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic constitutionalism and the Backlash. *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract//990968>. Acesso em: 03 fev. 2009.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 112, p. 1950, Oct. 2003. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/legislative-constitutionalism-and-section-five-power-policentric-interpretation-of-the-family-and-medical-leave-act>. Acesso em: 2 jan. 2020.
- PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 4, n. 1, p. 124, 2016. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/307>. Acesso em: 1 jan. 2020.
- SCHERER-WARREN. Das Mobilizações às redes de movimentos sociais. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 1, p. 109-130, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v21n1/v21n1a07.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2020.
- SEMERARO, Giovanni. *Gramsci e a sociedade civil: cultura e educação para a democracia*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.
- SIEGEL, Reva. The Supreme Court, 2012. Term foreword: equality divided. *Harvard Law Review*, Cambridge, v.127, n. 1, p. 1-94, 2013. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_TheSupremeCourt2012TermForwardEqualityDivided.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_TheSupremeCourt2012TermForwardEqualityDivided.pdf). Acesso em: 2 jan. 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. O que é O que é isto, o ativismo judicial, em números? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 27 ago. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é ativismo*. Brasília, DF, 10 jan. 2016a. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>. Acesso em: 04 mar. 2016.
- THOMPSON, E.P. *A formação de classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- TOURAINÉ, Alain. Os novos conflitos sociais-para evitar mal-entendidos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 17, p. 5-18, 1989.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constituição dirigente e concretização judicial das imposições constitucionais ao legislativo: a eficácia jurídica positiva das ordens constitucionais de legislar em geral e dos mandados de criminalização em particular*. São Paulo: Editora Spessoto, 2019.

WILLIAMS, Raymond. *Marxismo e literatura*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);



A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site [www.publicacoes-academicas.uniceub.br](http://www.publicacoes-academicas.uniceub.br), com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

#### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

