IV SEMINÁRIO DE DIREITO DO ESTADO
"Globalização e os fundamentos da cidadania"

Franca - UNESP
2021

UNESP – Universidade Estadual Paulista

Reitor
Prof. Dr. Sandro Roberto Valentini

Vice-Reitor
Prof. Dr. Sérgio Roberto Nobre

Pró-Reitor de Pós-Graduação
Prof. Dr. João Lima de Sant'Anna Neto

Pró-Reitora de Pesquisa
Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Graeff

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
Diretor
Prof. Dr. Murilo Gaspardo

Vice-Diretora
Profª. Drª. Nanci Soares

Comissão Editorial UNESP - Câmpus de Franca
Presidente
Prof. Dr. Murilo Gaspardo

Membros
Prof. Dr. Agnaldo de Sousa Barbosa
Prof. Dr. Alexandre Marques Mendes
Profa. Dra. Analúcia Bueno Reis Giometti
Profa. Dra. Cirlene Aparecida Hilário da Silva Oliveira
Profa. Dra. Elisabete Maniglia
Prof. Dr. Genaro Alvarenga Fonseca
Profa. Dra. Helen Barbosa Raiz Engler
Profa. Dra. Hilda Maria Gonçalves da Silva
Prof. Dr. Jean Marcel Carvalho França
Prof. Dr. José Duarte Neto
Profa. Dra. Josiani Julião Alves de Oliveira
Prof. Dr. Luis Alexandre Fuccille
Profa. Dra. Paula Regina de Jesus Pinsetta Pavarina
Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
Prof. Dr. Ricardo Alexandre Ferreira
Profa. Dra. Rita de Cássia Aparecida Biason
Profa. Dra. Valéria dos Santos Guimarães
Profa. Dra. Vânia de Fátima Martino
Prof. Dr. Murilo Gaspardo

Adolfo Raphael Silva Mariano de Oliveira
Jackeline Ferreira da Costa
Murilo Gaspardo
(Organizadores)

IV SEMINÁRIO DE DIREITO DO ESTADO
"Globalização e os fundamentos da cidadania"

Câmpus de Franca
2021

© 2021 UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA – UNESP
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – Franca - Contato
Av. Eufrásia Monteiro Petráglia, 900, CEP 14409-160, Jd. Petráglia / Franca – SP
publica.franca@unesp.br

Diagramação e Revisão
Laura Odette Dorta Jardim (DTBD)
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (STAEPE)
Carlos Alberto Bernardes (STAEPE)
Adolfo Raphael Silva Mariano de Oliveira
Márcio Augusto Garcia - ASS. ADM
Lucas Laprano
Giovanna Butrós de Oliveira

Coordenação Científica
Prof. Dr. Murilo Gaspardo
Prof. Dr. José Duarte Neto
Prof. Dr. José Carlos de Oliveira
Prof. Dr. Daniel Damásio Borges

Organização dos Anais
Prof. Dr. Murilo Gaspardo
Adolfo Rafael Silva Mariano de Oliveira
Jackeline Ferreira da Costa

Comissão Organizadora

Adolfo Raphael Silva Mariano de Oliveira
Alfredo Minuci Lugato
Ana Luiza Cruz
Ana Luiza de Abreu Paiva
Geraldo Luiz Cabreira Paes Leme
Isabela Dias Magnani
Ingrid Juliane dos Santos Ferreira
Jackeline Ferreira da Costa
Letícia Rezende Santos
Maria Luiza Rocha Silva
Mayara Paschoal Michéias
Nathália Neves Escher
Renan Lucas Dutra Urban

IV Seminário de Direito do Estado : "Globalização e os fundamentos da cidadania" / Adolfo Raphael Silva Mariano de Oliveira, Jackeline Ferreira da Costa, Murilo Gaspardo (organizadores). – Franca:UNESP – FCHS, 2021.

438 p.
ISSN: 2526-0391

1. Direito Público. 2. Globalização. 3. Cidadania. 4. Estado. I. Título. II. Oliveira, Adolfo Raphael Silva Mariano de. III. Costa, Jackeline Ferreira da. IV. Gaspardo, Murilo.

CDD – 340

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Andreia Beatriz Pereira - CRB8/8773

Índices para catálogo sistemático:
1. Estado democrático de direito 341.201
2. Direito internacional público 341.1
3. Globalização 338.9
4. Democracia 341.234

PROGRAMAÇÃO

22/11/2016 (terça-feira)

Anfiteatro II
9h – 10h: Recepção e credenciamento dos participantes.
10h – Abertura e apresentação do Coral da FCHS/UNESP.
10h30 – Debate "Globalização e a efetividade dos direitos de cidadania".
Mediador: Prof. Dr. José Carlos de Oliveira (DDPB/FCHS/UNESP).
Debatedores: Professores do Departamento de Direito Público da FCHS/UNESP.

Anfiteatro II
19h – Recepção. 19h30 – Conferência: "Modelos transnacionais de participação dos cidadãos".
Conferencista: Prof. Dr. Giovanni Allegretti (Centro de Estudos Sociais – Univ. de Coimbra, Portugal).
Coordenadora: Professora Dra Jete Jane Fiorati. (DDPB/FCHS/UNESP)
Debatedor: Professor Doutor Daniel Campos de Carvalho (UNIFESP).

23/11/2016 (quarta-feira)

9h - 12h e 14h - 17h: apresentações de trabalhos de pós-graduação e iniciação científica (Salas de aula da FCHS/UNESP).

Anfiteatro II
19h - Recepção. 19h30 - Debate: "Governança global e democracia".
Debatedores: Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP) e Prof. Dr Murilo Gaspardo (DDPB/FCHS/UNESP).
Coordenadora: Profa. Dra. Fernanda Mello Sant'Anna (DERI/FCHS/ (UNESP)

24/11/2016 (quinta-feira)

9h - 12h e 14h - 17h: apresentações de trabalhos de pós-graduação e iniciação científica (Salas de aula da FCHS/UNESP).

Anfiteatro II
19h - Recepção. 19h30 - Conferência: “Cidadania e inovação institucional na esfera global: as propostas de criação da Corte Penal Latino-americana e da Assembleia Parlamentar da ONU”.
Conferencista: Prof. Fernando Iglesias (UCES e Univ. de Belgrano, Argentina. Presidente del Consejo del World Federalist Movement).
Coordenador: Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (DDPB/Coord. do Programa de Pós-graduação em Direito/FCHS/UNESP).
Debatedor: Prof. Dr. Fernando Fernandes (DDPB/FCHS/UNESP).

25/11/2016 (sexta-feira)

Anfiteatro II
9h - Recepção. 9h30 - Conferência: “A interação entre os planos internacional e constitucional: o papel da Constituição e a posição da jurisdição constitucional em face da internacionalização do direito”.
Conferencista: Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).
Coordenador: Prof. Dr. José Duarte Neto (DDPB/FCHS/UNESP).
Debatedor: Prof. Dr. Daniel Damásio Borges (DDPB Público/FCHS/UNESP).

APRESENTAÇÃO

Em 2013, o Departamento de Direito Público da FCHS/UNESP organizou seu "I Seminário de Direito do Estado", o qual consistiu em duas mesas de debates com professores convidados de outras instituições e do próprio departamento sobre “Reforma Política nos 25 anos da Constituição Federal de 1988”. Em 2014, nosso segundo Seminário abordou o tema “Novas Perspectivas para a Democracia Brasileira” e, além das conferências e debates, passou a compreender sessões de apresentações de trabalhos de pós-graduação e graduação. Na terceira edição, em 2015, o tema foi “Teorias da Constituição e novas concepções de cidadania”.

Nesta quarta edição do Seminário, o tema escolhido foi “Globalização e os fundamentos da cidadania”, passamos a contar com a participação de pesquisadores estrangeiros e tivemos um expressivo crescimento na quantidade e diversidade de origens dos trabalhos apresentados.

Desejamos a todos uma boa leitura e registramos nossos agradecimentos à CAPES, que financiou este evento (PAEP 621913), à Direção da FCHS/UNESP e ao Conselho de Departamento, a todos os servidores técnico-administrativos da FCHS/UNESP, especialmente o assessor do DDPB, Márcio Augusto Garcia, e aos discentes membros da Comissão Organizadora.

Prof. Dr. Murilo Gaspardo
Departamento de Direito Público
FCHS/UNESP – Campus de Franca – SP

SUMÁRIO

TRABALHOS DE PÓS-GRADUAÇÃO
EIXO 1:
GLOBALIZAÇÃO, GOVERNANÇA GLOBAL E DEMOCRACIA

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O ADVENTO DA LEI N. 13.129/2015
Renan Fernandes Duarte
Alfredo Minuci Lugato
Karina Lie Yoshi 17

O PROCESSO DE ACCOUNTABILITY EM UMA DEMOCRACIA
Felipe Cesar José Matos Rebêlo 29

VERMELHOS E VERDES: GUATTARI E A NOVA GRAMÁTICA ECOLÓGICA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS
Felipe Henrique Canaval Gomes 49

IMPÉRIO DIGITAL MUTIDÃO CIBERNÉTICA
Fernanda Rocha de Moraes.....67

GLOBALIZAÇÃO E TUTELA PENAL: AS RESPOSTAS DO ESTADO ANTE AS FOMAS DE CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA E A EMERGÊNCIA DE MODERNAS TÉCNICAS INVESTIGATIVAS
Murilo Thomas Aires
Fernando Andrade Fernandes 85

AS DEMOCRACIAS E O ACOLHIMENTO AOS REFUGIADOS DENTRO DO SISTEMA INTERNACIONAL
Geraldo Luiz Cabreira Paes Leme 97

DEMOCRACIA, SOCIEDADE CIVIL, MOVIMENTOS SOCIAIS E O ADVENTO DE UMA NOVA POLÍTICA

Jackeline Ferreira da Costa 109

DIREITO COMUNITÁRIO SUPRANACIONAL EUTOPEU E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: SUA REPERCUSSÃO NA DEMOCRACIA

Manoel Ilson Cordeiro Rocha 127

EIXO 2:
GLOBALIZAÇÃO, CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

O CERCEAMENTO DO DIREITO À PRIVACIDADE PELO PODER PÚBLICO: DISCUSSÕES ACERCA DOS BLOQUEIOS NAS REDES SOCIAIS VIRTUAIS

Agnaldo de Sousa Barbosa

Louise Fernanda de Oliveira Dias

Marcus Vinícius de Faria 143

DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA TEÓRICA DE MARTYA SEN: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A DEFESA DE UMA POLÍTICA DE AUSTERIDADE ECONÔMICA NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO-ECONÔMICO-SOCIAL BRASILEIRO

Aluísio de Freitas Miele

Marcelo Bidoia dos Santos

Luiz Gustavo Vicente Penna 165

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA: O PAPEL DO ESTADO NA QUARTA GERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marcelo Bidoia dos Santos

Aluísio de Freitas Miele

Luiz Gustavo Vicente Penna.....183

GLOBALIZAÇÃO DA REPRESSÃO ÀS DROGAS E TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL: REFLEXOS NA POLÍTICA BRASILEIRA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS

Ana Carolina de Morais Colombaroli

Gabriel Frias Araújo

Ana Cristina Gomes.....199

CASAMENTOS PREMATUROS EM MOÇAMBIQUE, UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA

Esteves Pedro Dina António Camacho 213

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM PERSPECTIVA COMPARADA: AS EXPERIÊNCIAS DE BRASIL E COLÔMBIA

Fernanda de Castro Nakamura

Nathália Melazi Caobianco.....229

CIDADES GLOBAIS, RESISTÊNCIAS LOCAIS: CIDADANIA E DIREITO À MORADIA NO CASO DA REMOÇÃO DA VILA AUTÓDROMO PARA OS JOGOS OLÍMPICOS DO RIO DE JANEIRO 2016

Fúlvia Maria Mendes

Victor Abdala de Toledo Piza 245

A PROXIMIDADE ENTRE IGREJA E ESTADO E A NECESSIDADE CONSTITUCIONAL DE EXTINGUIR A ISENÇÃO DE IMPOSTOS PARA INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS

Jéssica da Silva Belucci

Gabriel Fedoce Laranja

Paulo Eduardo de Mattos Stipp.....261

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E MANICÔMIOS: A AMBIGUIDADE DA DIGNIDADE EXISTENCIAL

Jéssica da Silva Belucci

Gabriel Fedoce Laranja

Paulo Eduardo de Mattos Stipp.....273

A RACIONALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS EXECUTIVOS FISCAIS E DA DÍVIDA ATIVA MUNICIPAL POR MEIOS EFICAZES E ÁGEIS DE COMPOSIÇÃO E EXECUÇÃO

Juliana Balbino dos Reis

Ricardo Nunes de Oliveira.....287

IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO À INFORMAÇÃO: ESTUDO DE CADO DO PROJETO "OAB VAI À ESCOLA"

Lúcio Rangel Alves Ortiz.....295

POLÍTICAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS NAS COMPRAS E LICITAÇÕES PÚBLICAS, DIANTE DO CENÁRIO GLOBALIZADO

Silvia Cristina Mazaro Fermino

Marcela Francine Garavello.....309

A INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA E SEUS IMPACTOS NO UNIVERSO DO TRABALHO: CRISE ECONÔMICA, DESEMPREGO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Nelma Karla Waideman Fukuoka

Victor Hugo de Almeida 325

DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA NORMATIVA ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS: CUSTOS, CONTROLE E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Renan Lucas Dutra Urban.....341

EIXO 3: TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO E A TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO DE NATUREZA ASSISTENCIAL E SUA TUTELA POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ana Cristina Alves de Paula

Henrique Lima de Almeida.....355

TRABALHOS DE GRADUAÇÃO
EIXO 2: TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO E A CIDADANIA PARTICIPATIVA NAS POLÍTICAS

O DIREITO INTERNACIONAL E O COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS NO MUNDO GLOBALIZADO: O PROTOCOLO DE PALERMO

Ana Beatriz de Araújo Cerqueira

Iatã de Almeida Barale.....375

EL DESARROLLO DE LA COMPETENCIA MULTILINGÜE COMO FORMA DE GARANTIZAR LA CULTURA DE LA PAZ

André Luís Vedovato Amato.....391

CONTROLE SOCIAL E EXERCÍCIO DA ACCOUNTABILITY VERTICAL NA INFRAESTRUTURA: AMPLIAÇÃO, CRIAÇÃO E FORTALECIMENTO DE ARRANJOS PARTICIPATIVOS

José Augusto Marques de Souza.....405

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO POLÍTICA: FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL, NO MÉXICO E NA ESPANHA

Sofia Bertolini Martinelli 419

EIXO 1:

GLOBALIZAÇÃO,
GOVERNANÇA GLOBAL E DEMOCRACIA

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O ADVENTO DA LEI N. 13.129/2015

Renan Fernandes Duarte*
Alfredo Minuci Lugato **
Karina Lie Yoshi***

INTRODUÇÃO

O cenário comercial internacional sofreu um vertiginoso crescimento principalmente no contexto posterior à Segunda Guerra Mundial. O processo de globalização foi o principal responsável pelo aumento da acessibilidade dos mercados, resultando no desenvolvimento do comércio internacional.

Nessa Nova Ordem Mundial, aumentou-se a dependência entre os mercados, visto que nenhum país é capaz de prover todos os produtos existentes no mercado internacional. Assim, a circulação de bens, pessoas e dinheiro se faz imprescindível para o desenvolvimento comercial.

No entanto, o aumento das relações comerciais naturalmente resulta no aumento de controvérsias comerciais, gerando a necessidade de solucionar tais conflitos de forma a não prejudicar o andamento do comércio internacional. Surgiu, assim, a arbitragem internacional como forma de solucionar eventuais conflitos, promovendo a democracia no setor privado.

O Brasil vem ganhando destaque no assunto, mesmo tendo ratificado tardiamente a Convenção de Nova Iorque e não tendo assinado a Convenção de Washington para solução de conflitos envolvendo investimentos. Ainda, historicamente, apresentou-se uma relutância quanto à aplicação da arbitragem nas contratações públicas (CARVALHO, 2013). A Lei n. 9.307/96 teve e tem papel importante para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil. Foi esta lei que proporcionou a estruturação da arbitragem, inspirada na Convenção de Nova Iorque e no modelo da UNCITRAL.

Além do mais, recentemente, a Lei n. 9.307/96 sofreu alterações dadas pela Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Entre outras mudanças,

* Mestrando em Direito na UNESP/Franca.
** Mestrando em Direito na UNESP/Franca.
*** Mestrando em Direito na UNESP/Franca.

esta lei incluiu, expressamente, a Administração Pública como possível parte para dirimir conflitos por arbitragem conflitos, estes, que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

Com essa mudança legislativa, busca-se analisar a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos da Administração Pública, a importância que a essa possibilidade tem e os possíveis motivos que levaram à mudança na lei.

Para tanto, procura-se expor a mudança de papel que o Estado sofreu recentemente, levando-o a se encaixar numa solução de controvérsias de caráter privativo. Por tratar-se de pesquisa majoritariamente explicativa, utilizar-se-á do método indutivo-dedutivo, aliado à pesquisa bibliográfica e documental, resgatando-se à história do Estado para poder alcançar os objetivos do estudo. Além disso, recorre-se à pesquisa da jurisprudência nacional sobre o assunto. Então, busca-se analisar o contexto atual para entender a mudança da Lei n. 9.307/96 e se tal mudança já era previsível no cenário da arbitragem contemporânea, procurando concluir se a inclusão da Administração Pública na arbitragem é do melhor interesse para o Brasil.

Com o novo papel assumido pelo Estado a partir do século XXI, encarregado de crescentes responsabilidades para garantir os direitos fundamentais e sociais, houve o aumento do déficit público. O Estado foi diminuindo sua intervenção direta na economia, firmando, cada vez mais, contratos com empresas privadas para atender as necessidades da população. Nesse contexto, a arbitragem se faz importante para o gerenciamento das relações entre entes públicos e privados a fim de assegurar os interesses nacionais. No entanto, há debates e controvérsias envolvendo a hierarquia de interesses públicos e quais devem ser resguardados antes de outros.

Importante salientar, por fim, que os contratos sobre assuntos autorizados expressamente envolvendo a Administração Pública e entes privados já possuíam cláusula arbitral. O que a Lei 13.129/2015 fez foi ampliar esse rol, o que pode causar preocupações sobre a "contratualização" da função pública.

1 O ESTADO ATUAL E A ARBITRAGEM

A ideia do Welfare State engendrou a busca por um Estado que proporcione condições mínimas de segurança e qualidade de vida a toda população. Assim, como podemos notar pela Constituição Federal de 1988,

prover os direitos humanos fundamentais - tais como saúde, segurança, igualdade, educação, alimentação - são direitos de todos e dever do Estado[1].

No entanto, tamanhas atribuições do Estado demandam fundos econômicos capazes de suprir o custo da garantia de tais direitos a todos. Assim, vemos que, pelo menos na realidade brasileira, os serviços públicos geralmente são defasados, como se depreende das notícias cotidianas em relação aos hospitais públicos, escolas públicas, corrupção nos sistemas de segurança, entre outros. Por isso, já é do saber popular que o que majoritariamente funciona no país são as instituições privadas, pagando-se duas vezes (os impostos e o custo dos serviços privados) para se obter os direitos constitucionais.

O modelo de intervenção direta na economia, entre outros fatores, contribuiu para o aumento do déficit público (MONTEIRO, 2012, p. 109), visto que o Estado não estava conseguindo gerar condições para proporcionar os direitos da população de maneira organizada e efetiva, gastando mais do que podia e resultando em formas precárias de atender as necessidades do povo.

Abre-se um novo mercado que apoia a iniciativa privada. O Estado começa a delegar funções para que possa prover condições aceitáveis ao desenvolvimento humano, firmando-se parcerias entre o Estado e particulares. Em decorrência disso, as relações entre ambos para que haja uma igualdade de tratamento mudaram, sendo crucial a questão da solução de eventuais controvérsias, visto o temor da parte privada em se relacionar com a Administração Pública que poderia tirar proveito de seu status.

> Passa-se a dar mais relevo à igualdade de tratamento contratual, tal como no direito privado, sem com isso deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos. À luz desses novos paradigmas, escudados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes etc., a Administração é conduzida a perfilhar novos caminhos que busquem a solução de controvérsias de modo mais rápido e eficaz para as

[1] Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...). Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

> divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e financeiras. O escopo desta iniciativa é o de preservar e conciliar interesses do concessionário e da Administração (e dos usuários dos serviços) relativos à boa, correta e justa governança da concessão outorgada, haja vista tratar-se de modalidade do contrato administrativo de colaboração (LEMES, 2003, p. 53).

As principais razões para tamanho crescimento se justificam pelo alto número de processos instaurados no Judiciário, levando a uma lentidão processual; maior privacidade que o procedimento arbitral proporciona; quanto aos custos, chega-se a uma discordância de opiniões. O consultor da FTI Consulting (grupo mundial de consultoria jurídica) Sidney Gomes aponta que "a arbitragem é bem mais cara do que o Judiciário, mas muito mais rápida e efetiva para uma empresa e a velocidade do julgamento se sobrepõe ao fator custo" (ELIAS, 2016, on-line). No entanto, quanto aos custos de transação, Selma Lemes defende que:

> Pode-se dizer que as empresas entenderam as vantagens em utilizar a arbitragem. Podem resolver com mais brevidade (em comparação com o Judiciário) demandas contratuais e, seja qual for o resultado (não obstante esperam sair vitoriosos em seus pleitos), retirar de suas demonstrações financeiras esse contingenciamento. Na linguagem econômica, reduzem-se os custos de transação. A decisão em optar pela arbitragem é tanto econômica como jurídica.(GRILLO, 2016, on-line)

Além das vantagens já mencionadas, a especialização é certamente uma das que mais se destacam. Sabe-se que no Poder Judiciário, os juízes são selecionados por concurso público e devem ter conhecimentos sobre amplas áreas do Direito. No procedimento arbitral, os árbitros são pessoas que trabalham na área comercial e mais especializados no assunto, favorecendo o conhecimento mais profundo quanto às questões postas na controvérsia. Desse modo, é mais interessante levar os conflitos ao conhecimento de árbitros especializados, vez que "ao se possibilitar a escolha de árbitros especializados, tanto esses quantos as partes podem ter o mesmo grau ou graus aproximados de informação quanto à matéria objeto do litígio" (KLEIN, 2010, p.64).

Por fim, com a recente alteração da Lei de Arbitragem, acredita-se que o número de arbitragens pode aumentar por incluir expressamente os contratos da Administração Pública:

> Estamos vivendo um grande acréscimo no número de arbitragens pelas instituições mais conhecidas do país e, agora, com a reforma da lei de arbitragem que prevê expressamente a possibilidade da sua utilização nos contratos com a administração pública (grande contratante dos projetos de infraestrutura), a tendência é que aumente ainda mais esta prática no Brasil. (FREIRE apud GRILLO, 2016, on-line)

2 ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

A arbitragem nas relações da Administração Pública foi alvo de muitas controvérsias no âmbito jurídico. A jurisprudência quanto ao tema não é uniforme[2], levando a divergências nos casos concretos e tornando a parte privada insegura ao realizar contratos em parceria com a Administração Pública.

Há três questões que se destacam quanto aos motivos contrários: a arbitragem é incompatível com a defesa do interesse público; o sigilo do procedimento arbitral é incompatível com a transparência requerida para os atos da Administração Pública; e que utilizar da arbitragem em questões que envolvem o Poder Público desrespeita o princípio da legalidade, visto que a Lei n. 9.307/1996 não tem previsão expressa dessa possibilidade.

[2] INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSAGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL, QUE NÃO OFENDE A NORMA CONSTITUCIONAL. 3. JUROS DE MORA CONCEDIDOS, PELO ACÓRDÃO AGRAVADO, NA FORMA DA LEI, OU SEJA, A PARTIR DA PROPOSITURA DA AÇÃO. RAZOAVEL INTERPRETAÇÃO DA SITUAÇÃO DOS AUTOS E DA LEI N. 4.414, DE 1964. 4. CORREÇÃO MONETÁRIA CONCEDIDA, PELO TRIBUNAL A QUO, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI N. 4.686, DE 21.6.65. DECISÃO CORRETA. 5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. (STF - AI: 52181 GB, Relator: Min. BILAC PINTO, Data de Julgamento: 14/11/1973, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 15-02-1974 PP-*****). TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO TC 003.499/2011-1. GRUPO I - CLASSE VII - Plenário. TC 003.499/2011-1 [Apenso: TC 005.238/2011-0]. Natureza: Desestatização. Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Responsável: Alfredo Pereira do Nascimento (057.276.004-30). Interessado: TCU. Advogados constituídos nos autos: Walter Costa Porto (OAB/DF 6.098); Antônio Perilo Teixeira (OAB/DF 21.359); Guilherme Augusto (OAB/DF 34.406); Juarez Freitas (OAB/RS 52.563); Alexandre Pasqualini (OAB/RS 17.315); Ricardo Vaze Pinto (OAB/MG 73.786); José Vicente Santini (OAB/DF 36.184). (...)9.2.1. a inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001; (...).

A disponibilidade, prevista no art. 1º da Lei de Arbitragem, relaciona-se com a possibilidade do Poder Público deixar de decidir unilateralmente sobre determinada questão e invocar o juízo arbitral para o caso. A prática mostra que temos que ponderar entre interesses suscitados, tentando encontrar um equilíbrio entre eles. Alexandre Monteiro, ao citar Marques Neto, explora a temática, acreditando que o Poder Público já não é mais o solucionador mais apropriado aos casos, ante a complexidade de interesses e a falta de especialização:

> (...) em função do inegável reconhecimento do pluralismo, garantido pela Constituição, somado aos diversos objetivos preconizados para a atuação estatal, pode-se afirmar, com Marques Neto, que "noção de homogeneidade do interesse público tem que dar lugar à heterogeneidade de interesses públicos". Deriva da reformulação de interesse público exposta, marcada pela multiplicidade de interesses relevantes e tutelados pelo Estado, igualmente, uma reformulação do próprio princípio da legalidade estrita, ou da reserva da lei formal, na medida em que o mecanismo consensual clássico, preconizado pelo Estado Moderno, não mais seria capaz de refletir e ponderar, na atuação concreta da Administração Pública, a diversidade de interesses públicos. (MONTEIRO, 2012, p. 113)

Além do mais, acredita-se que a utilização de instrumentos consensuais potencializa a efetividade da atuação estatal, como prevista na Constituição Federal3, resultando numa maior proteção dos bens jurídicos a serem tutelados e, ao mesmo tempo, preservando os interesses privados de maneira proporcional. Isso não significa que o Estado abre mão de sua autoridade; apenas modifica o modo que o Estado exerce sua soberania, vinculando-se mais diretamente à sociedade para que consiga atender as demandas sociais, o que Jean-Pierre Gaudin define como "quebra de paradigma" e "governar por contrato" (MONTEIRO, 2012).

> De acordo com o exposto, na chamada Administração Consensual, o princípio da legalidade estrita, ou da reserva da lei formal, perde força, passando-se a admitir, pois, a vinculação da Administração a obrigações ex voluntate, nas quais, nada obstante a inexistência de renúncia por parte do agente público, opta este pelo recurso à via consensual, concretizando, com maior legitimidade e,

[3] 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.

> potencialmente, maior eficiência as finalidades públicas. (MONTEIRO, 2012, p. 117)

A questão da confidencialidade já foi muito suscitada pela compatibilidade do regime brasileiro com a Convenção de Nova Iorque de 1958. O regime brasileiro impunha o procedimento chamado de "dupla homologação". Desse modo, controvérsias, que já eram solucionadas fora do Brasil, quando adentravam no território para buscar seus efeitos, deviam passar pela homologação pelo Poder Judiciário brasileiro, expondo os dados do processo para o respeito ao princípio de publicidade dos atos judiciais. Assim, a arbitragem não era vantajosa no Brasil, nesse quesito, uma vez que as partes privadas tinham suas informações expostas, tais como lucros e know how (CRETELLA NETO, 2007).

Selma Lemes defende que o assunto é geralmente previsto nos regulamentos das instituições arbitrais e que, para a formação de uma jurisprudência, auxiliando na criação de um consenso, bastaria publicar as decisões com anonimato das partes e protegendo suas informações mais confidenciais:

> (...) ressaltamos que em razão do cunho científico que as sentenças arbitrais encerram, no sentido de instituir jurisprudência arbitral brasileira, é de todo conveniente a possibilidade de reproduzir e divulgar o teor das decisões arbitrais preservando a identidade das partes, tal como é verificado nos ementários de instituições arbitrais internacionais (...) (2003,p. 67).

A Lei de Arbitragem Brasileira não especificava quais partes poderiam utilizar da arbitragem, mas com certeza não excluía a Administração Pública. No entanto, a "omissão" da lei dava margem à interpretação que o Poder Público não poderia ser parte na arbitragem em respeito ao princípio da legalidade. No entanto, como podemos ver, a legislação começou a mudar com a prática. Em 2005 os contratos de concessão de serviços já incluíam procedimentos alternativos de solução de controvérsias, como prevê o art. 23, XV, da Lei n. 8.987/1995. Tais métodos buscavam assegurar tantos os interesses públicos quanto os privados, visto a celeridade e especialização buscadas.

> Os contratos administrativos, ainda que não se refiram à concessão de serviços públicos, a teor do disposto no art. 54 da Lei nº 8666/93, devem enaltecer a solução arbitral, a bem do interesse público. A boa e oportuna administração da Justiça pelo Judiciário devem priorizar as questões que

> não digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis, bem como é papel do Estado e de suas empresas públicas e sociedades de economia mista envidar esforços neste sentido, além de dar o exemplo à sociedade. Assim, matérias que digam respeito aos interesses públicos derivados, de natureza instrumental, devem ser solucionadas por arbitragem (inclusive para otimizar a gestão pública, posto que ao estabelecer o preço dos serviços ou obras o contratante privado leva em consideração os custos que incorrerá com possíveis e futuras demandas judiciais duradouras). Por isso, decisões esporádicas e dissociadas da realidade (dir-se-iam anacrônicas), no âmbito dos órgãos incumbidos de revisar os atos administrativos, que ainda não se ativeram às modernas técnicas administrativas existentes no novo cenário que une contratante público e o privado, deveriam rever e analisar a pertinência da arbitragem como meio idôneo de solucionar diferendos contratuais. (LEMES, 2003, p. 63)

Em 2005, incluiu-se o art. 23-A e a previsão da possibilidade de utilizar o procedimento arbitral ficou ainda mais claro4. Além do mais, em 2004 foi editada a Lei n. 11.079 - a respeito das parcerias público- privadas - prevendo expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem para resolver eventuais conflitos conforme a Lei n. 9.307/1996.

Constata-se que a mudança na Lei de Arbitragem, provida pela Lei n. 13.129/2015, não é grande surpresa para o âmbito arbitral brasileiro. As mudanças foram acontecendo aos poucos, a cada interpretação dos juristas, desde que a Lei n. 9.307/96 surgiu. Assim, o legislador acatou as tendências nacionais e internacionais sobre o tema, atualizando a legislação para que não haja espaço para dúvidas da participação da Administração Pública na arbitragem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças socioeconômicas levaram a uma mudança de comportamento do Estado, que passou a procurar investir nos bons relacionamentos com entidades privadas a fim de que haja meios econômicos de promover os fins da Administração Pública. Há uma nova visão do que são os interesses públicos e como realmente preservá-los.

---

4 O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Assim, a legislação segue esse caminho ao atualizar sua redação para incluir expressamente a Administração Pública como parte possível de uma arbitragem, acabando com o argumento legalista incrustado em algumas decisões dos tribunais brasileiros. Os negócios envolvendo o poder estatal que contenham cláusulas ou compromissos arbitrais não são proibidos, desde que a Administração Pública não renegue sua autoridade e aplique a arbitragem a fim de otimizar e efetivar a defesa das finalidades públicas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo O. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público. **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 329-346.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO, André Castro. Restrições à arbitragem pelo Tribunal de Contas da União. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 36, p. 325-358, jan./mar. 2013.

COELHO, Daniel. A arbitragem envolvendo a administração pública e o processo de homologação da sentença arbitral estrangeira no superior tribunal de justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 2. Disponível em: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/aarbitragem-envolvendo-a-administracao-publica-e-o-processo-de-homologacao-dasentenca-arbitral-estrangeira-no-superior-tribunal-de-justica#topo. Acesso em: 10 out. 2016.

CRETELLA NETO, José. **Comentário à lei de arbitragem brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 15-16.

FREIRE, José Nantala. **Soluções em arbitragem crescem 73% em seis anos, mostra pesquisa**. Entrevistado por: Brenno Grillo. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anosmostra-pesquisa. Acesso em: 06 out. 2016.

GOMES, Sidney. **Arbitragem, alternativa à lentidão da Justiça**. [jan. 2016]. Entrevistador: Juliana Elias. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/revista/884/justica-a-jato. Acesso em: 06 out. 2016.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 63-130.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**: Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Análise da pesquisa arbitragens em números 2010 a 2015**. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/noticias/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens %20em%20 n%C3%BAmeros%202010%20a%202015.pdf. Acesso em: 02 out. 2016.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem na concessão de serviços públicos** – arbitrabilidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual? Revista de Direito Internacional e do Mercosul. Buenos Aires, v. 6, p. 52-70, dez. 2003.

LEMES, Selma. **Soluções em arbitragem crescem 73% em seis anos, mostra pesquisa**. Entrevistado por: Brenno Grillo. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anosmostra-pesquisa. Acesso em: 06 out. 2016.

MONTEIRO, Alexandre Luiz M. Rêgo. Administração Pública consensual e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v. 35, p. 107-133, out./dez. 2012.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131-147.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. Francisco Rezek. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALOMÃO, Wiliander França. A arbitragem na administração pública. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9627&revista_caderno=4. Acesso em 14 out. 2016.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 333-358.

VITA, Jonathan Barros. O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre a arbitragem e o poder público. **Arbitragem no Brasil**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 199-219.

WALD, Arnoldo. A Convenção de Nova Iorque: o passado, o presente e o futuro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 5. n. 18. p. 13-23-, jul./set. 2008.

O PROCESSO DE ACCOUNTABILITY EM UMA DEMOCRACIA

Felipe Cesar José Matos Rebêlo*

INTRODUÇÃO

O atual cenário jurídico-político global enseja muitas reflexões acerca da viabilidade das instituições nos moldes atualmente circunscritos.

Um exemplo disso foi a crise financeira de 2008. As instituições democráticas vigentes restaram insuficientes para combater os danos provocados pelo capital financeiro em desacordo aos fins humanísticos que as legislações em sua média exigem.

Um exemplo disso ocorreu na União Europeia, comunidade regional de Estados que se perpetrou incapaz no combate aos danos provocados pelo uso indevido do capital. As instituições democráticas também não se observaram como porta-vozes suficientes para a defesa dos direitos dos cidadãos.

Diante desse panorama, vislumbra-se no presente trabalho pensar a teoria desenvolvida por David Held como uma alternativa ao modelo democrático vigente, puramente nacional, e não internacional.

A Democracia Social Global será abordada em suas principais matizes, bem como as estruturas que compõem a sociedade, tanto no plano jurídico quanto econômico, sob o viés do modelo capitalista instaurado.

Dentro do estudo proposto, portanto, destacam-se como objetivos propostos o estudo das instituições abordadas, como a democracia global, bem como o processo de accountability dos agentes envolvidos, buscando-se liames entre os mesmos, e como podem ser estruturados nos planos fático, jurídico e político. Como metodologia a ser utilizada, citase para o alcance dos fins do projeto em questão, que o método de abordagem a ser adotado é o método hipotético-dedutivo, e o método de procedimento a ser adotado na mesma é o que se baseia pelo levantamento bibliográfico, expresso pelo método dissertativo-argumentativo.

Por fim, se concluirá acerca de como essas estruturas, e o modelo democrático proposto podem se inter-relacionar, de forma a se constituir

* Mestre e Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (PPGDPE), São Paulo.

uma instrumentalização hábil a tornar efetivamente o cidadão o titular da vontade política, e não o poder econômico desvirtuado ou outros elementos alienígenas ao bem comum.

1 A DEMOCRACIA SOCIAL GLOBAL E AS INSTITUIÇÕES REGIONAIS: UMA NOVA DEMOCRACIA AO CIDADÃO

O mundo vive cada dia mais da intensificação da globalização, fenômeno que afeta determinantemente os Estados Nacionais, as Comunidades Regionais de Estados, enfim, a comunidade jurídica internacional como um todo.

Perante essa realidade, a soberania dos sujeitos de direito internacional envolvidos, o próprio caráter decisório das autoridades competentes, resta afetado negativamente. A autodeterminação, nesse sentido encarada como a possibilidade do sujeito de direito internacional adotar as decisões de forma vital a seus interesses mais intrínsecos, adverte-se como obstada em sua plenitude, e influenciada pelos elementos globais externos, mormente o poder econômico.

David Held então visualiza a oportunidade de outros entes participarem de forma mais decisiva do ambiente democrático discriminado no contexto supra destacado, por sinal, entes que mantém interesse direto na observância do processo decisório respectivo e que atenda aos interesses das comunidades nacionais, ou de uma Comunidade Regional de Estados especificamente considerada.

Assim, são deslocados para a arena democrática atores como variadas organizações internacionais, organizações não-governamentais e, principalmente, a sociedade civil. Quer se aumentar o espaço de participação para esses entes, desenvolvendo-se uma política democrática que se perpassa por normas e instituições, que permitam a maior justificação possível dos cidadãos nas decisões relativas às suas vidas. A democracia deixa de ser nacional, e passa a ser global, entre diferentes estamentos políticos.

Held, portanto, trabalha com o conceito de democracia reflexiva, no sentido de se reformular a política democrática, permitindo a maior participação da sociedade não somente no processo de discussão, como também no processo decisório. Almeja, isso sim, a reestruturação do Estado e da sociedade, para que se aplique devidamente o que ele denomina princípio da autonomia democrática, consistente em estimular a

participação e decisão ao máximo dos indivíduos no processo democrático. É como o autor classifica a tomada de decisões coletivas através de procedimentos de votação.

Como fechamento do sistema, idealiza a global governance como uma política crucial à manutenção da realidade suscitada, compreendida como a devida concatenação entre os diversos entes atuantes no cenário internacional de forma a proporcionar o necessário processo de accountability por parte dos governantes. Assim se quer não apenas uma atuação política engendrada em termos responsáveis, como também voltada precipuamente à defesa dos direitos humanos e da democracia, como participação, decisão e cidadania.

O professor britânico, aliás, é bem claro quanto ao objetivo perseguido com a democracia social global (HELD, 2006, p. 261):

> My argument is not that „democracy" is the answer to all questions – far from it, but that, when adequately clarified and explicated, democracy can be seen to lay down a programme of change in and through which pressing, substantive issues will receive a better opportunity for deliberation, debate, and resolution than they would under alternative regimes.

Diante dessa teoria de base, se busca auferir a aplicabilidade do modelo democrático estruturado por David Held, como forma de oferecer a cidadania um espaço mais decisivo no processo deliberativo governamental, ainda mais em uma comunidade global cosmopolita[1]. Almeja-se, com isso, evitar situações como a ocorrida na União Europeia com a crise financeira de 2011, em que a cidadania foi desconsiderada quando da supressão de direitos pelos órgãos governamentais competentes[2].

David Held desenvolve sua teoria de base voltada para o âmbito do Direito Internacional, e estrutura sua projeção com base no sistema

[1] Compreendida, basicamente, como uma realidade de estreita interconexão política e cultural.

[2] Como exemplo da realidade citada, em que as decisões governamentais redundaram na supressão de direitos dos cidadãos, em benefício do sistema financeiro e daqueles que se utilizam dele, cita-se passagem que aborda o pacote de resgate direcionado à Portugal após a deflagração da crise: "As autoridades portuguesas concordaram com uma redução do déficit orçamentário, de 9,1% do PIB, em 2010, para 3% do PIB, em 2013. Vários impostos seriam aumentados. Também se planejou um programa de privatizações de 5,5 bilhões de euros. Como parte de uma série de reformas para impulsionar o crescimento e a produtividade, o salário mínimo seria congelado durante vários anos, as indenizações trabalhistas seriam cortadas e o auxílio aos desempregados, reduzido. O zeloso primeiro-ministro interino, José Sócrates, manteve sua tradição de verbosidade desacanhada. Não só alegou ter conseguido acordo muito melhor que o da Grécia e da Irlanda, como também insistiu em que o pacote não seria muito doloroso" (OVERTVELDT, 2012. p. 131).

mundial de Estados e organizações internacionais, tendo-se a ONU no ápice da estrutura.

Respeitando-se sua natureza de tese voltada ao âmbito do Direito Internacional, é possível se desenvolver o pensamento de David Held adequando suas ideias à estrutura da União Europeia3, Comunidade Regional de Estados que deu o mais bem acabado exemplo de desrespeito a cidadania pela inaplicabilidade contemporânea do atual modelo democrático. Quer-se dizer que o raciocínio de David Held pode ser desenvolvido como um todo, almejando-se a compreensão de um processo mais participativo por parte do cidadão nas deliberações.

As Comunidades Regionais de Estados apresentam importância vital no processo de condução da política internacional4, ainda mais com a acentuação da globalização, tendo como pressuposto a integração nesse processo. Elas devem coordenar as políticas públicas, econômicas e sociais aos fins colimados pelas instituições, e não por interesses diversos. Foram estes, aliados à estruturação sistêmica do capitalismo propensa a crises, que ocasionaram a afetação econômica negativa mencionada, e que prejudicam as decisões diárias dos Estados. Outrossim, apesar do autor desenvolver sua tese para um âmbito maior, atinente à Comunidade Mundial, é possível reduzir um grau porque a participação democrática mais efetiva pressupõe a aproximação maior do cidadão com a esfera política decisória, o que só é possível reduzindo-se as esferas políticas consideradas. Ou seja, é mais fácil a estruturação do sistema com base em um microcosmo democrático internacional, do que no macrocosmo citado, que exige um maior aparelhamento e um maior pensamento acerca de sua estruturação para cobrir todas as fontes de questionamentos que possam surgir. Nesse quadro, é possível vislumbrar a devida estruturação de microcosmos que constituirão o macrocosmo desejável, que preserve a integridade democrática e um sistema mais acentuado de participação. A

[3] Mesmo havendo a ciência que seu escopo de formação foi a recuperação da Europa no pós-guerra e o estabelecimento de uma relação entre os envolvidos que inibisse futuros conflitos bélicos, como Jean Monnet e Winston Churchill vislumbravam (MONNET,1986. p. 197), a análise será voltada para a atualidade, e tendo por pauta para a solução das deficiências visualizadas a concepção da democracia social global de David Held.

[4] Frente a um mundo cada vez mais globalizado, essa assertiva deve ser considerada nos seguintes termos (MARIANO, 2007. p. 125): "Os Estados, em vez de desaparecer, adquirem uma nova lógica de operação, onde seu poder é limitado frente à expansão das forças transnacionais que reduzem a capacidade dos governos de controlarem os contatos entre as sociedades, e que impulsionam essas relações transfronteiriças. Nessa perspectiva, os problemas políticos nem sempre podem ser resolvidos adequada e nem satisfatoriamente, sem a cooperação com outras nações e agentes não-estatais (Keohane e Nye, 1989)".

constituição daqueles da forma devida permite a criação de uma rede, que poderá servir de alicerce ao macrocosmo designado.

Ademais, designa-se a União Europeia para o centro da análise, e não outra forma de Comunidade Regional de Estados, por esta ser o exemplo mais bem acabado de sujeito de Direito Internacional visualizável nesse sentido. Em que pese a existência do Mercosul, da Unasul e de outros modelos, aquele possui mais tempo de funcionamento e tem por escopo, de forma mais concreta, a integração efetiva, abarcando tanto fatores econômicos como de cidadania, o que não é relacionável às demais comunidades, muitas vezes engendradas apenas para fins econômicos. Retornado o raciocínio, diz-se que, verificada a crise financeira mencionada, produto das crises normais ao sistema capitalista, os órgãos inerentes daquela Comunidade Regional de Estados demonstraram inoperância para a resolução dos problemas verificados. Nesse sentido, os principais órgãos governamentais, quais sejam, a Comissão Europeia, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, não evitaram que a deterioração financeira impedisse que os direitos adquiridos fossem prejudicados, o que redundou em limitações consideráveis dos direitos sociais anteriormente conquistados.

O que se verificou, na prática, foi uma relação de desequilíbrio envolvendo o endividamento público nacional e o PIB da cada nação individualmente considerada, e que superou o limite de 60% estabelecido pelo Tratado de Maastricht, que criou a zona do euro.

Sem o controle efetivo da situação pelo Banco Central Europeu ou pela ausência de um órgão com tal capacidade, acabou-se provocando uma situação de dimensão propensa a causar a fuga efetiva de investidores da Europa, bem como a proliferação do desemprego, o que culminou em uma situação de comoção social naquele continente.

O Parlamento Europeu não fez valer os votos obtidos dos cidadãos da União, o Conselho da União Europeia não se estruturou em escala global para fazer preservar os interesses de todos os Estados-membros e a Comissão Europeia permaneceu inerte como fonte executora das políticas da União, até devido à defasagem legislativa imposta e coordenação com os demais órgãos supracitados.

Os gastos públicos não foram devidamente acompanhados pelos órgãos competentes, ou o foram mas em atendimento a interesses nem sempre convergentes com os dos cidadãos, que viram seus direitos cortados para a deflagração da mencionada crise.

Além disso, os órgãos da União Europeia que poderiam contribuir para fomentar a maior participação do cidadão no processo democrático, fora os tradicionais mencionados, quais sejam, o Comitê Econômico e Social Europeu, bem como o Comitê das Regiões[5], não passam de meras figuras decorativas na estrutura, uma vez que seus pareceres enviados ao Conselho Europeu e à Comissão Europeia apresentam, somente, caráter consultivo, não vinculando tais órgãos ao determinado em assembleias com restritos representantes de grupos da sociedade civil, e grupos de pressão.

A cidadania reclama duas reivindicações básicas: os direitos de participação e a respeitabilidade aos direitos constituídos. No mundo atual, em que pese a globalização e a convergência de interesses diversos, a cidadania não pode sofrer negativamente diante desse cenário.

Abordando-se o caso europeu, não é possível vislumbrar que, em virtude de uma crise sistêmica do capitalismo, o sistema político e democrático eleito ao invés de preservar os direitos constituintes da cidadania, mormente os direitos sociais conquistados, permita que os mesmos sejam retirados ou suprimidos para preservar o sistema financeiro, que se perpetua com base em inconstâncias não só do sistema capitalista como em atos inconsequentes daqueles que atuam nele, financistas e especuladores unicamente preocupados com as taxas de lucros a serem captadas. O cidadão, principal prejudicado nessa realidade, não viu canais abertos para que sua voz não fosse apenas ouvida, mas considerada decisivamente para evitar a diminuição substancial das virtudes básicas da cidadania, no caso específico, a cidadania europeia.

Resgatando-se Held, é necessário estreitar a participação cidadã no eixo democrático, para que a própria cidadania seja protegida. A participação democrática e atuante no controle de decisões por parte de mais organizações específicas e da própria sociedade civil se revela um fator de suma importância a ser considerado. Caso aquilo tivesse ocorrido, não se destacando órgãos de representação social com mera atribuição figurativa, a sociedade teria um canal para estruturar políticas pontuais que preservassem a cidadania em si, e não interesses divergentes constituídos pela globalização no seio da reprodução capitalista.

---

[5] O Comitê Econômico e Social Europeu representa a sociedade civil, encontrando-se em seu bojo um fórum de debate. Divide-se em três grupos, referentes aos empregadores, trabalhadores e interesses difusos. De outra monta, o Comitê das Regiões procura abarcar os específicos regionalismos da União, assenhorando-se de suas peculiaridades, e procurando a análise de temas mais voltados à política social, saúde, educação, emprego, dentre outros

Não se pode restringir o processo decisório a apenas órgãos estatais ou governamentais sem a percepção integral dos interesses que realmente devem ser relevados. Held quer a reforma do sistema representativo, a inclusão de outros caracteres no processo de participação da democracia, mas sempre se trazendo o cidadão para o núcleo decisório, e com maior incisividade. Por meio de organizações ou da sociedade civil tal forma poderá adquirir nitidez. Com efeito, é nesse sentido que irá se desenvolver o estudo pretendido, buscando-se harmonizar sua teoria ao caso pontual escolhido, que se refere à União Europeia.

Em síntese, portanto, se almeja com a devida estruturação da teoria da democracia social global de David Held uma cidadania mais inclusiva e incisiva. Não obstante, para o desenvolvimento do argumento, é de bom alvitre se considerar alguns aspectos temáticos.

2 O NOVO MODELO DEMOCRÁTICO E OS LIMITES DO CAPITALISMO

A multipolaridade estatal, envolvendo uma enorme gama de países, organizações internacionais e comunidades regionais de Estados, atende aos desígnios decisivos do capitalismo. A funcionalidade capitalista se interessa muito pela lógica do sistema de Estados (MASCARO, 2014, p. 96):

> Além das razões internas de constituição da forma política necessária à reprodução do capital, o capitalismo encontra grande importância no estabelecimento de um sistema plural de Estados. Em razão dos interesses externos do capital, é proveitoso que haja um sistema de Estados, e não um Estado geral mundial. A forma política capitalista há de se revelar como estatal e inexoravelmente plural: somente com a multiplicidade de Estados se estabelecem e se cimentam plenamente os mecanismos da reprodução do capital, porque a concorrência entre Estados dá unidade estrutural e ideológica ao acoplamento entre a exploração da força de trabalho e o interesse do capital nacional. A funcionalidade capitalista da pluralidade dos Estados nacionais se revela como a possibilidade de que a competição estabeleça uma específica junção de classes e interesses dentro do território de cada Estado, aumentando o grau de exploração interna diante das variáveis exteriores.

Um Estado mundial, como a doutrina jurídica já idealizou, notadamente Kelsen, não se adequa da forma desejável à reprodução social

capitalista. Com efeito, a persistência dos países que compõem o eixo do capitalismo periférico atende ao sustentáculo de existência do capitalismo central, marcadamente Estados Unidos da América e Europa Ocidental (MASCARO, 2014, p. 97):

> Os Estados se apresentam como unidades competitivas entre si, clamando por reiterados sacrifícios das classes trabalhadoras internas a fim de dar condições de competitividade do capital nacional em relação ao capital mundial. Nesse sentido, é improvável a existência de um Estado mundial global, sob o risco de o capital e a política perderem as vantagens e ganhos da competição entre Estados plurais. As condições da concorrência capitalista necessitam de unidades políticas distintas em benefício das lutas pela valorização do valor.

Em virtude dessa consideração, se pode denotar a importância, para a política mundial, dos sujeitos de direito internacional elucidados, como utensílios que atendam às determinações do capitalismo.

A forma jurídica cumpre sua exigência diante desse quadro, mantendo-se os entes atuantes conforme os desígnios de produção e acumulação, sob o prisma, deve-se enfatizar, de uma capital financeiro global de forças significativas.

Por isso, a singularidade das Comunidades Regionais de Estados não é de menor relevância, uma vez que nelas pode se encarar mecanismos de condução da política mundial. Se elas são controladas por Estados determinados, a questão merece uma avaliação a parte. No entanto, seu caráter de proeminência no processo decisório mundial não pode ser abandonado, servindo de suporte para a implementação de políticas e estruturas na vastidão global.

O que não se pode ignorar é o papel que desempenha o capital financeiro em todo o processo desencadeado.

Com a globalização, a sua infiltração no interior dos Estados e Comunidades Regionais de Estados permaneceu ainda mais facilitado. O processo de especulação, de direcionamento das economias e decisões nacionais passaram a ser uma realidade que se consolida cada vez mais. Nesse circuito, não se pensa em qual atitude governamental será mais proveitosa para o enriquecimento de direitos por parte do cidadão comum, mais sim qual decisão será mais benéfica para o poder econômico que se concentra em uma minoria, despreocupada com o bem comum.

A disposição maior de direitos, como sabido, à classe trabalhadora, se revela uma concessão normal do próprio sistema capitalista, como ponto de equilíbrio na luta de classes que forma essa reprodução social. Mantém-se a estrutura, a dominação, as formas sociais atuando em prol do sistema capitalista, evitando-se rupturas violentas que possam ter o condão de trazer perigo à própria existência duradoura da realidade retratada.

De outra forma, não se duvida que o socialismo se revelaria a um momento de superação dessa forma de reprodução social que perdura a anos. Um modelo socialista poderia contribuir para o verdadeiro alcance da justiça social, acabando com os preconceitos da reprodução social capitalista que apenas contribuem para a desigualdade social, a opressão e a exploração do trabalhador.

No entanto, enquanto não é perpetrada a devida superação desse fator realístico, enquanto não se vislumbra a síntese desse processo dialético circundante, como Hegel vislumbrava, outras medidas também podem ser buscadas para combater a desigualdade e a deformação social mencionada.

O Estado, a forma política, é construída como mecanismo de manutenção do capitalismo, tendo como instrumento auxiliar para seus desígnios a forma jurídica, a subjetividade jurídica. A estruturação da forma governamental ainda se visualiza na prática e, enquanto não é possível sua redução, deve-se pensar na persecução de uma realidade melhor aos interesses do cidadão comum, com um acesso mais efetivo ao poder governamental deliberativo, protegendo-se contra intromissões externas e não condizentes com os caracteres básicos de um Estado Nacional ou Comunidade Regional de Estados, ou seja, seus princípios jurídicos básicos, que necessariamente englobam a realização do bem comum e da justiça social.

Como o quadro que se pretende demonstrar não se quer tornar a participação política uma obrigatoriedade.

Notadamente, quanto mais os cidadãos participarem, melhor para o processo democrático e para a concreta efetivação dos direitos veiculados. Não obstante, o real objetivo se estipula na ampliação da arena e na incisividade do que é discutido, de forma a possibilitar a crescente participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, dando um peso real à vontade popular.

A crise é inerente ao capitalismo. Ainda mais como ocorreu em 2011, contribui para a redução dos direitos da classe trabalhadora com a consequente manutenção do poder do capital. Os membros integrantes do

capitalismo periférico, os integrantes mais frágeis de uma Comunidade Regional de Estados (como é o caso da União Europeia) atuam direcionados a fazer valer os escopos capitalistas dos países constituintes do capitalismo central. Diante desse quadro, em que a ruptura definitiva com o sistema de reprodução social capitalista não se operou, de forma a se chegar ao socialismo, medidas de combate a essa retirada de direitos de forma pusilânime necessitam de amparo.

Uma das regras atinentes ao direito internacional se refere à coordenação entre os Estados, e não subordinação entre os mesmos. Contudo, o que realmente se observa na prática é uma igualdade formal estabelecida, e uma desigualdade material imperante, que leva à subordinação de certos entes em relação a outros. Ou, em outras palavras, à subordinação de países e Comunidades Regionais de Estados a outros, ou ao mais devastador dos dominadores: o poder econômico e financeiro despreocupado com as mazelas sociais.

A democracia acaba desempenhando, também, um papel importante em todo o contexto analisado.

O regime democrático, que se apresenta como uma arena possível para a perpetração da participação popular, recolhe um efeito negativo em sua constituição característica. Ao invés de realizar o que se propôs, cuida de criar mecanismos para o efetivo cerceamento dessa participação, impedindo que as classes populares possam reivindicar apropriadamente a concretização de direitos (MASCARO, 2014, p. 87):

> Os resguardos dos direitos subjetivos fundamentais e dos ritos e procedimentos previamente instituídos possibilitam facultar a livre deliberação a um espaço temático já então delimitado e formalizado. A aparente virtude da democracia moderna seria a liberdade irrestrita de deliberação sobre os assuntos. De fato, ela é conseguida na medida nos mecanismos de apuração da vontade da maioria. Ocorre, no entanto, que, balizada pelo direito, a ação política é ampla, livre e voluntariosa justamente num espaço que é previamente construído estatalmente. A forma política do capitalismo dá o limite da própria liberdade da vontade democrática. (...)
> As deliberações que envolvam um risco sistemático à própria reprodução do sistema fazem levantar um bloqueio advindo das outras forças que mantêm o encadeamento da sociabilidade capitalista. Inexoravelmente, daí, o risco das escolhas democráticas - ao se inclinarem pela alteração da

socialização político-econômica - será enfrentado com o bloqueio da própria forma democrática.

De outra forma, o sistema democrático, por meio da forma jurídica estabelecida, condiciona as subjetividades de forma a impor limites, conformar as formas sociais, os sujeitos atuantes, de modo que se inviabilize a luta pelos direitos, pela eliminação das desigualdades e injustiças. Enfim, se inviabilize o movimento revolucionário pela concreção de direitos iguais, mantendo incólume a estrutura da reprodução social capitalista.

É conhecido que o capitalismo não exige a democracia para a sua perpetração. No entanto, se observa como o regime político mais adaptável aos seus desígnios, que lhe permite o alcance de seus objetivos de melhor forma, através da forma política convencionada, o Estado. Este, por sinal, não é burguês e, sim, amolda-se burguês devido ao entrelaçamento entre os institutos supra mencionados. Qualquer classe social pode preencher o campo de direcionamento da forma política estatal, e o capitalismo continuará mantendo sua estrutura basilar6.

Diante desses fatos, tendo-se ciência de que a democracia assiste ao capitalismo, causando prejuízos ao cidadão, a pessoa que é explorada no sistema capitalista, cumpre averiguar a aplicação da democracia social global, inicialmente engendrada por David Held, de forma a auferir respostas que prossigam no sentido de alavancar a cidadania nos limites que se assemelham mais fidedignamente aos propósitos de uma equidade social.

A democracia social global pressupõe uma maior participação, mormente no processo deliberativo, conforme se asseverou oportunamente.

Se o regime democrático liga-se pelas entranhas ao capitalismo, e seus propósitos indesejáveis, necessário é se pensar medidas que possam combater as dificuldades sociais retratadas.

A forma jurídica retrata o Estado, e as diversas unidades estatais são moldadas conforme o interesse globalizado, mormente do capital financeiro, do poder econômico discrepante.

Assim sendo, plausível é se pensar na estruturação da arena deliberativa para o cidadão. Contudo, não se pode recair no erro de tratar a questão no plano da individualidade, pois ocorrerá a recorrência do mesmo erro.

A sociabilidade capitalista, basicamente, funda sua desenvoltura no indivíduo singularmente considerado. Não há a preocupação com a coletividade, com o todo social. A própria forma jurídica contribui para

[6] Cf. MARX, Karl. O 18 de brumário de Luís Bonaparte. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

isso. Rege-se o mundo por um neoconstitucionalismo liberal, eivado de procedimentos políticos que impedem a devida participação democrática. Ao final das contas, acaba-se deturpando o próprio processo deliberativo eleitoral (MASCARO, 2014, pp. 88-89):

> As primeiras manifestações democráticas, ainda sem a participação popular e a influência dos trabalhadores, envolviam livres deliberações entre burgueses, a partir do corte de um critério censitário de renda. Somente alterações internas na sociabilidade capitalista - universalização do salariado, pressão dos trabalhadores e dos grupos sociais etc. - fizeram com que a democracia censitária evoluísse para uma democracia ampla a partir da própria subjetividade jurídica geral. A extensão da forma jurídica e o tratamento dos cidadãos como indivíduos, não mais como classes, dificultaram uma restrição da deliberação eleitoral apenas para os possuidores de capital.

Márcio Bilharinho Naves reforça esse entendimento (2008, p. 110):

> (...) é o sistema de representação política da democracia que permite operar essa passagem. Através do sufrágio universal, a condição de classe é negada pela atomização dos indivíduos enquanto cidadãos, desprovidos de quaisquer vínculos com outros em sua irredutível subjetividade. Quando vota, o indivíduo alça-se à condição de cidadão, despojando-se de sua vontade particular egoísta.

Como enuncia David Held, não só o processo democrático deve ser remodelado. A própria sociedade civil merece sofrer uma transformação em seu âmago, de forma a alterar conceitos estanques, e conscientizá-la de que o combate contra as desigualdades pressupõe um posicionamento diferenciado (HELD, 2006, p. 275-276):

> The implications of these points are profound: for democracy to flourish today it has to be reconceived as a double-sided phenomenon: concerned, on the one hand, with the reform of state power and, on the other hand, with the restructuring of civil society (Held and Keane, 1984). The principle of autonomy can only be enacted by recognizing the indispensability of a process of double democratization: the interdependent transformation of both state and civil society. Such a process must be premised by the acceptance of the axiom that the division between state and civil society must be a central feature of democratic life, and of the axiom

> that the power to make decisions must be free of illegitimate constraints imposed by the private flows of capital and other resources. But, of course, to recognize the importance of both these positions is to recognize the necessity of recasting substantially their traditional connotations.

Em outras palavras, deve se considerar a própria sociedade civil como uma chave vital para o alcance de um regime democrático mais apropriado aos fins sociais, e não de minorias (HIRSCH, 2010, p. 281):

> Um justo slogan, que se apoia em uma modificação da décima primeira tese sobre Feuerbach de Marx, acentua que todos falam da sociedade civil, mas o problema é transformá-la. A sociedade civil existente não é a base da democracia, mas a sua transformação é o caminho para se chegar a ela. Transformações sociais significam sobretudo luta pela hegemonia, entendida como as representações dominantes sobre a ordem e o desenvolvimento da sociedade.

Resgatando o ponto de vista heldiano, o mundo de hoje não se contempla como o de ontem. O processo democrático deve acompanhar essas alterações oponíveis.

3 INSTRUMENTALIZAÇÃO DE UM VIÉS DEMOCRÁTICO MAIS PARTICIPATIVO NO ÂMBITO GLOBAL: FUNDAMENTO E ACCOUNTABILITY

O controle democrático, das decisões que realmente irão interessar ao domínio social, ao dia-a-dia de cada cidadão, que é explorado constantemente em um círculo vicioso, passa a ser um imperativo. Questões como essa restaram ausentes no processo democrático europeu, que culminou na retirada de importantes direitos sociais do povo, para a preservação dos interesses do sistema financeiro, que encontrou no Banco Central Europeu seu principal defensor.

A reprodução social do capitalismo, pelos caracteres detalhados no presente trabalho, denota-se um processo que promove a desigualdade social, perpetrando injustiças, com as classes dominantes lucrando com base na forma-mercadoria e na mais-valia, enquanto os trabalhadores notam o valor que seu trabalho é imbuído às mercadorias se ver desperdiçado, restando o trabalho assalariado um objeto de lucratividade.

A superação para o socialismo seria uma solução plausível. Não obstante, enquanto não se constrói o devido caminho para essa proposta

progressista, encontra-se a proposta da Democracia Social Global, moldada oportunamente, como uma possível chancela para o reequilíbrio democrático, em que pesem as advertências feitas acerca da democracia como instrumento de atendimento ao capitalismo.

A democracia impõe limites à participação popular. Os Estados e Comunidades Regionais de Estados nada mais são do que células de atendimento aos propósitos do capital, especificamente o financeiro internacional. Contudo, essa lógica da forma jurídica, que impetra bloqueios sistêmicos, pode ser alterada e afetada, desde que ocorram as pertinentes reformas.

O desenvolvimento de instrumentos materiais que permitam a concretização da participação popular, a deliberação mais efetiva, um controle político mais presente pelo cidadão, nota-se um caminho que exigirá modificações drásticas na forma jurídica imperante, ainda mais quando se considera o modelo europeu como exemplo. A accountability como um processo mais democrático de controle do processo decisório merece atenção no processo , fomentando-se uma atuação mais efetiva da sociedade civil.

Aprimorando-se esses instrumentos, de forma a engendrar estruturas mais concretas de efetivação do plano pré-estabelecido, questão que exige mais atenção de David Held em seu detalhamento, podem fornecer condições para que se criem óbices à ingerência incongruente com os desígnios de uma Comunidade Regional de Estados singularmente considerada, fazendo valer a cidadania em detrimento do poder financeiro indesejável canalizado pelo processo globalizante.

A democracia, ao invés de se manter como instrumento hábil ao capitalismo, pode ser revertida em uma proteção mais sensata aos interesses que realmente apresentam relevância, que são os concernentes aos objetivos cidadãos e populares.

Visualzia-se, com esse encadeamento, um sistema democrático realmente "mais democrático", com o perdão da redundância, que no seio de uma Comunidade Regional de Estados, como doutrina de direito internacional que se procura adaptar ao caso concreto, poderá propiciar um controle político pelo cidadão de forma a ensejar um rígido processo de accountability referente aos governantes, que não poderão permanecer reféns de interesses estranhos e externos sob prejuízo de configuração de ato ilegal e contrário aos fins constitucionais previstos pela sociedade respectiva. Deve ocorrer a obstrução de casos como o da União

Europeia. No plano global, se enxerga, claramente, a financeirização do processo de acumulação, com organismos tais quais os Bancos Centrais exercendo papel decisivo no processo deliberativo estatal

No caso europeu, foi isso que se verificou. Um Banco Central Europeu voltado para o acerto fiscal da Comunidade Regional, levando em menor grau de consideração as implicações negativas sobre os direitos sociais dos cidadãos. E, de forma incontestável, restou prevalecente sua orientação quanto às restrições orçamentárias, seguidas pelos Estados membros.

A pressão pela criação de condições optimizadas nos Estados e Comunidades Regionais de Estados, se queda observável nesse contexto. A privatização da política encontra hegemonia no processo, como não seria diferente em um contexto em que o poder econômico e financeiro desvirtuado ganha robustez. Ou seja, atores políticos privados, como grandes corporações e especuladores, influenciam de forma determinante o poder decisório comunitário. Por sinal, há quem defenda que a própria configuração das alianças regionais resulta em um processo de compensação interestatal referente a perda de hegemonia frente ao desenvolvimento descontrolado da globalização. E, em adição, como manutenção do próprio sistema capitalista (HIRSCH, 2010, pp. 177-178):

> Dessa forma, os governos procuram compensar a perda de seu espaço de ação com a formação de alianças regionais. Isso se inscreve no quadro de novas coerções pela cooperação, que torna-se decisiva para os Estados "fracos". Os Estados "fortes" do centro capitalista consolidam a sua posição através da criação de blocos econômicos regionais (especialmente a União Europeia e a Zona de Livre-Comércio Norteamericana). O resultado é um aumento do significado das organizações internacionais - Fundo Monetário Internacional, Organização para a Cooperação e o desenvolvimento europeu, a Organização Mundial do Comércio etc. - , que organizam e representam os seus interesses comuns, como também o desenvolvimento de relações e redes de cooperação pouco institucionalizadas, nas quais não apenas as empresas multinacionais, como também as organizações nãogovernamentais dos mais diferentes tipos, desempenham um importante papel. Mas deve se considerar que, desse modo, nenhum Estado isolado é independente do plano político internacional. As organizações e os regimes internacionais apoiam-se na cooperação de interesses, pelo

> menos, dos Estados mais fortes, e são definidos e limitados em sua ação por eles.

Com isso, se reproduz a dinâmica de exploração e valorização, perpetrando-se o capitalismo de forma veemente com base no próprio direito internacional, mormente o direito comunitário (MASCARO, 2014, p. 104):

> O aumento do poder do direito internacional e das organizações internacionais, na atualidade, revela a sua natureza estrutural e a sua operacionalidade funcional. No presente, dada sua maior fraqueza relativa perante o grande capital plenamente internacionalizado, os Estados só conseguem lograr um modelo mais estável de acumulação numa frente ampla de coordenação política, econômica e jurídica. Com isso, permite-se um estabelecimento de padrões comuns ao capital, dando ainda maior esteio à sua dinâmica de exploração e de valorização, o que gera, também, uma crise político-econômica comum além de modos engessados e unificados para seu tratamento o que se verifica, por exemplo, no caso da União Europeia. Os atuais marcos jurídicos e institucionais internacionais espraiados são, antes de uma contenção do capital, a sua possibilidade de expansão ainda maior.

Não obstante seja essa uma realidade palpável, as instituições multilaterais representam um papel importante na política global, como já se asseverou anteriormente. Nesse sentido, cumpre remodelar devidamente seu processo democrático, para direcionar a política global com a mola propulsora correta, que se embasa na aplicabilidade dos direitos do cidadão, e não do especulador.

O enfraquecimento dos mecanismos representativos deve ser avaliado, uma vez que se pondera a perda de seu caráter decisivo frente à supremacia do capital internacional (HIRSCH, 2010, p. 179):

> A internacionalização do próprio aparelho de Estado, ou seja, sua crescente dependência dos movimentos internacionais de capitais e, ligado a isso, o deslocamento de importância entre partes isoladas da sua administração, ocasiona uma perda de significado dos aparelhos representativos de interesses específicos da população e de eleitores, que tinham um caráter "integrador". Isso se expressa, por exemplo, no desmantelamento das instituições fordistas corporativas e na transformação dos antigos partidos "populares" reformistas em máquinas eleitorais midiáticas, desligadas de sua base sócia l. A consequência desse processo é que a relação entre

> Estado e classes se torna mais complexa e a formação de classes perde coerência em comparação com o fordismo.

A realidade desnuda, no final das contas, se denota pelo intenso processo de concorrência internacional, mas atinente a termos produtivos. Os singulares sujeitos de direito internacional descritos empenham-se em atrair investidores e parceiros internacionais, direcionando todo seu aparato político e estrutural para isso. Em detrimento desse fato, os efetivos interesses dos cidadãos comuns, concernentes à manutenção e incremento de seus direitos, podem restar prejudicados.

Em outros termos, diz-se que se busca primordialmente o incremento da capacidade produtiva com vistas ao mercado econômico mundial.

Os compromissos sociais, vistos e decantados precipuamente em ocasiões eleitorais, acabam sendo sacrificados em todo o processo. Inadvertidamente, tem-se o condão de gerar maiores conflitos sociais, uma vez que se denota lógico o aumento da rispidez do cidadão comum quando vê seus direitos serem sacrificados em prol do poder econômico desvirtuado. Essa lógica reflete a necessidade de sua alteração (HIRSCH, 2010, p. 182):

> O resultado disso é que o processo global de acumulação de maneira alguma, e agora menos ainda, se baseia na pura dinâmica da concorrência empresarial e na ação das forças de mercado, mas que, tal como antes, depende da regulação política. Os "mercados" não são fenômenos naturais, mas relações construídas política e institucionalmente - pela garantia da propriedade privada, o sistema jurídico, o controle de acesso e dos monopólios. A globalização e a internacionalização do capital liga-se assim a um aumento do significado da atividade estatal administrativa e legislativa, ainda que sob formas modificadas em comparação com o fordismo. Não é mais a defesa da indústria "nacional" que está no centro, mas o asseguramento da capacidade de concorrência internacional de setores escolhidos, a liberalização do mercado em ligação com uma "política de ofertas" incentivadoras do investimento empresarial.

De fato, se costuma alinhar a existência da União Europeia e Comunidades Regionais de Estados similares como mecanismos de propensão e garantia do capitalismo. A forma jurídica instaurada, não se pode negligenciar, pauta-se essencialmente por esse fulcro.

Todavia, tendo-se em mente o caráter proeminente das instituições multilaterais na condução da política mundial, e enquanto não se viabiliza

a superação do modelo atual para um modelo socialista, que é uma alternativa, mister é que se altere a condução na aplicação dos direitos.

O efetivo processo de democratização, que torne mais inclusivo o caráter deliberativo, não se denota uma hipótese de menor importância. Com efeito, a democratização mais incisiva, que passa pelas organizações internacionais, pelas organizações sociais e se consolida nas Comunidades Regionais de Estado, é um caminho que merece atenção (HIRSCH, 2010, p. 290):

> Um possível ponto de partida para isso seriam passos em direção à democratização das organizações internacionais, objetivando confrontar o constitucionalismo neoliberal dominante com outro de caráter democrático. Isso seria possível com a implantação de direitos formalizados de informação e de participação para as organizações sociais, tornando mais transparentes e controláveis as decisões tomadas ali.

Se, ao momento, não se pode expurgar completamente o poder econômico e financeiro desvirtuado, medidas tendentes à criação de mecanismos neutralizadores e de efetivo combate merecem ser sopesadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a forma jurídica se atrele à forma política, sustentando a reprodução social do capitalismo, com a forma-mercadoria aparecendo como norte do sistema, importante se afigura estruturar saídas dentro da realidade que se encontra para fazer valer a voz do cidadão, que, caso disponha de mecanismos jurídico-democráticos para influenciar decisivamente o processo deliberativo estatal e comunitário, ensejará um momento histórico mais controlável pela soberania popular, em detrimento de um sistema representativo captado e que, no cerne de todo o processo, também merece remodelação.

A União Europeia, pelas condições que a circundam, se revela um objeto palpável para o desenvolvimento mais contundente da Democracia Social Global. Almeja-se que, caso o Mercosul e a Unasul alcancem o grau de complexidade em sua estruturação como aquela, tomem medidas para efetivamente fazer valer o processo democrático como ápice do controle de decisões políticas e de recolhimento dos direitos sociais conquistados.

A partir do momento supracitado pode se começar a pensar em uma democracia mais comprometida com seus constituintes, com seus

maiores beneficiários. Uma Democracia Social Global voltada à justiça social, que perpassa Comunidades Regionais de Estados e sujeitos de direito internacional envolvidos, valorizando, acima de tudo, os direitos constituintes dessa ordem, e não de uma ordem globalizada indesejável que se fundamenta no poder econômico que não pretende atingir aquele objetivo. Pelo contrário, deseja a continuação das estruturas-mestras do capitalismo como hoje se apresentam, fundadas na exploração e geração de riquezas desproporcionais para as classes dominantes, ofuscando o verdadeiro significado de cidadania, que se esprai por todas as classes sociais

REFERÊNCIAS

HELD, David. **Models of Democracy**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2006.

HIRSCH, Joachim. **Teoria Materialista do Estado: processos de transformação do sistema capitalista de Estado.** Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MARIANO, Karina Pasquariello. Globalização, Integração e o Estado. **Revista Lua Nova.** São Paulo, n. 71, 2007.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e Forma Política.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

MONNET, Jean. **Memórias.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marx: Ciência e Revolução.** 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OVERTVELDT, Johan Van. **O fim do Euro: a história da moeda da União Europeia e seu futuro incerto.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

VERMELHOS E VERDES: GUATTARI E A NOVA GRAMÁTICA ECOLÓGICA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Felipe Henrique Canaval Gomes*

INTRODUÇÃO

A crise ecológica não pode ser suficientemente compreendida sem um retorno ao panorama geral das crises social, política e existencial. A ecosofia é a uma filosofia que se propõe a articular os mais diversos campos do saber guiada pelas crises ambientais, sociais e subjetivas.

O atual estágio do capitalismo mundial integrado (CMI) tem como efeito o desenvolvimento de uma espécie de angústia coletiva que favorece o reaparecimento ideologias ligadas à crise ambiental, que pregam um retorno à "vida natural". Por traz desse suicídio social, que nega os avanços benéficos da sociedade contemporânea e atomiza o indivíduo em um estado de natureza mítico, está o agir do CMI que articula um constante processo de desterritoralização e cujos efeitos erosivos à sociabilidade podem ser observados na crescente homogeneização do inconsciente.

Isso levou, inclusive, a erosão da consciência operária, que, no contexto da Guerra Fria, foi a linha de frente de resistência ao CMI. No entanto, os estados socialistas adotassem o modelo do capitalismo de estado e, por conseguinte, os mesmos modelos de internalização repressiva do CMI (DELEUZE. GUATTARI, 2010).

Para se contrapor a uma ideia de revolução que estava então associada aos percalços do estado soviético, Deleuze e Guattari (2010) se desvincularam do conceito marxista de classe, para trabalharem com a consciência dos movimentos de contestação à partir do conceito de pequenos grupos (groupusculaire).

O movimento ambientalista, forjado nos desgastes entre as ideologias capitalista e comunista durante Guerra Fria, assumiu parte do discurso da esquerda, mas, sobretudo, tomou seu eleitorado e o despolitizou, afastando-os mormente de temas como a exploração de classes e a colonização ideológica do sistema sobre a constituição das

* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

individualidades. Para Guattari (1991b, 1992a), o surgimento dos khmers[1] verdes, ou seja, uma esquerda que congregue a militâncias e os temas dos partidos de esquerda, mas que também esteja atenta às demandas da crise ambiental, é essencial para combater o risco de retrocesso que significa a despolitização decorrente de um discurso que prega o retorno à vida natural. A ecosofia seria, assim, a sua base de articulação do engajamento político.

1 ECO FILOSOFIA

Ao propor uma solução para cenário catastrófico que se aproxima nos campos sociais, ambientais e psíquicos, Guattari afirma que a questão que verdadeiramente se impõem é a de como promover uma revolução das mentalidades a qual vise não apenas certo tipo de desenvolvimento baseado sobre um produtivismo que perdeu toda finalidade humana[2] (GUATTARI, 1992a) (tradução nossa). E continua:

> Assim, lancinante, a questão retorna: como modificar as mentalidades, como reinventar as práticas sociais que restituiriam à humanidade - se ele já o teve um sentido de responsabilidade não só para a sua própria sobrevivência, mas também para o futuro de toda a vida neste planeta, a de espécies vegetais e animais, tais como as espécies intangíveis, tais como a música, as artes, o cinema, a relação entre tempo, amor e compaixão pelos outros, a sensação de derretimento no cosmos?[3] (GUATTARI, 1992a, p. 1) (tradução nossa).

Para recompor os meios de ação coletiva adaptados ao atual momento, Guattari propõe a ecosofia, uma filosofia capaz de articular esse problema em três dimensões, sendo que cada uma delas é chamada de ecologia. Dessa maneira, há uma ecologia ambiental, ligada às questões de desequilíbrio ambiental e da relação humanidade/natureza; uma ecologia social, que se reporta às questões do socius, notadamente as

[1] Os khmers ou khmers vermelhos eram os integrantes do Partido Comunista da Kampuchea, que governou o Camboja entre 1975 a 1979 e que pretendida um verdadeiro retorno à natureza, por meio de uma sociedade comunista puramente agrária.

[2] Confira o trecho traduzido: «Ce qui se trouve mis en cause ici, c'est une sorte de révolution des mentalités afin quelles cessent de cautionner un certain type de développement, fondé sur un productivisme ayant perdu toute finalité humaine»

[3] «Alors, lancinante, la question revient: comment modifier les mentalités, comment réinventer des pratiques sociales qui redonneraient à l'humanité si elle la jamais eu le sens des responsabilités, non seulement à légard e sa propre survie, mais également de l'avenir de toute vie sur cette planète, celle des espèces animales et végétales, comme celle des espèces incorporelles, telle que la musique, les arts, le cinéma, le rapport au temps, l'amour et la compassion pour autrui, le sentiment de fusion au sein du cosmos?»

socioeconômicas; e uma ecologia mental, cujo campo é a subjetividade humana (GUATTARI 1991b, 1999; QUERRIEN, 1996).

A ecosofia investiga as linhas de recomposição das práxis humanas nos mais variados domínios (GUATTARI, 1999, p. 15), é a ciência de todos os ecossistemas da natureza[4] (GUATTARI, 1991b) (tradução nossa). Ela procura garantir que natureza e cultura não sejam entendidas em separado, pois, ao invés de estanques, elas devem ser apreendidas transversalmente: tanto quanto algas mutantes e monstruosas invadem as águas de Veneza, as telas de televisão estão saturadas de uma população de imagens e de enunciados degenerados. Ao estabelecer seus pontos de referência, cada eixo da ecosofia se desprende de paradigmas pseudocientíficos, já que ela está implicada [em] uma lógica diferente daquela que rege a comunicação ordinária entre locutores e auditores (...), diferente da lógica que rege a inteligibilidade dos conjuntos discursivos (GUATTARI, 1999, p. 25).

Segundo Guattari, a ecosofia se guia por uma "lógica das intensidades, que se aplica aos agenciamentos5 existenciais autorreferentes e que engajam durações irreversíveis". Uma vez que a lógica rígida das ciências tradicionais se propõe a limitar muito bem seus objetos, a ecosofia aposta em uma lógica das intensidades, ou a eco-lógica, [que] leva em conta apenas o movimento, a intensidade dos processos evolutivos (GUATTARI, 1999, p. 26-27). Em outras palavras, "a ecosofia se propõe

4 «D'abord, c'est une science, la science des écosystèmes de toute nature».

5 O conceito de agenciamento, desenvolvido por Deleuze e Guattari, deriva da tradução do conceito de agencement, que significa o processo de conciliar, organizar e encaixar. Agenciamento é uma complexa constelação de objetos, corpos, expressões, qualidades e territórios que se congregam em diferentes momentos para idealmente criar novas maneiras de funcionamentos: "Um agenciamento é precisamente este crescimento das dimensões numa multiplicidade que muda necessariamente de natureza à medida que ela aumenta suas conexões". Ele transparece como um conjunto de forças que se aglutinam em conjunto, de modo que se aplica a todas as estruturas, desde aquelas de padrão de comportamento individual a organização de instituições, a organização dos espaços e o funcionamento das ecologias. Dessa maneira, os agenciamentos operam por meio do desejo como máquinas abstratas, isto é, organizam-se a estabelecer relações com alteridades diversas; o desejo é a energia circulante que produz conexões. De acordo com G. Livesey, autor do verbete assemblage de The Deleuze dictionary, Deleuze e Guattari desenvolvem o que ele chama de eixo horizontal e eixo vertical do agenciamento. O primeiro eixo ocupa-se do agenciamento maquínico do corpo, das ações e das paixões e do agenciamento coletivo da enunciação, que são os atos e as manifestações das transformações incorporais dos corpos. O eixo vertical está relacionado ao conceito de território, que privilegia as ideias de espacialidade e as geografias e cartografias do movimento, apresentando-o como um contraponto ao conceito de história. Em resumo, por meio de sua multiplicidade, um agenciamento é moldado pelas ações sobre uma ampla gama de fluxos. Cf.: DELEUZE, G. GUATTARI, F. Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia. Trad. A. Guerra Neto e C. Pinto Costa. São Paulo: Ed. 34, 1995, v. 1, p. 16; PARR, A. The Deleuze dictionary. 2. ed. revised. Edinburg: Ediburgh University Press, 2010, p. 18.

a construir novas modalidades de ser em grupo em todas as escalas"[6] (QUERRIEN, 1996) (tradução nossa).

A ecologia mental se depara com muitas situações, já que os comportamentos individuais e coletivos são regidos por fatores diversos. São considerados comportamentos de ordem racional, por exemplo, principalmente, as relações de força e as econômicas. Outros, tidos como "passionais", ao contrário, parecem depender de motivações difíceis de decifrar, mas que não poucas vezes conduzem indivíduos ou grupos a agirem contrariamente aos seus interesses manifestos. Compreender essas motivações passionais seria a tarefa da psicanálise (GUATTARI, 1985).

Deleuze e Guattari, em O anti-Édipo, reconhecem que "a grande descoberta da psicanálise foi a da produção desejante, a das produções do inconsciente", embora a psicanálise tenha centrado o inconsciente no que eles chamam de familismo, quer dizer, sob o jugo do papai-mamãe e, ao invés de participar de um empreendimento de efetiva libertação, a psicanálise se incluiu na obra mais geral da repressão burguesa (DELEUZE. GUATTARI, 2010, p. 40 e 71).

Para Guattari, há um evidente reducionismo da psicanálise, que tornou o inconsciente em matéria de especialistas, ou como ele relata em Revolução molecular: [o inconsciente] está em vias de se tornar propriedade privada!. Ele considera que a análise do inconsciente deve se tomar assunto de todos, ou seja, isso significa que ela terá que renovar seus métodos, diversificar suas abordagens, enriquecer-se em contato com todos os campos da criação. Em resumo, fazer exatamente o contrário do que a psicanálise oficial faz atualmente (GUATTARI, 1985, p. 172).

Como explica Buchanan (2008), Deleuze e Guattari quiseram revolucionar o conceito de inconsciente, invertendo a noção freudiana de que o inconsciente pressiona o consciente. Para eles, o inconsciente não é um reservatório de desejos reprimidos que constrangem um ego sitiado, mas uma máquina, porque são essencialmente ligadas a realidade: são fabricadas, moldadas, recebidas e consumidas. Além disso, Guattari gosta de frisar que as máquinas de produção da subjetividade variam, elas não são algo do domínio de uma suposta natureza humana, mas como sistemas mais ou menos territorializados de produção da subjetividade. Guattari explica:

> (...) a máquina está sempre em diálogo com uma alteridade: em seu ambiente tecnológico, humano, mas igualmente por suas ligações filogenéticas com as máquinas que a

[6] «L'écosophie se propose de construire de nouvelles modalités de l'être en groupe à toutes les échelles».

> precederam e aquelas que virão. Aparece aí uma nova forma de alteridade: uma situada no tempo. Além da alteridade, a máquina também estabelece a finitude: ela nasce, dá errado, degrada-se, morre. Por esta razão, nós tínhamos expandido o conceito de máquina, além das máquinas técnicas, para as máquinas biológicas, sociais, urbanas, as megamáquinas, linguísticas, teóricas e mesmo máquinas desejantes. Este conceito é considerar, assim, a possibilidade de a máquina de abolir a si mesma[7] (GUATTARI, 1991a) (tradução nossa).

O inconsciente máquino é, na obra de Guattari, o ponto de partida para entender as mutações do capitalismo e a composição das forças políticas atuais.

2 CMI

O atual estágio do capitalismo mundial integrado (CMI) centra seus focos de poder na produção de signos, de sintaxe e de subjetividade que tende inexoravelmente para a destruição de antigas estruturas territorializadas de agenciamentos inconscientes. No inconsciente maquínico, o CMI tem como efeito o desenvolvimento de uma espécie de angústia coletiva que favorece o reaparecimento de ideologias religiosas ou incompatíveis com a complexidade da vida contemporânea, e, no caso da onda ambientalista, criam mitos arcaicos, como o do retorno à "vida natural" (GUATTARI, 1985, 1999).

A ecosofia social que, por sua vez, procura desenvolver práticas específicas de "serem-grupo", ou seja, trabalha com a reconstrução das relações humanas em todos os níveis do socius, é profundamente afetada pelo desenvolvimento do CMI. Um princípio comum às três ecologias é de que seus territórios existenciais são precários, finitos, singulares, em outras palavras, não se dão como um em-si, mas um para-si. Na linguagem de Deleuze e Guattari (1995), são platôs, territórios de determinação maleável por onde transitam diferentes movimentos de subjetivação8.

[7] «Car la machine est toujours en dialogue avec une altérité: dans son environnement technologique, humain, mais également par ses liens philogénétiques avec les machines l'ayant précédée et celles à venir. «Apparaît là une nouvelle forme d'altérité: celle située dans le temps. En plus de l'altérité, la machine établit aussi la finitude : elle naît, se détraque, se casse, meurt. Pour cette raison, on avait élargi le concept de machine, au-delà des machines techniques, aux machines biologiques, sociales, urbaines, aux mégamachines, linguistiques, théoriques et même aux machines désirantes. Ce concept envisage donc la possibilité pour la machine de s'abolir elle-même».

[8] O conceito de território é explorado por Deleuze e Guattari em Mil Platôs, cujo foco sobre ideias de espacialidade, como geografia ou a cartografia do movimento, são

Contudo, a subjetividade produzida pelo CMI é acautelada de qualquer outra que não passe pelo crivo de seus aparelhos e quadros especializados, como a psicanálise, o estado-nação, ou o corpo profissional:

> Ela [a subjetividade] jamais deverá perder de vista que o poder capitalista se deslocou, se desterritorializou, ao mesmo tempo em extensão - ampliando seu domínio sobre o conjunto da vida social, econômica e cultural do planeta e em "intenção" infiltrando-se no seio dos mais inconscientes estratos subjetivos (GUATTARI, 1999, p. 33).

O CMI potencialmente tem colonizado todo o planeta, já que atualmente está em simbiose em todos os países, mesmo os que historicamente haviam escapado a ele, e, sobretudo, por fazer com que nenhuma atividade humana e com que nenhum setor de produção estejam fora de seu controle. Este movimento de extensão geográfica se defronta com um impasse: para Guattari, o CMI instala um constante processo de desterritorialização, porque os processos capitalísticos não respeitam os modos de vida tradicional e também os modos de organização social, como a étnica, a grupal ou a de vizinhança, ou ainda dos estados nacionais. A desterritorialização é um movimento que sempre escapa de um território, como, exempli gratia, o comerciante que compra produtos em uma região e os revende em outra ou seja, do ponto de vista sócio-econômico-político atual, a maioria dos processos de integração é tem como consequência a desterritorialização. O CMI, por sua vez, compõe a produção e a vida social a partir desse próprio axioma, isto é, sempre é capaz de reinventar novos axiomas de funcionamento ou suprimi-los, integrando socioeconomicamente diversos territórios. O processo de desterritorialização tem se tornado uma forma de recomposição permanente do CMI, cuja integração diz respeito a um só tempo a estruturas de produção e formação de poder e de legitimidade (GUATTARI, 1985; GUATTARI. NEGRI, 2010).

---

apresentados como um antídoto para conceitos exclusivamente calcados sobre concepções históricas. O conceito de território subsumi discussões históricas, pois seu significado é a integralidade movimentos humanos sobre o espaço e o tempo. O conceito de território, assim, não é fundado sobre uma categorização precisa. Ao invés de ser um espaço firmemente determinado, o território é entendido como um espaço de transições cujas dimensões são constantemente maleáveis. Os autores visam, assim, abolir os privilégios nostálgicos ou xenófobos de quaisquer "terra natal", "pátria", "nação", etc. e instituir platôs, ou seja, zonas de intensidade contínua. Cf.: DELEUZE, G. GUATTARI, F. Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia. Trad. A. Guerra Neto e C. Pinto Costa. São Paulo: Ed. 34, 1995, v. 1; PARR, A. The Deleuze dictionary. 2. ed. revised. Edinburg: Ediburgh University Press, 2010, p. 280-281.

O CMI atua sobre uma dupla modalidade de opressão. Primeiro, pela opressão direta no campo econômico e social através do controle da produção de bens e das relações sociais por meio da coerção material externa e a sugestão constante de conteúdos de significação. A segunda maneira de opressão, tão intensa quanto à primeira, consiste na produção da própria subjetividade por meio, sobretudo, do controle de máquinas da sociedade industrial, da informática e dos meios de comunicação:

> A produção da subjetividade pelo CMI é serializada, normalizada, centralizada em torno de uma imagem, de um consenso subjetivo referido e sobrecodificado por uma lei transcendental. Esse esquadrinhamento da subjetividade e o que permite que ela se propague, a nível da produção e do consumo das relações sociais, em todos os meios (intelectual, agrário, fabril, etc.) e em todos os pontos do planeta (GUATTARI. ROLNIK, 1996, p. 40).

Um princípio particular a ecologia social, a ideia do "Eros de grupo", corresponde à conversão de uma qualidade específica de subjetividade em processos coletivos. Apropriado pelo CMI, o "Eros de grupo" é explorado conforme seus interesses, e esse processo de apropriação do desejo pelo CMI ocorre principalmente por intermédio da mass midia. A subjetividade produzida pelas máquinas capitalistas se esforça por gerar uma consciência infantilizada, que tende a neutralizar todo o potencial emancipatório da singularidade. Segundo Guattari, nas últimas décadas, a grande mídia teve tal sucesso que não só a subjetividade operária linha dura que fazia frente ao avanço do CMI se desfez, como o inconsciente é agora colonizado por um delirante processo de homogeneização da subjetividade (GUATTARI, 1999, 1992b).

Como resposta a tudo isso, Guattari sugere que "uma imensa reconstrução das engrenagens sociais é necessária para fazer face aos destroços do CMI" (GUATTARI, 1999, p. 44). Essa reconstrução deveria passar pela constante mobilização da força de trabalho escamoteada pelos avanços da desterritorialização do CMI, entretanto, sob uma nova perspectiva que não cometa os mesmos equívocos da atuação política operária linha dura.

3 "ADEUS, LENIN"

Ecologia mental e ecologia social colocam o problema da introjeção do poder repressivo por parte dos oprimidos, sobretudo, nas organizações da classe trabalhadora, que se tornaram também instrumentos da repressão:

> A maior dificuldade, aqui, reside no fato de que os sindicatos e os partidos, que lutam em princípio para defender os interesses dos trabalhadores e dos oprimidos, reproduzem em seu seio os mesmos modelos patogênicos que, em suas fileiras, entravam toda liberdade de expressão e de inovação (GUATTARI, 1999, 32).

Maio de 1968 é um marco na história da esquerda ocidental[9]. De certa forma, Guattari entende que depois desse evento, o discurso marxista se esgarçou (apesar do texto marxiano ainda resguardar sua força). Por outro lado, alguns teóricos do movimento operário vêm reforçando o que Guattari chama de obrerismo ou corporativismo em decorrência de práticas emancipatórias anticapitalistas, isto é, desconsideram outros vetores ecológicos que não os incorporados diretamente nas relações de trabalho. Ocorre, inclusive, uma espécie de involução da atuação desses movimentos, posto que a antiga solidariedade que era exercida em esfera internacional hoje é assumida primordialmente por associações humanitárias (GUATTARI, 1999).

Em O anti-Édipo, Deleuze e Guattari discutem a importância da Revolução Russa (1917-1921) ao forjar a consciência da classe

[9] Maio de 1968 foi um dos maiores movimentos de massa da história da França, a maior greve do século XX desde os Fronts Populares de 1936, a única grande insurreição depois da Segunda Guerra Mundial, envolvendo algo em torno de nove milhões de trabalhadores espalhados por toda a França, e que chegou mesmo a ter alguma abrangência na Itália. Foi a primeira greve geral que se estendeu para além dos centros tradicionais de produção industrial para incluir os trabalhadores nas indústrias de serviços, de comunicação e cultura, abarcando toda a esfera de reprodução social. Nenhum setor profissional e nenhuma categoria de trabalhadores deixaram de ser afetada pela greve, que atingiu todas as cidades francesas. Guattari se definia como pertencente a uma geração cuja consciência política havia nascido no "entusiasmo e ingenuidade" da resistência à ocupação nazista na Segunda Guerra. Para ele, seus livros com Deleuze eram um retorno às questões que foram deixadas para traz por outras revoluções e que Maio de 1968 havia criado as bases necessárias para denunciar o fascismo de outrora. Assim, a obra dos dois tem um marcante tom anticapitalista e é altamente simpatizante com a dimensão utópica que veio à tona após Maio de 1968, cuja solução não era aceitar prontamente a transição imediata ao comunismo. O argumento de Deleuze e Guattari é de que nunca se chegaria a qualquer nova sociedade clamada pelos discursos militantes sem, antes de tudo, "não nos despirmos de nossos velhos hábitos, nosso amor pelo poder". Cf. ROSS, K. May '68 and its afterlive. Chicago, London: The University of Chicago Press, 2002; GENOSKO, G. Félix Guattari: an aberrant introduction. London: Continuum, 2002.

trabalhadora e ao impor aos países capitalistas o reconhecimento da bipolaridade de classe. Contudo, houve uma reviravolta dentro do processo revolucionário, ou como eles escrevem: com a Revolução Russa nunca sabemos quando as coisas começaram a ir mal (DELEUZE. GUATTARI, 2010, p. 78) e nem mesmo o legado de Lenin barrou o capitalismo de estado que se desenvolveu na URSS e estava plenamente configurado no final dos anos de 1960:

> Mas este grande corte leninista não impediu a ressurreição de um capitalismo de Estado no próprio socialismo, como não impediu o capitalismo clássico de contornála, prosseguindo seu verdadeiro trabalho de toupeira, sempre cortes de cortes que lhe permitiam integrar na sua axiomática seções da classe reconhecida, rejeitando para mais longe, para a periferia ou para os enclaves, os elementos revolucionários não controlados (não controlados tanto pelo socialismo oficial quanto pelo capitalismo) (DELEUZE. GUATTARI, 2010, p. 456).

Silbertin-Blanc (2013) explica que o conjunto de dificuldades que repercutiram sobre o problema prático-político das lutas contra CMI levaram Deleuze e Guattari a forjar o conceito de minorias e o aplicaram a sua teoria política na tentativa de ser um substituto ao conceito marxista de classe. Em O anti-Édipo, Deleuze e Guattari explicam que Sartre havia aprofundado a crítica a esse conceito, uma vez que teria identificado que não existe espontaneidade de classe, mas apenas de grupo: donde a necessidade de distinguir os grupos em fusão e a classe que permanece serial, representada pelo partido ou pelo Estado. Deleuze e Guattari fizeram tal substituição, o que os permitiu lançar o desejo no centro do jogo político: Frequentemente, os revolucionários esquecem ou não gostam de reconhecer que é por desejo que se quer e se faz a revolução, e não por dever (DELEUZE. GUATTARI, 2010, p. 340 e 457).

Os militantes marxistas, ao contrário de ativar o desejo, buscam encarnar um poder. Para Guattari (1994) eles seriam sérios demais e não no sentido positivo, porque eles perderam o senso de humor e certa qualidade de contato com a sensibilidade popular o que os deixou isolados. Guattari pensa que há muita intolerância entre esses militantes, já que querem incarnar a verdade, ao invés de procura-la.

Dentro dessa visão dita tradicional de ação revolucionária de esquerda herdada do século XIX, valia a teoria da "correia de transmissão" que consistia, em geral, em uma organização de massas: precedida por

uma avant-garde revolucionária consciente, era seguida pela massa de trabalhadores. Em termos práticos, isso significou que o partido tinha ascendência sobre os movimentos de mobilização de base, o que, na verdade, significava seguir o modelo do que vinha acontecendo nos chamados países do bloco socialista, onde as castas dirigentes ocupavam posições ditatoriais. Isso sujeitou a mobilização política de base ao autoritarismo do partido e, por conseguinte, ao modelo hierárquico piramidal e ao culto à personalidade dos líderes. Para Guattari (1994), é preciso se interrogar inclusive sobre a validade da separação atual entre partido político, organização sindical e movimento associativo ou coletivo de base, já que a separação leva as decisões políticas importantes à alçada de militantes profissionais, os quais, consequentemente, se tornam prisioneiros de uma aparelhagem que os distancia da vida da base popular.

Guattari defende que a produção da subjetividade pode tornar-se o eixo fundamental da recomposição dos movimentos de base:

> Isso não significa que os aspectos reivindicativos das lutas, as campanhas políticas devam ser deixadas de lado. Mas elas não devem ocupar o essencial do terreno, como é frequentemente o caso hoje. Tal mudança seria impacto significativo no nível organizacional[10] (GUATTARI, 1994) (tradução nossa).

Isso implica em um constante questionamento das instituições existentes e em uma política de abertura a mudanças nesses tempos subjetivos.

Guattari relata um caso que ele chama de sindicalismo territorial, o qual não trata apenas da defesa de interesses dos trabalhadores sindicalizados, mas inclusive das dificuldades enfrentadas pelos desempregados, mulheres, crianças e a juventude de um bairro do subúrbio de Santiago no Chile. Ele conta que todos participavam da organização de programas educacionais e culturais e que estavam envolvidos em ações de saúde higiene, ecologia e planejamento urbano. Enfim, como ele mesmo escreve: É preciso também salientar que tal alargamento do campo de ação bons olhos pelas instâncias hierárquicas do aparelho sindical![11] (GUATTARI, 1994) (tradução nossa).

---

[10] «Ce qui ne signifie pas que les aspects revendicatifs des luttes, les campagnes politiques devraient être laissés de côté. Mais ils ne devraient plus occuper l essentiel du terrain, comme cest souvent le cas aujourdhui. Une telle réorientation aurait des incidences importantes sur le plan organisationnel».

[11] «ll faut dailleurs signaler quun tel élargissement du champ daction ouvrière est loin dêtre vu dun bon oeil par les instances hiérarchiques de lappareil syndical!».

4 "KHMERS VERDES"

Segundo Guattari (1999), o domínio da ecologia social passa por dois tipos de momentos: há os momentos de conflito, em que agentes são conduzidos a fixar objetivos comuns (e a se comportarem como militantes), mas também há momentos em que as subjetividades coletivas e individuais voltam a prevalecer, sem preocupação com relação às finalidades coletivas; ou seja, para Guattari, a lógica dos conflitos sociais não mais impõe resolver os contrários, como o queriam as dialéticas hegeliana e marxista.

A esquerda e os movimentos operários se organizaram em torno da questão social e do combate às desigualdades. O movimento verde, por sua vez, surgiu da preocupação ambiental, dos desastres nucleares, da Guerra Fria e da recusa da opressão onde quer que isso proliferasse e do desejo urgente de ser livre do controle capitalista do medo onde quer que ele se impusesse [12] (GUATTARI, NEGRI, p. 76) (tradução nossa).

Os movimentos verdes franceses, aponta Guattari (1992a), tinham se revelado incapazes de constituírem-se como movimentos de base (diferentemente do que acontecia na Alemanha), pelo menos até o início dos anos de 1990, data dos últimos textos de nosso autor. Para Guattari, subsumidos sob as questões de ordem ambiental e política, os verdes não integram às suas reivindicações a solução de problemas sociais, o que revelaria sua articulação limitada a pequenos grupos (groupusculaire), bem como sua dificuldade de se articularem a outros segmentos políticos:

> Se se interpela os ambientalistas sobre o que eles vão fazer para ajudar os desabrigados em sua vizinhança, eles respondem geralmente que isso não é responsabilidade deles. Se você perguntar como eles abandonam suas práticas de grupos pequenos e de certo dogmatismo, muitos deles reconhecem o mérito da questão, mas têm vergonha de encontrar soluções![13] (GUATTARI, 1992a) (tradução nossa).

Os verdes não são suficientemente abertos ao diálogo com outros grupos. Segundo Guattari (1990), eles propagam uma política de inspiração malthusiana em relação aos seus quadros e membros em potencial; o que

[12] «wherever it proliferates and from the urgent desire to be freed from the fear of capitalist control wherever it is imposed».

[13] «Si vous interpellez les écologistes sur ce quils comptent faire pour aider les clochards de leur quartier, ils vous répondent généralement que ce nest pas de leur ressort. Si vous demandez comment il pensent sortir de leurs pratiques groupusculaires et dun certain dogmatisme, nombre d'entre eux reconnaissent le bien-fondé de la question, mais sont bien embarrassés pour y apporter des solutions !».

os leva, a serem vistos como entidades externas dentro dos movimentos associativos. Além disso, suas estruturas partidárias tendem a ligações endógenas, sempre operando na lógica dos pequenos grupos.

Os movimentos ambientalistas atuais, segundo Guattari, às vezes optam deliberadamente por recusar todo e qualquer engajamento político em grande escala, já que eles associaram suas imagens à de uma pequena minoria de amantes da natureza ou de especialistas diplomados (GUATTARI, 1999, p. 36-37). Eles não põem em causa o conjunto da subjetividade e das formações do poder capitalístico e beiram ao escapismo de um retorno à natureza, quando não põe a serviço de um mercado de ecologia.

Apesar disso, Guattari reconhece que a geração verde capturou uma quantidade expressiva do eleitorado socialista, centrista e não engajado na França, por causa de sua não vinculação. Eles são tidos como não-sectários, em particular por sua aceitação ao duplo pertencimento (militante verde e qualquer outra militância), apesar de permanecem globalmente como como um movimento inconsistente, unicamente cristalizado ao redor de uma mentalidade de mídia de massa e sem função democrática real. Existe, então, um problema em se substituir o mito da classe operária revolucionária pela defesa do meio ambiente, já que se está a substituir um mito totalizante e totalitário por outro. Em outras palavras, mesmo os radicais verdes, os khmers verdes, aqueles que pregam um regresso incondicionado rumo uma vida natural, não conseguem fugir da padronização e da homogeneização do CMI, uma vez que seus processos de afirmação não levam em conta a heterogeneidade de grupos e a singularidade dos indivíduos (GUATTARI, 1991b, 1992a).

Nos dias de hoje, as sociais democracias foram convertidas ao CMI, ou pelo menos estão sob o primado do livre mercado, já que o colapso internacional do socialismo extinguiu a bipolaridade: Devemos pensar, nessas circunstâncias, que isto está por desaparecer, como o proclama a palavra de ordem de alguns ecologistas: nem direita, nem esquerda?[14] (GUATTARI, 1992a) (tradução nossa). Contra estas posições, Guattari considera que polarizações progressivas devem ser esperadas por meio de padrões mais complexos de acordo com termos menos jacobinos, mais federalistas, mais dissensuais, em comparação com o qual irá restaurar as diferentes versões do conservadorismo, centrismo

[14] «Doit-on penser, dans ces conditions, que celle-ci est appelée a disparaître, comme le proclame le mot d'ordre de certains écologistes : «ni gauche, ni droite»?».

ou neofascismo[15] (GUATTARI, 1992a) (tradução nossa). As formações partidárias tradicionais estarão misturadas a vários componentes do estado, ameaçando fragilizar o já combalido sistema da democracia.

Além disso, o crescente descontentamento do eleitorado é resultado da falta de capacidade de transformação das ações políticas. Com isso, a militância dos partidos perde respaldo social e não é capaz de lidar com um crescente eleitorado descontente, além de flagrante falta de convicção por parte dos cidadãos que continuam a votar.

Para Guattari, o movimento ambientalista flerta com um totalitarismo brando, ao mesmo tempo em que é uma alavanca extraordinária para práticas sociais e questões éticas, sociais e subjetivas.

O compromisso com a perspectiva verde, contudo, não é apenas uma questão de ideais e de comunicação de massa, mas também, e talvez principalmente, de práticas de renovação social, uma vez que a ecologia ambiental, tal como existe hoje, não fez senão iniciar e prefigurar a ecologia generalizada que aqui preconizo e que terá por finalidade descentrar radicalmente as lutas sociais e as maneiras de assumir a própria psique (GUATTARI, 1999, p. 36). O tecido social, sob a influência do consumismo e da mídia, tornou-se politicamente passivo, sujeito à opressão decorrente dos processos de homogeneização do CMI. As organizações políticas tradicionais vivem em simbiose com essa passividade: elas se tornaram incapazes de promover o debate sobre as questões realmente importantes e de mobilizar os eleitores.

Para Guattari, se os movimentos marxistas e ambientalistas imitarem os padrões do CMI em seu funcionamento nos organismo políticos (estado, partido, movimento de base, etc.), eles inexoravelmente irão tornar-se a impotentes, sob o risco da rápida extinção de sua influência. Eles devem partir da premissa de que como os dois movimentos de ecologia política linha de frente existentes, vermelhos e verdes, apesar de seus méritos, não atendem as demandas reais do período atual, isto é, têm deficiências que precisam ser sanadas antes que sua ação política se torne mais consistente. Para isso, é preciso voltar-se a para a instauração de uma verdadeira democracia ecosófica:

> Afigura-se necessário que os componentes de vida que existem dentro de cada um desses movimentos se organizem em conjunto com os movimentos associativos a fim de

[15] «(...)selon des modalités moins jacobines, plus fédéralistes, plus dissensuelles, par rapport à laquelle se restitueront les différentes moutures du conservatisme, du centrisme, voire du néo-fascisme».

> preparar uma reestruturação global do movimento de ecologia política. Este movimento futuro deve ser pluralista e profundamente infiltrado na sociedade a partir de coletivos de base e de coletivos setoriais (...). [O movimento] Deve desenvolver um espírito de mútua tolerância, simpatia e dar um lar e apoio no local todas as iniciativas sociais, de cultura e de pesquisa, nos domínios da vida urbana, da educação, da saúde, dos meios de comunicação alternativos... Ele também deve se preocupar com uma reinvenção necessária do sindicalismo na França, um sindicalismo que deverá se engajar pelos desempregados, pelos marginalizados, pela vida de bairro...[16] (GUATTARI, 1990) (tradução nossa).

Por todas estas razões o diálogo entre os movimentos marxistas e ambientalistas parece essencial. Apesar dos avanços do CMI colocarem em questão a continuidade da existência do homem no planeta, o risco de um retorno a um status quo ante é perder de vista a mobilização e a informatização que o atual sistema possibilita. É preciso, sobretudo, uma nova valorização do trabalho, sendo que os valores de uso e de desejo (GUATTARI, 1994) devem se firmar sobre as trocas capitalistas. É a mobilização da força de trabalho coletivo que envolve todo o planeta o elemento mais significativo capaz de prevenir o avanço da destruição da biosfera:

> O futuro imediato, é preciso admitir, se apresenta geralmente como um dia por demais sombrio. Todavia, os potenciais de inteligência coletiva e de criatividade não deixam de ser menores e também pressagiam reviravoltas extraordinárias. Cabe a nos trabalhar cada um de sua maneira à medida de nossos meios[17] (GUATTARI, 1994) (tradução nossa).

---

16 «Il apparaît nécessaire que les composantes vivantes qui existent au sein de chacun de ces mouvements sorganisent entre elles et en liaison avec le mouvement associatif afin de préparer une recomposition densemble du mouvement décologie politique. Ce futur mouvement devrait être pluraliste et profondément implanté dans la société à partir de collectifs de base et de collectifs sectoriels. Il devrait attacher une importance primordiale à toutes les questions relatives à lémancipation féminine. Il devrait développer un esprit de tolérance mutuelle, de convivialité et constituer un lieu daccueil et dappui à toutes les entreprises dinitiative sociale, de culture et de recherche, dans les domaines de la vie urbaine, de léducation, de la santé, des médias alternatifs Il devrait également se préoccuper dune nécessaire réinvention du syndicalisme en France, un syndicalisme qui deviendrait en prise sur les chômeurs, les marginaux, la vie de quartier »

17 «Lavenir immédiat, il faut le reconnaître, se présente généralement sous un jour assez sombre. Mais les potentialités dintelligence et de créativité collective nen demeurent pas moins immenses et laissent également augurer d'extraordinaires retournements de situation. À nous dy travailler chacun à notre façon et à la mesure de nos moyens».

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise ecológica está ligada a uma crise mais geral nos campos do social, da política e da existência. A ecologia ambiental, tal como a ela se constitui nas últimas décadas, iniciou a prefiguração de uma ecologia generalizada e Guattari defende uma descentralização radical das lutas sociais e das maneiras de assumir a própria psique. O movimento operário ficou preso a um esquema totalizante que o transformou em uma engrenagem do CMI, apesar de ter surgido como tentativa de ruptura. A ecologia ambiental, por outro lado, oferece um panorama de atuação política mais ampla que permitiu vislumbrar as consequências de uma atuação política integrada entre as diversas crises que põe em cheque a atuação do CMI. Os verdes têm sua ação política marcada pela não vinculação sectária e pela liberdade de reprodução dos conteúdos de subjetividade, não apenas por que uma revolução se faz pela mobilização do desejo.

Uma nova esquerda, segundo Guattari, deve se valer do potencial ainda inexplorado de emancipação das forças de trabalho, não obstante, sob o influxo das técnicas políticas inauguradas pelos verdes, não só porque uma revolução se faz com base no desejo, mas também porque a crise ambiental é indissociável da crise socioeconômica.

No entanto, a leitura da política contemporânea focada nos aspectos de reprodução da subjetividade contemporânea parece um tanto ingênua frente até mesmo os processos de reprodução ideológica do CMI. Em certo sentido, parece que Guattari acerta no diagnóstico da crise atual e suas várias dimensões, mas a solução que ele oferece, mesmo sob o mérito de explorar a autenticidade subjetiva, padece das limitações de tentar revolucionar a sociedade capitalista a partir do desejo. Como ela não oferece parâmetros claros de atuação, ela abre margem para a violência e o despotismo.

O texto de Guattari não é fácil de ser interpretado e suas soluções parecem estar distantes da prática, ou expressos em um jargão conservador, parecem utópicas demais. Acreditamos que isso se deve ao esforço de renovação psicossocial da obra de Deleuze e Guattari cujo significado, ainda que marcado pela investigação da interiorização do fascismo nas sociedades capitalistas democráticas, apresenta diversos desafios. O cientista do direito parece poder se apropriar desses conceitos apenas no nível da zetética, já que o projeto de Guattari não parece fazer considerações sobre o nível dogmático normativo das sociedades modernas senão no que tange à psicanálise.

REFERÊNCIAS

BUCHANAN, I. **Deleuze and Guattari's anti-Oedipus**: a reader's guide. London: Continuum, 2008.

DELEUZE, G. GUATTARI, F. **O anti-Édipo**: capitalismo e esquizofrenia. Trad. L. B. L. Orlandi. São Paulo: Ed. 34, 2010, Coleção TRANS.

DELEUZE, G. GUATTARI, F. **Mil platôs**: capitalismo e esquizofrenia. Trad. A. Guerra Neto e C. Pinto Costa. São Paulo: Ed. 34, 1995, v. 1.

GENOSKO, G. **Félix Guattari**: an aberrant introduction. London: Continuum, 2002.

GUATTARI, F. **As três ecologias**. Trad. M. C. F. Bittencourt. 9. ed. Campinas: Papirus, 1999.

GUATTARI, F. Écologie mentale: la passion des machines. Entretien avec Félix Guattari. **Termina**l. Paris, n. 55, p. 44-45, octubre – decembre, 1991a.

GUATTARI, F. Écologie et mouvement ouvrier. **Chimeres**, [1994]. Disponível em: http://www.revue-chimeres.fr/drupal_chimeres/files/21chi10.pdf. Acesso em: 07 jun. 2016.

GUATTARI, F. Quest-ce que écosophie? Entretien avec Félix Guattari. **Terminal**. Paris, n. 56, p. 22-23, novembre – decembre, 1991b.

GUATTARI, F. La question de la question. **Terminal**. Paris, n. 57, p. 8-9, frevrier – mars, 1992a.

GUATTARI, F. Pratiques écosophiques et restauration de la Cité subjective. **Chimeres**, [1992b]. Disponível em: http://www.revue-chimeres.fr/drupal_chimeres/files/17chi07 .pdf. Acesso em: 07 jun. 2016.

GUATTARI, F. **Revolução molecular**: pulsações políticas do desejo. 2. ed. Seleção, prefácio e trad. S. B. Rolnik. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1985.

GUATTARI, F. Vers une nouvelle démocartie écologique. **Chimeres**, [1990]. Disponível em: http://www.revue-chimeres.fr/drupal_chimeres/files/ecoetpo.pdf. Acesso em: 07 jun. 2016.

GUATTARI, F. NEGRI, A. **New lines of alliance, new spaces of liberty**. Trad. M. Ryan, J. Becker, A, Bove and N. Le Blanc. London/New York: Minor Compositions, Automedia, MayFlyBooks, 2010.

GUATTARI, F. ROLNIK, S. **Micropolítica**: cartografias do desejo. 4. ed. Petropolis: Ed. Vozes, 1996.

PARR, A. **The Deleuze dictionary**. 2. ed. revised. Edinburg: Ediburgh University Press, 2010.

QUERRIEN, A. Broderies sur Les Trois Écologies de Félix Guattari. **Chimeres**, [1996]. Disponível em: http://www.revue-chimeres.fr/drupal_chimeres/files/28chi06.pdf. Acesso em: 07 jun. 2016.

ROSS, K. **May '68 and its afterlive**. Chicago, London: The University of Chicago Press, 2002 SILBERTIN-BLANC, G. **Politique et état chez Deleuze et Guattari**: essai sur le matérialisme historico-machinique. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.

IMPÉRIO DIGITAL MUTIDÃO CIBERNÉTICA

Fernanda Rocha de Moraes*

INTRODUÇÃO

Que futuro a internet nos reserva? Uma dominação imperial através de redes de vigilância e controle ou uma autonomia das multidões através de processos de produção comunicacional colaborativa que potencialize as singularidades? O problema em questão impõe diversos desafios, sobretudo porque ele se localiza entre o limiar do que conhecemos e do que ainda é mero devir. Este é o risco de se trabalhar com as análises sociais, que se moldam e renovam a todo tempo e cuja complexidade não pode ser completamente abarcada, mas apenas representada a partir de procedimentos intelectuais que simplificam o todo, tornando-o inteligível. Em outras palavras, o ofício do cientista social é um que inclui, além da observação, escolhas metodológicas. Ao trabalhar com um tema tão atual, mas cujas consequências ainda não são completamente compreensíveis, devemos estar atentos para não cairmos nas armadilhas da análise desonesta da realidade, por outro lado, devemos nos abrir para as possibilidades de construções e transformações sociais mais solidárias. Afinal de contas, como bem descreveu Eduardo Galeano, a utopia é o horizonte: um local inalcançável que nos faz nos faz mover em frente.

Nossa análise terá como pressuposto teórico duas obras escritas em co-autoria por Michael Hardt e Antonio Negri no início deste século: "Império" e "Multidão". O período histórico abordado pelo artigo é o presente, chamado por alguns autores de pós-modernidade e por outros de Sociedade da Informação. Sua principal característica, segundo Hardt e Negri, é a ascensão de um mercado e, consequentemente, de uma ordem mundial. Hoje, os fatores primários de produção e troca - dinheiro, tecnologia, força de trabalho e bens - atravessam com facilidade e rapidez fronteiras nacionais, dando origem a circuitos de produção global. Isto altera o poder regulatório do Estado[1], fonte tradicional e detentor legítimo

* Mestranda em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com orientação da Professora Doutora Maria Paula Dallari Bucci. Pesquisadora bolsista pelo programa CAPES/PROEX.

[1] Devemos enfatizar que não estamos sustentando aqui que nesse interregno os Estados deixem de ser poderosos, e sim que seus poderes e funções estão sendo transformados num

do monopólio da força desde a modernidade. Em seu lugar, surge uma ordem global, uma nova lógica e estrutura de comando - em resumo, uma nova forma de supremacia: o Império (HARDT e NEGRI, 2003, p. 10).

Dentro deste contexto, a internet, transnacional por natureza, surge como elemento com elevada capacidade de alterar a regulação e a distribuição de forças na sociedade. Ela nada mais é do que uma rede composta por sistemas autônomos (fala-se em "rede de redes"), interconectando diversos computadores através de uma infraestrutura de comunicação compartilhada e aberta. Sua operacionalidade e governança é garantida não por instituições estatais, mas pela forma como a rede é estruturada, isto é, sua arquitetura[2]. A rede digital, ao permitir a circulação irrestrita e em tempo real de informação, altera os sistemas de poder[3], constituindo-se como arena de intensas disputas políticas cujos resultados ainda não estão definidos. Inicialmente, os criadores da internet acreditavam que ela iria invariavelmente revolucionar a sociedade rumo a um sistema democrático radical em que todos os indivíduos seriam livres e senhores de seus destinos. Hoje, contudo, há um verdadeiro ceticismo quanto à potencialidade libertadora das redes, cada vez mais concentradas em

---

novo arcabouço global.(...) Saskia Sassen chama este processo de "desnacionalização". Os Estados continuam a desempenhar um papel crucial na determinação e na manutenção da ordem jurídica e econômica, sustenta ela, mas suas ações se orientam cada vez mais para a emergente estrutura de poder global, e não para os interesses nacionais. Nessa perspectiva, não existe contradição entre o Estado-nação e a globalização" (HARDT e NEGRI, 2005, p. 213). Neste sentido, é muito ilustrativo o exemplo de Thomas Frank (2004, pp. 423-424) sobre o poder do mercado e como ela se traduz em violência a partir de uma relação global e nacional. Narra ele que a Colômbia teria recebido do governo Clinton um pacote de ajuda militar bilionário. Neste período, diversos organizadores de sindicatos foram assassinados, de tal forma que, em 1997, eles correspondiam a 50% dos ativistas mortos em todo o mundo. Ele conclui, portanto, que os retornos de capital da Nova Economia têm origem não só na criatividade, mas na violência tradicional, isto é, operada pelo poder estatal.

[2] Na década de 1990, prevalecia a crença de que o ambiente digital não poderia ser regulado. Em 2000, o professor de direito e idealizador do Creative Commons, Lawrence Lessig, publica o livro Code and Other Laws of Cyberspace, afirmando que a rede não só pode ser como ela é regulada: seu funcionamento é determinado pelos protocolos de rede definidos pelos programadores o código é lei. Em suma, o sistema normativo que estrutura o ambiente virtual é composto por regras impostas não pela sanção social e não pelo Estado, mas pela arquitetura de um espaço particular (LESSIG, 2006, p. 24). Contudo, pela falta de instituições capazes de estabelecer os valores mais importantes a serem preservados, a internet pode tanto se tornar um ambiente cada vez mais aberto e democrático ou, ao contrário, controlado e vigiado. (LESSIG, 2006, pp. 25 e 27)

[3] Segundo Manuel Castells (2015, p. 29), as relações de poder que fundamentam e legitimam as instituições organizadas da sociedade são construídas através de processos comunicacionais e, portanto, dependem da cultura, da tecnologia e dos sistemas de comunicação existente

poucas empresas[4], tendência que chamaremos de "Império Digital". Mas isso não significa o desaparecimento das potencialidades transformativas da rede mundial de computadores. Ao contrário, o poder global do capital só poderá ser rompido por uma potência que seja também ela transnacional, construída por redes de solidariedade distribuídas nos diversos níveis mundial, regional, nacional e global. O ciberespaço permite a interação simultânea e cooperativa entre múltiplas singularidades, dando origem a movimentos sociais contrapostos ao poder imperial. Chamaremos este contrapoder de Multidão Digital.

Trata-se, portanto, de uma construção dialética[5] que tem por pressuposto dois conceitos políticos fundamentais: a soberania e a democracia. Por isso, de um lado, tem-se o surgimento de um superpoder autoritário, restrito e global e, de outro, a contestação e resistência desta força totalizante através da estruturação de novas formas de cidadania. O objetivo do trabalho é analisar estas mudanças político-sociais apresentadas por Michael Hardt e Antonio Negri sob o ponto de vista exclusivo da expansão da comunicação digital e suas formas de controle, vigilância e liberação social. Ficam de fora da análise, portanto, outros sistemas primordiais de concentração de poder como o financeiro e militar (bélico).

O artigo será dividido em três partes. No primeiro momento, apresentaremos os conceitos de Império e Multidão para Hardt e Negri, destacando os pontos de maior afinidade com o recorte temático proposto. Em seguida, apresentaremos em que medida a internet, ao contrário do que idealizado pelos seus criadores, tem servido como força concentradora de poder na mão de pouquíssimos centros de tecnologias de ponta que em conjunto com os governos das grandes potências utilizam cada vez mais esta forma de coleta de dados global como instrumento de vigilância, controle e formação de mercados extremamente rentáveis. Por fim, analisaremos em que medida o sonho de transformação das relações econômicas, políticas e sociais pode ser alcançado a partir da organização

[4] Fala-se em gigantes da internet, ou, ainda, nas cinco grandes (big five): Amazon, Apple, Facebook, Alphabet (empresa que detém a Google) e Microsoft.

[5] Castells, de forma semelhante, também trabalha com forças dialéticas compostas, de um lado, pelo poder (materializado nas instituições) e, de outro, pelo contrapoder (exercido pela sociedade civil), sendo estes fatores de poder organizados pelos processos comunicativos. Com a comunicação digital, há uma nova configuração na interação entre os produtores e consumidores de informação, já que a mensagem é autogerada, sua recuperação é autodirigida e sua recepção e recombinação são autosselecionadas. O sociólogo espanhol denominou esta nova dinâmica comunicacional de "intercomunicação individual (2015, p. 29).

de um contrapoder disperso, mas cada vez mais numeroso, capaz de construir uma solidariedade global digital de resistência.

1 IMPÉRIO E MULTIDÃO: SOBERANIA DO CAPITAL GLOBAL VS. FORÇA VITAL DAS MASSAS

No ano 2000[6], Michael Hardt e Antonio Negri publicam a obra Império, na qual defendem a ascensão de uma nova forma de soberania global, erigida após o fim dos regimes coloniais e a queda do governo soviético. Diferentemente do imperialismo, baseado no sistema de Estados-nação e no estabelecimento de fronteiras territoriais, o Império é descentralizado e desterritorializado, ele opera identidades híbridas e hierarquias flexíveis, incorporando todos os locais do globo dentro de suas fronteiras abertas. Desta forma, a soberania global do Império surge e se alastra concomitantemente ao "crepúsculo da soberania moderna" (HARDT e NEGRI, 2003, p. 12). O exercício do poder é reconfigurado e, para ser exercido de forma efetiva em escala global, passa a atuar em rede.

Por isso, Hardt e Negri, compreendem que o processo de globalização atual é algo completamente novo na história humana[7]. Ele não representa uma mera ampliação e aceleração dos processos de produção e troca mundial inerente ao capitalismo, mas o surgimento de um novo paradigma de poder e organização das estruturas sociais. Embora apresente linhas de continuidade com o sistema anterior[8], possui elementos estruturais que o torna um acontecimento qualitativamente distinto: o poder é estruturado a partir de uma noção comum e global de regulação material (a constituição do Império) e é operacionalizado pelo mercado mundial, em contraposição às formas tradicionais baseadas em contratos e tratados (Ibid. 11 e 272). Contudo, longe de ser um processo uniforme,

---

[6] Conforme destacado no prefácio, a construção teórica do Império tem como marco temporal inicial e final, respectivamente, a Guerra do Golfo Pérsico e a guerra do Kosovo.

[7] Esta visão tem origem na análise de Lênin sobre a expansão imperialista do capitalismo. Segundo este autor, o sistema de fronteiras estatais fixas do imperialismo com o tempo se tornaria um obstáculo para a expansão do capital. A necessidade de realização plena de um mercado mundial levaria à destruição das barreiras que delimitam o interior e o exterior, dando origem, a depender do desenrolar da história: ou à revolução comunista mundial ou ao império (HARDT e NEGRI, 2003, p. 251-254).

[8] Nas palavras de David Held (1992, p. 32): "(...) uma coisa é afirmar que há elementos de continuidade (...) outra coisa é afirmar que não existe nada de novo sobre os aspectos de suas formas e dinâmicas ( ). Enquanto rotas comerciais e expedições militares conseguiam ligar populações distantes através de extensos laços de causa e efeito, o desenvolvimento contemporâneo na ordem internacional liga pessoas através de múltiplas redes de transição e coordenação, reordenando toda a noção de distância".

a integração em torno da autoridade central do mercado mundial se dá de forma fragmentária e desigual, coexistindo diversos regimes de reprodução social (Ibid, pp. 272-273), dando origem ao que alguns denominam de "governança sem governo"[9].

A ascensão do Império é caracterizada pela indefinição dos limites tempo-espaciais do exercício do poder. Hoje as guerras não são mais travadas entre Estados, mas contra ideias e conceitos ("guerra às drogas", "guerra ao terror") e por isso o alcance e a duração são incertos[10]. Esta necessidade de vigilância contínua para manutenção da ordem social e para a preservação de valores humanos universais é o fundamento de legitimidade da soberania imperial (Ibid, p. 33). A organização do poder global dá origem a um novo constitucionalismo em que as funções desempenhadas pelas diversas fontes[11] de poder global não estão claramente separadas[12], mas são manipuladas do alto: "a cola que segura os diversos corpos e funções da constituição híbrida é o que Guy Debord chama de espetáculo" (Ibid, 339 e 342-343). A atual integração capitalista global requer mais do que a dominação econômica ou militar, mas a mobilização de toda a superestrutura econômica, política e ideológica: o biopoder (FARIAS, 2013, p. 84). Para compreendermos este processo, contudo, precisamos voltar nossa atenção aos processos de produção, troca e consumo contemporâneos: "a fonte de normatividade imperial nasceu de uma máquina, uma nova máquina econômica-industrialcomunicativa, em resumo uma máquina biopolítica globalizada" (HARDT e NEGRI,

---

[9] A "governança sem governo" não significa o fim do Estado-Nação, mas o surgimento de redes de conexão global e regional que conectam Estados, instituições internacionais, empresas e atores transnacionais, uns com os outros, "transformando a soberania em um exercício compartilhado de poder ( ) emergindo assim um sistema global de governança, tanto formal quanto informal" (HELD e MCGREW, 2003, p. 11).

[10] "(...) quando o inimigo está tão mal definido, há o perigo de contínuos prolongamentos da 'guerra'. Desde o 11/9 o governo Bush vem estendendo a luta. Inicialmente, era contra os terroristas transnacionais. Depois passou a ser também contra os regimes que os abrigam (...). O alvo estendeu-se posteriormente aos países suspeitos de terem armas de destruição e massa (...). O resultado é uma ordem mundial mais instável do que antes." (FERREIRA, 2004, p. 314)

[11] Hardt e Negri (2003, 331-333). apresentam como funções que antes eram exercidas pelos Estados e que passaram a ser desempenhadas de forma supranacional: o poder militar, dominado pelos Estados Unidos, mas, sempre que possível, exercido em colaboração com outros estados pelo sistema das Nações Unidas; o poder econômico e monetário, exercido pelo G7 e pelas corporações transnacionais que organizam o mercado mundial e o poder democrática exercido pelo o povo global, constituído por forças díspares.

[12] "Hoje estamos novamente numa fase genética de poder na qual funções são vistas basicamente do ângulo das relações e da materialidade da força, e não da perspectiva de um possível equilíbrio e da formalização do arranjo definitivo total." (HARDT e NEGRI, 2003, p. 337)

2003, p. 59). É preciso, pois, descer "à morada oculta da produção" (Ibid, 2003, p. 226)

A passagem da Sociedade Industrial, baseada na operação de máquinas, para a Sociedade Informacional, baseada na inteligência cibernética, altera a qualidade e a natureza do trabalho e que passa a englobar não apenas atividades manuais e materiais - o trabalho industrial (que permanece, mas se torna cada vez mais móvel e flexível) - mas também atividades intelectuais e comunicativas - o trabalho imaterial (Ibid, 2003, p. 229 e 311 e 2005, p. 134-135, 150 e 217). Devido a ausência de distinção entre o econômico, o político, o social e o cultural fala-se em produção biopolítica[13]. Dois aspectos explicam esta alteração nas relações laborais: de um lado a crescente manipulação de símbolos e abstração do trabalho por meio de uma máquina específica e universal: o computador. Por outro, o aumento do trabalho afetivo, baseados no contato e na interação, real ou virtual.

Yochai Benkler, no livro "The Wealth of Networks", de forma mais radical, chega a defender a emergência de uma nova estrutura econômica não mais baseada nas leis do mercado e no direito de propriedade, mas na produção de valor e riqueza a partir da interação cooperativa dos indivíduos dispersos em uma rede de inteligência difusa. Ele chama este novo sistema de "economia da informação em rede" (BENKLER, 2006, pp. 2-7 e 32). Um sistema baseado na descentralização da produção e na troca de informação de tal forma que o trabalho é exercido não apenas no mercado, mas pelos indivíduos enquanto seres que agem, criam e dão significados a suas vidas, individual e socialmente (Ibid, p. 34). Com isso, o controle disciplinar fabril, baseado em um sistema de relações lineares - a chamada linha de montagem -, é deixado para trás, substituído por um sistema interativo cuja produção de riqueza depende da cooperação dos pontos interconectados na rede - cooperação abstrata (HARDT e NEGRI, 2003, p. 297 e 2005, p. 256). Apesar desta dispersão territorial, o monitoramento computacional permite que "O controle da atividade operária" seja potencialmente individualizado e contínuo no panopticon virtual da produção em rede (HARDT e NEGRI, 2003, 318). Do ponto de vista global, esta centralização do comando está materializada em cidades-chave do sistema mundo que

[13] Os autores diferenciam os conceitos de biopoder e produção biopolítica. Embora ambos tenham como característica a incidência na vida social como um todo, o biopoder é exercido pela autoridade soberana, sendo transcendente. Já a produção biopolítica atua de forma horizontal, nas relações de trabalho cooperativas, sendo imanentes às sociedades. A análise do biopoder nos permite compreender o Império (soberania), A análise da produção biopolítica nos permite compreender a Multidão (democracia).

concentram serviços financeiros e tecnológicos: as cidades globais, ou ainda, as cidades controle. (Ibid, pp. 316-318).

Em sequência a este primeiro livro, os autores escrevem Multidão[14] cujo objeto de análise é a construção de um projeto de democracia global. Ela estaria pautada na ideia de multidão e constituiria a outra face da globalização em contraposição ao Império: enquanto esta estabelece hierarquias e mecanismos de controle; aquela cria novos mecanismos de cooperação, colaboração e solidariedade global, o que tornaria possível a ação conjunta. A multidão constitui-se como uma nova forma de compreensão dos agregados sociais, diferente de conceitos anteriores como povo[15], massa e classe operária, respectivamente, pela sua multiplicidade de singularidades (unidas, porém, não únicas); enorme diferenciação interna e abertura para incluir as diversas formas de trabalhadores que compõe a cadeia de produção da economia global. (HARDT e NEGRI, 2005, p. 12 E 13 e 139). Para que ela possa se contrapor ao poder do capital global, contudo, a multidão precisa de um projeto politico e para isso ela precisa reconstruir as formas constitutivas da organização social (Ibid, pp. 247-248; 268-369 e 275).

Trata-se de um processo político de construção democrática, em que tudo que é geral ou público deve ser reapropriado e gerido pela multidão. A gestão cooperativa do comum consolida o poder da multidão que, por sua vez, fornece um sujeito social e uma lógica de organização social que torna possível a realização da democracia global. Esta, por sua vez, constitui-se como a força política contraposta à soberania imperial. Quanto mais as comunidades utilizarem as redes comunicativas e colaborativas para fazerem mais por si mesmas, tanto no campo econômico como político e social, mais o caráter parasitário da dominação soberana se acentuará. De fato, e este é o ponto central: a multidão pode se constituir

[14] O tema da Multidão como força contrária à soberania do Império global havia sido formulado já no livro Império, porém de forma vaga. Algumas questões ficaram por responder, como por exemplo: "de que maneira a multidão constituirá a si mesma como sujeito político?" (BROWN e SZEMAN, 2006, p. 93)

[15] O povo é tanto o elemento intermediário de legitimação do poder soberano, como a forma de soberania utilizada pelos movimentos sociais para substituição da autoridade vigente e tomada de poder. É uma abstração, um corpo orgânico, que reduz a liberdade e individualidade das partes para formar um todo organizado hierarquicamente acima das partes. Esta legitimação, baseada em um elemento transcendente, tem como consequência a supremacia da autoridade estabelecida sobre a população em geral, ou seja, ela reproduz processos de dominação. "Essa relação ambígua entre o povo e a soberania explica a permanente insatisfação que vimos observando como o caráter não-democrático das formas modernas de organização revolucionária, o reconhecimento de que as formas de dominação e autoridade contra qual lutamos permanentemente reaparecem nos próprios movimentos de resistência".(HARDT e NEGRI, 2005, p. 116-117 e 211).

como instância de poder decisório. A obrigação política, neste contexto, só terá legitimidade quando for fruto da vontade ativa da multidão e cessará quando ela deixa de existir. Em suma, opoder político deixa de estar na mão da autoridade governante e passa para a dos governados (HARDT e NEGRI, 2005, p. 283; 420-421 e 424-426).

2 GLOBALIZAÇÃO E O IMPÉRIO DIGITAL

Os sistemas produtivos da sociedade informacional impactam nos processos de subordinação do trabalho: se antes ele era formal, baseado na ideia de autonomia individual e liberdade de contrato, agora a subordinação do trabalho ao capital torna-se real e o capitalismo se expande para todas as fronteiras. A compreensão desta nova dinâmica social pressupõe o reconhecimento da natureza peculiar do sistema global atual, mediado pelas novas tecnologias da informação e da comunicação (HELD, 1992, p. 33 e HARDT e NEGRI, 2003, p. 368). A internet tem um papel central no desenvolvimento destes mecanismos de subordinação ao mercado global: transformamos nossas casas, nossos carros e até nossa diversão em trabalho; a cada clique, trabalhamos para o capital. Isto pode gerar uma servidão em rede, a partir da exploração desta dispersão de trabalhadores capazes de trabalhar a qualquer hora e em qualquer dia: "O obo da exploração em rede deve ser reconhecido quando vem travestido com a pele de cordeiro de gadgets brilhantes" (LOVINIK, 2008, p. 223).

Antes, a disciplina era exercida por instituições como as escolas, as igrejas, as prisões, as fábricas. Elas regulavam o comportamento através do exercício repetido de rotinas que atuavam diretamente sobre nossos corpos. Fala-se, atualmente, na passagem da sociedade disciplinar para a sociedade de controle (HARDT e NEGRI, 2003, p. 350). Isso não significa que a disciplina perdeu sua importância, ao contrário, para Hardt e Negri ela é o mecanismo central do mercado mundial, o que muda é a forma como ela é exercida na construção do Império. Se antes ela era exercido de maneira linear, isto é, a partir do estabelecimento da ordem por uma máquina administrativa coerente e baseada no pressuposto da proteção do interesse público, hoje a administração dos conflitos deve ser feita de forma fractal, isto é, não pela imposição única, mas pelo controle das diferenças: "o problema da administração não é um problema de unidade mas de multifuncionalidade instrumental" (Ibid, p. 362). É preciso governar as autonomias, o que só é possível através de processos comunicacionais.

As redes sociais desempenham muito bem este papel ao permitirem que diversas forças e pontos de vista coexistam em uma mesma estrutura, sem que estas diferenças ameacem o status quo. O último documentário de Adam Curtir, da BBC inglesa, Hypernormalisation, mostra como a mídia social funciona como um sistema de pacificação social. Segundo ele, a política tem se tornado um grande espetáculo movido pela manipulação dos sentimentos, em especial a raiva. Nós os extravasamos online e enquanto pensamos que estamos expressando nossa opinião, estamos na verdade enriquecendo as corporações responsáveis pelas mídias sociais. Somos componentes constituintes deste sistema comunicativo que ao tentar abarcar toda e qualquer ideologia, impossibilita que mudanças efetivas operem no seio da sociedade, sem que isto corresponda a um aumento de conhecimento e um enriquecimento cultural global[16].

Talvez uma das expressões mais claras desta alienação pelas redes tenha sido descrita por Eli Praiser, em seu livro The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding From You. Os filtros-bolhas são algoritmos (robôs) cuja função é filtrar os dados de tal forma que cada pesquisa retorne um conjunto de informações customizadas para cada usuário, conforme seu histórico de acesso, com o objetivo de tornar viável a busca por informação na infinidade de dados que trafegam na rede[17]. Por outro lado, embora necessários, os buscadores acabam decidindo que elementos serão considerados relevantes para cada argumento pesquisado e quais não, o que os denota de um poder enorme (CARDOSO, 2006, p.315). Esta questão torna-se ainda mais delicada se levarmos em conta que uma única empresa (o Google) domina, desde 2001, quase todo o mercado de filtros (Ibid, p. 323). O surgimento destas ferramentas de busca decorre da própria evolução da internet, de um ambiente desregulamentado e restrito majoritariamente ao público acadêmico para um ambiente mediado por normas jurídicas capazes de preservar as necessidades oriundas do

[16] Ao contrário, McChesney cita vários autores que, recentemente, têm defendido o empobrecimento intelectual pelo advento das redes, tais como Nick Mohammed (2012), Mark Bauerlein (2007), Jaron Lanier (2012), Virginia Eubanks (2011), Russel Banks (2011), Sherry Turckle (2012), etc

[17] O autor português Gustavo Cardoso (2006, pp. 307-323), enfrentando a questão da memória e dos filtros na internet, destaca que, diferentemente do que se pensa, a memória gerada pela rede é limitada tanto pela diversidade caótica de informações disponíveis como pelo fato de as ferramentas de pesquisa não disponibilizarem todo o universo possível de páginas de fato existentes para um determinado assunto. Assim, se a ideia de "porteiros" (gatekeepers) utilizada para conceituar o controle das informação feito pelos editoriais das mídias de massa tradicionais pode ser aplicado, por analogia, . Disto conclui-se que, se a internet surge como ferramenta capaz de alterar as estruturas verticalizadas das organizações burocráticas, ela também desenvolve suas formas de controle.

comércio eletrônico. Desta forma, o valor dos chamados buscadores está relacionado com a sua capacidade de orientar os usuários em suas navegações (Ibid, p. 316). Assim, embora normalmente não haja uma pré-determinação a partir de requisitos ideológicos, as pesquisas são condicionadas a motivos comerciais, reforçando o poder do capital. Por isso, Eli Praiser defende a necessidade de inserir nestes robôs, dominados por fórmulas matemáticas e voltados para interesses comerciais, algum tipo de controle que seja também ético.

Além disso, este exagero das redes demonstra um desgaste dos conceitos de colaboração e de cooperação[18] frente ao que Cass Sunstein denominou de "atomismo ético" que consistiria no surgimento de um tipo de usuário consumidor que pensaria apenas em seus interesses egoísticos e não nos interesses compartilhados de forma coletiva. Isto tornaria o ambiente digital cada vez mais polarizado e fragmentado. Ora, se o amálgama que sustenta o Império, conforme salientado anteriormente, é o espetáculo, na sociedade digital ele, ao mesmo tempo que impõe uma certa uniformidade de ação e pensamento baseada no consumo, cria a falsa noção de individualidade a partir de teclas de vídeos cada vez mais personalizadas - o"espetáculo de curta duração" (LOVINK, 2008, p. 202). Isto cria uma distopia em termos de convivência democrática, porque dificulta o enriquecimento através do debate de ideias distintas (SUNSTEIN, 2007, p. 4 e 18): "suponha que pessoas com certa visão política aprendam apenas sobre autores com a mesma visão fortalecendo, assim, seus julgamentos pré-existentes ( ) em uma sociedade democrática, isso não pode ser problemático?" (SUNSTEIN, 2007, p. 21). Assim, as novas tecnologias podem, ao invés de contribuir para o fortalecimento de uma democracia deliberativa, esvaziar estruturas associativas e comunitárias de caráter intermediário entre o Estado e o indivíduo, como por exemplo, partidos, sindicatos, associações e movimentos cívicos coletivos.

A ideia de que a internet deva conduzir necessariamente a uma revolução político democrática é falsa, já que ela pode servir tanto para promover como de enfraquecer a ação coletiva e a coesão social. Na verdade, o que tem ocorrido é o surgimento de monopólios poderosos que concentram quase todos os recursos da comunicação digital e, com isso, controlam e manipulam os processos regulatórios deste setor[19]. Fazem

[18] O autor exemplifica isto de algumas formas, mas uma bastante ilustrativa é a sensação que normalmente se tem em de que os debates online são sempre abandonados no meio, sendo incapazes de atingir uma conclusão.

[19] Segundo McChesney (2013, 166), as empresas monopolistas oriundas da dita revolução digital atingiram recordes históricos de mercado. Em 2012, quatro das

isso, por exemplo, aumentando o controle e proteção sobre a propriedade imaterial, através de leis de patente e copyright. De fato, a reprodução infinita de bens imateriais no ambiente online desafia o conceito de propriedade, pautado na ideia de escassez e, portanto, representa uma ameaça ao capital global. Como estas violações não podem ser eficazmente combatidas pelas forças policiais tradicionais, é preciso construir um sistema jurídico robusto que legitime a proteção desta nova forma de propriedade privada. Vale ressaltar que o argumento do estímulo à criatividade (justificação racional que embasa a construção destas ferramentas jurídicas) perde cada vez mais sentido em um mundo onde a produção depende cada vez mais dos esforços coletivos e dispersos da rede. Ao contrário, estas leis restritivas têm servido como barreiras à inovação[20]. O próprio desenvolvimento e dinamismo tecnológico da Internet só foram possíveis pela cultura adotada em seus primórdios, por seus criadores, que culminou em uma arquitetura de rede baseada na abertura, liberdade e cooperação[21] (LOVINIK, 2008, p. 207). Hoje, contudo, a tendência é que a internet se torne um ambiente cada vez mais fechado. Este produto, antes fruto do trabalho coletivo, solidário e criativo dos programadores, torna-se propriedade privada de capitalistas monopolistas e uma das atividades econômicas mais concentradas e menos competitivas do mundo. (HARDT e NEGRI, 2005, pp. 234-244 e).

Por fim, o exército e as agências de inteligência governamental têm entrado cada vez mais neste mercado, já que ele fornece um mecanismo de controle e a vigilância relativamente barato e praticamente infalível, que McChesney chama de estado de segurança nacional.

dez maiores empresas norte-americana, segundo o valor de mercado, eram gigantes da internet: Apple, Microsoft, Google e AT&T. Vale lembrar que a IBM, que produz hardware, também estava na lista. Reforçando o argumento de McChesney, podemos citar ao recente aquisição da Warner Co pela AT&T. http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1825533-fusao-entre-att-e-timewarner-preocupa-democratas-e-republicanos.shtml

[20] Em certa medida, a propriedade privada nos torna obtusos ao nos fazer pensar que tudo o que tem valor deve ser propriedade privada de alguém. Os economistas não se cansam de nos dizer que um bem não pode ser preservado e utilizado de forma eficiente se não for de propriedade privada. A verdade, contudo, é que a vasta maioria do nosso mundo não é de propriedade privada, e é exclusivamente graças a este fato que a nossa vida social pode funcionar (...)A ciência cairia em porto morto se não fossem comuns nossas grandes acumulações de conhecimento, informação e método de estudo. A vida social depende do comum. (HARDT e NEGRI, 2005, p. 244-245)

[21] Esta "revolução" só foi possível graças a ideia de códigos-fonte abertos, que possibilitava a interação de diversos programadores na resolução de problemas, o que resulta em softwares melhores. A democracia da multidão (abordada no item 4), segundo Hardt e Negri (2005, p. 425), deve ser entendida, analogamente, como uma sociedade dos códigos-fonte abertos, isto é, uma cujo códigos-fonte seja revelado para que todos possam contribuir, cooperativamente, na construção de programas sociais melhores.

Temse presenciado um aumento na aprovação de leis de cibersegurança, legitimadas sob o argumento de repressão a crimes de terrorismo ou de abusos cibernéticos cometidos contra crianças e adolescente, mas que possibilitam a espionagem em detrimento das liberdades civis dos cidadãos de todo o mundo. Esta, por sua vez, é operada em parceria com os poucos gigantes da internet[22] (para quem o acesso a dados pessoais é mais fácil) que, em contrapartida, recebem vultuosos[23] recursos públicos do governo na venda destas informações[24], formando-se assim um complexo militar-digital, conforme revelado pelos documentos publicados pela Wikileaks (McCHESNEY, 2013, p. 202-203). Dentro deste contexto, o papel de vigilância global desempenhado pelos Estados Unidos (prioritariamente) e pela Europa se acentua, já que a maior parte das grandes empresas de rede encontra-se naquelas jurisdições: os países mais poderosos passam a deter dados sensíveis e/ou valorosos, produzidos pela inteligência comunicativa mundial, aumentando ainda mais o abismo entre países pobres e ricos.

3 A MULTIDÃO CIBERNÉTICA E A COEXISTÊNCIA DAS SINGULARIDADES NO GLOBAL

A capacidade tecnológica de processamento e transmissão simultânea de dados e conteúdos de diversos lugares tornou possível o surgimento de uma sociedade em que pessoas, em pontos espaciais distintos e independentemente das fronteiras institucionais, possam se interconectar através da rede, trabalhando de forma conjunta e coordenada, de forma a encontrarem soluções criativas para problemas comuns. A emergência desta "economia da informação em rede" alteraria radicalmente a estrutura social, já que as relações interindividuais não precisariam mais ser mediadas, passando a ocorrer diretamente e de forma autônoma e descentralizada. (BENKLER, 2008, pp. 10-12 e 15). Soma-se a isto, a centralidade das invenções intelectuais criativas, principal fonte de valor da sociedade informacional. Com isso, a distinção entre o econômico e o

[22] Julian Assange, em palestra recente, afirmou que o Google e o Facebook possuem mais dados pessoais que a agência de inteligência americana (NSA). Para ele, isto consolidaria a supremacia de um novo modelo de negócios mundial: "o capitalismo de vigilância". http://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2016/07/google-e-facebook-coletam-mais-dados-que-euadiz-fundador-do-wikileaks.html.

[23] O autor destaca o aumento de 250 vezes no gasto com inteligência pelo governo americano na ultima década.

[24] Como exemplo destas "tenebrosas transações" o autor cita uma investigação do Congresso que descobriu o recebimento de 1,3 milhões de dólares por empesas de telefonia móvel para prestares, ilegalmente, informações sobre seus usuários (McCHESNEY, 2013, p. 207).

político tenderia a desaparecer, revolucionando as bases da democracia contemporânea (BROWN e SZEMAN, 2006, pp. 102-103).

Esta lógica institucional é o que Hardt e Negri chamam de democracia das multidões. Nela, "cada um de nós usaria do tempo de nossas vidas e de nosso trabalho para votar constantemente sobre cada decisão política" (HARDT e NEGRI, 2005, p. 438). Isto, em nosso entender, só é possível com o advento das novas tecnologias de informação e comunicação, que permitem a distribuição em escala global e em tempo real dos bens imateriais[25]. Do ponto de vista dos movimentos sociais, estas têm desempenhado um papel tático fundamental: embora não sejam elemento constitutivo, são catalizadoras e ampliadoras destes movimentos. Isto porque as redes sociais possibilitam a construção de comunidades, baseadas em laços precários e temporários, a partir de uma pluralidade de questões e identidades. Por isso, diferenciam-se das estruturas políticas tradicionais, mais estáveis e pautadas pela construção de significados unificados. A multidão está assentada na ideia de abertura: fontes, fronteiras e conhecimento aberto. (LOVINK, 2008, p. 191-193; 218 e 242).

A ascensão do protagonismo individual na Web e a massificação da comunicação digital impõem desafios para o exercício da cidadania. Soma-se a isso o fato de diversos problemas sociais não poderem mais ser resolvidos dentro das fronteiras nacionais. Com isso, a demanda por participação efetiva ganhou novos contornos, em detrimento da ideia moderna de consentimento, auferido pelas urnas eleitorais. A democracia precisa ser repensada a partir de um novo entrelaçamento de forças tranfronteiriças (HELD, 1992, p. 20-22). A ideia de multidão digital, portanto, está relacionada com a construção de uma sociedade civil[26] em âmbito global que, a partir de uma filosofia de abertura e cooperação baseada na ação individual e coletiva, tornar-se capaz de tomar decisões políticas por si mesma. Assim, ela constitui-se como força capaz de se opor ao espetáculo que sustenta o Império. Este sistema, baseado na liberdade e autonomia, ocasiona o que Hardt e Negri denominam de

[25] A"comunicação é a forma de produção capitalista na qual o capital teve êxito em submeter a sociedade inteira e globalmente ao seu regime, suprimindo todos os caminhos alternativos. Se algum dia a alternativa puder ser proposta, ela terá de surgir de dentro da sociedade da submissão real e demonstrar todas as contradições que existem no coração dela" (HARDT E NEGRI, 2003,. p. 368)

[26] Hegel, um dos primeiros autores a falar sobre a sociedade civil, defendia que o indivíduo só é dotado de "objetividade, verdade e moralidade" quando passa a ser membro do Estado. A intermediação ente os cidadãos e o soberano ocorre no bojo das formas associativas que constituem a sociedade civil, de tal sorte que, na Idade Moderna as relações sociais estavam verticalmente estruturadas, a partir de instituições e fronteiras nacionais bem delimitadas. (HEGEL, 1997, p. 215-217).

explosão de singularidades (LOVINK, 2008, p. 196 e 2002; BROWN e SZEMAN, 2006, p. 99; BENKLER, p. 2006, p. 22). O desafio, portanto, é transpor, sem prescindir, o âmbito da individualidade na construção verdadeiramente democrática do comum[27]. A constituição deste corpo político centrado na multidão ainda está em andamento. Para darmos alguma concretude a este projeto, concluiremos apontando brevemente os diversos eventos de contestação popular que eclodiram no mundo a partir de 2011. Manuel Castells, em seu livro Redes de Indignação e Esperança, faz uma cartografia desses movimentos da era digital, desde a Islândia e a Primavera Árabe até os Movimentos Occupy, os Indignados na Espanha e as Jornadas de Junho, no Brasil. Apesar das peculiaridades de cada um, Castells elenca elementos comuns que caracterizariam o que ele denomina de movimentos sociais em rede. Em primeiro lugar, quanto a sua estrutura, eles são multimodais (operam online e offline). Quanto ao espaço em que operam, eles são locais e globais, expressando preocupações de caráter humanitário e cosmopolita ao mesmo tempo em que pretendem alterar problemas locais bem específicos. Quanto ao ambiente, eles ocupam, simultaneamente, os espaços cinernéticos e os espaços coletivos da cidade (prédios, praças, ruas e demais ambientes urbanos), criando um terceiro espaço que lhes permite desafiar a ordem: o espaço de autonomia. Quanto à estrutura, estes são movimentos descentralizados, sem líderes, de tal sorte que as deliberações são tomadas e coordenadas pelos diversos nós dispersos na rede. A mídia digital tem um papel central na agregação destas pessoas que compartilham angústias comuns. Ela cria uma solidariedade capaz de romper com o medo e o isolamento, sentimento que se transforma em esperança, embora isso não se concretize necessariamente em demandas programáticas bem definidas.

Em seu último livro, Hardt e Negri analisam o mesmo objeto. Os autores partem do pressuposto de que o sistema repressivo contemporâneo teria criado quatro subjetividades: o endividade, o mediatizado, o securitizado e o empobrecido. Por isso, estes movimentos representam uma profunda descrença com o sistema político representativo (p. 16) que se tornou inefetivo frente ao poder do mercado global. Os autores

[27] Interessante destacar aqui o conceito de comunidade para Hermann Heller. Para ele o desenvolvimento organizacional dos agrupamentos sociais é fruto de um processo histórico, podendo ser identificadas duas formas puras: a sociedade e a comunidade. Enquanto a primeira consiste na junção de indivíduos para o alcance de uma finalidade racionalmente vantajosa, firmada pelo contrato, a segunda tem fundamento em laços de convivência, que extrapolam a finalidade racional, envolvendo também relações afetivas. (HELLER, 1968, p. 118).

concluem que estes movimentso ainda não constituiram uma estrutura capaz de derrubar o poder dominante, todavia, a partir da criação de novas subjetividades que contestam as anteriormente citadas, os movimentos estão criando um manual de como criar e viver em uma nova sociedade (2014, 128). Em sentido análogo, Castells defende que, embora estes movimentos não sejam pragmáticos, eles são importantes, pois visam a alterar os valores da sociedade. Eles preocupam-se muito mais com o processo de transformação de consciências que com os resultados políticos imediatos de curto prazo: o que esses movimentos sociais em rede estão propondo em sua prática é uma nova utopia no cerne da cultura da sociedade em rede: a utopia da autonomia do sujeito em relação às instituições da sociedade. (2013, pp. 133-134).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O futuro já chegou e ele é digital. Desde seus primórdios, a internet, por possibilitar a intercomunicação direta de seus usuários, tem se apresentado como ferramenta tecnológica capaz de radicalizar a democracia. Isto porque ela possibilita que as multidões, formadas por uma multiplicidade de singularidades, tomem decisões políticas independentemente das estruturas de dominação hierárquica dos Estados e do mercado. Isto ameaça o poder soberano do Império. Como resposta, o que se observa é uma concentração cada vez maior do espaço online como propriedade privada de conglomerados gigantescos que passam a possuir além da estrutura por onde a comunicação trafega, o próprio conteúdo (dados) desta conversação global. Esta riqueza, produzida pela inteligência coletiva, passa a ser selecionada, classificada, arquivada e deixa de ser de todos para se tornar um produto patenteável. Mais, nosso futuro passa a ser moldado a partir da previsão destes oráculos robôs. Neste ambiente de predição, o controle social passa a operar a partir de sistemas de simulação da realidade, que massifica os desejos, tornando tudo "likes" e "opiniões" vendáveis e consumíveis. Aqueles que não se adequem a este sistema passam a ser monitorados em nome da segurança coletiva. O Império torna-se digital.

Todavia, podemos ser mais que meros usuários passivos. A internet permite a construção de espaços dinâmicos e abertos, onde novas identidades, culturas e práticas sociais podem ser coletivamente experimentadas. A comunicação é produtiva não apenas de valores econômicos ou de controle, ela produz também subjetividade (HARDT e NEGRI, 2005, p. 332). É

neste processo múltiplo e plural que se pode vislumbrar a constituição da Multidão enquanto força política capaz de combater o Império. Tal como ele, ela alastra seu poder através das redes digitais, por meio da construção de discursos e realidades de contrapoder baseados no reconhecimento da riqueza das diversidades, transformando-se em Multidão cibernética.

Que caminho tomaremos? É impossível adiantar. O futuro é um projeto em construção: "devemos nos preparar para ele, ainda que a sua data de chegada seja desconhecida" (HARDT e NEGRI, 2014, p. 136) . Será preciso assumir posição nesta intrincada rede global que o mundo contemporâneo representa e que desde o ataque de 11 de setembro tem assumido feições mais sombrias, com o recrudescimento democrático em nome da preservação da segurança. Por outro lado, o aumento de manifestações populares e espontâneas, tanto no Oriente como no Ocidente, demonstram que uma força ainda difusa se acumula no seio da sociedade global. Conforme esta força cresce, mais o poder imperial tende a fortalecer sua resistência autoritária. Por isso, se estes parecem ser tempos sombrios, talvez a escuridão seja só o prelúdio de uma mudança que está por vir e que será incontrolável: o crepúsculo que antecede a autora dos novos tempos. Concluo, pois, com uma visão otimista dos autores que inspiraram a reflexão desenvolvida neste trabalho:

> A criação da multidão, sua inovação em redes e sua capacidade de tomada de decisão em comum tornam hoje a democracia possível pela primeira vez. A soberania política e o governo do uno que sempre solaparam qualquer verdadeira noção de democracia, tendem a parecer não só desnecessários como absolutamente impossíveis. ( ) A autonomia da multidão e suas capacidades de auto-organização econômica, política e social privam a soberania de qualquer papel. ( ) Quando a multidão finalmente se torna capaz de governar a si mesma, a democracia é possível (HARDT E NEGRI, 2005, P. 426)

REFERÊNCIAS

BENKLER, Yochai. **The Wealth of networks**: how social production transforms markets and freedom. Washington: US Library of Congress, 2006.

BROWN, Nicholas; SZEMAN, Imre. O que é Multidão? Questões para Michael Hardt e Antonio Negri. Tradução de Miltn Ohata. **Novos Estudos**, 75, Julho, 2006.

CARDOSO, Gustavo. **The Media in the network society**: Browsing, news, filters and citzenship. Lisboa: CIES – Centre for Research and Studies in Sociology, 2006.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da comunicação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTELLS, Manuel. **Multidão**. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Record, 2005.

CASTELLS, Manuel. **Império**. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Record, 2003.

FARIAS, Flávio Bezerra. **O imperialismo global**: teorias e consensos. São Paulo: Cortez, 2013.

FRANK, Thomas. **Deus no céu e o mercado na terra**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Editora Record, 2004.

FERREIRO, Argemiro. **O império contra-ataca**: as guerras de George W. Bush antes e depois do 11 de setembro. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Declaração: isto não é um manifesto**. São Paulo: n-1 edições, 2014.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução Orlando Victorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELD, David. **Democracy**: From City-States to Cosmopolita Order? Political Studies. 40 (n.1). Agosto, 1992. pp. 10 – 39.

HELD, David; MCGREW, Anthony. The Great Globalization Debate. Em HELD, David e MCGREW, Anthony. **The global transformations reader**: an introduction to the globalization debate. 2ª edição. Polity Press, 2003 (1-50).

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou,
LESSIG, Lawrence. Code version 2.0. New York: Basic Books. 2006.

LOVINK, Geert. **Zero Comments**: blogging and critical internet culture. Nova York: Routledge, 2008.

McCHESNEY, Robert. **Desconexión Digital**: Como el capitalismo está poniendo a Internet em contra de la democracia. Tradução de Alba Dedeu. Barcelona: El Viejo Topo, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. **Republic.com-2.0.** Princeton: Princeton University Press, 2007.

GLOBALIZAÇÃO E TUTELA PENAL: AS RESPOSTAS DO ESTADO ANTE AS FOMAS DE CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA E A EMERGÊNCIA DE MODERNAS TÉCNICAS INVESTIGATIVAS

Murilo Thomas Aires*
Fernando Andrade Fernandes**

INTRODUÇÃO

A configuração da sociedade impôs uma maior abertura externa dos países em nome do desenvolvimento da Economia, de forma que o Mercado tomou proporções verdadeiramente globais. Em virtude deste processo, acentuou-se a proteção do Mercado pelo Ordenamento Jurídico. No entanto, o Estado, que surgiu forte na modernidade, fundamentado na soberania e na territorialidade, vem se mostrando insuficiente em face da amplitude e da complexidade tomada pelo Mercado.

Essa preocupação econômica chega ao Direito Penal, dada à relação de dupla via estabelecida entre este e a configuração da sociedade. Assim, o Direito Penal, que bem se prestava às funções do Estado, passa a ter um novo foco: a proteção das relações econômicas.

O novo posicionamento do Estado, por vezes, aparentemente o distancia do ideal de Estado Democrático de Direito, modelo previsto na Constituição Federal brasileira. E, como o modelo de estado e o modelo de direito penal estão intimamente ligados, essa nova posição se reflete no Sistema Jurídico-Criminal.

Neste contexto é que o trabalho apresenta o objetivo geral de analisar o novo posicionamento do Estado em face do Mercado, observando especialmente a coerência das respostas estatais ao problema, mormente no âmbito criminal, com o modelo de Estado constitucionalmente previsto.

Em vista da intensidade com que vem se lançando ao Ordenamento Jurídico brasileiro respostas de natureza jurídico-criminal as quais, aparentemente, se distanciam do ideal do Estado Democrático de Direito, justifica-se plenamente a abordagem do tema. Além do mais, o tema se

* Discente do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Unesp Câmpus Franca
** Professor Assistente Doutor do curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Unesp Câmpus Franca

mostra de extrema complexidade, já que envolve tanto assuntos de direito substancial e processual penal, como de direito constitucional, econômico, e internacional, sendo o aprofundamento realizado neste trabalho essencial para o esclarecimento do problema, e para o regular exercício da tutela penal do Estado em conformidade com seu próprio Ordenamento Jurídico.

Para tanto, o método científico de abordagem utilizado foi o dedutivo, observando-se os métodos de procedimento histórico, comparativo, monográfico e funcionalista. Já em relação às técnicas aplicadas, lançou-se mão das técnicas abrangidas pela documentação indireta, quais sejam, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

1 O MODELO DE ESTADO E O MODELO DE DIREITO PENAL

O modelo de Estado é estipulado através das linhas mestras axiológicas definidas na base normativa do Ordenamento Jurídico, criando certas expectativas de realização e concreção dos valores que estabelece, de modo até a exigir objetivamente essa realização (FERRAZ JÚNIOR, 1996). Afinal, muito embora o modelo de Estado seja formalmente definido pelo texto constitucional, no Estado dito material a promessa de concreção dos valores que o modelo reflete não se resume à sua previsão legal, mas impõe o dever de se transformá-los em realidade.

É nesse sentido que se afirma que o modelo de Estado implantado no Brasil com a Constituição de 1988, doutrinariamente denominado de Estado Material, não se satisfaz com a mera normatização deste ou daquele valor, mas com sua efetiva aplicação, com sua real concretização (ROBALDO, 2007). E não só em razão da hierarquia das normas, mas também por essa busca da concretização dos valores estabelecidos é que o modelo de Estado se mostra como a base axiológica para toda a construção normativa de um Ordenamento Jurídico. Em outras palavras, o modelo de Estado representa verdadeira institucionalização de uma determinada organização social (FERNANDES, 2003), tanto no que se refere ao seu aspecto formal, quanto no que toca à sua materialização.

Além disso, no plano material esta íntima relação se dá porque o Direito Penal está estreitamente interligado à configuração da sociedade. Com efeito, o Direito Penal representa parte indissociável da sociedade (JAKOBS, 2003), verdadeira identidade desta, já que se envolve nas suas questões mais relevantes e profundas, o que por si só já indica o caráter excepcional da atuação do sistema jurídico-criminal. Afinal, o sistema

social recebe influências do ambiente (inputs), o que se reflete diretamente nos subsistemas, quanto mais no subsistema jurídico, sendo os problemas mais graves também tratados pelo subsistema jurídico-criminal, o que demonstra claramente o influxo da sociedade no Direito Penal, no que se refere a seus problemas mais graves.

No entanto, essa relação entre o modelo de Estado e o modelo de Direito Penal não se dá em uma única direção, mas sim em uma dupla via, com interferências recíprocas entre um e outro (FERNANDES, 2003). Isto porque se nessa relação caberia à sociedade (sistema social) chamar o Direito Penal (subsistema jurídico-criminal) a tratar os novos e graves problemas sociais, até que o subsistema jurídico como um todo atingisse a adequada complexidade na regulação desses problemas, ao Direito Penal cabe, por sua vez, pela via do processo comunicativo, frisar à sociedade que deve ter em conta certas máximas que se consideram indisponíveis" (JAKOBS, 2003).

Assim, considerando que o modelo de Estado não se resume à sua previsão legal, como também importa na realização dos valores que prega, sua estreita relação com o modelo de Direito Penal é constatada de maneira lógica.

Portanto, o modelo de Estado e o respectivo modelo de Direito Penal estão intimamente ligados, conectados através de uma relação de dupla via, sobretudo no que se refere à verdadeira realização dos valores postos pelo modelo constitucionalmente eleito.

2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO MODERNO ATÉ O MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As consequências advindas das debilidades da sociedade política medieval - caracterizada pelo fracionamento dos territórios e da autoridade, pelas relações de suserania, aspectos estes inseridos em Estados de dimensões vastas e imprecisas - determinaram as características fundamentais do Estado Moderno, sobretudo a soberania e a territorialidade (DALLARI, 2003), calcadas no ideal de unidade. Assim, o Estado Moderno nasce forte, dotado de ordem e poder próprios, tendo a soberania como seu inabalável fundamento, materializando-se, de início, no Estado Absolutista, em que a autoridade estatal se prendia à pessoa do governante.

A Revolução Francesa consolidou o modelo de Estado Liberal, que traz como ponto fundamental a limitação do poder soberano, antes

ilimitado no Estado Absolutista. Construído com base nos ideais burgueses, o Estado Liberal revela uma central preocupação com a realização de um mercado natural, em que se caracteriza a abstenção do Direito em regulá-lo, mas simplesmente em assegurar a liberalização econômica, em que a igualdade estritamente formal das partes asseguraria o equilíbrio entre os contratantes. Desse modo, o Estado Liberal se utilizou do ideal do Estado de Direito perpetuando, além da limitação do poder soberano, a igualdade legal estrita, de modo que um sem número de iniquidades de perpetuaram sob a égide da lei.

Com o recrudescimento das desproporções ocasionadas pelo Estado Liberal, a crise do liberalismo, e o crescimento das reivindicações sociais, sobretudo dos trabalhadores, dá-se lugar ao Estado Social, também denominado Estado do Bem-Estar Social. Admitiu-se, então, a necessidade de um Estado que interviesse nas ordens social e econômica. O Direito, que na ordem liberal parava nas portas da fábrica, agora não só entra como se insere nas relações que lá ocorrem (MOREIRA, 1973, p. 88).

No entanto, a extensão das funções do Estado acaba por ser uma exigência do próprio processo de acumulação do capital (GRAU, 2001, p. 21), já que a concessão de determinados direitos às massas foi uma atitude direcionada à pacificação social justamente para funcionamento tranquilo do mercado. E, foi justamente essa superficialidade da proposta trazida pelo Estado Social de Direito que veio à tona seu esgotamento.

Enfim, não bastaria o reconhecimento de direitos sociais se ainda se consagrasse somente o império da lei, interpretando-se a necessidade de também outorgar o poder à democracia popular, o que deu origem aos ideais do modelo de Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito não se resume à junção daquilo que se entende por Estado Democrático e Estado de Direito, mas cria um novo conceito que supera estas acepções (SILVA, 2012). Tem como fundamento basilar, além do princípio da legalidade, a promoção da dignidade da pessoa humana. Sobre os aspectos do Estado Democrático de Direito, toma-se aquilo que preceitua José Afonso da Silva na análise deste modelo (SILVA,2012):

> "A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo;

> pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício. (...) O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana."

Assim, o Estado Democrático de Direito tratasse de um conceito novo, consistindo na "inserção da lei fundamental do Estado Democrático nas estratégias de justiça política" (CANOTILHO, 2001, p. 459), tendo com seu valor maior, além do princípio da legalidade, a dignidade da pessoa humana.

Em suma, o Estado Moderno, moldado a partir das consequências da sociedade política medieval, surge forte e soberano, pautado na valorização da unidade territorial, tendo como fundamental característica a soberania, o que se materializou por excelência no Estado Absolutista. Posteriormente, com o surgimento e a evolução do ideal constitucional, prevalecerem três modelos, os quais estabeleciam, cada um de sua forma, as ações e limitações do ente estatal, sendo eles o Estado Liberal, o Estado Social de Direito, e, por fim, o Estado Democrático de Direito. Este é o modelo frequente nas cartas constitucionais contemporâneas, sobretudo na Constituição Federal brasileiro de 1988, sendo ele pautado pela legalidade, pela democracia popular, e fundamentalmente pela dignidade da pessoa humana.

3 O MODELO DE DIREITO PENAL NO MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme ilustrado, o Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, tem como uma de suas principais características o processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão. Sendo esse um real valor deste modelo de Estado, vê-se refletida a importante e

clássica característica do Direito Penal de ultima ratio, o que, por conseguinte, pressupõe que os problemas sociais a serem objeto de atuação do Direito Penal devam ser aqueles de maior complexidade e gravidade.

Essa característica subsidiária é o que permite ao Direito Penal manter coerência com o modelo do Estado Democrático de Direito. Afinal, em uma sociedade em que se promove a liberação da pessoa humana das formas de opressão, só pode se permitir a repressão estabelecida pelo Direito Penal de maneira excepcional.

Não se quer dizer que o subsistema jurídico-criminal se valha pelo preenchimento de espaços vazios de atuação de outros subsistemas de natureza jurídica. Mas impõe simplesmente limitá-lo à atuar naquilo que é de maior complexidade e gravidade na sociedade (TOLEDO, 1994, pp. 14-15). Essa necessária limitação do poder punitivo demonstra que no Estado Democrático de Direito o sistema de responsabilidade penal se aproxima do extremo chamado "direito penal mínimo".

São estabelecidos dois extremos de tipos de sistemas de responsabilidade penal, definidos a partir de maiores ou menores vínculo garantistas estruturalmente internos ao sistema, e da quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas (FERRAJOLI, 2010). Estes dois extremos são denominados "direito penal mínimo" e "direito penal máximo". Dada a grande limitação do poder punitivo intrínseca ao Estado Democrático de Direito, tem-se a aproximação do modelo de sistema de responsabilidade penal do direito penal mínimo.

A verificação dos limites à atuação do Direito Penal no modelo de Estado previsto na Constituição brasileira, e dessa aproximação ao extremo chamado de direito penal mínimo, decorre no desenvolvimento de vários dos princípios fundamentais previstos (de maneira expressa ou não) na Constituição Federal brasileira de 1988.

Diante da impossível correspondência perfeita entre legislação e jurisdição, há de se distinguir a certeza em duas espécies, ambas relativas e subjetivas, cada qual associada a um extremo de modelo de Direito Penal. Para o direito penal máximo, a certeza a ser perseguida está baseada no foco de que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente seja punido. Já no que se refere ao direito penal mínimo, a certeza está apoiada na ideia de que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que algum culpado também fique impune (FERRAJOLI, 2010, p. 103)

Portanto, observado o modelo de Estado Democrático de Direito, no qual se valoriza o processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão, tendo ainda como valor maior a dignidade da pessoa humana, um modelo de Direito Penal coerente a estas diretrizes deve se aproximar ao máximo do extremo do direito penal mínimo, assentando as limitações do poder punitivo à ultima ratio.

4 ESTADO E MERCADO NA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Na sociedade contemporânea sobrevieram novas condições as quais influenciaram drasticamente na forma de viver do ser humano. Essas novas condições implicam em várias questões quanto ao modelo do Estado, já que esta definição representa a institucionalização da organização social. Logo, se surgem novos aspectos da organização social, é óbvio o choque com o modelo de Estado.

A configuração atual da sociedade sofre os efeitos daquilo que se chama de globalização. A globalização se dá em um fenômeno complexo de contornos ainda difusos. O que se permite dizer, sem sombra de dúvidas, é que os processos de globalização apresentam um caráter multifacetário, de dimensões econômicas, sociais, tecnológicas, políticas, religiosas, culturais, e também, por óbvio, jurídicas (MASI, 2015).

Com efeito, os impulsos causados pela corrida capitalista tiveram plena influência em um desenvolvimento por vezes interligado da tecnologia e da Economia, havendo severas críticas a uma chamada "nova desordem mundial", causada por um processo de recrudescimento do Estado em face do Mercado (BAUMAN, 1999).

Salientando, o processo de globalização proveniente da sociedade contemporânea acarretou o desenvolvimento do Mercado de maneira transnacional. Tal dimensão fez com que o Estado se tornasse débil em face do Mercado, havendo uma grande mudança sobre os referenciais da soberania e da territorialidade. O Mercado toma tamanha proporção, que seu bom andamento é considerado fundamental para as relações humanas, tanto no âmbito nacional, como internacional, de forma que a ocorrência de crises em sua seara pode causar nefastos prejuízos à humanidade. Consequentemente, há uma maior preocupação com a regulação do Mercado, com o objetivo de garantir esse bom andamento, o que se reflete nas relações internacionais, na governança global, etc. Assim, o Mercado toma proporções globais, gerando riscos globais, e a

necessidade de controle efetivo desses riscos; enquanto o Estado se torna insuficiente para esse controle.

Ocorre que determinadas flexões legislativas resultantes desse novo direcionamento não refletem como fim último as pessoas, mas sim o próprio desenvolvimento e controle do Mercado, em detrimento das pessoas, o que se mostra incongruente com um Estado Democrático de Direito, centrado na dignidade da pessoa humana. Ademais, conforme se verá, são estabelecidas medidas que resultam justamente na supressão de determinadas garantias fundamentais.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana não é um obstáculo necessário ao desenvolvimento econômico. Aliás, a própria Constituição Federal reserva princípios protetores da ordem econômica baseados no Estado Democrático de Direito, como a livre iniciativa, e a livre concorrência.

No entanto, embora seja este o disposto na previsão constitucional do modelo de Estado, sua materialização não se apresenta como formalmente estabelecido. O modelo que se materializa, sobretudo com a nova posição transnacional do Mercado, expressa um comportamento eminentemente excludente advindo deste mesmo Mercado, com um homo aeconomicus sem compromisso com a dignidade da pessoa humana, em que a economia livre se apresenta como custo ao homem e a sua liberdade (SANTOS, 2015). Este custo tem sido cobrado através do Direito Penal.

Sendo assim, ainda que haja a formal e expressa previsão do modelo de Estado Democrático de Direito na Constituição Federal brasileira de 1988, não são bem os valores advindos desse modelo que se materializam.

5 A OPÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL E O REFLEXO DAS NOVAS TÉCNICAS INVESTIGATIVAS

Conforme já observado, a sociedade contemporânea, de forte característica econômica, sofre um processo em que o Estado se fragiliza em face do Mercado, sendo o bom desenvolvimento deste uma preocupação global. Mais uma vez, as transformações da sociedade levam questões ao Direito Penal, emergindo novos tipos, representados no Brasil por exemplos como a Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos; e a Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica, e contra as relações de consumo.

Sem se adentrar profundamente ao Direito Penal Econômico, observa-se que se queda complexa a análise da ocorrência do fato típico, principalmente no que se refere ao elemento subjetivo (dolo/culpa). Tais crimes, por vezes, carecem de resultado naturalístico, o que também evidencia a insuficiência de determinados instrumentos geralmente utilizados pelo Estado. Essa dificuldade também se reflete no tocante à investigação da ocorrência desses delitos. Ou seja, essa dificuldade também se reflete no âmbito do processo penal.

Observemos aquilo que dispõe o artigo 4º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, alterados pela Lei nº 12.529/11, sobre um dos crimes contra a ordem econômica:

> Art. 4° Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Atentando-se aos dispositivos, vê-se que ambos os tipos penais criados falam em acordos de empresas, o que já expressa a complexidade do sujeito ativo. No que toca à dificuldade investigativa da persecução penal, nota-se além de não haver um resultado puramente naturalístico a ser conferido, os elementos do tipo são de difícil, senão impossível, constatação por meio de uma única modalidade de prova. Ademais, raramente há evidências eminentemente físicas desses acordos.

Além da consequente complexidade de verificação das condutas nucleares desses novos tipos penais, a execução desses delitos é realizada de forma altamente clandestina. O desenvolvimento tecnológico permitiu que tanto essas novas condutas penalmente tipificadas, como as já estabelecidas em outras épocas, fossem praticadas de outras formas, e com um elevado grau de clandestinidade.

Ademais, os novos recursos trazidos pelo desenvolvimento tecnológico permitem o aprofundamento da clandestinidade na execução dos delitos, de modo que os rastros de comunicação entre os agentes ativos podem ser facilmente disfarçados, quando não propriamente excluídos. Não existem mais cartas, telegramas, ou bilhetes a serem interceptados,

nem mesmo linhas telefônicas convencionais de comunicação. Sequer a comunicação virtual se dá como anteriormente, utilizando-se de plataformas alternativas às normalmente utilizadas (e rastreadas).

A opção político-criminal tomada a partir dessas novas preocupações tem se dado, em uma de suas vertentes, no estabelecimento de novos meios de prova direcionados a essa nova realidade, entre eles a interceptação telefônica, a prova indiciária, bem como a própria delação premiada e outras formas de colaboração. Tais meios de prova tem, em geral, como pressuposto para sua funcionalidade o afastamento de garantias fundamentais.

Com efeito, a utilização do processo penal como instrumento de política criminal, em busca de uma complementariedade funcional entre o Direito Penal material e o processo penal, requer o balanceamento entre a eficiência, a funcionalidade, de um lado, e a tradição garantista do processo penal de outro, sendo possível o afastamento de determinadas garantias que não sejam fundamentais à tutela da dignidade da pessoa humana na ocasião (FERNANDES, 2001).

Contudo, a prática penal reflete verdadeira supressão de garantias (como as ditas operações da polícia federal brasileira), de forma a justificar essa supressão pela necessidade de proteção do mercado, mesmo que em detrimento da dignidade humana. Ou seja, os valores materializados não são bem aqueles ditados pelo modelo de Estado Democrático de Direito, o que se retrata na opção político-criminal refletida pelas modernas técnicas investigativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Moderno surge forte, norteado pela unidade territorialmente, e fundamentado na soberania. Há uma evolução de modelos de estado, sobretudo a partir do ideal do estado constitucional. Baseado neste ideal tem-se o Estado Liberal Burguês, que passa ao Estado Social de Direito, até que se chega ao modelo de Estado Democrático de Direito, o qual se vê pautado não só pela legalidade, e pela democracia popular, como também pela incondicional tutela da dignidade da pessoa humana.

A globalização impôs uma maior abertura externa dos países em nome do desenvolvimento da Economia, de forma que o Estado vem perdendo espaço em face do Mercado, mostrando-se até mesmo insuficiente em face deste. E com a dimensão tomada pelo Mercado, sua proteção passa a ser um novo foco do Poder Público.

Este novo posicionamento do Estado, por vezes, aparentemente o distancia do ideal de Estado Democrático de Direito, modelo previsto na Constituição Federal brasileira.

E como modelo de estado e modelo de direito penal estão intimamente interligados, esse afastamento chega ao Direito Penal, através das opções político-criminais, o que se materializa nos novos tipos penais que estão sendo criados pelo Estado, bem como substancialmente pelos novos procedimentos de prova que vêm sendo estabelecidos, como a adoção dos acordos de leniência, da colaboração premiada, da interceptação telefônica, etc.

Essas técnicas vêm causando prejuízo da tutela da dignidade da pessoa humana em nome da proteção do desenvolvimento econômico, o que por si só expressa a materialização de outra coisa que não o modelo de Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução: Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

CANOTILHO, Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: COSTA ANDRADE, Manuel da et al. (Org.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 53-83.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1 ed. italiana, Norberto Bobbio. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, **Constituição Brasileira e modelo de Estado**: Hibridismo Ideológico e Condicionantes Históricas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2002.

JAKOBS, Gunther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

MASI, Carlo Valho. MORAIS, Voltaire de Lima. Globalização e o direito penal. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 18, jan/abr. 2015.

MOREIRA,Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Modelo de Estado x Direito Penal**. Disponível em: http://www.iuspedia.com.br 12 dez. 2007. Acesso em: 25 out. 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo; Casas Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza. (Orgs). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015.

SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade humana como regulador da economia no espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI, Itajaí: 2015. Disponível em: http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/69/Tese%20-%20 RAFAE L%20PADILHA%20-%202015%20-%20Dupla.pdf. Acesso em: 25 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros: 2012.

TOLEDO. Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a lei 7.209 de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

AS DEMOCRACIAS E O ACOLHIMENTO AOS REFUGIADOS DENTRO DO SISTEMA INTERNACIONAL

Geraldo Luiz Cabreira Paes Leme*

INTRODUÇÃO

O mundo globalizado, que redefine constantemente as fronteiras de tempo e espaço permitindo o intercâmbio socioeconômico bem como a comunicação entre diversas realidades e culturas, desloca e compartilha problemas de uma determinada região para outra. Independentemente da proximidade territorial, os resultados colocam muitas vezes à prova certos posicionamentos previamente assumidos e propostos por sujeitos de direito internacional, como no caso de Estados democráticos que assinaram tratados objetivando a proteção dos direitos humanos em seus mais variados aspectos.

Interesses globais, econômicos e mercantis, capitaneados por democracias consolidadas por vezes aceleram e reforçam desigualdades e conflitos dentro de determinadas sociedades e culturas que não desenvolveram seus processos de democratização. Por democracia, neste contexto, entende-se basicamente como um Estado que regula suas relações por meio de um pacto de não agressão entre grupos políticos distintos buscando colocar fim aos problemas de maneira pacífica (BOBBIO, 2000, p.202).

Um dos atuais desdobramentos globais de conflitos existentes é o deslocamento forçado em massa de indivíduos oriundos, por exemplo, de regiões tomadas pelo grupo fundamentalista sunita Islamic State in Iraq and Syria (ISIS), conhecido também por Estado Islâmico (EI). Como efeito surge uma grande quantidade de refugiados em todo o mundo que buscam proteção para a perseguição que sofrem.

O presente artigo questiona se o instituto do refúgio, que fora positivado no século XX e aderido por diversos países democráticos, encontra efetividade nas garantias previstas pelos signatários e como são monitoradas e coordenadas através da participação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Justifica-se tal questionamento pela necessidade de compreender os motivos que

* Advogado e Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais UNESP, Franca/SP, Brasil

levam os Estados a aderirem tratados de auxílio humanitário aos conflitos e problemas internacionais que, ao menos inicialmente, não lhe dizem respeito e como essas questões são tratadas quando colocadas perante situações reais, como no caso da crise migratória.

Dentre os objetivos do trabalho pretende-se descrever o que está previsto e o que é necessário para o reconhecimento do status de refugiado pelos Estados diante do sistema internacional e suas consequências, bem como analisar as relações globais entre agentes potencialmente envolvidos na temática, seja de maneira direta ou de maneira indireta.

O trabalho faz uso do método bibliográfico para compreender os tratados internacionais que dizem respeito aos refugiados (Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados e o Protocolo de 1967 de Genebra), e ainda apresenta referenciais teóricos necessários ao debate e especulação da problemática central relacionada aos institutos mencionados como democracia, governança global, sistema internacional, dentre outros, colaborando para as conclusões do trabalho. Não menos importante, o presente artigo demonstra parte das questões levantadas por meio de fatos noticiados e veiculados por reportagens jornalísticas.

A questão dos refugiados como tema inserido na problemática de um sistema internacional indica que os esforços empregados de governança global para segurança, estabilidade e cooperação política em favor do desenvolvimento, deveriam em princípio voltar-se para a solução daquilo que é comum a todos os países, contendo o aumento de conflitos (ALMEIDA, 2008, p.216). Entretanto muito ainda deve ser realizado para expandir a igualdade das decisões globais, levando em consideração a soberania de todas as nações, posto que, talvez, partes dos problemas decorram do fato de que o sistema não é composto em sua integralidade por democracias e quando assim o for, deverá verificar-se uma maior efetividade e legitimação plena da atuação dos organismos internacionais.

1 O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E O REFÚGIO

Em que pese a humanidade sempre ter incorrido em diversos conflitos cujas consequências consistiam na perseguição, desalojamento ou ainda no extermínio de vários indivíduos e comunidades, foi a partir do século XX que se passou a dar maior relevância e atenção para a questão da proteção humanitária no sistema internacional.

A proteção e busca por soluções que utilizassem menos violência, que antes era concedida e discutida por liberalidade entre reinos e países de forma discricionária e limitada à apenas alguns deles, ganhou sensível estímulo com a institucionalização junto ao Direito Internacional, inicialmente nas Convenções de Paz de Haia e na Liga das Nações. Contudo, o avanço fundamental ocorreu com o advento da criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e posteriormente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Neste sentido, Flávia Piovesan (2011, p. 196) explica que:

> A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. [...]. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Tais proteções foram viabilizadas através dos princípios da humanidade e da solidariedade da comunidade internacional, que reconhece no outro a igualdade enquanto condição de existência e que através de ações solidárias conferem o caráter coletivo para cooperação entre os países para o alcance da paz, transferindo o caráter filosófico para o caráter legal (JUBILUT e APOLINÁRIO, 2012, p.28 e ss.).

Dando prosseguimento aos trabalhos referentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, as questões e temas que demandavam especial atenção passaram a ser reguladas por meio de organismos e tratados próprios como é o caso do refúgio, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) de 1950 e da Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados e o Protocolo de 1967 de Genebra.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) é um órgão comissariado da ONU, de caráter apolítico e com escritórios espalhados por todo o globo, que dentre as suas funções e objetivos busca providenciar a proteção internacional e soluções para os problemas dos refugiados, realizando o diálogo político entre os Estados que receberão os refugiados, bem como organizações não governamentais

que também auxiliam na inserção, por exemplo, profissional e social, dos indivíduos que se encontram nessa situação de vulnerabilidade, como apresenta Liliana Jubilut (2007, p.151 e ss.).

A determinação da condição de refugiado tem sua positivação alcançada com a Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados e ampliada com o Protocolo de 1967. Há também o "Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado"[1], elaborado pelo ACNUR, que busca orientar autoridades governamentais e demais profissionais que trabalhem com o assunto, assentado nos conhecimentos práticos e teóricos acumulados sobre o tema.

A condição clássica para o reconhecimento do status de refugiado baseia-se na perseguição ou fundado temor de perseguição (não precisando ser materializada) em razão da raça, nacionalidade, opinião política, religião ou pertencimento a determinado grupo social. Existem também limites sobre quem pode obter o status de refugiado, que são as cláusulas de exclusão, e quando a proteção oferecida deve parar de existir, cláusulas de cessação, ambas previstas nos diplomas internacionais já mencionados.

Tal reconhecimento se dá por meio de declaração, não sendo uma faculdade do Estado, mas o exercício de um direito individual do sujeito em perseguido, bem como o cumprimento dos deveres que o Estado que acolherá os refugiados assumiu junto à comunidade internacional ao ratificar Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados e o Protocolo de 1967, cabendo ao mesmo a criação e implementação de políticas que possibilitem a integração dos refugiados no novo país.

Complementa Jublilut (2007, p.115) acerca do tema e de sua realidade:

> Analisando a realidade factual do instituto do refúgio, verifica-se que as violações aos direitos humanos, e, em especial, aos cinco direitos assegurados como motivos para o reconhecimento do status de refugiado, ocorrem de modo mais frequente e sistemático quando há o advento de uma guerra ou de outros distúrbios da democracia, tais como ocupação

[1] O "Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado", que realiza a análise e interpretação dos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 de modo a dirimir possíveis dúvidas quanto à compreensão dos objetivos previstos nos respectivos tratados para que os Estados que ratificaram os tratados possam bem aplicá-los encontra-se disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manua l_de_procedimentos_e_criterios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado. Acesso em: 03 nov. 2016.

> de territórios ou governos despóticos que não primam por respeitar as garantias individuais fundamentais [...].

2 A ATUAL CRISE MIGRATÓRIA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Segundo o ACNUR em parceria com bancos de dados de governos e agências, estimase que 65,3 milhões de pessoas até o final do ano de 2015 foram deslocadas por guerras e conflitos em todo o mundo, sendo que 21,3 milhões são reconhecidas como em situação de refúgio2. Conclui-se também um constante aumento do deslocamento forçado no mundo todo, atingindo os mais altos níveis já registrados até o momento, conforme demonstra o relatório anual do ACNUR, "Tendências Globais"[3].

Tem-se que no século XXI, boa parte dos conflitos existentes já não mais ocorrem entre Estados, classicamente concebidos como únicos detentores de uma força bélica para que se estabeleça a "ordem", considerando limites territoriais. Para Hobsbawm (2007, p.44 e 45):

> [...] vivemos em uma era de conflitos armados endêmicos de extensão mundial, que em geral se travam no interior dos países, mas que são magnificados por intervenções estrangeiras. Embora a dimensão militar desses conflitos seja pequena, quando avaliada nos termos do século XX, eles causam um impacto relativamente enorme e duradouro sobre a população civil, que é, cada vez mais, sua maior vítima.

Como se pode imaginar existem consequências não apenas para os indivíduos que procuram fugir dos conflitos, mas também para os Estados destinos dos deslocamentos, que passam a ter sua estrutura e organização desestabilizada em face do grande número de demandantes por proteção humanitária internacional.

Os noticiários internacionais vêm relatando quase diariamente a crise dos refugiados, que mesmo sendo global, atinge de maneira ímpar os países próximos ao Iraque e Síria (afetados internamente pelos conflitos com o Estado Islâmico), como por exemplo, Turquia e Líbano[4], estendendo-se pela Europa através do Mar Mediterrâneo.

[2] Todos os dados fazem parte do relatório "Tendências Globais" da ACNUR lançado em 2016 no Dia Mundial do Refugiado, 20 de junho, disponível em: http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/deslocamentoforcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-em-cada-113-pessoas-no-mundo/.Acesso em: 03 nov. 2016.

[3] O relatório completo de "Global Trends, forced displacement in 2015" e encontra-se disponível em: https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2016/2016-06-20-global-trends/2016-06-14-Global-Trends2015.pdf, Acesso em: 03 nov. 2016..

[4] Mesmo com a maior crise migratória que a Europa já sofreu, são os países que fazem

Os altos números de solicitações de refúgio, bem como demais deslocados que não são configurados como refugiados pelos critérios vigentes, coloca em choque as possibilidades reais e materiais de cada país em receber essas massas e o que foi assumido de responsabilidade perante a comunidade internacional através dos tratados firmados. Como apresenta Otfied Höffe (2005, p.425):

> Em todo caso, sempre voltam a surgir questões referentes às capacidades suportáveis por cada país: imagine-se que milhões de legítimos solicitantes de asilo se dirigissem a um único Estado, muito abastado, mas de bem pequenas dimensões territoriais. Este Estado ficaria sobrecarregado não somente em função de sua extensão territorial e de seu poderio financeiro. Dificilmente suportaria as questões relativas à compreensão linguística e à integração social.

Tais colocações encontram vasto terreno quando observa-se que as políticas de imigração revelaram-se insuficientes, inclusive, e se não principalmente, por parte daqueles países de consolidada tradição democrática que fazem coro na proteção dos Direitos Humanos, mas que revelam-se incapazes de solucionar os problemas encontrados, tanto individualmente quanto coletivamente[5].

A falta de ações concretas e a demora em efetiva-las, que no caso dos refugiados desdobram-se em vários momentos, tal qual a acolhida emergencial, identificação e o reassentamento (inserção dos refugiados nas sociedades conferindo trabalho e educação, por exemplo)[6], são apenas parte dos problemas envolvendo os refugiados.

Tal crise abre margem considerável para atos variados de violência e consequentemente de medo, tanto dos refugiados para com os nativos e seus Estados, tanto dos nativos e Estados para com os refugiados. Por partes dos Estados existe o receio de que ao receber os refugiados, não se consiga distinguir civis de militantes terroristas disfarçados, aumentando

fronteira com as zonas de conflito que recebem maior parte dos refugiados. Ver "Os países que mais recebem refugiados", disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_vizinhos_refugiados_lk, Acesso em: 30 out. 2016.

[5] Inúmeras são as denúncias de violações de direitos humanos relacionadas à crise migratória, ver "Europa: políticas de migração europeias colocam vidas e direitos humanos em risco", disponível em: https://anistia.org.br/noticias/europa-politicas-de-migracao-europeias-colocam-vidas-e-direitos-humanos-emrisco/. Acesso em: 30 ago. 2016.

[6] A União Europeia não conseguiu por hora cumprir com os objetivos estabelecidos, conforme pode-se ver em "UE distribuiu apenas 3,5% dos refugiados que prometeu há um ano", disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/28/internacional/1475057959_651744.html. Acesso em: 08 set. 2016.

assim o risco de tornarem-se potenciais alvos de atentados terroristas. O inverso ocorre com a xenofobia[7] crescente e fortalecimento de grupos nacionalistas que sentem-se ameaçados pelos refugiados, inclusive sobre aspectos econômicos e culturais, aumentando a hostilidade das comunidades e dificultando a inserção dos refugiados nos novos países (HOBSBAWM, 2007, p.91 e 92).

Dentro dos elementos apresentados, não vislumbra-se, ao menos a curto prazo, qualquer solução definitiva para a crise dos refugiados, que é apenas um dos tantos exemplos de graves problemas pelos quais o mundo de hoje sofre. Este tipo de problemática possui origens em questões estruturais que trazem para a discussão a atual organização das relações globais, bem como as forças e os agentes que delas fazem parte, como buscará abordar e elencar alguns deles no próximo tópico.

3 AS DEMOCRACIAS E O SISTEMA INTERNACIONAL

Como já mencionado, após a Segunda Guerra Mundial, através do advento da criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a estrutura internacional alterou-se de sobremaneira, passando a ter a manutenção da paz como um dos objetivos basilares e consequentemente a proteção aos direitos humanos em todos os seus desdobramentos.

Tal mudança colocou o homem como paradigma da sociedade e não mais o Estado, devendo este ser o meio para a proteção daquele, seja em âmbito nacional ou internacional. Assim, o Estado passa a abrir mão de parte considerável de sua estrutura vigente, conforme explica Höffe (2005, p.382):

> As Nações Unidas foram fundadas por Estados soberanos que, ao ratificarem a Carta, renunciaram a uma parte de sua soberanidade, caminhando na direção de uma República Mundial federal. O reconhecimento dos direitos humanos tem uma relação direta com a auto-restrição da soberania interna. No interior de cada Estado, surge então o compromisso com uma elevada medida de democracia qualificada. E, com a renúncia ao uso e mesmo à ameaça da força, restringe-se inclusive a soberania externa.

[7] Relatos de xenofobia e demonstração de descontentamento por parte da população alemã, sem do um dos países que mais recebeu refugiados nos últimos tempos. Ver: "Merkel faz apelo contra xenofobia em meio a gritos de "traidora"". Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/25/internacional/1440530517_008776.html, Acesso em: 08 set. 2016.

E ainda, outro aspecto da restrição da soberania dos Estados, é que eles também passaram a sofrer fiscalização por parte de organismos internacionais, submetendo informes da situação interna, que digam respeito principalmente aos tratados por eles firmados (BIERRENBACH, 2011, p.30).

Paralelamente a evolução da criação de um sistema mundial de governança, baseado em tratados e organismos internacionais, passou-se a construir gradativamente uma sociedade internacional, aliado aos avanços tecnológicos, não apenas do ponto de vista econômico, mas ainda do sócio-cultural. Esse processo de globalização também cria formas de exercício de poder, controle e influência das decisões que são tomadas coletivamente no âmbito internacional, seja nas relações privadas, envolvendo empresas, ou nas relações públicas, comprometendo Estado, que buscam de certa forma uma mútua proteção. Leva-se ainda em conta para o estudo que a redimensão de noções espaciais e temporais, passam a transferir o que antes eram apenas fenômenos locais para a esfera global, e vice e versa (VIEIRA, 2013, p.73 e ss.).

Os fenômenos locais mencionados não são apenas positivos ou benéficos, a exemplo dos avanços tecnológicos compartilhados pelo mundo, mas também podem ser demonstrados na forma de problemas, como é o caso dos refugiados. Entretanto, para solucionar a crise migratória, fosse talvez necessário interferir nos países que criam ou estão envolvidos diretamente com os conflitos, que acabam por forçar o deslocamento de milhares de pessoas.

Ocorre que tal fato seria inconcebível, levando em consideração o respeito à soberania de cada país e o princípio da não intervenção. Atitudes que implicam no uso da força devem passar pela aprovação da comunidade internacional e de seus órgãos competentes como o Conselho de Segurança da ONU ou a Assembleia da instituição. Afirma-se em um primeiro momento, que as Nações Unidas enquanto principal expoente organizado de uma governança mundial possui órgãos semelhantes aos que estruturam um Estado, como a Assembleia Geral que viria a ser o Poder Legislativo e o Secretário-Geral sendo algo semelhante ao Poder Executivo (HÖFFE, 2011. p.383).

A ONU pode vir a ser classificada como um interessante instrumento de governança mundial, que nos dizeres de Paulo Roberto de Almeida (2008, p. 203):

> A governança enquanto tal, isto é, instituições e mecanismos dotados de mandatos originais para a administração de interesses comuns dos Estados membros em determinadas áreas de interface recíproca, emerge gradualmente no plano setorial desde a constituição das primeiras uniões intergovernamentais para o tratamento de assuntos técnicos (como comunicações, transportes, propriedade industrial, etc.)

Mas ao longo dos anos revelaram-se inúmeras limitações a uma prática concreta de governança mundial que fosse desempenhada pela ONU e pelo atual sistema de organizações internacionais.

Os organismos apenas possuem o poder que é conferido pelos Estados membros, de maneira voluntária, e esse mesmo poder não se revela suficiente para que possa exercer coerção aqueles que descumprirem os pactos firmados de forma livre e independente, sempre restando algum vínculo com potências que possuam poder real (seja em termos bélicos ou econômicos) ou que financiam estas instituições, que ficam a mercê de possíveis instabilidades políticas (HOBSBAWM, 2007, p.30 e ss.).

Enveredando por estes caminhos, retomam-se as colocações apresentadas por Norberto Bobbio (2000, p.201) que questiona: "Pode um Estado ser plenamente democrático em um universo (ainda) não democrático?". O autor italiano apresenta que a ONU possui o que pode ser chamado de "inspiração democrática", pois mesmo conferindo uma igualdade política para os Estados que compõem a Assembleia, ainda restam questões que são decididas de forma não democrática, como é possível observar na seguinte fala (BOBBIO, 2000, p.198):

> Falo de inspiração democrática e não de democracia tout court porque, com respeito ao primeiro ponto, as garantias dos direitos do homem no sistema internacional se detêm, salvo algumas tímidas exceções, nos umbrais do poder soberano dos Estados singulares, graças aos efeitos do princípio da não-intervenção; com respeito ao segundo ponto, porque ao lado da Assembleia, que se fundamenta no princípio democrático da igualdade política que é regulada pelo princípio igualmente democrático da maioria, instala-se o Conselho de Segurança, no qual é reservado a cada um dos cinco membros permanentes o direito de veto sobre assuntos não procedimentais.

Dentre as soluções, além de intervenções de terceiros, sejam eles Estados ou organismos internacionais destinados à governança mundial estaria a ampliação do sistema democrático para todos os países do globo.

Entretanto Hobsbawm (2007, p.18) assevera que valores que fazem parte da cultura ocidental, tal qual a democracia e os direitos humanos, não são produtos que possam ser impostos de maneira forçosa, sem que o ambiente em que se propõem tal ideário esteja minimamente predisposto para tanto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No sistema internacional ainda não é possível esperar que os conflitos sejam todos resolvidos de maneira pacífica, conforme o intento da criação e manutenção da Organização das Nações Unidas, justamente pelo fato de que este sistema não é composto em sua totalidade por democracias.

Muito ainda depende dos esforços dos Estados e das instituições em zelar pela observância e proteção dos direitos humanos firmados nos tratados internacionais. Para tanto mudanças em todos os níveis se fazem fundamentais, tanto do comprometimento de cada país, tanto da forma em que são decididas as diretrizes coletivas que dizem respeito aos problemas que toda a comunidade internacional sofre.

Em termos internos, cabe aos países elaborar políticas públicas junto aos órgãos de cada governo para a reinserção das populações refugiadas, promovendo o enriquecimento cultural que surge a partir das diferenças existentes. E por fim, mediante termos globais, o processo decisório deve ser ampliado de forma efetiva, deixando de lado a influência que um ou outro país, em razão de seus interesses, possam vir a exercer.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil no contexto da governança global. In: Governança Global. **Cadernos Adenauer,** Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, 2008.

BIERRENBACH, Ana Maria. **O conceito de responsabilidade de proteger e o direito internacional humanitário**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução de María Hernandez. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silva Menicucci de Oliveira (Orgs.). **Assistência e proteção humanitárias internacionais**: Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e Globalização**. 12. ed. Rio de Janeiro: Record. 2013.

DEMOCRACIA, SOCIEDADE CIVIL, MOVIMENTOS SOCIAIS E O ADVENTO DE UMA NOVA POLÍTICA

Jackeline Ferreira da Costa*

INTRODUÇÃO

O pensamento político e social ocidental apresenta grandes dicotomias que colocam em oposição diversos conceitos, como paz/guerra, homem/mulher, capitalismo/socialismo, razão/emoção, coletivo/individual, governante/governado, representante/representado. Nessa linha, dá-se a contraposição dos conceitos público e privado, estreitamente relacionados às atuações do Estado e da sociedade civil na esfera do sistema político brasileiro.

A democracia no Brasil, respaldada pela Constituição de 1988, é participativa, mesclando elementos da democracia representativa e da democracia direta, conforme parágrafo único do art. 1º da Constituição: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". A representação como forma de governo ganhou força com os ideais de Montesquieu, quando este destacou a capacidade do povo em escolher seus representantes mas sua incapacidade de exercer o poder diretamente em "O espírito das leis". Em contrapartida, Rousseau se opõe, em "O contrato social", à ideia de representação do povo, pois a vontade geral não poderia ser alienada nem representada. Segundo sua visão, os deputados seriam comissários que não estariam aptos a concluir definitivamente, portanto, toda lei, para ter validade, deveria ser retificada pelo povo.

As ideias de público e privado se relacionam a essas definições de democracia. O público refere-se ao Estado, composto no nosso ordenamento pelos representantes do povo; enquanto o privado relaciona-se com o cidadão individualmente, com suas aspirações e desejos particulares, membro da sociedade civil. O grande embate se dá quando o cidadão, movido por interesses, ocupa os espaços públicos. Esse embate pode ser visto tanto quando o representante do povo coloca seus interesses privados acima do interesse público nas tomadas de decisão do poder, causando uma crise de representatividade, como quando o cidadão procura

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - FCHS/UNESP, Campus de Franca.

exercer a democracia de forma direta impulsionado por essa deficiência de representação. Embora a titularidade do poder pelo povo seja prevista constitucionalmente, como já mencionado, quando esse poder é exercido, causa incômodo àqueles que ocupam a esfera pública.

O conceito de sociedade civil já foi estudado por diversos autores, desde Aristóteles até Hegel e Marx, passando por Bobbio e Gramsci. Já no Brasil, Avritzer destaca os diversos entraves para o surgimento da sociedade civil nos países da América Latina. A análise da sociedade civil, no entanto, não deve se restringir ao campo teórico, uma vez que ela tem se manifestado de diversas maneiras ao longo da história.

Com as revoluções industrial e tecnológica, distâncias foram diminuídas, aproximando continentes e civilizações. O papel da Internet se mostra primordial nessa discussão. Movimentos sociais contemporâneos demonstram um fortalecimento e um alcance amplificado pelo uso das redes sociais. A interconectividade proporcionada pelo meio eletrônico gera novos espaços de discussão, dando forças ao advento de uma nova política. Entretanto, quem são os atores dessa nova política? A investigação acerca dessa temática terá como enfoque o caso brasileiro, considerando-se todos os obstáculos colocados à frente do acesso à informação, que não é igualitário.

O presente trabalho justifica-se devido à contemporaneidade do tema estudado. Movimentos sociais organizados através de redes sociais demonstram a força com que essa nova política tem conquistado seu espaço, mas que ainda apresentam grandes deficiências por causa de uma desigualdade persistente no acesso aos meios de comunicação. Dentre seus objetivos, encontra-se a apresentação dos conceitos de sociedade civil com destaque à relação com o contexto a que estão inseridos, a análise crítica dos movimentos sociais contemporâneos e o exame dos aspectos de uma nova política emergente. O estudo se deu a partir da utilização do método hipotético-dedutivo, o qual se apresenta pela hipótese da emergência de uma nova política na sociedade civil no contexto da globalização, a fim de confirmá-la ou negá-la. Para isso, a análise histórica do conceito de sociedade civil também foi realizada.

1 A SOCIEDADE CIVIL

1.1 Conceitos de sociedade civil

O conceito de sociedade civil teve sua origem como a tradução do termo aristotélico Politike Koinonia para o latim. No entanto, a sociedade

civil, como elemento de prima importância na ciência política, já foi objeto de estudo de diversos autores ao longo dos séculos. O conceito de sociedade civil está entrelaçado ao de sociedade política, sendo por vezes confundidos. Entretanto, sociedade civil também se relaciona à sociedade civilizada, como a société civile de Rousseau, a qual não a distancia da concepção de sociedade política, visto que aquela é parte desta, embora o autor a veja como momento negativo do desenvolvimento histórico.

Destaca Norberto Bobbio que hoje sociedade civil apresenta-se como uma das pontas da dicotomia sociedade civil/Estado, devendo-se definir Estado e delimitar sua extensão para que se possa fazer o mesmo com aquele. Como definição negativa, essa contraposição pode ser entendida como se a sociedade civil fosse a esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado e que, portanto, se autorregulam. Pensadas dessa maneira, essas relações não-estatais apresentam concepções diversas, podendo ser pré-estatais, anti-estatais ou pós-estatais.

O pré-estatal refere-se às associações às quais o Estado se superpõe para regulá-las sem vetar-lhes o ulterior desenvolvimento ou impedir-lhes a contínua renovação. O antiestatal, por sua vez, adquire uma conotação axiológica positiva ou negativa, dependendo do ponto de vista, onde se manifestam as instâncias de modificação das relações de dominação, formando-se grupos que lutam pela emancipação do poder político, são os contra-poderes. Já o pós-estatal representa o ideal de uma sociedade sem Estado, a partir da dissolução do poder político, da reabsorção da sociedade política pela sociedade civil, acepção essa presente no pensamento de Gramsci.

Bobbio afirma que dar uma definição positiva de sociedade civil é tarefa árdua pois trata-se de fazer um repertório de tudo aquilo que foi desordenadamente empregado pela exigência de circunscrever o âmbito do Estado.

Na democracia representativa, os partidos políticos assumem papel importante para a sociedade civil, visto que deveriam transmitir as demandas provenientes dessa ao poder político. Analisando as mais recentes teorias sistêmicas da sociedade global, Bobbio afirma que a sociedade civil ocupa o espaço reservado à formação das demandas (input) que se dirigem ao sistema político e às quais o sistema político tem o dever de responder (output). Portanto, o contraste entre sociedade civil e Estado põe-se então como contraste entre quantidade e qualidade das demandas e capacidade das instituições de dar respostas adequadas e tempestivas. “[...]

uma sociedade torna-se tanto mais ingovernável quanto mais aumentam as demandas da sociedade civil e não aumenta correspondentemente a capacidade das instituições de a elas responder, ou melhor, com a capacidade de resposta do Estado alcançando limites talvez não mais superáveis" (BOBBIO, 2011, p. 36), é onde se dá a crise. Nessa linha, Bobbio destaca que essa ingovernabilidade remete à crise de legitimidade.

A expressão "sociedade civil" ligada a Estado ou sistema político deriva dos pensamentos de Marx e Hegel. O primeiro autor moderno a dar um papel fundamental no estudo da sociedade civil foi Hegel, quando reconheceu que nem o Estado nem a família eram capazes de estabelecer as determinações para a vida dos indivíduos nas sociedades modernas. Para ele, sociedade civil implicaria "[...] nas determinações egoístas e individualistas provenientes da ação dos indivíduos no interior do sistema das necessidades e na procura de um princípio ético que, para Hegel, jamais poderia ser proporcionado pelo mercado" (AVRITZER, 1994, p. 33). Sua interpretação é complexa pois apresenta a sociedade civil entre família e Estado, sem ser simplesmente família e nem chegando a ser uma forma completa de Estado. A sociedade civil é, na visão de Hegel, uma figura histórica e é colocada abaixo do Estado. Ainda que forma inferior de Estado, corresponde ao significado tradicional de societas civilis, relacionado à pólis. A interpretação aristotélica do termo define a societas civilis como uma sociedade natural e o Estado é o prosseguimento natural da sociedade familiar; diferentemente de Hobbes, para o qual a mesma societas civilis contrapõe-se ao estado de natureza e é constituída pelo acordo entre indivíduos que decidem sair desse estado de natureza e constituir uma sociedade artificial.

Já para Marx, a sociedade civil se reduziria ao sistema de necessidades (economia capitalista), a qual não representa uma instituição intermediária na construção da vida ética. A visão marxiana é redutiva, colocando a sociedade civil como o lugar das relações econômicas ou das relações que constituem "a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política". Sociedade civil é, portanto, o conjunto das relações interindividuais da base material que estão fora ou antes do Estado, como o "estado de natureza" ou "sociedade natural". A sociedade civil assemelhar-se-ia ao estado de natureza hobbesiano, da guerra do homem contra o homem.

Com inspiração marxiana, Gramsci apresenta uma visão de sociedade civil um pouco diferente, em que ela é a esfera na qual agem os

aparatos ideológicos que buscam exercer uma hegemonia e, através dessa, obter o consenso. Gramsci procurou construir um conceito de sociedade civil a partir da crítica aos dois autores mencionados.

> Gramsci critica em Hegel a redução da ideia de sociedade civil à defesa de uma esfera dominada pelo direito de propriedade. Para ele, a polícia e a administração da justiça que Hegel considera instituições da sociedade civil, constituem na realidade instituições particularistas de defesa da dominação de classe. Gramsci critica Marx pela redução economicista da ideia de sociedade civil. Ele será o primeiro autor a perceber a sociedade enquanto o lugar por excelência da organização da cultura e a propor um entendimento multifacetário das sociedades modernas, de acordo com o qual esta deve ser entendida enquanto interação de estruturas legais, associações civis e instituições de comunicação (AVRITZER, 1994, p. 34).

O ressurgimento do conceito de sociedade civil no Leste Europeu deu-se com a proposta de Adam Michnik, que propôs uma terceira via em oposição ao estado soviético após as tentativas fracassadas de democratização na Hungria e na Tchecoslováquia. Essa terceira via iria limitar a atuação do Estado através da organização da sociedade sem opor finalmente sociedade e Estado. Nesse cenário, pode-se concluir que a sociedade civil aparece ligada a movimentos que questionam os canais representativos e que propõem novas formas societárias de organização, a partir de "movimentos democratizantes autolimitados que procuram proteger e expandir espaços para o exercício da liberdade negativa e positiva" (AVRITZER, 1994, p. 36).

> Tal definição resgataria em Hegel a ideia de um espaço político para o exercício da vida ética, resgataria em Marx a contradição entre o espaço da interação e a operação do mercado, e em Gramsci a necessidade de conceber a sociedade em articulação com a esfera da reprodução da cultura. Todavia, nenhum dos autores acima conseguiria oferecer-nos um modelo capaz de localizar a sociedade civil no interior de sociedades complexas e multidiferenciadas.

Habermas é outro autor que merece ser mencionado que, entretanto, não ofereceu um conceito de sociedade civil, mas que pode ser extraído de seu trabalho. Ele construiu uma teoria social dualista na qual diferenciou as lógicas do sistema e as lógicas do mundo da vida. A sociedade seria um dos componentes estruturais no mundo da vida, ao

lado da cultura e da personalidade. Quando atores concordam sobre sua condição, eles partilham uma tradição cultural e tornam-se membros de um grupo social solidário.

> Cada sociedade desenvolve instituições capazes de assegurar a transmissão da cultura, a integração e a socialização. As sociedades civis, quaisquer que sejam as suas formas, pressupõem uma estrutura jurídica e uma constituição que articula os princípios subjacentes à sua organização interna. No entanto, no contexto de um mundo de vida organizado [...], a sociedade civil existe somente onde exista garantia jurídica da reprodução das várias esferas na forma de um conjunto de direitos (ARATO, COHEN, 1994, p. 154).

Andrew Arato e Jean Cohen conceituam a sociedade civil de Habermas então como parte de "[...] uma dimensão do mundo da vida assegurada institucionalmente por um conjunto de direitos que a pressupõem, ao mesmo tempo em que a diferenciam das esferas da economia e do Estado" (ARATO, COHEN, 1994, p. 156).

Independente do conceito dado, a sociedade civil foi e deve ser analisada em seu contexto, diferenciando-a de outros conceitos, como os das sociedades doméstica, natural ou religiosa.

1.2 O surgimento da sociedade civil no Brasil

Leonardo Avritzer (1994, p. 271) aponta que a ideia de sociedade civil ressurgiu no cenário teórico e político das sociedades ocidentais nos anos 1980, ressurgimento associado a três fenômenos: 1º) o esgotamento das formas de organização política baseadas na tradição marxista, com a consequente reavaliação da proposição marxiana de fusão entre sociedade civil, Estado e mercado (Kolakowski, 1974) (Cohen, 1982); 2º) o fortalecimento nos países centrais do Ocidente da crítica ao desempenho do estado de bem-estar social, pelo reconhecimento de que as formas estatais de implementação de políticas de bem-estar não são neutras (Habermas, 1984), surgimento de novos movimentos sociais que reivindicam que o Estado respeite a autonomia de determinadas arenas societárias (Evers, 1984), (Melucci, 1985) e (Offe, 1985); 3º) os processos de democratização ora em curso na América Latina e na Europa do Leste, uma vez que a ação dos atores sociais e políticos seriam parte da reação da sociedade civil ao Estado (Arato, 1981) (Weffort, 1989).

O autor aponta que, ao contrário dos países da Europa Ocidental e da América do Norte, o surgimento da sociedade civil nos países da América Latina deu-se como um fenômeno relativamente novo, uma vez que, embora presente no discurso político, era quase absoluta sua ausência nas práticas políticas dominantes. "Nesse sentido, a análise do conceito de sociedade civil teria que explicar a forma pela qual atores sociais reapropriaram uma tradição presente no nosso discurso político e rejeitado na nossa prática política e social" (AVRITZER, 1994, p. 274).

Avritzer indica que os conceitos de sociedade civil segundo as formulações da filosofia política do século XIX aparecem relacionados à modernidade ocidental. Aparece, primeiro, associada a processo de diferenciação entre Estado e mercado, direito privado e direito público, limitando e regulando as estruturas sistêmicas do mercado e do Estado. A sociedade civil aparece também associada às potencialidades do sistema legal moderno, conectando indivíduos sem a intermediação da autoridade pública, uma vez que a sociedade seria controlada por direitos positivos. E, por fim, o conceito de sociedade civil implicaria o reconhecimento de instituições intermediárias entre o indivíduo de um lado, e o Estado e o mercado de outro. Países de inserção tardia na modernidade, como o Brasil, teriam o problema da especificidade das estruturas políticas e sociais e da forma específica como tais estruturas se conjugaram com as estruturas da modernidade, quando aqui se instalaram (AVRITZER, 1994, p. 279).

> O surgimento da sociedade civil brasileira está associado a três fenômenos principais: 1º) o surgimento de atores sociais modernos e democráticos; 2º) a recuperação por esses atores da ideia de livre associação na relação estadosociedade, lado a lado com o questionamento de formas privatistas de relação estado-sociedade; 3º) a constituição de estruturas legais, público e políticas capazes de levar à institucionalização dos anseios político-culturais da sociedade civil. O processo pelo qual esses atores surgiram, adquiriram uma nova identidade democrática e passaram a pressionar o Estado e o sistema político a se adaptarem a uma nova concepção acerca da moderna institucionalidade democrática foi um longo processo que certamente não chegou ainda ao final (AVRITZER, 1994, p. 285).

2 SOCIEDADE CIVIL, INTERNET E MOBILIZAÇÕES SOCIAIS

2.1 Rebeliões e revoluções pelo mundo

As revoluções são marcos recorrentes na história do Brasil e do mundo. Na modernidade, as principais revoluções que podem ser apontadas como de grande significado para a atual conjuntura política em que vivemos são quatro: a Revolução Inglesa (Revolução Puritana, 1640 Revolução Gloriosa, 1688), a Revolução USAmericana (Independência dos EUA, 1776), a Revolução Francesa (1789) e a Revolução Haitiana (1804). Enquanto os movimentos ocorridos na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos demonstram uma ruptura com o absolutismo monárquico, a Revolução Haitiana apresenta um pioneirismo na abolição da escravatura negra, mobilizada pelos próprios escravos, muito antes de a abolição ser regulada por interesses econômicos.

Na história brasileira, muitas rebeliões também eclodiram, entre elas, pode-se citar os movimentos separatistas da Inconfidência Mineira (1789), da Conjuração Baiana (1798) e da Revolução Farroupilha (1835), os movimentos emancipacionistas da Revolução Pernambucana (1817) e da Sabinada (1837), a Cabanagem (1833), a Balaiada (1838), o embate político da Revolução Praieira (1848), os movimentos messiânicos da Guerra dos Canudos (1896) e da Guerra do Contestado (1912), a Revolta da Vacina (1904), a paulista Revolução Constitucionalista (1932) e o próprio Golpe Militar de 1964, que culminou na derrubada do presidente João Goulart. Em geral, essas revoltas citadas apresentam em comum um descontentamento político com o governo vigente. Diretamente relacionados ao sistema político, destacam-se o Movimento das "Diretas Já", no qual a população foi às ruas em apoio à proposta de emenda à Constituição do deputado Dante de Oliveira a fim de que se possa votar diretamente para Presidente da República em meio à ditadura militar, e o Movimento "Caras-Pintadas", que pediu o impeachment do então Presidente Fernando Collor de Mello em 1992. Outro movimento que merece destaque foi o Movimento Sufragista, que visava o direito de sufrágio às mulheres. A luta pelos direitos políticos das mulheres teve uma baixa voz durante a Revolução Francesa, porém influenciou pensadores na Inglaterra, onde o movimento cresceu com mais vigor. Os escritos de Mary Wollstonecraft (1792), William Godwin (1793), Helen Taylor e John Stuart Mill (1869) tiveram grande importância na defesa desses direitos.

O primeiro país a garantir o sufrágio foi a Nova Zelândia, em 1893. No Brasil, esse direito só foi garantido no ano de 1932 e teve como líder fundamental Bertha Lutz.

Já no século XXI e em um passado recente, eclodiram algumas revoluções de cunho político forte, principalmente no Oriente Médio e norte da África. Em 2009, protestos no Irã questionaram os resultados das eleições presidenciais daquele ano. Entre os anos de 2010 e 2011, deu-se início ao que ficou conhecido como Primavera Árabe, com manifestações populares na Tunísia, no Egito, na Líbia e na Síria, que demonstravam o descontentamento com o governo em vigor e reivindicavam melhores condições de vida. A Primavera Árabe influenciou outras mobilizações, como o Occupy Wall Street, em Nova York (EUA), que ganhou inspirações ao redor do mundo.

2.2 Brasil, junho de 2013

Nos anos de 2012 e 2013, ocorreu uma onda de manifestações populares no Brasil contra o aumento das passagens de ônibus, intensificando-se no mês de junho de 2013, paralelamente a outros protestos que ocorriam na Turquia. No entanto, agregaram-se aos protestos diversas reivindicações, principalmente de cunho político, como o pedido genérico de fim da corrupção. Essas manifestações ficaram conhecidas como as Jornadas de Junho.

O cientista político André Singer critica essa denominação e identifica três fases das manifestações de junho de 2013. A primeira concentrou-se no pedido de redução do preço das passagens do transporte público, adotando modelos utilizados pelo Movimento Passe Livre (MPL) em anos anteriores. As primeiras mobilizações foram cenário de intensa violência policial, com a desculpa de conter as depredações de patrimônio ainda que a grande maioria dos manifestantes marchasse de forma pacífica.

O auge do movimento deu-se na segunda fase, em que o uso desmedido da força policial atraiu simpatia do público. Embora algumas reivindicações mostrassem um teor utópico e até cômico, aliaram-se a elas tantas outras de caráter mais efetivo. Manifestações devido aos gastos exorbitantes com as obras para a Copa do Mundo de 2014 eram recorrentes, assim como cartazes pedindo escolas e hospitais "padrão FIFA". A terceira fase reuniu mobilizações com objetivos específicos. Deram-se protestos contra a PEC 37/2011, elaborada pelo deputado Lourival Mendes (PTdoB-

MA), na qual previa a proibição de investigações pelo Ministério Público. Outro projeto que sofreu represálias públicas foi o Projeto de Decreto Legislativo 234/2011, também conhecido como 'cura gay", apresentado pelo deputado e pastor evangélico João Campos (PSDB-GO) e aprovado pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, presidida pelo pastor Marco Feliciano.

Como resposta aos protestos, o governo brasileiro anunciou algumas medidas, como a inserção da corrupção no rol dos crimes hediondos e o arquivamento da PEC 37. Os aumentos das tarifas de ônibus também foram revogados. No entanto, novos aumentos tornaram a ocorrer. Mesmo não tendo consequências tão palpáveis, as manifestações abriram o espaço dos protestos nas ruas à população, que não se apresentavam em grande escala desde o impeachment do presidente Collor.

Singer identifica a heterogeneidade social que compôs as manifestações e denomina-as "Jornadas de Juno", pois cada um via nas nuvens levantadas nas ruas a forma de uma deusa diferente.

2.3 Internet, mobilizações, redes sociais: emergência de uma "nova política"?

O exercício da democracia participativa pela sociedade civil ganhou novos meios com o advento da internet, proporcionando uma nova infraestrutura para a produção e difusão de informações. Através desse instrumento, é possível conectar os cidadãos e ampliar suas relações entre si, proporcionando ações políticas em escala local, nacional e até transnacional.

A internet, portanto, é terreno fértil para que mobilizações sociais ganhem força e forma, promovendo assim uma maior oportunidade de engajamento da sociedade civil, que não se limita a intervir nos meios que conhece pessoalmente, mas, agora, ampliando o seu alcance tanto de informação adquirida quanto o de pessoas que podem ser influenciadas pelo pensamento divulgado. Além disso, a internet acaba sendo ferramenta que une aqueles que pensam de modo semelhante e que se mobilizam pelas mesmas causas.

O movimento Occupy Wall Street, grande influenciado pela Primavera Árabe, por exemplo, teve sua origem com a convocação dos americanos pela revista canadense Adbusters, a fim de que se protestasse contra a influência das grandes corporações financeiras no governo

estadunidense. A manifestação teve grande repercussão mundial, causando inspirações ao redor do globo, como em Frankfurt, na Alemanha, e em São Paulo, no Brasil. No entanto, com o passar do tempo, a ideia inicial do protesto ganhou conotações diversas, dando origem a ações como a do Occupy Sandy Recovery, que organizou voluntários para ajudar os atingidos pelo furacão que atingiu a costa leste dos EUA em 2013. A grande difusão desse movimento se deu em razão do uso da internet.

Como já mencionado, o papel das redes sociais foi decisivo para a concretização das manifestações de junho de 2013 no Brasil. Mas não somente para elas. Após as Jornadas de Junho, outras mobilizações se deram, porém mais pontuais. A heterogeneidade presente em 2013 deu espaço a grupos específicos nas manifestações de 2014. O grito de "não vai ter Copa" foi substituído pelos gritos em frente às televisões durante os jogos. Teve Copa. Alguns protestos continuaram, mas sem a força do ano anterior ao evento.

Com a derrota de 7 a 1 do Brasil no futebol e uma eleição presidencial acirradíssima no mesmo ano, protestos, dessa vez direcionados ao governo reeleito, reacenderam a chama das manifestações. Em 2015, com a intensificação da crise econômica e os estouros de escândalos de corrupção, mobilizações pró-impeachment tomaram conta das ruas. Aliado a isso, deu-se a perda do apoio presidencial no Legislativo e, embora manifestantes contra o impeachment tenham mostrado um número significativo tanto quanto o outro lado nos protestos e fora deles, o processo de impeachment da Presidenta Dilma Rousseff foi iniciado pela Câmara dos Deputados e, posteriormente, aprovado pelo Senado. Essas mobilizações da sociedade foram impulsionadas, sem dúvida alguma, pelos veículos de comunicação, como a, ainda reinante, televisão aberta e a internet. Comparando-as com as Jornadas de Junho, abstrai-se a semelhança de que todas traduzem uma necessidade de reinvenção da democracia, visto a cada vez maior descrença na representatividade política.

A "nova política" emergente refere-se à participação virtual da sociedade nos assuntos públicos. Nunca antes a informação local e global foi tão acessível, nunca antes foi tão fácil difundir a própria opinião. O papel das redes sociais Facebook e WhatsApp é central nessa discussão. Contudo, é necessário ter cautela e perceber a persistente desigualdade da sociedade brasileira. Assim como no Facebook, em que são utilizados algoritmos que fazem aparecer na linha do tempo notícias e publicações que mais agradem à pessoa, o acesso à tecnologia também é, de certa maneira, manipulado. De acordo com o site Internet World Stats, até 15

de novembro de 2015, haviam 117,6 milhões de usuários de internet no Brasil, o que corresponde a 57,6% de penetração na população. A difusão dos smartphones tem ajudado na ampliação do acesso, porém quase metade dos habitantes ainda não tem essa possibilidade. Uma nova política já está em processo, entretanto quem são os atores dessa política deve ser analisado sempre criticamente.

A seletividade de informação apresentada pelos meios de comunicação ainda é uma realidade que não deve ser ignorada e nem, contudo, tornada absoluta.

> Certamente, a possibilidade de controle social aumenta com o modelo de comunicação de massa de cima para baixo e do centro para a periferia. No entanto, as formas generalizantes de comunicação desprovincializam, expandem e constituem novos públicos. Além do mais, o desenvolvimento técnico dos meios eletrônicos de comunicação não conduz, necessariamente, à centralização, tal como parece evidente atualmente. Portanto, nesse caso, as alternativas são entre a lógica manipulativa da indústria cultural e a emergência de contrapúblicos e contraculturas capazes de utilizar os novos meios de comunicação de massa de formas não hierárquicas (ARATO, COHEN, 1994, p. 168-169).

2.4 Movimentos sociais

Alberto Melucci é um reconhecido intelectual europeu na área das Ciências Sociais com formação em Sociologia e Psicologia que estudou muito a respeito dos movimentos sociais, os quais, para ele, seriam fenômenos discursivos e políticos, localizados na fronteira entre as referências da vida pessoal e a política. Em entrevista a Leonardo Avritzer e Timo Lyyra, Melucci esclareceu algumas ideias sobre o tema. Para ele, "os movimentos sociais constituem aquela parte da realidade social na qual as relações sociais ainda não estão cristalizadas em estruturas sociais, onde a ação portadora imediata da tessitura relacional da sociedade e do seu sentido" (MELUCCI, 1994, p. 190). Dessa maneira, os movimentos sociais constituiriam uma lente por meio da qual problemas gerais poderiam ser abordados.

O estudioso destaca a importância entre diferenciar os níveis de estruturas políticas e institucionais, pois muito frequentemente apenas os efeitos diretos sobre as instituições políticas são levados em consideração.

> Existe um nível no qual a ação direta dos movimentos sociais afeta diretamente os sistemas políticos, obrigando-os a produzir algum tipo de reação que pode ser mais ou menos democrática, conforme a natureza do sistema político envolvido. Nesse sentido, a influência direta dos movimentos sociais sobre os sistemas políticos pode ser de três tipos: uma ampliação dos limites da política; uma mudança nas regras e procedimentos políticos; e uma transformação nas formas de participação no interior dos sistemas políticos. No que diz respeito tanto às instituições políticas quanto aos atores sociais tradicionais, partidos políticos, sindicatos, grupos de pressão, todos eles são afetados pelos movimentos sociais. Esses são os efeitos diretos sobre as instituições políticas. Mas existem também os efeitos indiretos, que são muito mais difusos e que podem ser medidos em pelo menos dois níveis, o primeiro deles sendo uma mudança na vida das organizações. Em geral, os movimentos sociais produzem novos modelos organizacionais que são incorporados em firmas, grandes corporações, serviços públicos, escolas, sistemas educacionais, etc. Novos modelos de organização são gerados e, por motivos óbvios os movimentos sociais produzem novas elites políticas para essas instituições e organizações. Finalmente, existe uma transformação na cultura e na moral (mores). Hábitos e linguagem são mudados institucionalmente porque uma nova linguagem é assimilada. Por exemplo, hoje nós falamos uma linguagem que incorpora preocupações ecológicas, preocupações com a igualdade de gênero, e estes são resultados institucionalizados da ação dos movimentos sociais. Hoje nós adotamos diferentes atitudes na relação homem-mulher, assim como na relação frente à natureza e, uma vez institucionalizados, eles se tornam parte do discurso dos grupos dominantes. Essa é uma lista analítica dos possíveis efeitos dos movimentos sociais. Evidentemente, a incorporação dessas mudanças depende do grau de abertura dos sistemas políticos e da relação entre sistema político e Estado, isto é, da forma pela qual a representação e a tomada de decisão são efetivadas em uma determinada sociedade (MELUCCI, 1994, p. 191-192).

Melucci afirma que movimentos sociais são cheios de paixão, são formas "quentes" de ação, que não podem ser reduzidos à ação social, estigmatizando-se o restante como irracional. "Eles não são irracionais, mas são uma forma apaixonada de ação que é bastante significativa para

a mudança social. Afinal, se não houvesse paixão, por que alguém se importaria em transformar?" (1994, p. 200).

> Eles constituem o resultado de fenômenos sociais diferenciados. Eles crescentemente representam o outro polo do nosso dilema cultural e sistêmico. Desse modo, eles deixam claro que estamos lidando com um dilema. Mas por que eles estão mais próximos do discurso dominante ou dos interesses dominantes, eles podem ser facilmente utilizados no interior do sistema político como instrumentos para o enfraquecimento de outras formas de mobilização coletiva. Todavia, sociologicamente falando, o entendimento do fenômeno nos encaminha na direção de ultrapassar a distinção esquerda-direita como uma distinção significativa do ponto de vista sociológico. [...] em termos da utilidade analítica, eu não vejo como se poderia qualificar um movimento como de esquerda ou de direita simplesmente pela sua forma de mobilização. Por exemplo, como distinguir os skinheads de hoje, na Itália e na Alemanha, que eram interpretados como sendo de esquerda.

Como exemplo de movimentos que vão além da discussão entre esquerda e direita, Melucci cita a questão do aborto, em que a principal pergunta é "quem tem o direito de decidir?", uma vez que entra em questão o direito do poder público de interferir com a reprodução. Na China, por exemplo, o aborto é imposto como controle de natalidade, portanto, segundo sua lógica, ser contra o aborto seria um movimento progressista lá. A respeito do Brasil e do número de mulheres que sofrem consequências devido a abortos ilegais, o estudioso diz que esse é um exemplo de como devemos ser cuidadosos ao tratar da questão: "Aqui não existe simplesmente esquerda ou direita. Nós devemos, em primeiro lugar, colocar a questão no contexto histórico e político para compreender a direção do conflito no interior de uma determinada sociedade" (MELUCCI, 1994, p.204).

3 SOCIEDADE CIVIL E POLÍTICA NO BRASIL

3.1 Atuação da sociedade civil e parcerias do Estado com o terceiro setor

No Brasil, após o papel central que a sociedade civil teve para o fim da ditatura militar, afirma Bernardo Sorj que, muitas vezes, entre os atores que apoiam a luta pela democratização, encontram-se setores

que veem a democracia de forma puramente instrumental e até mesmo membros com um lado "obscuro". "Na prática, a sociedade civil reflete e potencializa divisões e tensões da sociedade, e setores da sociedade civil podem permanecer numa zona nebulosa onde o compromisso com a democracia não é certo" (SORJ, 2007).

Com a finalidade de exercer a cidadania de uma maneira teoricamente mais efetiva, houve um aumento do terceiro setor após a redemocratização. O primeiro setor refere-se ao Estado; o segundo setor, ao privado. Terceiro setor é aquele formado por associações e entidades sem fins lucrativos, como as ONGs, a fim de gerar serviços de caráter público.

Tradicionalmente, o terceiro setor seria constituído por organizações comunitárias, esportivas ou religiosas. Um novo tipo de ONG, com financiamento externo e formada a partir do discurso de responsabilidade social de empresas privadas, passou a ganhar espaço no cenário sócio-político, proporcionando novos caminhos de atuação da sociedade civil.

Entretanto, uma característica a ser destacada é que as organizações, como forma de representação da sociedade e também de meio de participação política, não podem continuar com o discurso de voz conjunta da sociedade. Como bem salienta Sorj, em tempos de democracia, a permanência deste discurso produz efeitos inversos, de despolitização da sociedade e de deslegitimação do Estado democrático, vez que cria a ilusão de que a sociedade pode ser representada "em seu conjunto", sem levar em conta a tensão constante entre os diferentes grupos sociais. O reconhecimento da diversidade de vozes é essencial para a atuação da sociedade civil perante o Estado, e o terceiro setor é um modo de alcançá-lo.

3.2 Sociedade civil e judicialização da política

Em meio às desesperanças com os poderes Executivo e Legislativo, os quais, por definição, deveriam agir representando o povo de acordo com os interesses deste, a sociedade civil passou a buscar no Poder Judiciário a solução dos problemas políticos. A primeira busca recente de um "herói" que resgatasse os valores perdidos na política foi a direcionada ao Ministro Presidente do STF Joaquim Barbosa quando realizou o julgamento do Mensalão, nome popular dado à Ação Penal 470, do qual foi relator, dentre os anos de 2012 e 2013. O objeto do Mensalão foi acerca do julgamento

do crime da compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional. O julgamento da Ação foi concluído após um ano e meio.

Mais recentemente, outra figura do judiciário, dessa vez na primeira instância, estampou capas de jornais com a promessa de limpeza da corrupção: Sérgio Moro, juiz federal que comanda o julgamento dos crimes da Operação Lava Jato, que conta com o envolvimento de políticos e grandes empresários, sendo um dos maiores casos de corrupção e lavagem de dinheiro até então apurados.

Embora a ascensão do Poder Judiciário no imaginário da sociedade civil seja acalentadora para sanar os maniqueísmos necessários à população, a forma acrítica que se dá isso é algo preocupante, revelando a séria deficiência de crença na própria legitimidade do povo. Quando se volta ao único poder que não é composto por representantes eleitos pela população como solução, evidencia-se que a sociedade não acredita em si mesma e prefere que outras pessoas, das quais não se sabe os ideais ou pelo o que luta, tomem decisões por ela. Campanhas virais e petições online a favor da presidência de Moro são uma realidade. Porém, a sociedade civil não deve se basear pontualmente na judicialização da política e na busca de líderes messiânicos, e sim participar das esferas em sua totalidade, através de meios como o terceiro setor, a internet, as manifestações e as ações individuais, reconhecendo as pluralidades que compõem a democracia participativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base o presente estudo, é possível concluir que, embora o conceito de sociedade civil já tenha sido objeto da análise de muitos pensadores, o contexto a que ele está inserido é de extrema importância, como também a devida diferenciação desse com outros conceitos muitas vezes confundidos, como o de sociedade doméstica, natural e religiosa. Sua análise teórica, no entanto, apresenta-se insuficiente.

No plano prático, movimentos sociais - protagonizados, portanto, pela sociedade civil - descontentes politicamente, são cada vez mais frequentes ao redor do mundo, principalmente após o advento da Internet e sua consequente diminuição de distâncias. Esse estreitamento nas distâncias cria o cenário perfeito para o surgimento de uma "nova política". Contudo, a forma como ela é praticada e a quem ela serve são questões que devem ser examinadas criticamente, uma vez que o acesso à informação é por vezes restrito, quando não, manipulado.

Movimentos sociais não são uma novidade proporcionada pela Globalização tecnológica, pelo contrário, foi mostrado que eles podem adquirir várias características, podendo ir desde movimentos populares a elitistas, mas que, em geral, demonstram um descontentamento com o cenário político contemporâneo a eles. Em contextos de crise como esse, a sociedade civil busca alternativas para a solução de seus problemas, podendo cair nas mãos da falácia de um "salvador da pátria", o qual, por mais bem intencionado (ou não), dificilmente apresentará uma fórmula atemporal de resolução dessa crise. Outro aspecto a ser salientado é a diversidade encontrada na sociedade civil, sendo que sua heterogeneidade deve ser respeitada e aproveitada em prol do bem comum.

REFERÊNCIAS

ARATO, Andrew; COHEN, Jean. Sociedade civil e teoria social. In: AVRITZER, Leonardo (Coord.). **Sociedade civil e democratização**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 147-182.

AVRITZER, Leonardo. Modelos de sociedade civil: uma análise da especificidade do caso brasileiro. In: AVRITZER, Leonardo (Coord.). **Sociedade civil e democratização**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 269-308.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil: além da dicotomia Estado-Mercado. In: AVRITZER, Leonardo (Coord.). **Sociedade civil e democratização**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 23-40.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade** - Para uma teoria geral da política. 9. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011. p. 13-52.

iG São Paulo. Relembre os principais protestos ao redor do mundo nos últimos anos. **Último segundo**. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2013-06-18/relembre-osprincipais-protestos-ao-redor-do-mundo-nos-ultimos-anos.html. Acesso em: 12 jun. 2016.

INTERNET World Stats. **Internet usage and population in South America**. Disponível em: http://www.internetworldstats.com/stats15.htm. Acesso em: 11 jun. 2016.

MELUCCI, Alberto. Movimentos sociais, inovação cultural e o papel do conhecimento: uma entrevista de Leonardo Avritzer e Timo Lyyra com Alberto Melucci. In: AVRITZER, Leonardo (Coord.). **Sociedade civil e democratização**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 183-211.

MONEDERO, Juan Carlos. ¿Posdemocracia? - Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediencia. **Nueva Sociedad**. n. 240, 2012. p. 68-86.

SINGER, André. Classes e Ideologias Cruzadas. In: Brasil, Junho de 2013 - Dossiê: Mobilizações, Protestos, e Revoluções. **Novos Estudos Cebrap**, n. 97, p. 23-40, nov./2013.

SORJ, Bernardo; FAUSTO, Sérgio (Org.). **Internet y Movilizaciones Sociales**: transformaciones del espacio público y de la sociedad civil. São Paulo: Plataforma Democrática, 2015.

SORJ, Bernardo; FAUSTO, Sérgio (Org.). Sociedade Civil e Política no Brasil. In: SORJ, Bernardo; OLIVEIRA, Miguel Darcy. **Sociedade civil e democracia na América Latina**: Crise e reinvenção da política. São Paulo: iFHC, Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2007. p. 59-72.

SUBIRATIS, Juan. ¿Nueva Política? Argumentos a a favor e dudas razonables. In: BLANCO, Agustín, CHUECA, Antonio, BOMBARDIERI, Giovanna (Ed.). **Informe España 2015**, n. 22, Madrid: Fundación Encuentro, 2015. p. 445-464.

DIREITO COMUNITÁRIO SUPRANACIONAL EUTOPEU E A INTERNAIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: SUA REPERCUSSÃO NA DEMOCRACIA

Manoel Ilson Cordeiro Rocha*

INTRODUÇÃO

a) Delimitação do problema: O direito comunitário supranacional europeu resultou numa internacionalização, no bloco comunitário, do direito administrativo. As normas produzidas no âmbito da comunidade europeia pelo parlamento europeu também alcançam o direito administrativo aplicável aos Estados membros. É uma experiência nova e relevante do ponto de vista da configuração do Estado Moderno, já que afeta a soberania num campo sensível, que é a administração pública e a gestão da burocracia estatal. Também é uma experiência ainda não totalmente dimensionada.

Justificativa: A democracia, o Estado de Direito e a proteção dos direitos humanos são conceitualmente vinculados ao modelo de Estado Moderno, de poder soberano e de fronteiras objetivamente delimitadas para essa perspectiva de sociedade política. O direito comunitário europeu, em seu estágio de supranacionalidade, significa uma ruptura da soberania estatal e, consequentemente, de tudo o que representa. O direito administrativo comunitário, que resulta desse processo, é um importante exemplo desse processo de ruptura e do desafio que se apresenta para as sociedades. Diante da relevância dos Estados que compõe a comunidade europeia, essa transformação pode ser paradigmática. Prevalecendo o modelo europeu num futuro próximo, a repercussão sobre o debate democrático e sobre a proteção dos direitos humanos é inquestionável. Se não é possível afirmar seu inteiro teor, já é possível definir condições necessárias para a preservação desses princípios.

Objetivos: Sabe-se que o direito administrativo repercute na eficácia das políticas públicas de proteção e garantia dos direitos humanos e repercute no nível de democracia. A partir dos fundamentos tradicionais do Estado e do nível de ruptura que este fenômeno proporciona, pretende-se especular premissas para uma reflexão democrática de uma nova ordem, as hipóteses para o que pode ocorrer com as políticas públicas de perspectiva

* Pesquisador doutor em Direito vinculado à Universidade de Araraquara, à Fundação Educacional de Ituverava e à Faculdade de Direito de Franca.

democrática. Também se pretende apresentar a internacionalização do direito administrativo em decorrência do direito supranacional comunitário europeu e relacionar esta internacionalização com a democracia e com a proteção dos direitos humanos.

Uma hipótese é a estagnação da evolução democrática e protetiva da União Europeia em razão do afloramento dos nacionalismos, das crises imigratórias e da competição agressiva e destruidora do capitalismo liberal globalizado. Outra hipótese razoável é a consolidação das instituições que a União Europeia criou, como o parlamento europeu, o euro etc., enraizados numa identidade europeia que se forma, a ponto do cidadão europeu não admitir retrocesso.

d) Metodologia: Trata-se de uma pesquisa em fontes bibliográficas, segundo a conjugação dos métodos dialético e dedutivo. Foram consultadas doutrinas nacionais e estrangeiras. Chegou-se a hipóteses seguras, em conformidade com os métodos e com as fontes.

1 BASES DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

A União Europeia é resultante da evolução mais significativa do direito comunitário internacional. As modalidades de comunidades econômicas foram experimentadas neste percurso numa sequência lógica e gradual, o que propiciou parte do sucesso europeu, com uma maturidade necessária. Naturalmente, foram condições sócio-políticas diferentes das demais comunidades ocorridas ou propostas como, por exemplo, o NAFTA, o MERCOSUL e a ALCA. Os europeus enfrentaram desafios únicos e ainda há barreiras a transpor. A tipologia a seguir corresponde ao "mapa" histórico do Direito Comunitário Europeu.

a) Tipologia das comunidades internacionais contemporâneas - Para evitar confusões terminológicas, é necessário iniciar por alguns conceitos básicos, como comunidade e direito comunitário. Enquanto comunidade é o agrupamento por laços de identidade e por interesses comuns, direito comunitário é um conceito específico das comunidades de Estados, que trata das normas internacionais aplicadas às relações de integração entre os Estados (ROCHA, 2012, p. 103). A integração regional entre os Estados é o mote deste direito comunitário. As comunidades internacionais estatais possuem normas que são contempladas dentro do Direito Internacional Público. Mas hoje se formou como um verdadeiro ramo desse direito: o Direito Comunitário Internacional. Também algumas

dessas comunidades possuem organizações internacionais destinadas à sua condução. Atualmente as comunidades internacionais que se destacam são as econômicas. Há um conjunto de modalidades de comunidades econômicas, mas nada impede que os Estados formulem variações. A sequência abaixo, por mais que represente uma sequência evolutiva, também não obriga os Estados a segui-la: i) Zona de integração fronteiriça - É a comunidade que se forma numa microrregião fronteiriça, envolvendo um conjunto de municípios vizinhos pertencentes a Estados diferentes. O objetivo é facilitar as relações que naturalmente se formam entre as comunidades municipais vizinhas, geralmente de natureza comercial, além do trânsito de pessoas, que contribui para a formação de famílias, para o uso de serviços públicos, para a participação em eventos públicos, etc; ii) Zona de união alfandegária - É a zona comunitária entre Estados que reduzem as barreiras comerciais burocráticas recíprocas. Muitas vezes o comércio internacional é inviabilizado pela dificuldade dos mercados atenderem às exigências dos compradores. Parte destas exigências tem o propósito de reduzir a pressão comercial e proteger o produto local. Mas essas exigências acabam por atingir produtos que a demanda local necessita. A união alfandegária reduz as formalidades técnicas de documentação, exigidas, por exemplo, em matéria sanitária, ambiental, de pesos e medidas, etc; iii) Zona de livre comércio - É a comunidade entre Estados que libera o comércio recíproco das tarifas de importação e exportação. Facilita também as barreiras burocráticas para a circulação de mercadorias. É a modalidade mais frequente; iv) Zona de preferências aduaneiras - É a zona de livre comércio acrescida de uma Tarifa Externa Comum (TEC). A Tarifa Externa Comum impõe aos membros da comunidade um padrão único de tarifas para as importações e exportações com países de fora da comunidade. A intenção é evitar que os produtos estrangeiros de Estados sem acordo de livre comércio entrem pelas fronteiras do vizinho comunitário. A TEC é fundamental para o funcionamento do livre comércio, mas é de difícil implantação porque a análise das tarifas impostas aos Estados não membros é realizada produto por produto comercializado, conforme as condições de demanda e produção de cada Estado comunitário; v) Mercado Comum - É a comunidade internacional que amplia a livre circulação de mercadorias para a livre circulação de pessoas, capitais e serviços. A integração nesta modalidade é mais efetiva, pois envolve as populações. Mas o mercado comum exige a instalação de mecanismos comuns de controle fronteiriço para os que não são partes da

comunidade, pois agora há mais interesses envolvidos, como as políticas imigratórias e as políticas fiscais sobre o fluxo de capitais. É a partir de um Mercado Comum que a presença de um direito administrativo comunitário se faz efetivo, com políticas, normas e atos administrativos para as relações que se formam com o propósito comunitário, como a atuação da administração na prestação de serviços para o cidadão comunitário, na defesa dos consumidores, na gestão da política econômica e monetária; vi) União econômica - É a evolução natural de um mercado comum, pois a circulação de riquezas num âmbito de um verdadeiro mercado implica no surgimento de uma moeda única, um banco central único, um órgão de regulação permanente da comunidade (um parlamento), um judiciário para questões da comunidade e uma política de redução da desigualdade regional com a distribuição de recursos públicos de fundos criados na comunidade. Envolve não somente direito comunitário, mas Direito Comercial, Direito Constitucional, Direito Administrativo, etc. É efetivamente neste tipo que há um Direito Administrativo comunitário (usando-se como referência a experiência europeia). Especialmente por conta da supranacionalidade das normas, com a autonomia normativa que possibilita a consolidação do sistema administrativo, além da distribuição tripartite ao modo de Montesquieu, com uma gestão administrativa relativa, e também com a maior integração e a sua repercussão na circulação de bens, pessoas e serviços (ROCHA, 2012, p. 103).

b) A Europa e a sua trajetória no Direito Comunitário - A primeira experiência relacionada ao Direito Comunitário Europeu foi a Comunidade do Carvão e do Aço (CECA), criada no pós-guerra, em 1952, entre Alemanha Ocidental, França, Itália e Benelux, como uma comunidade de livre comércio de carvão e aço para a reconstrução da indústria de base desses países. A experiência evoluiu para uma comunidade de livre comércio mais ampla, a CEE, pelo tratado de Roma, de 1957 (em 1965 CECA e CEE se fundem), onde o nível de integração regional evoluiu para a adoção de uma política tarifária externa comum (equivalente à TEC) e políticas comuns para agricultura, transporte e circulação de mão-deobra. Em 1992, com o Tratado de Maastricht, a CEE passa a chamar-se Comunidade Europeia (CE). Neste período outros Estados aderiram ao bloco: Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Grécia, Espanha e Portugal. Em 1993 é fundada a União Europeia, resultante da fusão das comunidades europeias, mas com uma natureza diferente: uma união econômica, com

moeda comum, banco central e integração normativa supranacional em política econômica pelo parlamento europeu (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Além da política de livre circulação de pessoas, bens e capitais, das políticas comuns para agricultura, desenvolvimento regional, comércio e pesca, a UE avançou para um sistema de regulação autônoma sobre estes temas, a caracterizar a supranacionalidade; também avançou para uma política mais incisiva de investimentos do bloco nas particularidades dos membros com fins à realização destas políticas; avançou, por consequência, na regulação e controle destes investimentos, com um direito administrativo comunitário; por fim avançou com a zona do euro, um sistema monetário, em torno de uma moeda comum, que repercute na economia e na integração dos membros (UNIÃO EUROPEIA, 2016). A supranacionalidade europeia, com a competência atribuída ao Parlamento Europeu para legislar sem a necessidade de ratificação dos Estados membros, representa uma das grandes transformações para a concepção política do Estado contemporâneo, uma aposta para o futuro do Estado. A União Europeia também possui uma divisão segundo o modelo de Montesquieu, com órgão executivo (Comissão Europeia), legislativos (Conselho da União Europeia e Parlamento Europeu) e judiciário (Tribunal de Justiça da União Europeia) (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

2 DIREITO ADMINISTRATIVO COMUNITÁRIO EUROPEU E SUA REPERCUSSÃO INTERNACIONAL

O direito comunitário europeu evoluiu para a formação de um direito administrativo comunitário e deste, para um direito administrativo que se internacionaliza, pelo menos no âmbito da comunidade.

Esse direito se caracteriza por produzir uma uniformização do direito administrativo dos Estados-membros; por criar uma legalidade típica; criar um ato transnacional; por afetar o regime jurídico de diversos institutos administrativos, entres os quais discrimina Paulo Otero:

> São hoje visível nos seguintes principais domínios: (i) A contratação pública, incluindo regras sobre o procedimento administrativo contratual e as garantias contenciosas específicas;(ii) A atividade econômica dos poderes públicos, designadamente a formulação de um conceito de empresa pública e a sua sujeição genérica ao Direito da concorrência, além de uma profunda alteração da matéria referente à gestão dos serviços públicos;(iii) A definição de regras em matéria

> política económica e monetária, política social, educação, formação profissional e juventude, saúde pública, defesa dos consumidores, investigação e desenvolvimento tecnológico, sem embargo de outras políticas comunitárias;(iv) A função pública, envolvendo os princípios da livre circulação de trabalhadores e da abolição de toda a discriminação em função da nacionalidade entre os trabalhadores dos Estados-membros e uma redefinição dos critérios de acesso ao emprego público;(v) O urbanismo e o meio ambiente;(vi) A responsabilidade civil do Estado pelo incumprimento do Direito Comunitário;(vii) Em termos contenciosos, além da violação da legalidade comunitária ser fonte de invalidade dos actos das Administrações dos Estados-membros, observa-se a projecção das normas comunitárias sobre o direito processual nacional. (OTERO, 2003, p. 464).

Há um novo direito administrativo, e é um direito administrativo que se distingue por ser comunitário. O seu sentido inverso também é válido, um direito comunitário que, por repercutir tanto no direito administrativo, é um direito comunitário que é predominantemente administrativo.

> Uma tal "contaminação" da normatividade interna pela ordem jurídica comunitária, reforçando a complexidade do sistema jurídico, abre hoje uma nova dimensão ao Direito Administrativo: a caracterização da Comunidade Europeia como sendo uma "Comunidade de Direito Administrativo", gera naturais efeitos sobre a legalidade administrativa de cada um dos Estados-membros, assistindo-se a um fenómeno de comunitarização ou europeização do Direito Administrativo, não obstante a Comunidade Europeia não dispor ainda de um Direito Administrativo sistematizado (OTERO, 2003, p. 457). A reforma, eventualmente próxima, do direito constitucional europeu só poderá vir confirmar uma realidade já hoje indesmentível: a incidência do direito comunitário nos direitos administrativos dos Estados-membros é de tal monta que vários autores falam já numa verdadeira "comunitarização" ou "europeização" dos direitos administrativos nacionais (SOUSA, 2008, p. 66).

O novo direito administrativo, que é fruto do modelo que a integração comunitária europeia adotou, é um direito administrativo que deve observar a composição entre os ordenamentos, como observa Colaço Antunes:

> O direito administrativo abandonou definitivamente o Estado, que é agora um artefacto do passado, o paraíso perdido. É no ordenamento jurídico compósito da União Europeia que se devem procurar os critérios iluminantes em relação às categorias fundantes do direito administrativo. Se quisermos estudar este ramo de direito público para ver o futuro temos que olhar para lá do Estado (ANTUNES, 2012, p. 143). A natureza composta e multinível do ordenamento jurídico europeu (comunitário) implica a necessidade de colaboração entre as Administrações nacionais e a Administração comunitária (integração vertical) e uma crescente colaboração transnacional entre as várias Administrações dos Estadosmembros da União Europeia (integração horizontal) (ANTUNES, 2012, p. 150).

Essa composição aproxima-se, conforme Paulo Otero, de um modelo federativo, um "federalismo de execução".

> Vigora no Direito Comunitário, por efeito do Tratado e de desenvolvimento jurisprudencial, uma regra que confia normalmente à competência dos Estados-membros a execução de decisões comunitárias, criando assim um verdadeiro "federalismo de execução". (OTERO, 2003, p. 471).

Entretanto, essa conclusão, a nosso ver, se restringe mesmo para a observação do modelo de execução comunitária, porque o que está em jogo também é o paradigma das sociedades políticas. Conforme Colaço Antunes, a União Europeia é a atual referência para a forma política hegemônica, a substituir o Estado Moderno.

> A União Europeia é a atual forma histórica de um ordenamento jurídico de fins gerais, em substituição do Estado como penúltima personalização (histórica) de um ordenamento jurídico geral. O ordenamento jurídico da União Europeia é um ordenamento compósito, que integra os ordenamentos nacionais com base nos princípios fundamentais do primado e do efeito direto, de criação jurisprudencial (Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE) (ANTUNES, 2012, p. 149).

A nova administração pública comunitária se fundamenta, naturalmente, numa "nova legalidade administrativa". "Nova" porque corresponde a uma autoridade legitimadora distinta da fórmula tradicional e, consequentemente, produzida sob condições distintas, quais sejam, a) a conjugação entre direito nacional e direito comunitário, a romper com o

padrão normativo soberano; b) uma predominância da norma comunitária, no que é de regulação comunitária, a reforçar a tese do acaso do Estado soberano (qualquer tentativa de ver na União Europeia um super Estado é sem fundamento, pois a integração sequer se aproxima disto); c) uma nova tipologia de atos administrativos, próprios do direito comunitário.

Quanto às condições a) e b), há um novo paradigma para a legalidade, uma legalidade derivada de uma sincronia entre os ordenamentos jurídicos (bem distinta de uma possível comparação com a integração imaginada pelo monismo kelseniano para o direito nacional e o direito internacional). A legalidade comunitária, de tipo "federativa", sem ser estatal. Neste sentido pode-se ver a opinião dos autores portugueses consultados:

> O Direito dos Estados-membros encontra-se vinculado a respeitar, segundo impõem os princípios do primado e da aplicabilidade directa, o Direito Comunitário.O Direito Comunitário constitui, neste sentido, uma ordem jurídica que se sobrepõe ao Direito dos Estados-membros no âmbito das respectivas atribuições concorrentes, estabelecendo os princípios que estes últimos devem respeitar. Existe aqui uma repercussão tão intensa do Direito Comunitário sobre os Direitos Nacionais que poderá mesmo considerar-se que gera um tal grau de convivência que aquele deixa de ser um corpo jurídico separado do Direito de cada um dos Estados-membros (OTERO, 2003, p. 463).A integração numa união económica e monetária, em exigências de convergência orçamental (como acontece actualmente com o pacto de estabilidade e crescimento) têm inevitáveis consequências sobre o dimensionamento da administração pública em sentido orgânico e em sentido material, impondo reformas que estão na ordem do dia em diversos Estados membros. Por outro lado, a integração europeia tem acentuado a governamentalização dos sistemas de governo dos Estados-membros, efeito de índole sobretudo político-legislativa que acaba, contudo, por se projectar nas fronteiras da actuação governamental administrativa, e não apenas na matéria da transposição de directivas (SOUSA, 2008, p. 120).

Quanto à nova tipologia (c) de atos administrativos, Colaço Antunes expõe bem as suas razões, próprias do ambiente comunitário:

> É indiscutível constatar que, frequentemente, os atos administrativos são eficazes em âmbitos territoriais mais amplos ou mais acanhados em comparação com o âmbito de vigência das normas que aplicam, podendo,

> inclusive, a eficácia de um ato ditado por um órgão de uma Administração nacional ultrapassar a □fronteira□ e projetar-se noutros ordenamentos nacionais. Esta realidade comunitária explica o nascimento de uma nova figura: o ato administrativo transnacional. (...). A justificação desta nova figura assenta na necessidade de satisfação plena das quatro liberdades fundamentais da União Europeia (livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais). Exemplificando, se a norma jurídica aplicável à autorização de novos alimentos ou ingredientes alimentares é a mesma para 27 Estados membros da União Europeia, resultava incompreensível que, no mercado interno, uma empresa que produza tais bens e os queira pôr em circulação tivesse que obter 27 autorizações (ANTUNES, 2012, p. 152).

Há várias classificações na doutrina. Uma síntese delas distribui os atos administrativos comunitários nas seguintes categorias, também segundo Colaço Antunes:

> há toda uma tipologia de ato administrativo transnacional. Temos, assim, atos administrativos com eficácia transnacional automática (por exemplo, as cartas de condução), atos que são objeto de decisões comuns (por exemplo, autorização de comercialização de novos produtos alimentares) e ainda atos sujeitos a (mútuo) reconhecimento (por exemplo, o reconhecimento, em regra, passivo, de títulos acadêmicos de outros Estados através de um ato de equivalência). A situação é diferente quando o título de legitimação é uma norma ou tratado internacional, o que implica do Estado receptor um ato de homologação do título acadêmico. (ANTUNES, 2012, p. 154).

3 DESAFIOS DO DIREITO COMUNITÁRIO ADMINISTRATIVO EUROPEU E A DEMOCRACIA

Pressupondo que a União Europeia e seu direito administrativo comunitário seja o paradigma para o direito administrativo e para as sociedades políticas hegemônicas no século XXI, a repercussão para a perspectiva democrática precisa de um delineamento. É preciso identificar premissas, já que para esta análise ainda há de se somar muitos elementos a definir (entre eles, a estabilidade da União Europeia e a capacidade do modelo em tornar-se paradigma).

A premissa a), para a sobrevida democrática, é a necessidade de que o novo direito administrativo não se desvencilhe do ideal do Estado

de Direito, a preservar, naturalmente, o princípio da legalidade. Se a União Europeia significa um novo modelo de sociedade política hegemônica, se não possui o fundamento do Estado Moderno, que é a condição soberana do poder, até que ponto isto pode afetar a estrutura pública de gestão e o seu funcionamento burocrático pautado na legalidade?

> Para além de existirem todas as características próprias do ordenamento geral, a democraticidade e politicidade têm agora outra densidade. Os fins deixaram de ser limitados para alcançarem um nível geral; o indivíduo é um verdadeiro sujeito jurídico e um cidadão europeu, titular de direitos fundamentais, atingindo a justa promoção de sujeito optimo jure do ordenamento jurídico europeu (ANTUNES, 2012, p. 124).

Os processos de globalização e reformulação sistêmica neoliberal confirmam um enfraquecimento do Estado Moderno, mas também um enfraquecimento do Estado Social e, em certa medida, do Estado Liberal, em sua face jurídica de arcabouço protetivo das liberdades individuais sob o título de Estado de Direito.

Um Estado menor e, quando isso não for possível (o que é comum), um Estado mais eficiente. A eficiência administrativa não é sinônimo de neoliberalismo, mas se situa no mesmo patamar das respostas para a crise atual do Estado e da administração. A concorrência global afeta principalmente a gestão orçamentária do Estado, para além de um juízo valorativo do modo de gestão, a eficiência (a opção ótima) é, naturalmente, a primeira resposta. O que se vê, recorrentemente, para a teoria do Estado e da administração pública em geral, é que o discurso da eficiência administrativa, atual e voraz, se confronta com o princípio da legalidade.

> Passamos de uma sociedade política a uma sociedade organizacional, entendida essa última como uma sociedade de gestão sistêmica e tecnocrática que serve de legitimação e referência aos direitos da pessoa e, portanto, define uma liberdade de maneira totalmente privada. Isso inclui o pressuposto equivocado de que o livre mercado geraria necessariamente sistemas democráticos, já que as pessoas que têm livre opção econômica tenderiam a exigir também a livre opção política das democracias multipartidárias (DUPAS, 2003, p. 59).

Há, atualmente, um alargamento da ideia de legalidade, a confundir-se com juridicidade (a legalidade inerente também nos princípios e na conjugação das normas). Essa compreensão, atual, traz

também o risco (ou necessidade) de uma flexibilização do conceito para uma compatibilização outros princípios em conflito.

A premissa b) é a preservação do sujeito cidadão, diante do perigo das vicissitudes da sociedade pós-moderna (individualismo exacerbado e a desagregação das sociedades política e civil). Que esta perspectiva pós-moderna para a democracia não encontre na forma europeia comunitária um terreno fértil.

> O exercício da democracia é a luta permanente dos sujeitos contra a lógica dominante dos sistemas. No entanto, o espaço da liberdade está se reduzindo progressivamente a um ato de consumo. A internacionalização das mídias e o progressivo rompimento do delicado equilíbrio de fronteiras entre Estado, sociedade civil e indivíduo fazem a prática dessa liberdade dissociar-se cada vez mais da ideia de compromisso com sua sociedade e seu meio cultural. A democracia passa, assim, a ser ameaçada em duas frentes principais: o individualismo extremo, que abandona a vida social aos aparelhos de gestão e aos mecanismos de mercado; e a desagregação das sociedades política e civil (DUPAS, 2003, p. 11).

Tradicionalmente (para o modelo de Estado em crise, especialmente nas sociedades centrais europeias), o cidadão é um sujeito de articulação política com o Estado, em crescente regulação e proteção de direitos. Em certa medida, a sociedade comunitarizada em nível continental significa uma diluição das instâncias (de regulação e de implementação de políticas públicas). Mas também há o elemento cultural pós-moderno, de um indivíduo que não se vê mais como um cidadão tradicional. Onde a coletivização de sua voz pelas representações tradicionais não fazem mais sentido, porque ele não se comunica mais assim, porque também não corresponde às suas formas de se socializar (seu modelo de família, de trabalho, de laser - a diluição das formas de família, a virtualização do trabalho e do laser, etc.).

A premissa c) é que a proteção dos direitos humanos não adquira uma rota de retrocesso. Esses momentos de transformação sistêmica são perigosos no sentido de reverter, inverter ou abandonar processos. Não necessariamente a União Europeia ou os processos que ocorrem sob o título de pós-modernidade, coincidentes ou não com a comunidade, são sinônimos de desregulação social, de desproteção do indivíduo, do cidadão e do Estado de Direito, mas há um modo operativo dos sistemas sociais novos. Na pós-modernidade, segundo Freitag, entre outros paradigmas,

há a substituição do político como campo de debate sobre as normas fundamentais pelo campo político como lugar de soluções para problemas particulares; os direitos do homem universalistas e colocados em prática na legislação geral são substituídos por direitos da pessoa, protegendo particularismos privados e sancionados pela via de litígios judiciários; a legalidade e a legitimidade é substituída pela operatividade e eficácia; a expressividade coletiva e a instrumentalidade privada é substituída pela expressividade privada e instrumentalização do coletivo; a justificação a priori (questão de direito) é substituída pela avaliação pragmática a posteriori (questão de fato); a hierarquia das normas é substituída adaptação funcional (FREITAG, 2002).

Há um sentido de pragmatismo e eficiência com risco de atropelamento das conquistas sociais emancipadoras do indivíduo. Por outro lado, o indivíduo não é mais o mesmo, então há que se perguntar, que direitos esse novo indivíduo precisa, para se proteger?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A União Europeia assumiu a vanguarda contemporânea dos modelos políticos que se pretendem hegemônicos. É a comunidade internacional mais evoluída. O estágio atual, de união econômica, resultou num direito administrativo comunitário e dele, a incerteza quanto às políticas públicas de proteção de direitos fundamentais, de efetividade do Estado de Direito e de garantia do debate democrático. Por outro lado, a Europa possui uma tradição progressista em matéria de direitos humanos e de democracia. É a compatibilidade entre o direito comunitário e a democracia que se apresenta como um desafio.

A democracia é a forma de governo que a modernidade elegeu, é a idealização mais sedutora da política. Entretanto, só a conhecemos numa perspectiva estatal, não há experiência de organização política democrática que signifique uma forma de governo e que se aplique a um poder diferente de uma sociedade política com um povo e sobre um determinado território. Neste campo, há experiências democráticas, não há uma democracia. A comunidade internacional ainda é embrionária no papel da cidadania em seus fóruns de decisão.

O debate sobre a proteção dos direitos humanos e da democracia deve ser contínuo e deve observar as transformações das instituições e das relações de poder. A globalização é uma generalização de fenômenos

econômicos e políticos ocorridos a partir das últimas décadas do século passado e que ainda apresenta novidades e desafios. O vigor da formação de blocos regionais como comunidades de Estados também pode ser associada a essa época, pelo menos a sua caracterização atual não pode ser dissociada dos efeitos da globalização econômica.

A administração pública, e a sua regulação, em termos de União Europeia, ainda está por definir o seu papel no futuro próximo (comunitária, globalizada, pós-moderna ou o que se apresente como síntese paradigmática). Mas somente continuará a tradição democrática europeia se cumprir o papel de preservar a) os fundamentos do Estado de Direito, em especial, o princípio da legalidade; b) o protagonismo do sujeito cidadão; c) a trajetória protetiva positiva dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A ciência Jurídica Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2012.

DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

FREITAG, Michel. **L`oubli de la société: pour une théorie critique de la postmodernité**. Rennes: Universitaires de Rennes, 2002.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **Direito Internacional Público**. Resumido. Franca-SP: Ribeirão Ed., 2012.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. Franca-SP: Ribeirão Ed., 2013.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral**. Tomo I. Introdução e princípios fundamentais. Alfragide/Portugal: Dom Quixote, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. https://europa.eu/european-union/index_pt. Acesso em: 29 set. 2016.

EIXO 2:

GLOBALIZAÇÃO, CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

O CERCEAMENTO DO DIREITO À PRIVACIDADE PELO PODER PÚBLICO: DISCUSSÕES ACERCA DOS BLOQUEIOS NAS REDES SOCIAIS VIRTUAIS

Agnaldo de Sousa Barbosa*
Louise Fernanda de Oliveira Dias**
Marcus Vinícius de Faria***

INTRODUÇÃO

Os esteios da globalização somados as inovações na área de tecnologia da informação, comunicação e processamento tornaram os antigos modelos teóricos de vigilância tanto da literatura distópica de Orwell, quanto o filosófico-social de Foucault, incapazes de explicar a manifestação da vigilância na contemporaneidade. Coube a Bauman, em sua perspectiva de vigilância líquida, fundamentar e analisar o modelo atual de reestruturação panóptica, ou como ele designa "pós-panóptica" sobre uma sociedade pela qual os mecanismos de vigilância estão se manifestando de forma ainda mais sutil e adentrando a esfera da privacidade. Assim, as redes sociais virtuais como Facebook, WhatsApp apresentam-se como mecanismos de vigilância líquida, na qual todos vigiam a intimidade uns dos outros e vice-versa, além de serem eles próprios produtores e expositores de sua privacidade. Em um primeiro momento é importante o questionamento de que, diante dessa nova roupagem social, qual a nova perspectiva que poderia ser apontada para o direito fundamental a privacidade. E, nesse contexto se encontraram os bloqueios impostos ao software Whatsapp e também de valores significativos das contas bancárias do Facebook como forma de coagi-los a fornecer informações particulares dos indivíduos, de sua privacidade à Justiça.

Assim, primeiramente foi desenvolvida uma análise crítica da produção teórica acerca da estruturação da vigilância líquida e do direito fundamental a privacidade, com a finalidade de buscar compreender suas configurações e a relação entre eles. Após, foi promovida, ainda, a partir

* Pesquisador doutor em Direito vinculado à Universidade de Araraquara, à Fundação Educacional de Ituverava e à Faculdade de Direito de Franca.
** Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Graduanda em Direito. Bolsista CNPq/PIBIC.
*** Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Graduando em Direito. Bolsista Fapesp.

de pesquisa empírica nas mais diversas fontes como jornais e revistas (Folha de S. Paulo, Estadão, O Globo, Veja, Época, Carta Capital e Isto É), Com o objetivo de analisar a conjuntura social atual na perspectiva da globalização e aprimoramento dos mecanismos de comunicação, processamento e informação, a nova dinâmica da sociedade de vigilância pela infusão dos mecanismos de comunicação telemática e a configuração do direito a privacidade diante da atual estruturação social e investigar os bloqueios judiciais impostos ao funcionamento do aplicativo WhatsApp e os bloqueios de montantes nas contas bancárias do Facebook, a partir da fundamentação jurídica dada a essas decisões e sua incidência no direito fundamental do individuo a privacidade.

1 O CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL DO PROBLEMA: A PERSPECTIVA ATUAL DA VIGILÂNCIA NA SOCIEDADE

Os estudos que relacionam controle social à vigilância possuem uma longa trajetória, contudo, diante do desenvolvimento das tecnologias de informação, processamento e comunicação é preciso que se discorra sobre uma nova percepção da questão da vigilância na sociedade contemporânea e se os tradicionais modelos teóricos do grande irmão de Orwell e do panóptico de Foucault continuam a refletir adequadamente a conjuntura social. Antes da análise sobre os modelos teóricos de vigilância é preciso ter em mente que "informação é poder" e com base nisso Víctor Gabriel Rodríguez aponta:

> [...] na denominada sociedade da informação, o fluxo informativo permite, no mínimo, alterar as relações de poder e o modo como ele é exercido. O exercício do comando pela força física, salvo raras exceções, perdeu lugar para o conhecimento e, principalmente, para o controle que se poder levar a efeito sobre cada individuo através da capacidade de obtenção de dados. (RODRÍGUEZ, 2008, p.21)

A literatura distópica da obra 1984 de George Orwell apresenta, pela perspectiva da personagem Winston Smith, um monitoramento contínuo sobre a sociedade exercido pelo Estado. A vigilância na obra se apresenta tanto no monitoramento dos vizinhos delatores de Winston, quanto nas teletelas - que são uma espécie de televisor com capacidade de monitorar, gravar e espionar a população e, também, nos diversos cartazes espalhados pelo território com os dizeres: "O Grande Irmão está de olho em você" (ORWELL, 2005, p.12).

Na análise filosófico-social, a proposta do panóptico para vigilância foi primeiro pensada por Jeremy Bentham (1748 -1832); o panóptico seria uma obra arquitetônica circular, com celas ao redor de um pátio e uma torre central. A torre permite uma vigilância onipresente, porque o espaço seria inteiramente observado, sem que o observador fosse visto e, ainda, exercia um efetivo controle social, sem violência física, porque ainda que não houvesse ninguém na torre central para exercer a vigilância, os habitantes da cela não podem saber e sentem sobre si o peso da observação. Nessa perspectiva, a mera possibilidade de vigilância já é suficiente para exercer controle social. Foucault (2011) percebeu no mecanismo de Bentham uma máquina de criar e sustentar o poder, uma chave para a compreensão e configuração das sociedades modernas, porque o panóptico é uma tecnologia politica, adaptada às escolas, fábricas, hospitais e quartéis.

De acordo com Falk e Rodrigues (2015):

> As técnicas de vigilância como forma de controle social, todavia, estão longe de ser apenas uma preocupação teórica de filósofos utopistas e romancistas distópicos, constituindo, em verdade, um fator constantemente presente em nosso cotidiano, ainda que de modo imperceptível. A obsessão pela vigilância e pelo controle na sociedade contemporânea aumentou sensivelmente nas últimas décadas com a generalização de um sentimento de medo e insegurança coletivos, sendo claramente perceptível em escala global principalmente após os eventos que marcaram o fatídico 11 de setembro 2011. (FALK; RODRIGUES, 2015, p.4)

Eles enfatizam que após o atentado de 11 de setembro de 2011, a demanda da sociedade por segurança aumentou, tanto no setor público quanto no privado, e também no ambiente virtual. Nesses setores reina uma noção onipresente de insegurança, que pode ser contra terroristas, hackers, ou simplesmente contra o desconhecido. É importante ressaltar que essa busca por uma "segurança" constante, de certa forma, tem atingido e cerceado a privacidade, porque o olhar onipresente das câmeras estão em todo e qualquer lugar, inclusive em nossos próprios bolsos com nossos telefones celulares, prontas para serem utilizadas e registrar qualquer fato, a qualquer momento.

A respeito da configuração atual da sociedade, Falk e Rodrigues (2015) argumentam que os modelos teóricos de Orwell e Foucault não são

mais suficientes para refletir o atual problema de vigilância na sociedade contemporânea, porque:

> Como a tecnologia tornou-se parte da textura que compõe a vida nas sociedades contemporâneas, o fenômeno da vigilância atualmente se distingue das formas tradicionais de controle social. A tecnologia possibilita a coleta, armazenamento, processamento, classificação e transmissão de informações numa dimensão nunca antes sequer imaginada. Portanto, não se trata de uma "versão eletrônica da vigilância", mas de um fenômeno qualitativamente novo que transcende a distância, a escuridão, o tempo e as barreiras físicas. (FALK; RODRIGUES, 2015, p.5)

Nessa perspectiva surge o conceito baumaniano de vigilância líquida. Para Zygmunt Baumann (2014, p.7) a vigilância é uma dimensão-chave do mundo moderno, que ele também chama de modernidade líquida. A vigilância "se insinua num estado líquido" e é um aspecto cada vez mais presente nas notícias diárias, o que reflete sua crescente importância em muitas esferas da vida. Assim, o modelo de Orwell seria falho porque não prevê a vigilância feita pelas empresas através da coleta e armazenagem de dados dos indivíduos por meio de seu acesso à rede, para o mapeamento do mercado consumidor, bem como o de exercer uma influência sobre esse mercado com propagandas diretamente posicionadas. Já o modelo panóptico de Foucault é visto por Bauman (2014, p.12) como "apenas mais um modelo de vigilância" e o modelo vigente hoje, que instaura uma vigilância liquida deve ser entendido como "pós panóptico". Assim:

> A arquitetura das tecnologias eletrônicas pelas quais o poder se afirma nas mutáveis e moveis organizações atuais torna a arquitetura de paredes e janelas amplamente redundante (não obstante firewalls e Windows). E ela permite formas de controle que apresentam diferentes faces, que não tem uma conexão óbvia com o aprisionamento e, além disso, amiúde, compartilham as características de flexibilidade e da diversão encontradas no entretenimento e no consumo. (BAUMAN, 2014, p.13)

Dessa forma, como a própria vigilância apresenta-se em uma perspectiva atualizada, líquida e com uma influência ainda mais sutil na vida do individuo é preciso analisar a questão da privacidade em uma ótica

da sociedade contemporânea, estruturada com base na grande influência das tecnologias de informação, processamento e comunicação.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA PRIVADA

A Constituição Federal declara em seu art.5º, X como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Desde logo, é perceptível que a Constituição estabelece tratamento diferenciado entre vida privada e intimidade, ao reconhecê-las como direitos fundamentais distintos.

Pela hermenêutica fala-se na regra de que em um texto jurídico inexistem palavras inúteis. Se levarmos essa regra em consideração, é salutar que se estabeleça a diferenciação entre os conceitos de intimidade e privacidade. Muito embora, aponta criticamente Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p.35-36), ao comentar esse dispositivo em específico, "na verdade, nesta Constituição, é praticamente impossível aplicar a regra segundo a qual num texto jurídico inexistem palavras inúteis", partidários dessa ideia, como Luis Alberto David Araújo e Pedro Frederico Caldas, utilizam privacidade e intimidade como sinônimas.

Partindo da primeira premissa, a de que o constituinte escolheu por apontar vida privada e intimidade como dois conceitos distintos, Víctor Gabriel Rodríguez (2008, p.25) em estudo sobre a intimidade, dá aporte para a compreensão de ambos os direitos. Ele faz alusão à teoria das esferas de Hubmann que posteriormente foi aprimorada por Henkel, ambos juristas alemães na tentativa de compreender privacidade, intimidade e segredo. Segundo a mencionada teoria das esferas, a proteção da personalidade apresenta três círculos concêntricos e distintos. O primeiro círculo é também o maior e recebe o nome de Sphärentheorie, ele diz respeito à vida privada, ou privacidade; é o círculo que abrange os outros dois. O círculo do meio é a Intimsphäre, e corresponde a intimidade. Por fim, o terceiro e último círculo, o menor deles e mais fechado é o Geheimsphäre e diz respeito aos segredos documentais ou informações secretas.

Víctor Gabriel Rodríguez entende que seja matéria de Direito Penal apenas questões tocantes à intimidade e conclui que:

> Parece-nos que a distinção entre vida privada (ou privacidade) e intimidade é mais uma questão de riqueza de linguagem que de outro tema, o que não significa, entretanto que não exista diversidade semântica entre elas. Não é preciso uma grande investigação linguística para que se perceba que

> de fato pode haver fatos pertencentes à vida privada que não sejam necessariamente íntimos. Portanto, entende-se que a vida privada tem maior amplitude de significado. E se existe significado mais amplo para alocução que para o vocábulo, impossível concordar de todo com a posição de que inexista relevância jurídica na distinção: no exercício da atividade hermenêutica, por certos efeitos práticos surgem da distinção. (RODRÍGUEZ, 2008, p.31)

José Afonso da Silva (2007, p.206) estabelece predileção pelo uso do termo direito à privacidade, "num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou". Essa mesma abordagem é feita pelo Código Civil, cuja menção ao direito à privacidade é feita no art.21, este dispositivo, por sua vez encontra-se no capítulo referente aos direitos da personalidade e como tal possui atributos como inviolabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e instransmissibilidade.

A epistemologia jurídica estabelece há tempos o uso da dicotomia público e privada, a ponto de dividir o próprio Direito em dois ramos, o público e o privado. Entende-se que na esfera pública encontram-se certos fatos ou ações que podem estar a conhecimento de todos, já a esfera privada, em contraposição a anterior, trata de assuntos que devem ser restritos ao conhecimento de um indivíduo ou de um grupo fechado e desse conhecimento surge à compreensão de vida privada ou privacidade, separada e distinta de vida pública. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p.83) ao comentar o art.5º, X da Constituição Federal, entende que a vida privada em oposição à vida pública, como aquela desenvolvida fora dos olhos do público, é a vida no interior de um grupo reduzido e fechado, o ambiente de convívio e compreende a intimidade pessoal.

José Afonso da Silva (2007, p.208) enfatiza que a tutela constitucional da privacidade visa proteger a pessoa, de particularmente, dois atentados que podem ser contra o segredo da vida privada ou contra a liberdade da vida privada. Nessa perspectiva o segredo é percebido como uma "expansão da personalidade" que pode ser atentada pela divulgação, quando se leva a público algum evento relevante à vida pessoal e familiar e também pela investigação, no tocante a pesquisas relativas à vida particular e familiar da pessoa, este envolve a proteção contra a conservação de documentos obtidos de forma ilícita.

Ainda, na proteção constitucional dada à privacidade podemos ver a proibição da invasão de domicílio (art. 5º, XI da CF), à violação de

correspondência, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art.5º. XII, CF); a exceção a este último dispositivo é dada nele próprio, quando enuncia: salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal[1]; bem como em caso de estado de defesa (art.136, §1º, I, b e c) e estado de sítio (art.139, III). (grifos nossos)

No entendimento da privacidade como um atributo da personalidade, Danilo Doneda (1) expõe:

> A privacidade é componente essencial da formação da pessoa. A sutil definição do que é exposto ou não sobre alguém, do que se quer tornar público ou o que se quer esconder, ou a quem se deseja revelar algo, mais do que meramente uma preferência ou capricho, define propriamente o que é um indivíduo - quais suas fronteiras com os demais, qual seu grau de interação e comunicação com seus conhecidos, seu familiares e todos os demais. (DONEDA, 2009, p.83)

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1993, p.445) aponta que o direito à privacidade, por ser um fundamento em si mesmo, permite a noção de que: "a privacidade de um indivíduo só se limita pela privacidade de outro individuo (como a liberdade de um só encontra limite na liberdade de outro)".

Com as colocações feitas é possível destacar que a escolha do trabalho pelo termo privacidade deve-se ao seu sentido mais amplo que intimidade e além de sua abrangência, ainda é capaz de compreender o próprio conceito de intimidade, mesmo sendo distinto dele. A privacidade é, então, um direito fundamental e um atributo da personalidade humana, que diz respeito à vida construída fora das vistas da comunidade, no máximo dentro de um grupo pequeno e ainda define as fronteiras do individuo e seu grau de interação e comunicação tanto com a comunidade, quanto com seu pequeno grupo de convívio, cabendo a ele e somente a ele, definir o que quer de seu interior que seja exposto na esfera privada e o que quer que seja mantido na esfera pública.

[1] BRASIL,CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL,1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 Out. 2016.

2.1 A privacidade na Internet

Com a intensificação promovida ao fenômeno da globalização pelo advento da Revolução Tecnológica, no final do século XX, a base material da sociedade foi modificada pelo fato da revolução em seu cerne de transformação, o desenvolvimento e aprimoramento das tecnologias de informação, processamento e comunicação. Dentre as inovações nas tecnologias de telecomunicações, duas merecem destaque especial, sendo elas o computador e a Internet; essa última promove a integração entre pessoas simultaneamente nos mais diversos pontos do globo, é, sendo assim rompe com as fronteiras terrestres de forma virtual. O fato é que com as novas tecnologias de informação, processamento e comunicação, os dados comunicativos não são mais efêmeros como acontecia, por exemplo, com a ligação telefônica, que se perdia com o tempo; as formas atuais de comunicação são capazes de armazenar esses dados. Além disso, o acesso a Internet deixa rastros e, assim, surgem os chamados cookies, que são arquivos de texto cuja principal função é armazenar as preferências dos usuários sobre um determinado website. Nesse sentido, como salienta Sidney Guerra:

> À medida que a pessoa se dispõe a "navegar" pela internet sua privacidade fica extremamente comprometida. É que com cada clique do mouse a pessoa vai deixando seu caminho marcado pela rede e, consequentemente os seus hábitos, seus vícios, suas necessidades e suas preferências. (GUERRA, 2004, p.78)

Doneda (2008, p.30, II) afirma que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, garantido pela Constituição em seu art. 5º, XII; e, ainda entende que essa proteção é um direito derivado diretamente da privacidade e, por isso, "a tutela da privacidade abrange a proteção dos dados pessoais". Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 38) ao comentar sobre esse dispositivo entende: "Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são os dados informáticos (v. incs. XIV e LXXII)".

Juliana Nolasco Ferreira (2016) aponta para uma percepção tríade da privacidade, porque esta se estabelece de empresas para com pessoas, do Estado para as pessoas e de pessoas entre pessoas e são nessas três formas de relação que esse Direito deve ser tutelado. Porque como aponta Guerra:

> A informação passou a ocupar ponto central na sociedade contemporânea, associando-se a ideia de poder, evidenciando a relevância adquirida pela informática como ciência e como processo. A atividade informática se desenvolve em quatro momentos: na obtenção, no armazenamento, no processamento e transmissão da informação; em todos pode-se aviltar, com muita facilidade, o direito à privacidade da pessoa humana. (Grifos nossos) (GUERRA, 2004, p.82)

A armazenagem das preferências dos usuários por meio de cookies, promove o chamado efeito "filtro bolha" da Internet, pelo qual a pessoa se vê presa e condicionada ao recebimento de informações sempre semelhantes àquelas que mais buscava, com pouca possibilidade de saída desse jogo de informações, isso porque as empresas e o Estado utilizam-se desses dados para traçar um perfil dos indivíduos e atuar sobre eles, promovendo uma relação entre os interesses do Estado e das empresas com as preferências individuais. Dessa forma, ainda que o indivíduo não se importe com o fato de terceiros terem acesso a suas informações de privacidade, o problema se apresenta quando, por exemplo, não se é possível imaginar quais inferências seriam feitas sobre o indivíduo, a partir de rastro na Internet, pelas pessoas que tem acesso às suas predileções.

3 O MARCO CIVIL DA INTERNET E A TUTELA DA PRIVACIDADE

A lei nº12.965 de 23 de abril de 2014, também chamada de Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil; é dividida em cinco capítulos: I- Disposições Preliminares, II- Dos Direitos e Garantias dos Usuários, III- Da Provisão de Conexão e de Aplicação da Internet, IV- Da Atuação do Poder Público e V- Disposições Finais; e possui trinta e dois artigos.

Antes de analisarmos especificamente as disposições do Marco Civil da Internet que de alguma forma atinjam o campo da privacidade, seja para adentrar seu íntimo ou para protegê-la, é necessário que sejam destacados os direitos do indivíduo na Internet:

> *Art. 7o O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:*
>
> ***I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;***

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; (...)

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta;
b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX-consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8o A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. (BRASIL, Lei 12.965, de 23 de abril de 2014)

A seção II do capítulo III trata especificamente sobre a proteção dos registros, dos dados pessoas e das comunicações privadas, primeiro entende que a guarda e disponibilização dos registros de comunicação[2] e acesso[3] às aplicações e também o conteúdo das comunicações privadas

[2] Conforme a Lei 12.965/14, em seu art. 5º, VI são registros de conexão o conjunto de informações relativas à data e hora de inicio e termino de uma conexão à internet, a duração desta conexo e o endereço de IP (código atribuído a um terminal de rede que permite sua identificação, conforme art.5º, III)

[3] São registros de acesso a aplicações de Internet, conforme o art.5º, VIII da Lei

deve preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das partes envolvidas. O provedor que for responsável por armazenar esses dados só pode disponibilizá-los mediante ordem judicial, em respeito ao disposto no art.7º da referida Lei.

Ainda nesta seção, o art.10, §3º entende que o respeito à intimidade, à vida privada, honra e imagem, para a guarda e disponibilização dos dados mencionados não impede o acesso aos dados cadastrais que informem a qualificação pessoal, filiação e endereço por autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

Conforme art.13, o administrador autônomo, aquela pessoa física ou jurídica que administra blocos de IP deve manter os registros de conexão pelo prazo de um ano, sobre sigilo e em ambiente controlado e de segurança. Essa responsabilidade não pode ser transferida a terceiros e o prazo pode ser aumentado, como medida cautelar, a pedido de autoridade policial, administrativa ou do Ministério Público.

Depois de requerido a manutenção dos registros de conexão por prazo superior a um ano, tem-se sessenta dias contados da data do requerimento, para ingressar com pedido de autorização judicial de acesso aos registros.

Os registros de acesso não podem ser guardados por provisões de conexão (art.14), mas o provedor de aplicações de Internet deve mantê-los sob o prazo de seis meses, em ambiente controlado e de segurança, sobre sigilo. E conforme disposto:

> *Art. 15 § 1o Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no **caput** a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.*
>
> *§ 2o A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no caput, observado o disposto nos §§ 3o e 4o do art. 13.*
>
> *§ 3o Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser*

12.965/14 as informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação (conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet, art.5ºVI)

> *precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.*
>
> *(BRASIL, **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014)*

Verifica-se, dessa forma, que em regra, os dados do usuário em seu acesso à Internet - registros de conexão, de acesso, comunicação privada e afins devem ser guardados por prazo determinado, em ambiente seguro e controlado, sempre sobre sigilo e respeitando os seus direitos, como por exemplo - à intimidade, vida privada, honra e imagem. Como exceção, esse prazo pode ser aumentado e autoridades podem ter acesso a eles por ordem judicial.

4 OS BLOQUEIOS NO BRASIL

O primeiro bloqueio ao serviço prestado pelo WhatsApp foi determinado pelo juiz Luiz Moura Correa, da Comarca de Teresina, Piauí, em 11 de fevereiro de 2015. O segundo, pela juíza Sandra Regina Nostre Marque, de São Bernardo do Campo, em 17 de dezembro de 2015. O terceiro, pelo juiz Marcel Montalvão, da comarca de Lagarto. A quarta, pela juíza Daniela Barbosa Assumção de Souza, da comarca de Duque de Caxias, em 19 julho de 2016. Por fim, a Justiça Federal do Amazonas, em primeira instância, bloqueou R$ 38.000.000,00 pela mesma razão (G1, 2016).

Nenhuma dessas sanções foi admitida pelas instâncias superiores quando do julgamento de recursos. O então presidente do STF (Supremo Tribunal Federal), Ricardo Lewandowisk, em 19 de julho de 2016, a pedido do PPS (Partido Popular Socialista), suspendeu liminarmente a decisão da juíza de Duque de Caxias (MORAIS, 2016).

5 OPINIÃO VEICULADA NA MÍDIA

5.1 Breve nota sobre o método

A coleta para angariar opiniões veiculadas na mídia sobre o tema contou com as matérias contidas nos sítios eletrônicos da Folha de São Paulo, do Estado de São Paulo e do Consultor Jurídico. Para acessar apenas artigos de opinião sobre o tema, houve a opção pela utilização de termos específicos. Assim, não foram contabilizadas matérias cujo intento é apenas informar sobre os bloqueios judiciais ao WhatsApp.

A pesquisa na Folha de São Paulo, no portal do acervo, iniciou-se com os termos bloqueio WhatsApp em páginas que também continham ao menos um dos termos opinião ou "editoriais". Nessas condições, foram localizadas dezoito páginas, das quais, duas foram excluídas por pertencerem ao caderno "Mercado" e outras duas ao caderno "Cotidiano". Não obstante, ainda foram excluídas duas ocorrências por indicarem apenas as chamadas da primeira página. Das restantes, um artigo de opinião da área "Tendências e debates" também foi excluído, pois somente comparava a preocupação com o Poder Judiciário no caso dos bloqueios com os da jucialização da saúde. Assim, neste jornal, resultou-se no total de onze matérias acessadas para análise, dos quais sete são posições dos leitores expostas na área "Painel do Leitor".

No acervo do jornal o Estado de São Paulo a pesquisa foi realiza nos mesmos termos que na Folha. Desse modo, foram listadas seis ocorrências, que, na verdade, totalizam apenas três, já que o portal as duplicou pelo aparecimento plural de expressões como "WhatsApp" ou "Bloqueio".

Das três, uma foi excluída por não apresentar nenhum dos termos buscados. Então, para a devida análise, restaram duas ocorrências, sendo que uma delas pertence à categoria "Fórum do Leitor".

Por fim, no portal do Consultor Jurídico, com o mesmo intento, cingiu-se a busca às páginas de artigos e de colunas com as mesmas expressões. Dessarte, foram indicadas quatorze ocorrências, das quais sete foram proscritas por limitarem-se a expor os destaques da semana e a retrospectiva do ano de 2015.

Das restantes, duas foram também excluídas por não abordarem o tema, mas somente compará-lo a outras situações e uma por ser "originalmente publicada na Folha de São Paulo", de sorte que já foi computada. Nesse ínterim, foram examinadas quatro ocorrências.

5.2 Opinião de leitores

Como as críticas dos leitores publicadas no "Painel do Leitor", da Folha de São Paulo, ou no "Fórum do Leitor", do Estado de São Paulo, não denotam qualquer preocupação argumentativa, mas sim somente a de informar ser o responsável contra ou a favor, optou-se por diferenciá-las apenas nestes itens, "Contra" ou "a favor" dos bloqueios. Assim, do total de nove ocorrências, oito na Folha de São Paulo e uma no Estado de São Paulo, apenas uma foi favorável.

O portal do Consultor jurídico não contém área para expressão de leitores.

5.3 Opinião de articulistas e colunistas

Como apresentado, com o método empregado, nove publicações foram analisadas. Dessas, uma, "O desafio do WhasApp ao Leviatã" de autoria de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Juliano Maranhão e Marcelo Finger (2016), não se propôs a apresentar uma opinião contra ou a favor, mas apenas a expressar a necessidade de se legislar sobre a atividade criptográfica empregada pelo aplicativo. Por esse motivo, foi excluída da apresentação entre contrários ou favoráveis aos bloqueios, todavia, aproveitada para a análise argumentativa.

Dessarte, das oito restantes, apenas uma se posicionou a favor da medida judicial, de autoria de "N. de R.", publicada no Estado de São Paulo (R., 2016). Nestes textos, foi possível identificar nove argumentos, delineados nas próximas linhas:

5.3.1 Argumentação contra os bloqueios

5.3.1.1 Proporcionalidade

Um dos argumentos mais utilizados pelos contrários aos bloqueios judiciais impostos ao WhatsApp foi pautado no Princípio da Proporcionalidade. Para os autores que aplicaram esse argumento (SCHWARTSMAN, 2015; COSTA, 2016; FOLHA, 2016; LOPES JR, COLLI, 2016), a tentativa de coerção aplicada pela Justiça pune demasiadamente os milhões de usuários do aplicativo.

5.3.1.2 Incapacidade do WhatsApp fornecer os dados requisitados

Por esta perspectiva (FOLHA, 2016; LOPES JR, COLLI, 2016; FERRAZ JÚNIOR; MARANHÃO; FINGER, 2016; SCHWARTSMAN, 2015), a empresa que o controla, o Facebook, não poderia fornecer as informações requeridas nas decisões. Isso porque a chave criptográfica pertence ao aparelho celular do receptor das mensagens, de sorte que mesmo a empresa não tem acesso a elas. Assim, forneceria uma sequência de códigos

sem relevância probante. Este argumento, ainda que de modo isento, foi utilizado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, razão pela qual alocado neste item.

5.3.1.3 Princípio da razoabilidade

Segundo Freide (2016) e Lopes Jr, Colli (2016), os bloqueios impostos extrapolam limites impostos pelos interesses coletivos, de sorte que infringem o princípio da razoabilidade.

5.3.1.4 Fora da jurisdição brasileira

Esta fundamentação foi invocada por dois articulistas (COSTA, 2016; SCHWARTSMAN, 2016) e declara que, como os dados do aplicativo estão armazenados fora do Brasil, os pedidos feitos pelo Ministério Público, e aceitos pelo Judiciário, não estão sujeitos à Jurisdição brasileira.

5.3.1.5 Ausência de previsão legal

Também empregada duas vezes (COSTA,2016; FOLHA,2016), afirma que, mesmo pelo Marco Civil da Internet, o aplicativo não poderia ser bloqueado. Nas palavras de Marcos Costa:

> Também não há, em nosso ordenamento, previsão legal para que tais sanções desproporcionais sejam aplicadas. O Marco Civil da Internet não o autoriza. As sanções de "suspensão temporária das atividades" ou de "proibição de exercício das atividades", previstas nos incisos III e IV do seu artigo 12, fazem referência expressa e inequívoca ao artigo 11. Ou seja, a sanção ali prevista é a de suspensão ou proibição das atividades de "coleta, armazenamento, guarda e tratamento" de dados, quando irregularmente praticadas, e não suspensão ou proibição completa do serviço prestado por essas empresas, atingindo usuários legítimos das ferramentas online por elas disponibilizadas. (COSTA, 2016).

5.3.1.6 Princípio da Individualização da pena

Apresentado apenas uma vez (SCHWARTSMAN,2015), pelo que declara o jornalista e filósofo, como o bloqueio nada mais é que uma pena imposta ao Facebook, o princípio da individualização da pena é

válido. Assim, não seria possível impingir o malogro aos usuários por uma conduta da empresa.

5.3.1.7 Limitação ao poder geral de cautela

Para a articulista Bárbara Lupetti (2016), o Poder Geral de Cautela concede ao juiz a possibilidade de utilizar os meios que considera mais necessários para a efetividade ao processo. Contudo, para ela, esse Poder não se aplica ao processo penal, de modo que injustificado nos processos que resultaram no bloqueio do aplicativo.

5.3.2 Argumentação a favor dos bloqueios

O único artigo a favor dos bloqueios judiciais impostos ao aplicativo apresenta três argumentos:

5.3.2.1 Jurisdição brasileira

Segundo o autor, tratado apenas pelas iniciais N. de R., a empresa deve se submeter à jurisdição nacional, posto que presta serviços neste país.

5.3.2.2 Princípio da Igualdade

Por esta fundamentação, o fato do aplicativo ter milhões de usuários não pode ser considerado pela Justiça, sendo tratada como qualquer outra, ainda que de pequeno porte.

5.3.2.3 Princípio da ordem Jurídica

Este argumento é usado pelo autor pela perspectiva que uma decisão judicial expressa a vontade da polução, retratada na legislação nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se extrai do art.5º, IV, V, IX, XII e XIV combinados com os arts 220 a 224 da CF. As formas de comunicação regem-se pelos seguintes princípios básicos: (a) observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo porque se exprimam; (b) nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir

embaraço à plena liberdade de informação jornalística. A liberdade de comunicação envolve também a escolha dos meios de exteriorização do pensamento e da difusão de informações.

Ao contrário do que, por esses motivos, indicavam as hipóteses de trabalho, as opiniões veiculadas na mídia não demonstram preocupação com possíveis violações ao direito de intimide e de privacidade. Há, contudo, uma inquietude quanto à capacidade da empresa prestar total sigilo às mensagens enviados pelo aplicativo através da criptografia. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Juliano Maranho e Marcelo Finger (2016), por exemplo, existe a necessidade de debate sobre essa capacidade pelo Legislativo.

Destarte, as fontes perquiridas demonstram a assimilação da denominada "vigilância líquida". Os argumentos de articulistas e de colunistas contrários à medida judicial tem como escopo a proporcionalidade ou a razoabilidade da pena imposta aos usuários do WhatsApp e, portanto, não contra a tentativa do Estado em acessar comunicações privadas. Não há matérias benfazejas à proteção dada à intimidade e à privacidade pelo Facebook, mas, tão somente, sobre a possibilidade de aplicação ou não da pena de suspensão do serviço e a vicissitudes que seus clientes por ela encontram, de tal sorte que o sistema de proteção parece, pelo que se infere, dirimir o direito à comunicação livre.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Paula Leite. Tribunais devem aceitar e-mails e mensagens de celular como provas processuais. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-dez-06/paula-leite-barreto-tribunais-aceitar-provaseletronicas. Acesso em: 29 out. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, ed.2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**: diálogos com David Lyon. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Tradução de Roneidi Venâncio Majer. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. v.1.

COLLI, Maciel; LOPES JÚNIOR, Aury. Bloqueio do WhatsApp não resolve nenhum problema da investigação. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-jul-22/limite-penal-bloqueio-whatsapp-nao-resolve-nenhumproblema-investigacao. Acesso em: 29 out. 2016.

COSTA, Marcos da. Bloqueio do aplicativo WhatsApp pune a empresa e a sociedade brasileira. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-03/marcos-costa-bloqueio-aplicativo-whatsapp-punesociedade. Acesso em: 29 out. 2016.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. A tutela da privacidade no Código Civil de 2002. **Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet,** v. 1, p. 89-100, 2009. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Danilo_Doneda_a_tutela.pdf. Acesso em: 25 nov. 2016.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Iguais mas separados: o habeas data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais. In: **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. n. 09, 2008.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; VIOLA, Mario. Risco e Informação Pessoas: o Princípio da Finalidade e a Proteção de dados no Ordenamento Brasileiro. In: **Revista Brasileira de Risco e Seguro.** Rio de Janeiro, v.5, n.10, p.85-102. Out. 2009/mar.2010. Disponível em: http://www.rbrs.com.br/arquivos/RBRS10-4%20Danilo%20Doneda.pdf. Acesso em: 26 out. 2016.

ESTRADA, Roberto Duque. Certeza ou insegurança, esquecimento ou lembrança? Eis a questão do RERCT. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/consultor-tributario-esquecimento-ou-lembranca-eisquestao-rerct. Acesso em: 29 out. 2016.

FALK, Matheus. RODRIGUES, Renê Chiquetti. O problema da vigilância na sociedade da informação tecnológica: considerações introdutórias. In: V Congresso Iberoamericano de Investigadores e Docentes de Direito e Informática Rede CIIDDI, 2015, Santa Maria, RS. **Anais (on-line).** Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-15.pdf. Acesso em: 26 out. 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** v.88, 1993. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231. Acesso em: 26 out. 2016.

FERREIRA, Juliana Nolasco. **Acessando a Rede**: um olhar sobre a formação da agenda para a regulação da internet no Brasil. Dissertação. Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2014.

FERREIRA, Juliana Nolasco. DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Privacidade e Vigilância**: desafios para a internet brasileira. Auditório do IBCCRIM São Paulo, IBCCRIM, 2016. (Comunicação oral).

FERREIRA, Paulo. Bloqueio do WhatsApp. **Folha de São Paulo.** São Paulo, n. 31. 889, p. A3, 24 de julho de 2016.

FERREIRA, Rubens da Silva. A sociedade da informação como sociedade de disciplina, vigilância e controle. In: **Información, cultura y sociedade/31 /9diciembre 2014**. p.109-119. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/pdf/ics/n31/n31a07.pdf. Acesso em: 26 out. 2016.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1.

FINGER, Marcelo; FERRAZ JR. Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano. O desafio do WhatsApp ao Leviatã. **Folha de São Paulo.** São Paulo, n. 31.918, p. A3, 16 de ago. 2016.

FOLHA DE S. PAULO. Justiça virtual. **Folha de São Paulo**. São Paulo, n. 31. 808, p. A2, 4 de maio de 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 39 ed. Petrópolis: Vozes, 2011

FRIEDE, Reis. Bloqueio do WhatsApp mostra necessidade de se repensar atuação do Judiciário. **Consulto Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-14/reis-friede-bloqueio-whatsapp-gera-reflexaojudiciario. Acesso em: 29 out. 2016.

G1. WhastsApp bloqueado: relembre todos os casos de suspenção do app. **G1**, 19 de julho de 2016. Disponível em: http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueadorelembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html. Acesso em 29 out. 2016.

GORZ, A. **O Imaterial**: Conhecimento, Valor e Capital. São Paulo: Annablume, 2005.

GUEDES, Márcio. WhatsApp fora do ar. **O Estado de São Paulo.** São Paulo, n. 44.836, p A2, 20 de julho de 2016.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **O Direito à Privacidade na Internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

HARVEY, David. **A Condição Pós-Moderna**. São Paulo: Loyola, 1995.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LUCHETE, Felipe. Bloqueio Judicial do WhatsApp em todo país foi destaque da semana. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-dez-19/bloqueio-judicial-aplicativo-whatsapp-foi-destaquesemana. Acesso em: 29 out. 2016.

LUCHETE, Felipe. Decisão de afastar Eduardo Cunha foi destaque. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-07/ranking-noticiasdecisao-afastar-cunha-camara-deputados-foi-destaque. Acesso em: 29 out. 2016.

LUCHETE, Felipe. Regra que limitava defesa de presídios federais foi destaque. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-jul-30/ranking-noticiasregra-limitava-defesa-presidiosfederais-foi-destaque. Acesso em: 29 out. 2016.

LUCHETE, Felipe. Terceiro bloqueio judicial ao aplicativo WhatsApp foi destaque na semana. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-jul-23/ranking-noticias-terceiro-bloqueio-aplicativowhatsapp-foi-destaque-semana. Acesso em: 29 out. 2016.

LUPETTI, Bárbara. Bloqueio do WhatsApp mostra que Judiciário não é tão democrático quanto pensam. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mai-08/barbara-lupetti-bloqueio-whatsapp-mostraarbitrariedade-processo. Acesso em: 29 out. 2016.

MORAIS, Camila. STF determina desbloqueio do WhatsApp e derruba decisão de juíza. **El Pais,** 19 de julho de 2016. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/19/politica/1468941131_714293.html. Acesso em: 29 out. 2016.

MORATO, Moisés Moricochi. Bloqueio do WhatsApp. **Folha de São Paulo.** São Paulo, n. 31. 31.670, p. A3, 18 dez. 2015.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **A verdadeira face do MPL**. O Estado de São Paulo. São Paulo, n 44.651, p A2, 17 jan. 2016.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Ed. Companhia Editora Nacional, 2005.

PEDRO, Valentin. Bloqueio do WhatsApp. **Folha de São Paulo.** São Paulo, n. 31. 886, p. A3, 21 jul. 2016.

PEDROSA, Naor. Bloqueio do WhatsApp. **Folha de São Paulo.** São Paulo, n. 31. 31.807, p. A3, 3 maio 2016.

PEREIRA, Túlio. Bloqueio do WhatsApp. **Folha de São Paulo.** São Paulo, n. 31. 31.807, p. A3, 3 maio 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Renata; UIP, David. WhatsApp, Justiça e Saúde. **Folha de São Paulo.** São Paulo, n. 31.932, p. A3, 5 set. 2016.

SCHWARTSMAN, Hélio. Eterno bloqueio do mesmo. **Folha de São Paulo,** n 31. 885, p. A2, 20 jul. 2016.

SCHWARTSMAN, Hélio. O affaire WhatsApp. **Folha de São Paulo.** São Paulo, n. 31. 31.670, p. A3, 18 dez. 2015.

SILVA, Eugênio de Araújo. Bloqueio do WhatsApp. **Folha de São Paulo.** São Paulo, n. 31. 809, p. A3, 5 maio 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. O ano foi de ativismo e não terminará tão cedo. **Consultor Jurídico.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-dez-22/retrospectiva-2015-ano-foi-ativismo-nao-terminaratao-cedo. Acesso em: 29 out. 2016.

DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA TEÓRICA DE MARTYA SEN: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE A DEFESA DE UMA POLÍTICA DE AUSTERIDADE ECONÔMICA NO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO-ECONÔMICO-SOCIAL BRASILEIRO

Aluísio de Freitas Miele*
Marcelo Bidoia dos Santos**
Luiz Gustavo Vicente Penna***

INTRODUÇÃO

As perspectivas dos direitos sociais no Brasil é tema tocante aos direitos humanos e candente no atual cenário político, econômico e social. Este cenário traz uma série de debates e interpretações, muitas vezes deslocados de qualquer embasamento teórico e prático, bem como afastado de qualquer estudo sobre o tema. Isto porque a análise parte apenas de uma questão, há tempos tida como equivocada, de que desenvolvimento significa crescimento econômico, bem como que a implementação de uma política de redução dos gastos públicos que enseja aumento do PIB e, consequentemente, crescimento econômico.

Esta questão está intimamente ligada à defesa de uma política econômica de austeridade e, em tempos recentíssimos, em termos de Brasil, à Proposta de Emenda à Constituição 241 que traz um limite

* Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho -UNESP. Aluno Especial do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Coordenador da Comissão de Cultura da 80ª Subseção da OAB/SP. Advogado.

** Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Bolsista do Programa Erasmus + para período sanduíche na Università degli Studi di Trento - Itália. Advogado.

*** Graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Professor Substituto de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia do Departamento de Direito Público da UNESP (concurso válido até 2014). Professor de Direito Penal e legislação Penal da Faculdade de Direito São Luis, de Jaboticabal. Professor convidado colaborador da Faculdade de Direito de Franca (FDF). É membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Atua no Grupo de Pesquisa (UNESP): Núcleo de Estudos da Tutela Penal dos Direitos Humanos (linha de pesquisa: Formas de Violação dos Direitos Humanos com Repercussão Jurídico penal). Advogado.

para as despesas públicas, com a finalidade de diminuir a trajetória de crescimento de gastos públicos.

A partir da Teoria de Amartya Sen (desenvolvimento como liberdade), o presente trabalho busca apontar os desafios e as novas perspectivas dos direitos humanos, a necessidade de superação de um enfoque jurídico estrita e unicamente formal, a importância de políticas públicas na promoção de oportunidades e a superação desta associação do desenvolvimento exclusivamente com a questão do crescimento econômico.

Em um segundo momento o objetivo é traçar uma breve crítica sobre a defesa de uma política de austeridade econômica no atual cenário político-econômico-social brasileiro e uma concisa crítica a PEC 241.

Para enfrentar o tema, a compreensão do fenômeno jurídico em sua globalidade, mormente perante a globalização, exige a superação de um paradigma que traz no seu bojo uma concepção formalista do direito, de auto suficiência (validade formal) e completude (mecanismos de ajustes puramente internos), separada das relações sociais, políticas e econômicas e transdisciplinares (economia e sociologia) (FLORES, p. 90-91)[1]. Esse paradigma diz respeito à autorregulação do mercado sem a participação do Estado na Economia e o corte de gastos em políticas públicas. É preciso estudar e discutir até que ponto a funcionalidade e eficácia dos direitos humanos é atingida a partir de um direito, de uma política pública, de concepção exclusivamente formal e a partir de uma política governamental exclusivamente "preocupada" com a economia, concebida e voltada exclusivamente para o corte de gastos públicos, para frear a trajetória de crescimento destes gatos.

1 DIREITO E DESENVOLVIMENTO

1.1. Desenvolvimento como liberdade: a teoria de Amartya Sen

A tentativa de reduzir a teoria do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen em poucas linhas é ao mesmo tempo uma tarefa árdua e tranquila. Árdua pela complexidade do tema envolvido e dos vários

[1] Joaquín Herrera Flores chamou a concepção exclusivamente formalista do direito de utopia e realizou uma crítica lúcida, afirmando que esta leitura do direito é "não ideológica" e "não política" e *desde su versión fuerte como débil, esta lectura del derecho "selecciona", jerarquiza y separa los diferentes componentes que constituyen el fenómeno jurídico en su globalidad y complejidad, invisibilizando o difuminando, como veremos, las posiciones ideológicas y políticas del mismo sustentadas en la visión patriarcal, vale decir, sexista de la realidad social*.". (FLORES, p. 90-91).

enfoques que perante este pode ser delineado. Tranquila porque a teoria de Sen nos brinda com um método e uma clareza ímpar sobre o tema.

Para este autor, o desenvolvimento de uma sociedade deve ser avaliado de acordo com as liberdades substantivas[2] que os indivíduos de uma determinada sociedade possuem. As liberdades e sua expansão são vistas, portanto, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento. (SEN, 2010, p. 25-26)

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco em conjunto com o indivíduo. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas dada a oportunidade na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. São papéis de sustentação, e não de entrega sob encomenda. A perspectiva de que a liberdade é central em relação aos fins e aos meios do desenvolvimento merece toda a nossa atenção. (SEN, 2010, p. 77)

Os papéis instrumentais da liberdade encampam as facilidades econômicas (oportunidades na utilização de recursos econômicos com a finalidade de consumo, produção ou troca), oportunidades sociais (na forma de serviços de educação, meio ambiente saúde, etc.), segurança protetora (impede que a população seja reduzida à miséria, à fome e à morte), liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão, participação, diálogo político e eleições livres) e garantias de transparência (inibição da corrupção, das transações ilícitas e das irresponsabilidades financeiras). Esses direitos, essas liberdades são chamadas por Sen de "liberdades instrumentais" que se inter-relacionam e tendem a contribuir para a capacidade geral do indivíduo. Essas liberdades são obtidas através de políticas públicas eficazes apontadas para a melhoria de vida do indivíduo e da população como um todo, atingindo os direitos humanos. (SEN, 2010, p. 58-60) Portanto, dá-se importância para as políticas públicas orientadas e vocacionadas a melhoria da condição de agente de cada indivíduo.

Nesse passo, a privação da liberdade está vinculada com a carência de serviços públicos e assistência social, bem como com a negação de liberdades políticas e civis, que restringem a participação dos indivíduos na vida política, social e econômica de uma dada sociedade.

[2] Como liberdades substantivas compreendidas por Sen pode ser citado a capacidade de evitar a pobreza máxima, a fome, a desnutrição e as liberdades associadas a alfabetização e participação na vida política de determinada sociedade.

(SEN, 2010, p. 17). Tão logo, a privação da liberdade está diretamente relacionada com a oportunidade que um indivíduo tem de se vestir bem, de ter acesso à água ou saneamento básico, a liberdade de saciar a fome, a uma educação adequada, moradia apropriada, participação política, etc. Em outras palavras, há de existir oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e condições habilitadoras[3] para cada indivíduo. As disposições institucionais que proporcionam estas oportunidades são ainda influenciadas pelos exercícios das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades". (SEN, 2010, p. 18).

Há, de fato, uma análise integrada das atividades econômicas, sociais e políticas, que envolve uma multiplicidade de instituições, organizações e muitas condições de agentes relacionados de forma interativa. A qualidade das instituições de cada sociedade influenciam o desenvolvimento, sendo as instituições as regras do jogo em uma dada sociedade. Elas representam os limites estabelecidos pelos indivíduos para disciplinar as relações e interações humanas, principalmente nas relações políticas, sociais e econômicas (NORTH, p. 3-5)[4]; de forma a reduzir a incerteza na medida em que definem e limitam o conjunto de escolhas dos indivíduos. (FERREIRA, p. 65) Assim, são as disposições institucionais apropriadas, que levará a tipos distintos de liberdades reais, a partir da expansão das capacidades (oportunidades) dos indivíduos.

---

[3] Por condições habilitadoras SEN entende acesso a boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas.

[4] Para North as instituições são as regras do jogo em uma dada sociedade, representam os limites estabelecidos pelos indivíduos para disciplinar as relações e interações humanas. As causas do crescimento econômico de uma sociedade, segundo o autor, estão relacionadas com a sua ordem institucional e a forma como implementa arranjos sociais que propiciem retornos para os indivíduos e para a sociedade. Institutions are the rules of the game in a society ore, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction. [ ] Institutions reduce uncertainty by providing a structure to everyday life. They are a guide to human interaction, so that when we wish to greet friends on the street, drive an automobile, buy oranges, borrow money, form a business, bury or dead, or whatever, we know (or can learn easily) how to pergorm these tasks. We would readily observe that institutions differ if we were to try to make the same transactions in a different country [ ]. (NORTH, p. 3-4). Para North há dois tipos de instituições, as formais e as informais. As formais são as constituições, regras, regulamentos, direitos de propriedade, leis ordinárias, dentre outros. Já as instituições informais são aquelas que abarcam normas de comportamento, convenções, costumes, crenças, valores, códigos de conduta, etc. Estas instituições limitam a ação dos indivíduos e de entes sociais como empresas, funcionários públicos, sindicatos, consumidores, igrejas, escolas partidos políticos, juízes ONGs. Trata-se de definir instituições como restrições/limites. Para uma compreensão da obra e do pensamento de Douglass North ver SALAMA, Bruno Meyerhof. (SALAMA, 2011).

A compreensão da inter-relação das liberdades instrumentais[5] é de suma importância, pois quer dizer que o acesso a uma delas viabiliza a promoção de outra, reforçando umas às outras. Por exemplo, a participação do indivíduo na política, o diálogo público, permiti que ele discuta políticas públicas, em um claro acesso à liberdade política.

A importância da condição de agente do indivíduo na teoria de SEN é visível e se torna ponto fulcral para o presente artigo, mormente na consecução da cidadania. O agente é o indivíduo que pode agir e ocasionar mudanças e cujas realizações podem ser julgadas conforme seus próprios valores e objetivos. Assim, ter o indivíduo como agente é tê-lo como membro do público e como participante efetivo em ações políticas, sociais e econômicas. Ao proporcionar as oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem moldar o seu próprio destino, fazer suas escolhas e beneficiar uns aos outros. (SEN, 2010, p. 26)[6].

Nesse sentido, a teoria de Amartya Sen se aproxima de Adam Smith, tendo inclusive admitido que muitas de suas ideias estão embasadas na filosofia de Smith. (SEN, 2010, p; 323). Talvez a principal influência se dá quando Sen admite a importância da participação aberta dos indivíduos na sociedade, o argumento smithiano não apenas admite, mas exige, a consideração das opiniões dos outros, que estão distantes e próximos. Esse procedimento para alcançar a imparcialidade é, nesse sentido, aberto em vez de fechado e limitado às perspectivas e aos entendimentos da comunidade local". (SEN, 2012, p. 17).

---

[5] Amartya Sem afirma que "As verdadeiras questões que têm de ser abordadas residem em outra parte, e envolvem observar amplas inter-relações entre as liberdades políticas e a compreensão e satisfação de necessidades econômicas. As relações não são apenas instrumentais (as liberdades políticas podem ter o papel fundamental de fornecer incentivos e informações na solução de necessidades econômicas acentuadas), mas também construtivas. Nossa conceituação de necessidades econômicas depende crucialmente de discussões e debates públicos abertos, cuja garantia requer que se faça questão da liberdade política e de direitos civis básicos." (SEN, 2010, p. 195).

[6] SEN, op. cit., p. 26. Esta concepção de indivíduo como agente traz uma aproximação com Kant e a máxima do homem como fim, o sujeito social e participativo, em que as escolhas estejam compreendidas como lei universal (reflexão moral). "[...] realmente as verdadeiras questões que têm de ser abordadas residem em outra parte, e envolvem observar amplas inter-relações entre as liberdades políticas e a compreensão e satisfação de necessidades econômicas. As relações não são apenas instrumentais (as liberdades políticas podem ter o papel fundamental de fornecer incentivos e informações na solução de necessidades econômicas acentuadas), mas também construtivas. Nossa conceituação de necessidades econômicas depende crucialmente de discussões e debates públicos abertos, cuja garantia requer que se faça questão da liberdade política e de direitos civis básicos [...]" (KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Trad. de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991. p. 224.)

Sen ainda afirma que toda a sua teoria é inútil se a democracia é compreendida como mero procedimento. O desenvolvimento integral demanda um desenho institucional de democracia que propicie oportunidades, sendo que a democracia não é um "remédio automático". Para tanto, SEN destaca que a democracia deve ser efetiva em três âmbitos conexos: a) sua importância direta para a vida humana, ou seja, a capacidade de participação social e política do indivíduo; b) seu papel instrumental, ou seja, aumentar o grau de participação e reivindicações das pessoas; c) seu papel construtivo na conceituação de 'necessidades' (como a compreensão das 'necessidades econômicas' em um contexto social). Nesta perspectiva, roga-se atenção para os direitos civis e políticos dos indivíduos, relacionadas com as suas participações, debates, e dissensões abertos. Em outras palavras a discussão de políticas públicas, a participação dos sujeitos, dos indivíduos; a discussão pública, o envolvimento de vários setores é primordial. (SEN, 2010, p. 195-204).

1.2. O indivíduo no centro da questão e a importância das políticas públicas: entre o direito internacional e a Constituição Federal de 1988

A ideia de desenvolvimento está intimamente ligada com o conceito de indivíduo, com a noção de indivíduo participativo, como trabalhado na teoria de Amartya Sen. Tal fato pode ser observado no quadro jurídico do direito global, na Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948[7], na Carta das Nações Unidas de 1945[8] e na Convenção de Viena de 1993[9], que percebe o desenvolvimento sob espeque da valorização da figura do ser humano e a importância da promoção dos seus direitos.

[7] Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. (Declaração Universal dos Direitos Humanos)

[8] [...] a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra,que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres [...]. (Carta das Nações Unidas.).

[9] Considerando que a promoção e a protecção dos direitos do homem constituem questões prioritárias para a comunidade internacional e que a Conferência dispõe de uma oportunidade única de efectuar uma análise global do sistema internacional dos Direitos do homem e do mecanismo de protecção dos direitos do homem, por forma a efectivar e, consequentemente, a promover uma maior observância desses direitos, de forma justa

Esta valorização do ser humano como foco central do desenvolvimento, a sua participação pelos dispositivos internacionais vai ao encontro do desenvolvimento como liberdade proposto por Sen, na medida em que defende o aumento das liberdades dos indivíduos, com fulcro na sua participação ativa, ou seja, o desenvolvimento alinhado a ideia de promoção do indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou as cartas, declarações e convenções internacionais. No caso brasileiro, as questões do desenvolvimento[10] e dos direitos econômicos e sociais estão constitucionalmente previstas e demandam políticas públicas vocacionadas a sua consecução como condição de sua eficácia e efetividade. Tem-se como pressuposto, portanto, a compreensão de que as políticas públicas são instrumentos de ação dos governos (government by policies) para a realização de direitos e concretização de ditames constitucionais, mormente dos direitos dos indivíduos[11].

Segundo BUCCI (2013a, p. 257-258),

> o que caracteriza idealmente a política pública, como objeto de interesse para o direito, distinto dos atos jurídicos e atividades que a compõem, é a existência de um regime de efeitos jurídicos combinados, articulados ou conjugados decorrentes desses mesmos atos e atividades, ou dito vulgarmente, a sua "amarração jurídica"[12].

---

e equitativa. Reconhecendo e afirmando que todos os direitos do homem derivam da dignidade e do valor inerente à pessoa humana, e que a pessoa humana é o tema central dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, devendo, consequentemente, ser o seu principal beneficiário e participar activamente na concretização de tais direitos e liberdades. (Convenção de Viena).

[10] COUTINHO acentua que A Constituição de 1988 emprega o termo desenvolvimento dezenas de vezes (em diferentes sentidos), elege a igualdade (assim como o desenvolvimento e a fraternidade) como um valor supremo, prevendo também que a pobreza e a marginalização devem ser erradicadas, bem como reduzidas as desigualdades sociais e regionais. (COUTINHO, 2013a, p. 72).

[11] BERCOVICI afirma que ao dispor sobre o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais como objetivos a serem alcançados, o artigo 3º da Constituição Federal "fundamenta à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional". (BERCOVICI, p. 302.). O autor ainda atesta que "o próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais." (BERCOVICI, p. 42).

[12] Coutinho ainda assinala que "o direito é tudo menos indiferente quando se trata de trajetórias de desenvolvimento. Ele não apenas define e cristaliza, a seu modo, fins substantivos, como ainda molda e forja instituições encarregadas de persegui-los, influenciando, ainda, as ações e processos destinados a implementar políticas públicas". (COUTINHO, 2013. p. 95).

Dessa feita, se torna importante a análise de como o Estado se articula com a iniciativa privada na promoção do desenvolvimento econômico e da redução das desigualdades sociais. A focalização da discussão, deste modo, parte essencialmente da concepção do papel do Estado e da visualização da ordem econômica e social sob matiz constitucional, pois é a partir destas concepções que devem ser estruturadas qualquer estratégia de desenvolvimento, qualquer ação, qualquer orientação de políticas públicas para o desenvolvimento econômico e social e a consequente redução das desigualdades. A estruturação, implementação e análise de determinada política pública perpassa por uma metodologia de caráter interdisciplinar, em que a metodologia jurídica dialoga com métodos próprios da economia, ciência política e da administração pública (BUCCI, 2013b, p. 23).

Para avançar na análise, discussão e compreensão do papel do direito no desenvolvimento é imperioso abandonar aquela visão simplesmente teórica. O desígnio é dar lugar para a interação de conhecimentos e técnicas de outras áreas de estudos, dentro de uma análise prática e de intersecção com outros campos do conhecimento. Nesse sentido, TRUBEK e SCHAPIRO (2012. p. 28 et. seq.) buscam refletir os estudos dos acadêmicos de direito e dos formuladores de políticas públicas e superar os trabalhos pautados apenas no plano teórico, abrindo o campo do direito e desenvolvimento para o experimentalismo, descoberta e diálogo horizontal.

Essa perspectiva de experimentação traz no seu bojo a ideia de empirismo, de mergulhar internamente nas instituições para compreender o papel do direito frente ao desenvolvimento. Assim, a análise de políticas públicas exige que "o jurista ´suje as mãos´, isto é, debruce-se sobre elas e enfronhe-se em seus meandros e minúcias, observando-as, descrevendo-as e compreendendo-as" (COUTINHO, 2013, p. 199). É importante, nesse passo, compreender que não basta que haja políticas públicas redistributivas, que tenha como objetivos combater a desigualdade, carrear crescimento econômico, desenvolvimento econômico e social, em uma mítica visão de que está fazendo valer as determinações constitucionais. Mister se faz observar se na realidade prática determinada política pública alcança graus de efetividade quanto ao desenvolvimento econômico e social, superando as análises que apenas consideram a vigência jurídica stritu sensu.

As políticas públicas são, portanto, os mecanismos (instrumentos) dos direitos econômicos e sociais. Nesse sentido o resgate, a promoção

dos direitos humanos é de suma importância para que se alcance esse desenvolvimento.

Diante do raciocínio que se emprega, da compreensão do desenvolvimento como liberdade e da colocação do indivíduo no centro da questão, não se pode admitir políticas públicas que venha a tratar apenas da questão econômica (redução dos gastos com o crescimento do PIB) e privilegiar um determinado setor em detrimento dos demais.

A compreensão do desenvolvimento está entre o político, o econômico, o social e o cultural, sendo certo que nas últimas décadas, o tema desenvolvimento vem sendo associado a questões como democracia, direitos humanos, acesso aos mercados, sustentabilidade ambiental e, principalmente, a questão da desigualdade social, deixando de ser associado apenas com a ideia de crescimento econômico[13].

2 A NOÇÃO DE DESENVOLVIMENTO: DA POLÍTICA DE AUSTERIDADE E A PEC 241

Na grande parcela das vezes a discussão sobre desenvolvimento tem como foco principal, de forma equivocada conforme demonstrado, o crescimento econômico, partindo de uma premissa, que não é falaciosa, mas sim insuficiente. Esta premissa quase sempre vem no bojo de uma ideia de que sem crescimento econômico é impossível investir no campo social, que o crescimento econômico traz a possibilidade de investir na educação e na saúde, por exemplo, como se fosse a panaceia dos males, como se o desenvolvimento se reduzisse a noção de crescimento econômico.

Na verdade há um desvirtuamento da questão do desenvolvimento, ao encontro do que foi defendido no tópico anterior, neste caso mais especificamente no que diz respeito ao desenvolvimento econômico. A conceituação de desenvolvimento econômico é bastante peculiar e é bastante difícil. Em verdade, há muitas formas de definir o desenvolvimento dado que a palavra não possui significado unívoco e não é produto de uma perspectiva explicativa ou de uma análise individual. Tampouco é um conceito atemporal (COUTINHO, p. 19). O termo desenvolvimento econômico não pode ser confundido com crescimento econômico.

[13] Como exemplo da superação do entendimento do desenvolvimento apenas sob o matiz do crescimento pode citar os seguintes estudiosos do tema: Amartya K. Sen (para quem desenvolvimento não se dá com crescimento e acumulação de capital, mas sim com a garantia de liberdade real para os indivíduos) (SEN, 2010), David Trubek (TURBEK; SANTOS, 2006) e Diogo Coutinho (COUTINHO, 2013).

> Growth is not the same thing as development and the difference between the two has been brought out by a number of recent contributions to development economics. I shall take up the complex question of the content of economic development presently. But it can scarcely be denied that economic growth is one aspect of the process of economic development. And it happens to be the aspect on which traditional development economics – right or wrongly – has concentrated. (SEN, 1983)

No entanto, este nos parece ser o caminho das políticas públicas de austeridade, na medida em que apostam em uma redução dos gastos públicos, contenção da inflação e crescimento do PIB, leia-se crescimento econômico, esquecendo-se de debater publicamente se estas medidas proporcionaram o aumento das capacidades do indivíduo.

Segundo Antônio Casimiro Ferreira a palavra austeridade é uma palavra-ação que está ligada ao ato austerizar, ou seja, de tomar um processo de implementação de reformas políticas e econômicas conduzidas por um caminho de disciplina social e cultural ao rigor e à contenção econômica. A austeridade é uma política voltada à contenção das despesas do Estado, aumento dos impostos, redução do salário e privatizações do setor público. Atesta o autor que a política de austeridade é baseada na atuação dos governos em difundir a mensagem de que para sair da crise não há alternativas, ou seja, é baseada em um discurso de ameaça e do medo. (FERREIRA, 2012).

> Por um lado, o Estado surge como detendo o monopólio da austeridade legítima, instrumento através do qual assume as tarefas de combater a crise, impedindo a bancarrota nacional, e de proteger os indivíduos da incerteza face ao futuro. Por outro lado, aprofunda o processo de desmantelamento do Estado Social, cujo núcleo é a proteção coletiva dos danos particulares através do triplo processo de privatização dos bens públicos, de individualização dos riscos sociais e de mercadorização da vida social. (FERREIRA, 2012).

Em verdade, o Estado de Austeridade impõe a ideia de que não há alternativas e de que a saída da crise perpassa pela concepção de que todos tem que assumir os erros, como se toda a sociedade fosse culpada pela crise, transferidos os custos desta para a sociedade. Esta política se dissemina em outras medidas, como: impostos, cortes salariais, cortes na pensão e subsídios, reforma do sistema de saúde, flexibilização negativa do direito de trabalho, etc. O Governo exatamente vende a ideia de uma emergência

social clamando pelo sacrifício em nome do bem comum. Nesse passo, esta política se aproxima de uma política liberal consequencialista, ou seja, utilitarista, em que as distribuições injustas de sacrifícios são aceitáveis caso se alcance o bem estar da sociedade. (FERREIRA, 2012).

Ao analisar a realidade portuguesa FERREIRA traz à tona um estudo realizado pela Comissão Europeia em 2011, A comparison of Six EU Countries, entre 2009 e 2011, em seis países (Grécia, Portugal, Espanha, Reino Unido, Irlanda e Estônia), constatou-se que Portugal é o país onde as medidas de austeridade exige maior esforço financeiro dos mais pobres do que dos mais ricos. (FERREIRA, 2012). Boaventura de Sousa Santos, ao também analisar a política de austeridade portuguesa, refere a este propósito a "desmedida das medidas da austeridade", ou seja, a política anticrise da austeridade impactou nos serviços sociais e tem aumentado as desigualdades sociais. (SANTOS, p. 69 e ss)

Todas essas críticas de Antônio Casimiro Ferreira estão presentes na PEC 241, que propõe um limite máximo de despesas primárias para cada um dos poderes da União igual às despesas primárias executadas em 2016, atualizadas anualmente pelo IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, o índice oficial de medida da inflação), por um prazo de 20 (vinte) anos. Depreende-se da leitura da PEC e das suas 28 emendas que haverá um considerável corte em políticas públicas como transporte, habitação, saúde, educação, por exemplo. Estas medidas atingem, exatamente as camadas mais pobres da sociedade brasileira.

Assim, com base no que se defende como desenvolvimento neste artigo, os princípios da austeridade constituem fontes de direito de constitucionalidade totalmente questionável e que, por isso, merece atenção e amplo debate participativo.

Amartya Sen, ao falar sobre o tema atesta que

> O que defendo é que a melhor maneira de pensar sobre estes problemas reside no debate público e no raciocínio público. Pegando no que falamos antes sobre os planos de austeridade, acho que deveriam ser alvo de um maior debate, em vez de se deixar a discussão apenas nas mãos dos mercados financeiros e dos bancos. A discussão deve estar nas mãos do público. É preciso diálogo público e, claro, conhecimento técnico, inclusive de economistas. Muitos economistas são críticos em relação a estas realidades, não sou o único, pelo que o seu contributo seria importante nesta discussão que estamos a ter. Qualquer debate público que permita a ambos

> os lados falarem e ponha em consideração as suas visões é muito importante. (SEN, 2011)

Paul Krugman (2015), ao opinar sobre o referendo ocorrido na Grécia, em que os gregos escolheriam sobre aceitar ou não as demandas de Troika (Insituição que representa os interesses dos credores) que visavam aumentar a política de austeridade grega defendeu que os gregos deveriam votar não,

> To understand why I say this, you need to realize that most - not all, but most - of what you've heard about Greek profligacy and irresponsibility is false. Yes, the Greek government was spending beyond its means in the late 2000s. But since then it has repeatedly slashed spending and raised taxes. Government employment has fallen more than 25 percent, and pensions (which were indeed much too generous) have been cut sharply. If you add up all the austerity measures, they have been more than enough to eliminate the original deficit and turn it into a large surplus. […]Finally, acceding to the troika's ultimatum would represent the final abandonment of any pretense of Greek independence. Don't be taken in by claims that troika officials are just technocrats explaining to the ignorant Greeks what must be done. These supposed technocrats are in fact fantasists who have disregarded everything we know about macroeconomics, and have been wrong every step of the way. This isn't about analysis, it's about power — the power of the creditors to pull the plug on the Greek economy, which persists as long as euro exit is considered unthinkable.

No mesmo sentido foi o posicionamento Joseph Stiglitz (2015):

> De fato, mesmo que a dívida da Grécia seja reestruturada além do imaginável, o país continuará em depressão se os votantes se comprometerem com a meta da troica no referendo surpresa a ser realizado no fim de semana. Em termos de transformar um déficit primário enorme em um superávit, poucos países conseguiram qualquer coisa parecida com o que os gregos fizeram nos últimos 5 anos. [ ] Devemos ser claros: quase nada do montante enorme de dinheiro emprestado para a Grécia foi de fato para lá. Ele foi para pagar credores do setor privado - incluindo bancos franceses e alemães. A Grécia pegou apenas uma miséria, mas pagou um preço alto para preservar o sistema bancário destes países ( ) Mas novamente, não é sobre dinheiro. É sobre usar prazos para forçar a Grécia a se ajoelhar e aceitar

> o inaceitável não apenas medidas de austeridade, mas outras políticas regressivas e punitivas( ) Um voto no "não" pelo menos abriria a possibilidade de que a Grécia, com sua forte tradição democrática, poderia agarrar seu destino em suas próprias mãos. Os gregos poderiam ganhar a oportunidade de moldar um futuro que, apesar de talvez não tão próspero como no passado, tem muito mais esperança do que a tortura injusta do presente. Eu sei como eu votaria. (Exame, 2015).

O que se observa, no caso brasileiro, é que as crises estão associadas aos processos de "legitimação performativa" que correspondem a uma intervenção estratégica dos poderes políticos dominantes, acompanhada pelos discursos da necessidade e da exceção, do medo, no sentido do entendimento de Antônio Casimiro Ferreira. Isto pode ser visto claramente quando o Ministro da Fazenda Henrqiue Meireles vem a público e diz que "não há possibilidade de prosseguir economicamente no Brasil gastando muito mais do que a sociedade pode pagar". (El País, 2016).

A imposição da política de austeridade como via de sentido único para a saída da crise, nesse caso representada em sua essência pela PEC 241, é uma política pública equivocada, na medida em que centraliza e evoca a questão do desenvolvimento como crescimento econômico e que este será alcançado com o corte de gastos públicos. Nesse passo pode-se afirmar que o que está sendo examinado é se há sentido em dar prioridade a um único objetivo, redução das despesas públicas, enquanto, por exemplo, se tolera taxas de crescimento de desemprego. Na visão adotada neste artigo nos parece um erro tal conduta. A elaboração de qualquer política pública, como esta de austeridade representada pela PEC 241, deveria priorizar a real eliminação de privação de liberdades (oportunidades), o que não acontece. "O comedimento financeiro tem um bom fundamento lógico e impõe exigências fortes, mas suas demandas devem ser interpretadas à luz dos objetivos globais de políticas públicas [...] avaliada dentro de uma ampla estrutura de objetivos sociais". (SEN, 2010, p. 187) .

Assim, não segue o governo brasileiro, nos parece que a política de austeridade adotada, que a PEC 241, não leva em consideração a redução da privação das liberdades (oportunidades) dos indivíduos. Tem-se apenas uma medida de viés econômico, voltada para a contenção de gastos, sem qualquer menção ou pauta sobre os problemas sociais. É patente que se trata de uma política pública que não foi discutida, que não teve a participação dos indivíduos, que não trouxe a possibilidade do debate público, inclusive com a participação dos grandes estudiosos sobre o tema.

Não há um objetivo claro na PEC 241, não se vislumbra um contexto sistêmico que trabalha as estruturas e que alcance objetivos sociais também. Não se vislumbra nos objetivos da PEC 241/2016 uma proposta de equilíbrio estrutural das contas públicas com a finalidade, aqui defendida, para uma política pública eficaz, de preservar a capacidade do Estado de oferecer políticas públicas. Esta política de teto de gastos públicos poderá trazer uma redução de gastos na educação[14], saúde, habitação e transporte, solapando ainda mais as liberdades dos indivíduos.

Como diz Sen, ao analisar a política de austeridade econômica europeia, "a retificação dessa anomalia (comedimento financeiro) requer não a crítica ao comedimento financeiro, e sim um exame mais pragmático e receptivo de reivindicações concorrentes dos fundos sociais". (SEN, 2010, 192). Não há qualquer indício de que esta política econômica venha trazer uma promoção, um desenvolvimento democrático, inclusivo e com justiça social, respeitando os direitos humanos.

A conduta a partir de um viés econômico de austeridade único, sem se preocupar, sem dialogar com as liberdades defendidas por Sen pode, ao contrário, diminuir ainda mais as liberdades substantivas. A proposta de uma ação de comedimento financeiro, ainda que importante, não se trata de uma política que pode se sustentar isoladamente. Nos parece que essa política de austeridade, hoje estampada pela PEC 241, merece uma ampla discussão, dando-se prioridade ao desenvolvimento dos recursos humanos e do aumento das capacidades dos indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente no Brasil, devido a "peculiar" situação político-econômica vivenciada, a discussão para a retomada do crescimento e desenvolvimento se pauta no argumento, para lá de retórico, e admitimos

[14] Uma singela interpretação da justificativa da PEC induz a esta assertiva: O momento econômico em que o país vive requer medidas de ajuste que tragam a trajetória da dívida pública para níveis sustentáveis. A PEC nº 241/2016 vem com o objetivo de impedir que as despesas primárias continuem a crescer acima da inflação. No entanto, ao fixar os novos mínimos nas áreas de Saúde e Educação, a PEC utiliza como referência os mínimos de 2016, que, devido à queda de arrecadação, representarão valor inferior a o que será executado nesse ano. A presente emenda visa, portanto, garantir que os novos mínimos não representem perda de recursos para as duas áreas frente ao valor executado em 2016. Pretende-se, portanto, partir de uma base de cálculo maior para que as áreas de saúde e educação não sofram queda real de recursos de um exercício para o outro. Ademais, o texto que propomos ressalva as despesas discricionárias de reduções que poderiam ser observadas pelo aumento de outros itens da despesa. Assim, garantimos o não retrocesso dos investimentos nas áreas. (BRASI, PEC 241)

atrativo, de que há de ter prudência financeira, e que se deve viver nos limites próprios dos recursos. Para tanto, adotar-se-ia uma política de austeridade e consequente redução dos investimentos e fomento das políticas públicas. Fato comprovado pela Proposta de Emenda Constitucional 241 de 2016.

O discurso político de que há de "cortar gastos", diminuir a inflação e carrear um equilíbrio orçamentário não convence na medida em que ele é tido como objetivo único, desprendido da prioridade real que deve ser a eliminação da privação de oportunidades acarretada pelo analfabetismo, concentração de renda, acentuado desemprego, corrupção, sistema de saúde precário, etc. A necessidade de estabilidade macroeconômica deve ser avaliada a partir de uma ampla estrutura de objetivos sociais, a partir de um estudo que não se desvencilhe das questões sociais que são (re)conhecidas no Brasil. Na verdade, trata-se de uma racionalidade econômica neoliberal, que perpetua as desigualdades, a concentração de renda e o aumento das privações das liberdades. Portanto, a redução dos objetivos políticos exclusivamente à necessidade de proteção jurídica da esfera econômica é um grave equívoco.

Tão logo, para uma análise jurídica apropriada (direitos humanos como liberdade) é preciso ampliar o conceito de direito, devendo encampar, para além do viés formal/normativo, o político/social/cultural/econômico e o institucional/estrutural. Assim, a sociedade globalizada, liderada por uma política neoliberal, de há muito não suporta essa concepção formalista (jurídico-positiva) do direito e, principalmente, dos direitos humanos, mormente diante de um cenário cultural multifacetado, policêntrico e "heterogêneo". Há que se admitir e avançar em concepções plurais, interdisciplinares, em construções abertas e, porque não, transgressoras. A política econômica não deve ser analisada em caráter estanque, distanciada das questões sociais, deve ser estudada, analisada, pensada e desenvolvida com a participação dos cidadãos, com o intuito de revitalizar a cidadania e propiciar acesso (oportunidades) aos serviços públicos, amenizando as contradições carreadas pelo neoliberalismo internacional.

Parece-nos que o "Governo Temer", por meio da PEC 241, vai de encontro ao que deve se ter como linhas de seguimento para o desenvolvimento do país, tendo em vista seu retorno exclusivo para o crescimento econômico, para a regulação orçamentária, ao invés de um pensamento e de uma política pensada e (re)criada de forma interdisciplinar. Parece-nos que há uma preocupação econômica sem qualquer ligação,

estudo e pensamento com a questão social (educação, meio-ambiente, habitação,etc.), ao invés de alterar as instituições.

O desenvolvimento que se propõe é aquele cuja economia deve ser vista e contextualizada a partir do ser humano e da humanidade, e que precisa colocar esse ser humano e esta humanidade como objetivo principal.

Não se releva que o Brasil precisa "gastar melhor", de forma mais eficiente, mas sempre preservando a fomentação da educação, saúde, segurança, desenvolvimento sustentável e geração de emprego, sempre promovendo a participação dos indivíduos e a redução das privações das liberdades.

Assim, a PEC 241 precisa ser amplamente discutida, com a participação da sociedade, levando-se em consideração outras alternativas à redução dos gastos públicos, que não a imposição de um teto que poderá trazer redução dos investimentos das políticas sociais. Uma política que tenha objetivos também fulcrado no aumento das liberdades dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estados e constituição.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional. PEC 241. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351. Acesso em: 18 out. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Fórum Administrativo:** Direito Público, Belo Horizonte, v. 9, n. 104, p. 20-34, out. 2009. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/5816/PDIexibepdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 13 de jan. 2016.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, Organização das Nações Unidas, 1945.

PORTUGAL. Presidência do Conselho de Ministros. **Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003**. Aprova para adesão, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969. Diário da República, 1 Série A, n. 181, p. 4662-4773. Disponível em: https://dre.pt/application/conteudo/645765. Acesso em: 09 set. 2016.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ONU - Organização das Nações Unidas - **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU** (1948). Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm. Acesso em: 12 set. 2016.**EL PAIS.** Entenda o que é a PEC 241 e como ela pode afetar sua vida. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/10/politica/1476125574_221053.html. Acesso em: 20 out. 2016.

EXAME. Como 3 vencedores do Nobel votariam no referendo da Grécia. Disponível em: http://exame.abril.com.br/economia/como-3-vencedores-do-nobel-votariamno-referendo-da-grecia/. Acesso em: 11 set. 2016.

FERREIRA. Antônio Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Econômica, 2012.

HERRERA FLORES, Joaquiín. Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales. In: RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 72-109.

KRUGMAN, Paul. Greece over the brink. **The New York Times.** Disponível em: http://www.nytimes.com/2015/06/29/opinion/paul-krugman-greece-overthe-brink.html?_r=0. Acesso em: 11 set. 2016.

NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic perfomance.** New York: Cambridge University Press, 1990.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North. **Revista Economics Analysis of Law Review**, v. 2, n. 2, p. 404-428, jul./dez, 2011.

SANTOS, BOAVENTURA de Sousa. **Portugal:** ensaio contra a autoflagelação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUBEK, David. Redescobrindo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUBEK, David. **Direito e desenvolvimento:** um diálogo entre os BRICs. São Paulo: Saraiva, 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SEN, Amartya. Entrevista concedida ao jornal português Público. [16 de março de 2011]. Disponível em: https://www.publico.pt/economia/noticia/amartya-sen-a-europa-devia esperar-pelo-momento-certo-para-reduzir-a-divida-publica-1485029. Acesso em: 11 de set. 2016.

SEN, Amartya. D**esenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. Development: Which way now? **The Economic Journal**, v. 93, n. 372, p. 745-762, 1983. Disponível em: http://darp.lse.ac.uk/PapersDB/Sen_(EJ_83).pdf. Acesso em: 02 ago. 2016.

STIGLITZ, Joseph. Europe's Attack on Greek Democracy. In **Project Sybdicate.** Disponível em: https://www.project-syndicate.org/commentary/greecereferendum-troika-eurozone-by-joseph-e--stiglitz-2015-06?barrier=true. Acesso em: 11 set. 2016.

TRUBEK, D.; SANTOS, Alvaro. Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice. In: **The New Law and Development**: A Critical Appraisal. New York: Cambridge University Press, p 1-18, 2006.

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO POLÍTICA: O PAPEL DO ESTADO NA QUARTA GERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marcelo Bidoia dos Santos*
Aluísio de Freitas Miele**
Luiz Gustavo Vicente Penna***

INTRODUÇÃO

Justiça: a permanente busca do Direito. Sentimento intrínseco que surge no peito de quem é alvo de uma injustiça, a justiça aparece como que por oposição; é inata àquilo que falta. Por sua vez, o Direito é o meio que define e limita as regras de acesso à realização da justiça. E, se o Direito enquanto instrumento sistematizado se materializa, sabidamente, desde Ur-Nammu e Hamurabi, não é difícil imaginar que já muito antes, a partir do sapiens sapiens, o Homem construía regras na busca pelo que acreditava ser o justo.

Contemporaneamente a prática da justiça guarda íntima relação com os aparelhos do Estado que, estruturados pelo Direito, preveem e garantem sua realização. Em tempos de Estado Democrático de Direito, em que o papel estatal vincula-se a uma prestação positiva com escopo de concretizar as gerações (ou dimensões) dos direitos humanos; o papel do Direito (por conseguinte do Estado) deve estar compromissado com a

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Bolsista do programa Erasmus + para período de estudos na Università degli Studi di Trento - Itália. Advogado.

** Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Aluno Especial do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Coordenador da Comissão de Cultura da 80ª Subseção da OAB/SP. Advogado.

*** Graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP. Professor Substituto de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia do Departamento de Direito Público da UNESP (concurso válido até 2014). Professor de Direito Penal e legislação Penal da Faculdade de Direito São Luis, de Jaboticabal. Professor convidado colaborador da Faculdade de Direito de Franca (FDF). É membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Atua no Grupo de Pesquisa (UNESP): Núcleo de Estudos da Tutela Penal dos Direitos Humanos (linha de pesquisa: Formas de Violação dos Direitos Humanos com Repercussão Jurídico penal). Advogado.

realização da justiça pautada nos direitos humanos constitucionalmente positivados, i.e. os direitos fundamentais.

As transformações que despontaram desde meados do século anterior e se intensificam com a virada do milênio mantiveram a necessidade de se rever o direito e os ideais de justiça nessa nova era que se inaugura. Mais do que isso, as mudanças parecemnunca ter sido tão rápidas, criando desafios em tempo recorde. A globalização encurtou distâncias e relativizou de vez o espaço-tempo. Mas o progresso tem seu preço, e, ao reestruturar a civilização em cadeia global, deixou em aberto um vácuo de novos problemas e desigualdades com os quais as três gerações de direitos fundamentais não lidam sozinhas.

As mudanças oriundas do avanço científico, notadamente no campo da biociência e da tecnologia da informação e comunicação (TICs), lançaram bases para o reconhecimento de uma nova geração de direitos fundamentais: a quarta geração. Dessarte, para melhor entender a necessidade do surgimento (e do reconhecimento) de uma nova geração de direito fundamental, fez-se necessário contextualizar a referida transformação em moldes científicos.

Para tanto, foi utilizado material bibliográfico e documental como técnicas de pesquisa, partindo de Manuel Castells como marco teórico juntamente com outros autores da sociedade da informação para então avançar junto à análise dos documentos produzidos pela Cúpula Mundial para a Sociedade da Informação (CSMI). Por último, refletiu-se, com Paulo Bonavides, sobre o aparecimento de uma nova geração de direito fundamental. Para a execução do projeto, utilizou-se do método dedutivo-indutivo junto ao monográfico. A conclusão aponta para o reconhecimento jurídico da quarta geração de direitos fundamentais como modo de fundamentar políticas públicas, por parte do Estado, que resultem na efetiva inclusão social do indivíduo, agora exposto a um novo paradigma: a sociedade da informação.

1 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UM NOVO PARADIGMA

A sociedade da informação, também chamada de sociedade em rede[1], refere-se a um novo paradigma sociopolítico, econômico e cultural

[1] Há pouca concordância no que se refere aos termos sociedade informacional, sociedade da informação, ou até sociedade em rede, termo cunhado por Manuel Castells. No entanto, correndo o risco da discordância, utilizarse-á tais termos como sinônimos. Para uma distinção entre os termos, Ver: CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Vol. 1.A Sociedade em Rede. 17ª Ed. Trad.: Roneide

surgido a partir da chamada "revolução digital", que engloba cada vez mais todos os países, em maior ou menor medida.

O início dessa revolução científico-tecnológica começou em meados do século XX, devido às demandas bélicas por eletrônica e alta tecnologia de informação, ocorridas durante a Primeira e Segunda Guerra Mundial. (HOBSBAWN, 2014, p. 260). A partir de então, o terreno estava preparado para posterior desenvolvimento civil.

Mas a difusão em massa das novas tecnologias que propiciaram o novo paradigma só aconteceria a partir da década de 1970, quando do surgimento de grandes marcos na história do desenvolvimento das TICs e também da biotecnologia, como a invenção do microprocessador, do microcomputador e dos sistemas da Microsoft, a criação da engenharia genética, além da produção de fibra ótica em grande escala e da Internet, sendo a última guinada tecnológica dada na década de 1990, (CASTELLS, 2016, pp. 95-113).

As constantes revoluções das TICs criaram a sociedade em rede, isso porque a lógica do funcionamento em redes tornou-se aplicável a todos os tipos de atividade e contextos conectados eletronicamente. A partir daí, o paradigma econômico e tecnológico, que desde a revolução industrial era baseado em insumos baratos de energia, passou para uma mudança baseada em insumos baratos de informação. (CASTELLS, 2016, p. 88). Com isso, Castells elenca cinco características que formam a base material da sociedade da informação.

A primeira característica é que a informação é sua matéria-prima: as tecnologias agora existem para agir sobre a informação e não apenas a informação para agir sobre a tecnologia. A segunda concerne à penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias em todos os ramos da vida individual e coletiva. A terceira destaca a lógica de redes, aplicável a todos os processos e organizações, e ainda implica reconhecer que quanto mais as redes se expandem, mais tendem a crescer. A quarta, diz respeito à flexibilidade que engloba os processos - organizações e instituições podem ser alteradas e modificadas sem se desfazer de sua base material, mediante reprogramação e adaptação. A última característica revela a tendência de convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado de modo que cada nova descoberta tende a se integrar às antecessoras o resultado da lógica compartilhada na geração da informação. (CASTELLS, 2016, pp. 124-125).

Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016. pp. 84-85 - nota de rodapé.

O novo paradigma transformou, assim, toda os aspectos da sociedade. Dado a brevidade do trabalho, não se tem intenção de discorrer em minúcias sobre todas as faces do novo paradigma. Em termos rasos, pode-se resumir o pensamento do autor ao aparecimento de uma nova forma de produção, de uma nova economia surgida na reestruturação do sistema capitalista, da sociedade, da política e da cultura como um todo, que agora passa a agir de forma interconectada, não mais em escala local/nacional, mas em uma rede global, propiciada pela revolução no campo da tecnologia da informação e comunicação.

Para Castells, uma nova economia surgiu em escala global no último quarto do século XX, chamada por ele de informacional, global e em rede[2]. Na nova economia, a própria informação se torna o produto do processo produtivo, de modo que os produtos das novas indústrias de tecnologia da informação são os dispositivos que processam a informação ou o próprio processamento em si (CASTELLS, 2016, p. 135-136).

O avanço das TICs reorganizou, ao redefinir a economia, o próprio modelo empresarial, agora organizado em rede em meio a globalização, e dotado de maior flexibilidade e interatividade, graças ao advento da Internet:

> Em consequência disso, todos estavam tecnologicamente capacitados a adotar a forma de organização em rede, contanto que a empresa estivesse capacitada para a inovação administrativa. [...] Nessas condições, a cooperação e os sistemas de rede oferecem a única possibilidade de dividir custos e riscos, bem como de manter-se em dia com a informação constantemente renovada. Mas as redes também atuam como porteiros. Dentro delas, novas oportunidades são criadas o tempo todo. Fora das redes, a sobrevivência fica cada vez mais difícil[3].

[2] "É informacional por que a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões de agentes econômicos. É rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em uma rede global de interação entre redes empresariais. Essa nova economia surgiu no último quartel do século XX porque a revolução da tecnologia da informação forneceu a base material indispensável para sua criação." (Idem, p. 135).

[3] Idem, p. 237.

A reestruturação do sistema econômico-empresarial afetou as relações de trabalho. Em geral, as novas TICs estão redefinindo os processos de trabalho, melhorando empregos de alta qualificação à medida em que elimina outros tantos através da automação na indústria e no setor de serviços. "São, geralmente, trabalhos não especializados o suficiente para escapar da automação, mas são suficientemente caros para valer o investimento em tecnologia para substituí-los". (CASTELLS, 2016, p. 312). Daí, qualificações cada vez maiores são exigidas na estrutura ocupacional, com base numa educação especializada incluída a digital.

Contudo, essa reestruturação não parece contribuir diretamente para o desemprego de forma direta: ao contrário, a longo prazo tende a gerar mais empregos (e.g., a eliminação de empregos no eixo Norte, ocasionadas pelo comércio global, levou a criação de milhões de empregos no Sul). O que corre, porém, é a degradação das condições de trabalho que assume diferentes formas em diferentes contextos, como: instabilidade de emprego nos Estados Unidos; subemprego no Japão; "informalização" e desvalorização da força de trabalho nos países em desenvolvimento; e marginalização do trabalho rural em econômicas subdesenvolvidas e estagnadas (CASTELLS, 2016, p. 340). Sem embargo, a divisão resultante dos padrões de trabalho e a polarização da mão de obra não são consequências inexoráveis do progresso tecnológico, mas é determinada socialmente e projetada administrativamente no processo de reestruturação capitalista (CASTELLS, 2016, p. 313).

No que tange às mudanças político-culturais, destaca-se alguns pontos. As novas modalidades de comunicação deram origem ao Hipertexto modalidade textual muito mais versátil e ampla de informações do que as anteriores. Assim, o Hipertexto é uma face técnica que compila as diversas modalidades comunicacionais somadas à possibilidade de interação entre os usuários que podem complementar, corrigir, contestar, recortar e/ou reproduzir aquele texto, baseado na interação de links, cujo maior símbolo sistêmico hoje é a World Wide Web (www), e revela especial interesse para a pedagogia (LÉVY, 2011, p. 40).

À medida em que a conectividade se difunde, tornando-se uma cultura, o hipertexto evoluiu, concretizando-se como nova modalidade textual, essencial para a interatividade na nova cultura. Essa, por sua vez, depende de atores educados a lidar com ela para explorar seu potencial ainda que concordemos que: "Os novos meios de comunicação

eletrônica não divergem das culturas tradicionais: absorvem-nas" (CASTELLS, 2016, p. 453).

No atual contexto, a comunicação possui a vantagem de reunir todas as expressões culturais sob o mesmo teto digital, viabilizando a comunicabilidade em rede e a socialização da mensagem - que agora pode atingir um sem número de pessoas, mesmo partindo de um único indivíduo - ao passo que as outras mensagens estão fadadas a uma tendente marginalização, o que reforça o valor da conectividade na nova cultura em rede.

> Do ponto de vista da sociedade, a comunicação eletrônica (tipográfica, audiovisual ou mediada por computadores) é comunicação. [...]. É precisamente devido a sua diversificação, multimodalidade e versatilidade que o novo sistema de comunicação é capaz de abarcar e integrar todas as formas de expressão, bem como a diversidade de interesses, valores e imaginações, inclusive a expressão de conflitos sociais. Mas o preço a ser pago pela inclusão ao sistema é a adaptação a sua lógica, a sua linguagem, a seus pontos de entrada, a sua codificação e sua decodificação. Por isso é tão importante para os diferentes tipos de efeitos sociais que haja o desenvolvimento de uma rede de comunicação horizontal multinodal do tipo da internet, em vez de um sistema multimídia centralmente distribuído como na configuração do vídeo sob demanda[4].

A inclusão do cidadão nessa dimensão multinodal é justamente o que dá causa à atividade política na rede. Natural, já que as transformações ocasionadas em função das TICs sempre guardaram especial valor na relação com o poder político, desde o nascimento da escrita e depois da imprensa, até o surgimento da mídia: rádio-TV (LÉVY, 2015, pp. 57-58).

Destarte, as TICs possuem elevado potencial político ao propiciar a interação dos cidadãos entre si e com o governo de forma mais rápida através de plataformas digitais, promovendo desde o aperfeiçoamento da democracia e de suas modalidades diretas e semidiretas, até o uso do governo eletrônico na gestão pública e na fiscalização individual da máquina pública por parte dos cidadãos (visualizada, e.g., na Lei de

[4] Idem, p. 457.

Acesso a Informação)[5]; da militância eletrônica e em rede[6] até o combate à opressão e à luta por direitos humanos[7].

Ademais, também se reconhece, como expresso nos documentos da Cúpula Mundial para a Sociedade da Informação (CSMI), o uso particular das TICs na expansão e fortalecimento dos Direitos Fundamentais, como liberdade de expressão, crença, reunião, associação e etc[8]. Desse modo, a plataforma digital, ao misturar virtualidade e realidade, é um veiculador político cada vez mais apto a servir de instrumento de proteção e luta política.

1.1. A Cúpula Mundial para a Sociedade da Informação (CSMI)

A preocupação com o tema vem desde o século passado. Mas foi na virada do século, em 2000, que líderes mundiais se reuniram na sede da Organização das Nações Unidas (ONU) para adotar a Declaração do Milênio. Com a Declaração, as nações se comprometeram em reduzir a pobreza global, em uma série de oito objetivos conhecidos como Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). O oitavo objetivo pretende: "Estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento". Dentre as (sete) metas elencadas para alcança-lo, a sétima consiste: "Em cooperação com o setor privado, tornar acessíveis os benefícios das novas tecnologias, em especial das tecnologias de informação e comunicações"[9].

Em 2003, os países signatários da ONU (incluindo o Brasil) realizaram a primeira fase da CMSI, em Genebra - Suíça. Nessa ocasião,

---

5 O uso da rede, em especial da Internet, expande a eficácia do princípio da publicidade da administração pública, do qual exemplo está contido na Lei 12.527/2011, em que se destaca (Art. 8º, § 2o) o dever dos órgãos e entidades públicas em promover a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

6 Um tipo de agentes que surge em meio a transformação da identidade cultural, é justamente os movimentos sociais organizados de forma descentralizada e integrada em rede, como é o caso do movimento ambientalista, suportado por redes nacionais e internacionais de atividade descentralizada; dos movimentos feministas e até mesmos dos movimentos religiosos fundamentalistas. (CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Vol. 2. O Poder da Identidade. 8ª Ed. Trad.: Klauss Brandini Gehardt. São Paulo: Paz e Terra, 2013. p. 426). Para maior aprofundamento sobre esses movimentos sociais, ver também: CASTELLS, Manuel. Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

7 Cf. ZICCARDI, Giovanni. Resistance, Liberation Technology and Human Rights in the Digital Age. Dordrecht: Springer, 2013.

8 Disponível em: http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN96078.pdf. Acesso em: 27 out. 2016. p. 9, Itens 41-47 do documento de resultados apresentado na reunião de alto nível da Assembleia Geral para a reavaliação da implementação dos resultados da CSMI.

9 Disponível em: http://www.un.org/millenniumgoals. Acesso em: 27 out. 2016.

foram criados: uma declaração de princípios[10] uma agenda e um plano de ação, preocupado principalmente com o problema da brecha digital (i.e. o hiato existente entre os indivíduos conectados e desconectados) e o uso de compartilhamento de informações e seus benefícios correlatos ao acesso às TICs. A segunda etapa, ratificando os compromissos de Genebra, ocorreu em Túnis, em 2005.

Em 2015 foi realizada a CMSI +10, para estudo dos resultados após dez anos decorridos. Em consonância com os novos objetivos elaborados pela ONU, os [17] Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS[11]), a CMSI +10 apresentou seus resultados em maio de 2016, novamente em Genebra. Na ocasião, progressos e problemas foram destacados.

Entre os avanços, pode-se destacar a difusão das TICs como parte da superação da brecha digital. Entre 2001 e 2015, a população com acesso à telefones móveis e rede 2G cresceu de 2.2 bilhões de usuários para 7.1 bilhões, cobrindo um percentual de 95% da população mundial. De igual modo, o número de pessoas conectadas online cresceu de 2.2 bilhões em 2005, para 3.2 bilhões de pessoas em 2015, representando 43% do mundo - um número estimulante pelo progresso, mas que revela ainda há muito que se fazer[12].

Não obstante, muitas barreiras ainda se apresentam, como a diferença de acesso entre gêneros (apenas 41% das mulheres tem acesso à internet) e do acesso aos conteúdos (estimativas apontam que 80% do conteúdo online estão disponível em apenas 10 línguas). Outro problema se destaca entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento. Enquanto nos países desenvolvidos 80% dos domicílios tem acesso à internet, esse

[10] Os dois primeiros princípios da declaração são esclarecedores quanto aos objetivos da cúpula: "1. Nós, os representados dos povos do mundo, reunidos em Genebra de 10 a 12 de dezembro de 2003 para a primeira fase da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, baseando-nos nos objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas, respeitando plenamente e apoiando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirmamos o nosso desejo e compromisso comum em construir a uma Sociedade da Informação que seja centrada na pessoa, inclusiva e orientada ao desenvolvimento, na qual cada pessoa possa criar, ter acesso, utilizar e compartilhar informações e conhecimento, colocando as condições para que os indivíduos, as comunidades e os povos possam desfrutar permanentemente das próprias potencialidades no favorecimento do seu desenvolvimento sustentável e no melhoramento de sua qualidade de vida. 2. O nosso desafio é desfrutar as potencialidades da tecnologia da informação e comunicação para promover as metas de desenvolvimento enunciadas na Declaração do Milênio [...]". [Tradução Própria]. Disponível em: http://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/dop.html. Acesso em: 01 out. 2016.

[11] Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/. Acesso em: 27 out. 2016.

[12] Disponível em: http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN96078.pdf. Acesso em: 27 out. 2016. p. 4 e 5, Item 14.

número é de apenas 34% nos países em desenvolvimento - i.e. 1/3 dos países em desenvolvimento[13].

Ademais, apenas o acesso material às TICs não basta, é necessário, igualmente, que se promova a educação digital dos indivíduos, como modo de propiciar a correta e mais eficaz utilização das TICs em direção aos ideais visados. Significa dizer, em outras palavras, promover a justiça substancial em detrimento de uma igualdade meramente formal.

Assim, o documento elaborado pela CSMI reconhece o papel exercido pela difusão das TICs no mundo contemporâneo, relativo às novas oportunidades de interação social, aos novos modelos de negócio e ao crescimento econômico; bem como reconhece que a conectividade, inovação e o acesso às TICs tiverem um papel importante em propiciar o progresso em direção aos ODM, destacando-se sua função na erradicação da pobreza e na busca pelos novos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável[14]. Além de seu potencial em dar transparência aos governos, aprimorar a democracia e fortalecer os Direitos Humanos. No entanto, também entende há muito que se fazer para alcançar um desenvolvimento global.

Para ilustrar o uso das TICs no desenvolvimento, cita-se algumas das Linhas de Ação elaboradas pela Cúpula, como: acesso à informação e conhecimento; cooperação regional e internacional; identidade e diversidade cultural, diversidade linguística e conteúdo local; bem como os usos concernentes às TICs, relacionados: à gestão pública (E-government), negócios (E-business), educação (E-learning), saúde (E-health), empregos (E-employment), meio ambiente (E-enviroment), agricultura (E-agriculture) e ciência (E-science)[15].

Para alcançar os objetivos, estruturados nas Linhas de Ação, a CSMI invoca, a todo momento, a participação conjunta dos governos e interessados. No presente trabalho, o foco recairá sobre o papel concernente ao Estado. Entretanto, antes de prosseguir, salienta-se um novo aspecto jurídico relevante: o aparecimento da quarta geração de direitos fundamentais.

---

13 Idem, p. 6, itens 21 e 22.
14 Idem, p. 3, itens 4 e 5.
15 Disponível em: https://publicadministration.un.org/wsis10/WSIS-Action-Lines-and-Facilitators. Acesso em: 27 out. 2016.

2 A QUARTA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Norberto Bobbio diz que os direitos não nascem todos de uma vez, mas são frutos de uma evolução histórico-cultural (BOBBIO, 2004, p. 5). As gerações dos direitos fundamentais são comumente divididas em três, e se relacionam respectivamente, para fins didáticos, com o lema da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

> A primeira geração remete ao Estado Liberal que se seguiu à queda do regime absolutista na Europa do século XVIII. Diz respeito aos direitos individuais focados na liberdade em resistência ao Estado, exigindo desse uma postura negativa, absenteísta, protegendo as liberdades básicas como expressão, reunião e crença (LENZA, 2012, p.958).

A segunda surge no século XIX, em oposição ao Estado liberal, e se relaciona com os direitos socioeconômicos. Pautadas pela igualdade, esses direitos demandam uma postura ativa do Estado em prestar serviços sociais. Aqui, os direitos se relacionam com o trabalho, a seguridade social, a saúde, a educação e a subsistência humana. (LENZA, 2012, p. 959).

Já a terceira geração começa a ser pensada após o final da Segunda Grande Guerra e a criação da ONU, com tendências a cristalizar-se no final do século XX. Sua finalidade é a proteção do gênero humano e se funda na ideia de fraternidade (solidariedade), englobando o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação, ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade; enfim, direitos difusos em geral. (LENZA, 2012, pp. 959-960).

Retomando a ideia de que os direitos fundamentais são geracionais, passa-se a investigar o surgimento de uma nova geração de direitos a partir do paradigma informacional. Para Bobbio, esses direitos correspondem ao meio ambiente; à privacidade do indivíduo - exposto a manipulação estatal por conta das novas TICs; e à manipulação genética. Para ele:

> Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de idéias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico[16].

Numa linha parecida com Bobbio, o professor Uadi Lammêgo Bulos refere-se à quarta geração de direitos fundamentais como sendo o

[16] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 209.

direito dos povos, relativos à informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, clonagem e outros elementos ligados à engenharia genética (BULOS, 2010, p. 516).

Já para Paulo Bonavides, para quem os direitos de quarta geração consubstanciam a globalização dos direitos fundamentais, tal categoria engloba os direitos à informação, à democracia direta e ao pluralismo. (BONAVIDES, 2004, p. 573). Em posição semelhante se coloca Marcelo Novelino. (NOVELINO, 2008, p. 229). Esse posicionamento se mostra mais interessante para o presente trabalho, pois, como bem notou Ingo Sarlet:

> A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo e etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente divergente das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade[17].

No contexto de uma sociedade da informação em que o conhecimento e a comunicação sugerem uma nova forma de organização hegemônica da política (latu sensu); e em que o pluralismo se intensifica, abrindo caminho para a propagação da democracia participativa, imperioso é discutir a necessidade do reconhecimento dessa última geração.

O direito à informação constitui corolário lógico das liberdades de crença, expressão e imprensa constantes do rol da primeira geração. Já o direito à comunicação aparece como um prolongamento decorrente do progresso rumo à democracia, incluído na terceira geração. Aliás, a comunicação e a informação já eram objeto de debate no âmbito ONU[18].

E não poderia ser diferente. Os avanços da tecnologia da informação e comunicação expandiram exponencialmente o potencial democrático ao permitir que a comunicação se realize a qualquer distância e em tempo real entre os indivíduos. A superação do espaçotempo dá forma a contornos reais de participação democrática direta. Esse feito reforça o próprio Estado Democrático de Direito ao proporcionar a intensificação

[17] SARLET, Ingo. Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 51.

[18] A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu Art. XIX: "Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.". Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 19 jul. 2016.

da luta pelo Direito, através da difusão de canais digitais que dão voz às minorias, pluralizando o debate político. Ademais, como destacado, também atua como maximizador dos direitos fundamentais.

A democracia direta, inerente à quarta geração, é agora materialmente possível dado os avanços das TICs, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema (BONAVIDES, 2004, p. 571); e se propõe a disputar um espaço antes monopolizado por grupos hegemônicos, como a grande mídia ou grupos financeiros.

O exercício da democracia direta legitima o cidadão que ganha um real poder de decisão política, além de garantir maior fiscalização sobre o controle estatal. E vai além, propicia também uma vigilância do cidadão enquanto fiscal e intérprete da constitucionalidade dos direitos positivados - o que, aliás, promete ser um grande passo na esteira do pensamento de Peter Häberler, acerca da interpretação constitucional pluralista[19].

E mais: as TICs propiciam não só uma evolução da justiça material, notadamente no fortalecimento da cidadania; mas também uma evolução procedimental da justiça institucional (como é o caso, e.g. do recente processo eletrônico já em voga no país), contribuindo para a diminuição da burocracia e para o aumento da economia, celeridade e efetividade processual.

Nesse contexto, o Direito deve reconhecer o valor dos novos fatos que agora se impõem e adaptar-se às novas exigências sociais - sob pena de ignorar a justiça. Porque em tempos de Sociedade da Informação, o acesso às TICs, à educação tecnológica, à informação correta, à democracia direta e à comunicação constituem elementos fundamentais para a estruturação e o desenvolvimento da nova ordem política, socioeconômica e jurídica.

Essa nova perspectiva não quer olvidar o compromisso com os direitos fundamentais anteriores. Ao contrário, o reconhecimento de uma nova geração de direitos não invalida as anteriores, nem autoriza o retrocesso. É evidente que prioridades devam ser estabelecidas na busca pela justiça. Porém, é impossível ignorar os novos desafios que se agora apresentam.

Para além da globalização econômica é necessário globalizar a política, e, quanto aos direitos humanos, essa globalização dá-se pela universalização dos direitos fundamentais no campo institucional i.e.

[19] Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

sua concretização. Nesse sentido: "A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social" (BONAVIDES, 2004, p. 573).

Dessarte, e dado que direitos são reivindicações histórico-políticas bem-sucedidas, o reconhecimento do surgimento de uma nova geração de direitos fundamentais mostra-se uma alternativa filosófica e institucionalmente coerente para lidar com os problemas nascidos ante a mudança de paradigma para a sociedade da informação, tendo o condão de demandar do poder político medidas positivas que imponham sua concretização na luta pela inclusão social.

3 O PAPEL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA QUARTA GERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assumindo que as TICs terão papel crucial em promover, acelerar e medir os 17 ODS, o documento final da CSMI+10 convoca os governos, a sociedade civil, o setor privado, o terceiro setor e as comunidades técnico-acadêmicas a integrar a aproximação das TICs para implementar os ODS. Nessa esteira, ilustra o valor das TICs pelo potencial que o crescimento no uso da Internet tem em reduzir a pobreza e criar empregos através do incremento da eficiência e transparência no governo. Também cita a possibilidade do uso das TICs em criação de bancos de dados de doenças e como isso pode ajudar os governos a tomar decisões quanto às áreas de saúde, reunindo informações sobre pessoas de risco, conhecimento de especialistas e o monitoramento da propagação de doenças por profissionais de saúde. Ademais destaca a possibilidade de equalizar a justiça de gênero em relação às mulheres, através do e-voting e do e-learning, bem como de sua utilização para denúncias anônimas[20].

Nesse desiderato, a CSMI elegeu, desde 2005, como Linha de Ação número um (C1), o "Papel das autoridades públicas de governo e todos os interessados na promoção das TICs para o desenvolvimento". Para a Cúpula, o papel das autoridades públicas de governança é crucial na promoção das TICs para alcançar melhores resultados. Em geral, o Estado deve promover e-strategies, incluindo a capacitação humana[21]: o fornecimento de um ambiente propício para as TICs florescerem pode

[20] Disponível em: https://publicadministration.un.org/wsis10/WSIS-Action-Lines-and-Facilitators. Acesso em: 27 out. 2016. p. 4.

[21] Disponível em: http://www.itu.int/net/wsis/docs/geneva/official/poa.html#c1. Acesso em: 27 out. 2016.

acelerar a implementação do ODS. O desenvolvimento de capacidades (entenda-se, uma educação digital que dê conta de instruir os usuários no uso correto e eficiente das TICs), em particular para os grupos vulneráveis, é tão importante como é uma política orientada pela demanda e por assistência técnica.

As autoridades públicas e outras partes interessadas têm um papel conjunto em minimizar as ameaças que vêm com as TIC, como a segurança cibernética, proteção de dados, etc. Nesse sentido, destaca-se a existência de uma necessidade contínua para o desenvolvimento de estruturas legais e de execução para manter-se com a velocidade do avanço tecnológico. Uma cultura global de segurança on-line precisa ser promovida e desenvolvida por todas as partes interessadas. Para a CSMI, um espaço seguro on-line vai certamente acelerar o progresso da realização do ODS[22].

A implementação dessas e demais medidas contidas nas Linhas de Ação da CSMI, demandam uma postura ativa do Estado no sentido de promover, não só políticas públicas que visem à educação digital do indivíduo e a consciência a respeito das novas tecnologias e suas utilizações; mas também em fornecer os meios materiais necessários para tanto, a contar com a infraestrutura pública e os meios materiais privados para uso individual de cada cidadão.

Tais ações que envolvem a prestação material do Estado esbarram, necessariamente, na capacidade estatal, limitada por sua finitude econômica é a chamada "reserva do possível", uma espécie limitação jurídica e fática dos direitos fundamentais, pautado pelos recursos efetivamente dispostos pela administração. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 30).

Sem embargo, o Estado pode promover esse desenvolvimento não só através da prestação material direta, mas também através do incentivo da indústria nacional de TICs, do comércio internacional e de parcerias público-privadas, com o terceiro setor, a sociedade civil e a comunidade técnico-acadêmica - como elencado na Linha de Ação C1 da WSIS. Assim como o Estado iniciou a revolução das TICs (CASTELLS, 2016, p 122), a ele também incumbe promover a boa continuidade do processo, mediante a promoção de políticas públicas que visem superar os novos desafios, e para o que, o reconhecimento da quarta geração de direitos fundamentais mostra-se fator de legitimação.

[22] Idem, p. 5.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A era digital transformou a economia e a divisão do trabalho, convertendo o capitaldinheiro em capital-informação. Do mesmo modo, revolucionou a cultura e o campo aplicável à política. Nesse ínterim, o acesso às fontes de informação e à educação digital deve ser fomentado e promovido através de uma postura ativa do Estado. Do contrário, aumenta-se a brecha digital que redunda em desigualdade econômica, social e política. A sociedade da informação que agora se apresenta depende dessa universalização pluralística para ser justa.

A democratização da comunicação não compreende apenas o aumento numérico do acesso aos meios de comunicação (embora essencial), mas também na ampliação das fontes e da participação recíproca dos atores políticos com a possibilidade dos cidadãos interagirem entre si, bem como de uma educação correlata apta a lidar com o novo paradigma. Para que isso ocorra é necessário encarar a quarta geração dos direitos fundamentais como fruto autônomo de um processo evolutivo e não como mera amálgama dos direitos anteriores.

Assim, um caminho lógico para a superação dos novos desafios trazidos pelo aparecimento da sociedade da informação aponta para o reconhecimento da quarta geração de direitos fundamentais, consubstanciado no papel social que é inerente ao Estado Democrático de Direito, como modo de fundamentar políticas públicas que estejam alinhadas com as Linhas de Ação da CSMI, visando os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Uma vez consolidada essa visão, torna-se possível exigir do Estado um poder-dever de criar mecanismos de promoção de políticas públicas, em cooperação com os demais setores interessados, que se incumbam de lidar com os novos problemas oriundos da sociedade da informação, com vistas ao aprimoramento democrático e à globalização política.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: Economia, Sociedade e Cultura. Vol. 1. A Sociedade em Rede. 17. ed. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação***:* Economia, Sociedade e Cultura. Vol. 2. O Poder da Identidade. 8. ed. Tradução de Klauss Brandini Gehardt. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança***:* movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos.** O breve século XX: 1914-1991. 2. ed. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÉVY, Pierre. **A Inteligência Coletiva:** por uma antropologia do ciberespaço. Tradução de Luis Paulo Rouanet. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência:** o futuro do pensamento na era da informática. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo. Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZICCARDI, Giovanni. **Resistance, Liberation Technology and Human Rights in the Digital Age.** Dordrecht: Springer, 2013.

GLOBALIZAÇÃO DA REPRESSÃO ÀS DROGAS E TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL: REFLEXOS NA POLÍTICA BRASILEIRA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS

Ana Carolina de Morais Colombaroli*
Gabriel Frias Araújo**
Ana Cristina Gomes***

INTRODUÇÃO

O mundo vive, há mais de um século, o que pode ser chamado de "guerra às drogas". Foi em 1912 que se realizou a Primeira Conferência Internacional sobre o Ópio, em Haia. Embora as suas decisões tenham sido em grande parte abandonadas pela maioria dos países signatários, o projeto ali apresentado saiu triunfante.

A partir da década de 1960, com a popularização da maconha e do LSD (que, juntamente com outros elementos culturais, são vinculados à contracultura e aos movimentos de contestação), o consumo de drogas ganha o espaço público e consequente visibilidade. Como reação, é gerado um pânico moral, deflagrador de uma produção legislativa intensa em matéria penal, justificando os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes.

No ano de 1961, o paradigma proibicionista foi mundialmente implantado, sob a coordenação da ONU e sob o patrocínio dos Estados Unidos da América, a partir da Convenção Única sobre entorpecentes. Os países signatários se comprometeram a punir com severidade o novo inimigo, ou seja, o produtor, vendedor ou consumidor de drogas.

Nesse momento, estabelece-se o discurso que fundará a ideologia da diferenciação, traçando uma nítida distinção entre o usuário e o traficante de drogas, ou seja, entre doente e delinquente (DEL OLMO, 1990, p. 34). Além do processo de demonização das drogas, a ideologia da

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP. Financiamento da Pesquisa: FAPESP
** Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP.
*** Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP. Doutoranda pela Universidad de Salamanca.

diferenciação possibilitou o uso político dos entorpecentes pelas agências repressivas, criando um novo inimigo (CARVALHO, 2013, p. 62-65).

O Brasil não fica a parte do processo e insere-se em definitivo na política internacional de combate às drogas sob a égide do regime militar. Desde então, a política de drogas no Brasil tem se pautado pelas convenções e tratados internacionais, intensificando-se a política belicista.

A globalização da repressão às drogas e a transnacionalização do controle social têm como finalidade suprimir as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade. Corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e ahistórica da sociedade, destacando-se fundamentalmente os princípios do bem e do mal, da culpabilidade, necessária nesse momento como centralizadora e unificadora das "normas universais" que deveriam ser impostas (DEL OLMO, 1984, p. 90).

O presente trabalho pretende examinar a influência da transnacionalização da ideologia "guerra às drogas" sobre o tratamento penal dado a elas no Brasil, bem como sobre as configurações político-criminais do modelo brasileiro de combate às drogas. Para tanto, parte se de uma pesquisa de caráter eminentemente bibliográfico no intuito compreender de que forma a legislação e a política de drogas nacionais foram influenciadas pelo processo de globalização do combate às drogas.

1 O PARADIGMA PROIBICIONISTA

O proibicionismo pode ser definido como "uma forma simplificada de classificar o paradigma que rege a atuação dos Estados em relação a determinado conjunto de substâncias". Os desdobramentos do proibicionismo, no entanto, vão muito além das convenções internacionais e leis nacionais, modulando a compreensão contemporânea acerca das substâncias psicoativas, estabelecendo limites arbitrários entre "drogas legais" (como álcool e tabaco) e drogas ilegais (como a maconha, a cocaína, o crack, entre outras), além de condicionar a própria produção científica, que, ao menos até o final do século XX, era em sua maioria voltada contra as drogas.

O proibicionismo é fruto de um conjunto de fatores sociais e econômicos existentes - radicalização do conservadorismo puritano nos EUA, interesse da indústria farmacêutica pela monopolização das drogas, conflitos geopolíticos do século XX e o clamor das populações urbanas por "lei e ordem", diante do caos urbano. Embora a participação dos EUA seja

essencial para tornar o proibicionismo algo universal, conjunturas locais na mesma direção ajudaram a fazer o fenômeno uma realidade global (FIORE, 2012, p. 9).

A despeito das peculiaridades do paradigma proibicionista, ele parte, basicamente, de dois elementos fundamentais: o primeiro, de que as pessoas não precisam usar as drogas, e que seu uso é danoso por si mesmo, não podendo ser permitido; o segundo, de que a melhor forma de o Estado proibir o uso de drogas é perseguir e punir os produtores, vendedores e até mesmo seus usuários.

2 A MUNDIALIZAÇÃO DA GUERRA ÀS DROGAS

O paradigma proibicionista é predominante na abordagem internacional da questão das substâncias psicoativas ilícitas. Em 1972, Richard Nixon, então presidente dos Estados Unidos da América, declara guerra às drogas.

Nos anos 1970, o controle mundial de psicoativos havia alcançado um nível de alta regulamentação, e seu documento mais relevante era a Convenção Única da ONU sobre psicotrópicos, de 1961. Tal tratado representava um compêndio de décadas de convenções multilaterais que, desde 1909, no Congresso de Xangai, vinham restringindo a livre produção, venda e consumo de drogas estimulantes, como a cocaína, e narcóticas, como os opiláceos. As normas internacionais tinham por objetivo banir todo o uso que não fosse considerado para fins médicos.

Os Estados Unidos, durante todo esse processo, tiveram papel fundamental na defesa das legislações antidrogas restritivas. A postura estadunidense, com Nixon, toma forma de combate direto às drogas ilícitas, diferenciando países produtores de países consumidores dessas substâncias. Nessa distinção funda-se uma hábil estratégia de política externa, numa lógica binária, que identificada países-fonte e, portanto, agressores, e países-alvo, vítimas das subterrâneas máfias globais:

> o sudeste asiático se encarregava da heroína, assim como o México e o Caribe incumbiam-se de projetar maconha dos EUA. Na América do Sul, uma droga bastante marginal desde os anos 1920, a cocaína, passava a substituir a marijuana nos negócios ilícitos dos traficantes locais. As culturas de maconha existentes em solo estadunidense, que desde os desertos de Nevada e do Oregon abasteciam o mercado interno, não foram elencadas pelo governo

> nos EUA como uma preocupação, já que era necessário angariar apoio político e social para ações internacionais de interceptação e erradicação de colheitas ilícitas de papoula e coca (RODRIGUES, 2011, p. 257)

A guerra às drogas apresentava-se, assim, como uma postura governamental voltada, de um lado, para a exteriorização do problema da produção de psicoativos e, de outro, para a repressão interna aos consumidores e organizações narcotraficantes. De uma só vez, a guerra às drogas servia como artifício de política externa e, através da associação entre drogas psicoativas a grupos específicos e dissonantes, como recurso para disciplinarização, vigilância e confinamento de grupos sociais ameaçadores à ordem interna, como os negros, os hispânicos e os pacifistas.

No âmbito internacional, as normas acordadas na Organização das Nações Unidas seguiram a mesma linha de repressão total às drogas. O LSD e a maconha foram condenados em adendos à Convenção Única, uma vez que neles não eram vistas quaisquer propriedades medicinais. O máximo de avanço alcançado pela política de drogas estadunidense e, consequentemente internacional, foi a adoção da ideologia da diferenciação, considerando que os consumidores deveriam receber atenção especial na qualidade de enfermos.

A meta final continuou sendo a abstinência, a sobriedade em prol da saúde individual e do bem-estar social. As décadas de proibicionismo, no entanto, não trouxeram a erradicação do consumo mas, pelo contrário, nos trouxe gravíssimos efeitos colaterais.

3 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE DROGAS NO BRASIL

A criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes no Brasil remonta ao período das Ordenações Filipinas, mas somente ao final da década de 1930 se pode verificar o início de uma política proibicionista sistematizada, estruturada com a criação de sistemas punitivos autônomos, objetivando demandas específicas e com processos de seleção e incidência regulados com independência de outro tipo de delito. Embora, com a publicação do Código Penal (Decreto-Lei 2.948/1940), a matéria tenha sido recodificada, logo inicia-se na legislação pátria - especialmente no que diz respeito aos entorpecentes - um amplo processo de descodificação, com consequências drásticas para o descontrole da dogmática jurídico-penal.

A partir da década de 1960, com a popularização da maconha e do LSD (que, juntamente com outros elementos culturais, são vinculados à contracultura e aos movimentos de contestação), o consumo de drogas ganha o espaço público e consequente visibilidade. Como reação, é gerado um pânico moral, deflagrador de uma produção legislativa intensa em matéria penal, justificando os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes. Nesse momento, estabelece-se o discurso que fundará a ideologia da diferenciação, traçando uma nítida distinção entre o usuário e o traficante de drogas, ou seja, entre doente e delinquente. O primeiro é absorvido pelo discurso médico, representando o estereótipo da dependência. Recai, sobre esse último, o discurso jurídico-penal e o estereótipo de criminoso, corruptor da moral e da saúde pública (DEL OLMO, 1990, p. 34). Além do processo de demonização das droga, a ideologia da diferenciação possibilitou o uso político dos entorpecentes pelas agências repressivas, criando um novo inimigo (CARVALHO, 2013, p. 62-65).

A globalização da repressão às drogas e a transnacionalização do controle social têm como finalidade suprimir as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade. Corresponde a uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e ahistórica da sociedade, destacando-se fundamentalmente os princípios do bem e do mal, da culpabilidade, necessária nesse momento como centralizadora e unificadora das "normas universais" que deveriam ser impostas (DEL OLMO, 1984, p. 90). Como em qualquer processo de universalização cultural, os argumentos essenciais para a repressão da delinqüência são invocados de forma autônoma e distantes das especificidades locais.

O Brasil insere-se em definitivo na política internacional de combate às drogas com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes, já sob o regime militar, em 1964. No entanto, com o Decreto-Lei 385/1968, contrariando a orientação internacional e rompendo com a ideologia da diferenciação, passa-se, no país, a criminalizar o usuário com pena idêntica àquela imposta ao traficante.

Após três anos de vigência do referido decreto, a Lei Anti-Tóxicos (Lei 5.736/1971) adequa o sistema brasileiro de repressão às drogas ao modelo internacional, redefinindo as hipóteses de criminalização, modificando o rito processual, inovando na técnica de repressão aos entorpecentes e marcando, definitivamente, a descodificação da matéria.

Dá-se início, então, à alteração do modelo repressivo consolidado na Lei 6.368/1976, atingindo o ápice com a Lei 11.343/2006.

A Lei 6.368/1976 faz nítida a dicotomização entre usuário/dependente e traficante que, apesar de aparecerem integrados no texto, criam, em verdade, dois estatutos proibitivos diferenciados, moldados, respectivamente, sob a lógica médico-psiquiátrica e jurídico-política, com sanções e medidas autônomas aos sujeitos criminalizados (CARVALHO, 2013, p. 75). A referida lei traz consigo também o aprofundamento da repressão, ao estender as penas do tráfico também às condutas de remessa, preparo, fornecimento e transporte (e não somente às de importação, exportação e venda de drogas, previstas no revogado art. 281 do Código Penal), ao aumentar substancialmente as penas e dar ampla margem de discricionariedade judicial para sua aplicação. Ademais, torna crime autônomo a "associação para o tráfico" e cria causas especiais para o aumento da pena, sem prever causas especiais de diminuição da pena para condutas de menor potencial ofensivo. Desta forma, penalidades severas passaram a ser aplicadas indiscriminadamente, sem diferenciar o pequeno do grande traficante de drogas, especialmente porque o alvo da incidência das agências de controle penal acaba recaindo sobre a juventude pobre recrutada para a prática do pequeno varejo.

Seria possível imaginar que, após o processo de redemocratização do país, com a promulgação da República em 1988 e uma nova conjuntura nacional que buscava romper comas políticas repressivas dos governos militares, ocorreriam profundas alterações em matéria de repressão penal. O que se constata, em verdade, é um grande paradoxo: ao mesmo tempo em que se verifica grandes conquistas no reconhecimento de direitos e garantias individuais, inclusive dos encarcerados, são também previstos indicativos repressivos de grande impacto no texto constitucional (BOITEUX, 2014, p. 87). - em conformidade com o perfil traçado pela Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas da ONU (1988), solidificando a política repressiva dos anos 1990 - o tratamento constitucional dado às drogas aprimorou o modelo repressivo vigente durante o período ditatorial. O seu tratamento é equiparado ao dos crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII), com efeitos significativos nas esferas penal, processual e penitenciária. Ao determinar a elaboração da Lei de Crimes Hediondos, prevendo inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia, a Constituição legitimou um estatuto que é fruto de movimentos criminalizadores autoritários. Com a Lei de Crimes Hediondos (Lei

8.072/1990) e, posteriormente, coma Lei do Crime Organizado (Lei 9.034), intensifica-se a política criminal belicista das décadas anteriores.

Desde o início da década de 1990, debateu-se no Congresso Nacional a necessidade de reforma integral da Lei de Drogas de 1976, com projetos de lei que apresentavam medidas despenalizadores a discriminalizantes, centrados na lógica da redução de danos, e outros que diagnosticavam a necessidade de incremento da punitividade. Um complexo quadro de reformas legais e práticas repressivas desembocaram na nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). A nova Lei contemplou alterações substanciais no modelo legal de incriminação, com especial destaque para o desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pela descarcerização da conduta de posse para uso pessoal. No entanto, a base ideológica da Lei 11.343/2006 não só mantém, mas reforça o sistema proibicionista inaugurado pela legislação anterior. A pena mínima para o crime de tráfico é consideravelmente aumentada (de três para cinco anos) e as hipóteses de incidência dos substitutos penais são restringidas, justificadas pelo legislador pela necessidade de endurecimento do combate ao tráfico. A ideologia da diferenciação foi consolidada no novo estatuto, em detrimento de projetos políticos moldados a partir da política de redução de danos e a despeito da crítica criminológica relativa ao fracasso da política de guerra às drogas.

A Lei 11.343/2006, assim como a legislação anterior, não determina parâmetros seguros para diferenciação entre as figuras do usuário, pequeno, médio e grande traficante de drogas e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade (MARONNA, 2014, p. 44; BOITEUX et. al., 2009, p. 10, BOITEUX, 2014, p. 92).

4 CRÍTICA À POLÍTICA PROIBICIONISTA: EFEITOS COLATERAIS

Primeiramente, partimos do pressuposto de que os danos individuais e sociais decorrentes do uso de entorpecentes não justificam a sua proibição.

Drogas consideradas legais, a exemplo das substâncias como bebidas alcóolicas, bebidas estimulares (como cafés, chás e energéticos) e o tabaco, possuem também substâncias psicoativas. No entanto, situam-se fora da lista da ONU sobre drogas, e seu comércio é legal na maioria dos países, de modo que sua compra e consuma são de decisão exclusivamente

individual para os adultos e são maciçamente consumidas por milhões de pessoas no mundo.

As drogas de uso médico, por exemplo, também possuem riscos na forma de efeitos colaterais não previsíveis e, até mesmo, letais. O Estado, no entanto, limita-se a regular a produção e a comercialização, sendo de responsabilidade, mais uma vez, exclusiva dos indivíduos, a sua utilização, obedecendo as prescrições médicas. Em alguns casos, há droga que ficam totalmente disponíveis nas gôndolas das farmácias, não sendo necessário sequer receituário. Drogas como ansiolíticos e antidepressivos, ainda que com fiscalização permanente, são com frequência vendidas no mercado clandestino, e fazem parte de diversos estoques domésticos.

As drogas acima enumeradas são todas psicoativas e têm grande potencial de dano, seja fisiológico, seja mental, podendo levar a comportamentos perigosos e graves quadros de dependência. Uma parte significativa delas é bastante tóxica, gerando grande número de mortes acidentais por ano. Isso não faz com que elas sejam consideradas prescindíveis, e muito menos, proibidas (FIORE, 2012, p. 14).

Os seres humanos, historicamente, fazem uso de drogas, seja para enfrentar doenças, diminuir a ansiedade, aliviar a dor, despertar prazer, estimular ou mesmo facilitar relações sociais. Não é a proibição que fará os homens e mulheres a deixarem de fazê-lo. O Estado exagera ao promover interdições ao uso de substâncias psicoativas por meio da criminalização, impedindo pessoas adultas a dispor de seus próprios corpos.

Além disso, se a justificativa do Estado é a de "proteger os indivíduos" dos efeitos danosos de das substâncias psicoativas, deveria estender a interdição ao campo geral das drogas (lícitas), comportamentos e inclusive alimentação. Tal justificativa não se sustenta, uma vez que o Estado age discricionariamente, favorecendo determinados grupos econômicos, ao proibir algumas drogas e permitir a ampla utilização de outras.

O século XX, marcado pelo proibicionismo, foi o período histórico que mais viu o crescimento do consumo das drogas, sejam elas legais, sejam elas ilegais. Não queremos afirmar que a proibição gera na população um desejo maior de consumir drogas, mas sim, que o proibicionismo falhou miseravelmente em seus objetivos, deseja de erradicá-las, seja de contê-las. Um fenômeno complexo como este não pode ser contido meramente através de um marco regulatório binário, que divide as substâncias psicoativas em permitidas e proibidas.

A proibição da produção, comércio e consumo de drogas estimula o surgimento e crescimento de um mercado clandestino, criando e fomentando uma série de problemas sociais. A produção de entorpecentes é o mercado criminoso mais lucrativo do mundo, e utiliza-se amplamente da violência armada para a manutenção de seus interesses. Ora, "o mercado remunera o risco" e, em decorrência disto, o tráfico de drogas experimenta altíssimas margens de lucro, principalmente no setor de distribuição em larga escala. Os ganhos altos permitem a compra de armamento pesado, além da corrupção de setores da polícia e da burocracia estatal.

A atuação policial, no entanto, volta-se quase que exclusivamente para o combate de pequenos comerciantes de drogas, que são, via de regra, oriundos das camadas mais pobres da sociedade, que são presos cotidianamente, inflando a população carcerária, ao passo que, descartáveis, são quase que imediatamente repostos pelo chefes do tráfico.

A guerra às drogas transforma-se, então, numa guerra aos pobres. O caso brasileiro é muito ilustrativo. Declarando o objetivo de combater o tráfico, foram estabelecidas UPPs nas favelas de áreas valorizadas do Rio de Janeiro; o exército ocupa morros, fazendo "mandados de busca coletivos" nas comunidades, o que os permite invadir centenas, ou até milhares de residências. O principal interesse na guerra às drogas mostra-se, então, o controle social, que permite ao Estado selecionar os seguimentos da população que deseja reprimir, ou mesmo massacrar, independente de o comércio e consumo se dar em todas as classes sociais. A periferia fica com a guerra, enquanto as áreas nobres da cidade ficam com as drogas.

Segundo a lógica introjetada nas políticas de segurança pública, os traficantes são considerados inimigos sociais, negando-lhes a condição de pessoa, considerando-os tão somente sob o aspecto de ente perigoso, privando-os de direitos individuais, transformando-os em alvos que devem ser destruídos. Isso se dá especialmente com os pequenos varejistas, negros, pobres e moradores de periferia, uma vez que impera a lógica que identifica automaticamente as classes subalternas como agentes do crime, classes perigosas, e as favelas e bairros periféricos como áreas de risco.

5 O ENCARCERAMENTO POR DROGAS NO PAÍS

A hiperinflação carcerária é uma das consequências mais reveladoras das políticas repressivas, implementadas nas últimas décadas. O sistema penitenciário brasileiro, que sempre foi marcado pela

superlotação, diante de uma política repressiva, experimentou uma piora ainda maior de suas condições carcerárias. As prisões brasileiras figuram uma situação de extrema superlotação, com os internos mantidos em condições que configuravam tratamento cruel, desumano ou degradante.

O aumento do percentual de presos cumprindo pena por tráfico de drogas e o aumento da população carcerária brasileira é, em grande parte, decorrente da maior severidade penal com relação ao tráfico de drogas.

Diante do quadro de aumento da pena mínima do crime de tráfico, a equiparação a crime hediondo, que resulta em maior tempo de cumprimento da pena para obter transferência de regime e livramento condicional, bem como a ausência de distinção legal objetiva entre usuário e traficante, a Lei de Drogas constitui-se uma das principais causas para o aumento desproporcional do número de pessoas encarceradas no país.

O país viu seu número de encarcerados triplicar proporcionalmente entre 1992 e 2012. O tráfico de drogas é hoje, o segundo crime com maior representatividade carcerária, ficando atrás somente do crime de roubo. Além disso, a seletividade da aplicação do sistema penal faz com que os crimes de droga tenham uma representatividade maior das minorias (étnicas e mulheres) entre os condenados.

O Brasil ocupa, hoje, o quarto lugar no ranking mundial de encarcerados, contanto, em dezembro de 2012, com 548.003 pessoas presas. Dentre esses, 138.198, ou seja, 25,21%, estão presos por tráfico de drogas (BOITEUX, 2014, p. 94), sendo que, no ano de 2005, anteriormente à entrada em vigor da lei de Drogas, os presos por tráfico de entorpecentes representavam 9,10% da população carcerária brasileira (BOITEUX, 2014, p. 94).

Quando analisamos as detentas do sexo feminino, o aumento da taxa de encarceramento por tráfico de drogas é ainda mais expressivo. Segundo os dados mais recentes disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional, em dezembro de 2012 haviam, no Brasil, 35.199 mulheres presas, representando cerca de 6,4% do total da população total encarcerada. Embora esse possa parecer um número pequeno, deve-se atentar para o fato de que a taxa de crescimento do número de mulheres presas no Brasil cresceu 173,7% desde 2005[1], e elas representavam cerca de 5,5% do total da população carcerária nacional. Deste modo, a curva de crescimento carcerário feminino se mostra muito mais acentuada do que a curva de crescimento carcerário masculino.

[1] No ano de 2005, anteriormente à entrada em vigor da Lei de Drogas, havia 20.264 mulheres presas no Brasil, perfazendo 5,47% da população carcerária brasileira (BRASIL, 2013).

Embora, em termos absolutos, haja mais homens presos por tráfico de drogas, em termos relativos, as mulheres estão super-representadas entre os condenados por esse crime. Observa-se um aumento desproporcional do encarceramento feminino, de modo que 10,63% das condenadas por crimes ligados a drogas são do sexo feminino. Ao observar a população carcerária feminina, verifica-se que 60% delas estão presas por tráfico - e, a pena aumentada para esses crimes, acaba por agravar ainda mais a situação de super encarceiramento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo proibicionista de combate às drogas mostrou-se um fracasso. A própria Organização das Nações Unidas, por meio de documento da Comissão Global da Política de Drogas das Nações Unidas, considerou-a um fracasso, e pedem que os países considerem a possiblidade de legalização, ao menos, da maconha.

A repressão penal sobre as drogas ilícitas é cara, incapaz de proteger a saúde pública, pois o consumo não foi controlado, as drogas são cada vez mais potentes e as penitenciárias estão lotadas de pequenos traficantes. O mercado negro instaurado pelo banimento legal dos psicoativos tornou-se uma pujante economia negociadora de compostos produzidos, transportados, vendidos e usufruídos na clandestinidade. A violência trazida na esteira das máfias narcotraficantes e as consequências individuais do uso de substâncias adulteradas e ministradas sem segurança produziram vozes críticas dentro de Estados proibicionistas.

Atualmente, o combate às drogas é visto por alguns grupos de médicos e cientistas sociais, principalmente europeus, australianos e estadunidentes, como uma guerra que nunca terá fim, que deveria ser substituída por uma outra ótica, posto que o fim do consumo é impossível, e buscasse minimizar os perigos para aqueles que optaram pelo uso.

Faz-se imprescindível pensar em soluções que envolvam a despenalização e descriminlalização do uso e da posse de drogas, uma visão reformista, genericamente conhecida como "redução de danos", que pretende buscar formas e administrar o hábito de utilizar drogas psicoativas, uma vez que o contrário é impossível, além de uma tarefa politicamente intencionada, tanto a nível interno quanto a nível internacional.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão (org). **Drogas**: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 83-103.

BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Tráfico de drogas e constituição**: Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Brasília/Rio de Janeiro: UnB/UFRJ, 2009.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS); MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN; PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN. **Mujeres en prisión**: los alcances del castigo. Buenos Aires: Siglo Veinteuno Editores, 2011.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DEL OLMO, Rosa. **América Latina y su criminologia**. México: Siglo Veinteuno, 1984.

FACIO, Alda; CAMACHO, Rosalía. Em busca das mulheres perdidas - ou uma aproximação - crítica à criminologia. In: **Mulheres**: vigiadas e castigadas. São Paulo: CLADEM Brasil, 1995, pp. 39-74.

FIORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas. **Novos estudos-CEBRAP,** São Paulo, n. 92, p. 9-21, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101330020120001000002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 abr. 2016.

ILGENTRITZ, Iara. **As drogas e o novo perfil das mulheres prisioneiras no estado do Rio de Janeiro**. 2003. Disponível em: http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/pt/doc/ ilgenfritz_drogas_mulher_prisioneira_pt.htm. Acesso em: 17 abr. 2014.

MARONNA, Cristiano Avila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre o risco de retroceder. In SHECAIRA, Sérgio Salomão (org). **Drogas**: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.43-64.

RODRIGUES, Thiago. Política de drogas e a lógica dos danos. **Revista Verve**, São Paulo, v. 3, n. 3, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. In SHECAIRA, Sérgio Salomão (org). **Drogas**: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 335-265.

CASAMENTOS PREMATUROS EM MOÇAMBIQUE, UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA

Esteves Pedro Dina António Camacho*

INTRODUÇÃO

O Casamento prematuro (precoce) vem merecendo atenção especial uma vez que, quer nas localidades, quer nos grandes centros urbanos, essa prática tornou-se cada vez mais aceite, mesmo com toda danosidade que possa representar para a sociedade moçambicana. Durante muito tempo esse fato, enquanto danoso, ficou escondido debaixo do manto de uma sociedade machista e patriarcal, todavia, mais recentemente constatou-se que Moçambique é um dos países com maiores incidências de casamentos prematuros no mundo.

Uma pesquisa realizada pela Unicef (2014) mostrou que Moçambique ocupa a 11ª posição no mundo, a 10ª posição no continente Africano e a 2ª posição na África Austral. Num país cuja a população é maioritariamente jovem, com cerca de 12,6 milhões de crianças, correspondentes a 52% da população

Constata-se que no universo das mulheres casadas, 52% casaram-se antes dos dezoito anos, 18% antes dos quinze anos[1] e que o maior índice de ocorrência dessa modalidade de casamento se dá na zona rural numa percentagem de 56% contra 36% das zonas urbanas[2], sendo a população feminina, pobre e de baixa escolaridade a mais afetada. Esse fenômeno distribui-se geograficamente pelas províncias do país, sendo destacadas as províncias do centro e norte como as que mais contribuem negativamente na estatística na seguinte proporção: Nampula (24%), Zambézia (18%),

* Mestrando em Direito na Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Brasil. Bolsista do CNPq/MCT.

1 UNFA-MOÇAMBIQUE. **Gravidez na adolescência:** desafios e respostas de Moçambique, Maputo: 2013. Disponível em: http://countryoffice.unfpa.org/mozambique/drive/SWOP_Suplemento, p. 6.

2 UNFA-MOÇAMBIQUE. **Casamento prematuro e gravidez na adolescência em Moçambique:** Resumo e análises. Maputo: 2015. Disponível em http://countryoffice.unfpa.org/mozambique/drive/SWOP_Suple mento, p.6. e http://www.unicef.org.mz/wp-content/uploads/2015/07/PO_Moz_Child_Marriage_Low_Res.pdf, p. 3.

Cabo Delegado, Tete e Manica (9%), Sofala (8%), Niassa (7%), Inhambane e Gaza (5%), Maputo (4%) e Maputo Cidade (2%)[3].

O Código Civil (Decreto nº 47344, de 25 de Novembro de 1966) e a Lei da Família (Lei 10/2004) estabelecem respetivamente a idade civil aos 21 anos idade e a idade núbil aos 18 anos, portanto, a ocorrência de casamentos prematuros, constitui uma violação a legislação pátria e aos direitos da criança, do adolescente e da mulher plasmado na legislação internacional.

A ausência de proteção estatal efetiva, a inacessibilidade ao sistema educacional formal e de saúde, a inexistência de um tratamento especializado às crianças em razão da sua condição de menoridade contribui para o aumento ou a manutenção do status quo do índice do casamento prematuro.

Tanto a Convenção sobre os Direitos da Criança e Adolescente (1989), Declaração Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança (1979), como a Declaração de Genebra (1924), ao defenderem uma proteção especifica às crianças e adolescentes, dada à especial vulnerabilidade que apresenta, atribuem aos Estados signatários o desafio de assumir o protagonismo no intuito de assegurar a não violação do bem jurídico protegido. Apoiado nestas premissas e suas normatizações, angariase aqui a tentativa de refletir em processos de mitigação, a fim de que a luta contra essas violações não restrinja-se à meras proclamações retóricas. A análise, tendo como base a realidade sócio-jurídica moçambicana, vai se valer do método exploratório[4], através de referencial teórico adequado ao tema.

1 RAZÕES DA OCORRÊNCIA DOS CASAMENTOS PREMATUROS

O surgimento do casamento prematuro possui contornos mais retrógrados, na medida em que, apenas com uma compreensão do contexto global, entenderemos porque as mulheres são vítimas desse mal social. Parafraseando Rodrigo Pereira[5], a história da mulher no direito

[3] MOÇAMBIQUE. Ministerio da Saude (MISAU). Instituto Nacional de Estatística (INE) e ICF International (ICFI). **Moçambique Inquérito Demográfico e de Saúde 2011**. Calverton, Maryland, USA: MISAU, INE e ICFI. 2013

[4] Nas palavras de Gil (1999, p.41): "pesquisa exploratória é utilizada no momento em que o pesquisador entra em contacto com as fontes de colecta de dados, alcançando maior familiaridade com o problema, com vista a torna-los mais explícito".

[5] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores param o direito da família.** Belo Horizonte: Livraria do advogado, 2006.

é de ausências, sem autonomia e entregue ao regime de incapacidades, alicerçada na base da divisão sexual do trabalho. Desta feita, as atribuições sociais são criteriosamente cunhadas tendo em vista a negativação da mulher, sustentada por um consenso social. Assim a mulher para existir deve se entregar ao silêncio sepulcral, como demostra o aforismo de Lacan: a mulher não existe, numa clara crítica ao fato da mulher apresentar um discurso sempre associado ao discurso masculino. Esse silêncio sagrado e litúrgico sempre lhe foi exigido, mesmo diante das mais perversas atrocidades protagonizadas em sua direção, pois ela sempre esteve na condição subalterna no sistema patriarcal, devendo obediência aos homens (ao pai antes de se casar e ao marido depois de se casar).[6]

> "Este corpo é inacabado como de uma criança, está desprovido de sémen como de um homem estéril. Doente por natureza, consegue construir-se mais lentamente na matriz, por causa da sua debilidade técnica, mas envelhece rapidamente porque tudo que é pequeno chega mais rapidamente ao seu fim, tanto nas obras artificiais como nos organismos naturais. Tudo isso porque as fêmeas são por natureza, mais fracas e mais frias e a sua natureza deve ser considerada deformidade natural[7](Grifo nosso).

Diante desses fundamentos, com pilares na barbárie, a mulher vendo suas capacidades forçosamente reduzidas, assumiu o rótulo do ator mais frágil[8] do cenário desenhado, ocupando, os papeis que lhe foram atribuídos em função da sua "deformidade natural". Já no âmbito doméstico, desterrada do cenário público e político, sua força produtiva nunca foi devidamente considerada[9]. Esse aparato repressivo, deixou a mulher fora do sistema educativo formal, evidentemente com raríssimas exceções, como afirma Duby e Perrot "Votadas ao silêncio da reprodução materna e doméstica afastadas do teatro em que defrontam heróis, senhores dos destinos, auxiliares por vezes, raramente atrizes " e, nesses caso, só por excecional falha do poder".[10]

Ora a desconstrução da pretensa superioridade masculina é um processo que vem sendo desenvolvido por diversos movimentos que

[6] SAFFIOTI, Heleieth. **O Poder do Macho**. São Paulo: Moderna, 1987, p. 29.
[7] DUBY, Georg; PERROT, Michelle. **Historias das mulheres no ocidente.** São Paulo: Ebradil, 1990, p.142.
[8] SAFFIOTI, Heleieth. **O Poder do Macho**. São Paulo: Moderna, 1987, p. 34.
[9] BERENICE DIAS, Maria. **Manual de direitos das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 101.
[10] DUBY, Georg; PERROT, Michelle. **Historias das mulheres no ocidente**. São Paulo: Ebradil, 1990, p.170.

lutam pela isonomia dos direitos entre os gêneros, fortemente ligado a nova conjuntura política, econômica, religiosa, ética, etc, porém importa referir que os "fatores geradores do apartheid feminino, hoje muito menos acentuado nas sociedades ocidentais, estão na essência da própria cultura e cuja tradução fazem parte os ordenamentos jurídicos".[11]

Embora, em tese, a desigualdade do gênero tenha sido superada no Direito moçambicano, essa assertiva não se confirma na medida em que os avanços legislativos (artigos 35[12] e 36[13] da Constituição), não foram suficientes ultrapassar a desigualdade material entre homens e mulheres. Como bem afirma Pereira "igualdade insere também os princípios da autonomia e o da dignidade da pessoa humana"[14]. Assim, a construção social do "ser e dever ser" mulher - criança dentro do papel que ela deve desempenhar, está na base de todas as eventuais causas que se podem apontar dentro do contexto social, político, econômico em que as crenças culturais, as práticas costumeiras contra legem violam os direitos da mulher e da criança. Uma vez identificada a causa principal, as restantes são causas subalternas que, para sua manifestação, são totalmente dependente da primeira.

As violações dos direitos e da dignidade da criança passam camufladas dentro da correlação de forças socialmente estruturadas entre adulto e criança, homem e mulher, no bojo da construção dualística como afiança Sánchez Rubio "A partir dele, mostrar-se-á de que maneira nosso imaginário jurídico se orienta [ ] paradigma da simplicidade que dualiza, hierarquiza, amputa e reduz a realidade em geral [ ]."[15]

Neste contexto, o casamento prematuro é uma das manifestações hierárquicas visíveis, em que a mulher (criança) ocupa seu lugar de coadjuvante "sem voz", uma vez que ela não escolhe a condição a que é submetida. Sendo uma prática cultural, o casamento prematuro é visto

---

[11] CUNHA apud CUNHA PERREIRA, Rodrigo da. **Principios fundamentais norteadores do direito da família.** Belo Horizonte:Del Rey, 2006, p.143.

[12] "Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política."

[13] "O homem e a mulher são iguais perante a lei em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural."

[14] PERREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores param o direito da família.** Belo Horizonte: Livraria do advogado, 2006.

[15] SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações.** Porto alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.25.

como um fator de realização da mulher por ascender ao lar tão desejado por ela e pela família.[16]

Outras razões que se pode associar à primeira são níveis de educação baixo, verificado sobretudo nas zonas rurais, que conduz a falta de informação e a pobreza. Para reduzir os encargos domésticos, as famílias "entregam" suas filhas ao casamento prematuro, como afere as tendências apresentadas pela UNICEF: as raparigas de 15 a 19 anos nos 20% da população mais pobre têm mais probabilidade de se casarem do que as famílias em melhor situação, embora a prática ocorra em todos níveis sócio "económico da sociedade".[17]

2 EFEITOS SOCIAIS E PSICOSSOCIAS

Não se pode falar dos efeitos psicossociais sem conectá-los a dignidade humana, que vem positivada na Constituição de Moçambique (art. 3) sem apresentar "ad litteram" o seu conteúdo semântico, para tanto, os intérpretes encontram significados a partir do marco de Emanuel Kant, que traz a compreensão ética da natureza do ser humano[18]. Sendo o homem portador da consciência moral, o torna capaz de responsabilidade e liberdade.

Segundo relatório Mundial sobre a Violência Saúde (Gil, 2014), a violência é o maior problema de saúde pública no mundo, as vítimas da violência impostas pelo casamento prematuro padecem de doenças físicas e psicológicas como a depressão, transtornos de ansiedade e transtorno de stress pós traumático, que se manifesta através do medo, desejo de suicídio, distúrbios alimentares e de sono, dores de cabeça e de estomago, mal estar geral, dificuldades de concentração e memória, síndrome da hiper vigilância, pesadelos, flashback[19], desconfiança permanente de tudo e de todos, dissociação. Essa violência pode aumentar os fatores de risco para a saúde como uso de drogas, abuso de uso do álcool, tabagismo e distúrbios alimentares, que podem estar na origem de doenças cardíaca, câncer, suicídio e o HIV/SIDA.

---

[16] Para as famílias ter uma filha "casada" é uma honra, por isso seguem a lógica "melhor casar logo enquanto existe um pretendente", não se importando com a idade do pretendente e nem da filha.

[17] UNICEF e MISA. **Violência, exploração e abuso sexual de criança: análise jornalística e recomendações para os medias.** Maputo, 2008, p.9.

[18] PERREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores param o direito da família.** Belo Horizonte: Livraria do advogado, 2006, p.96.

[19] É um fato acontecido no passado inserido em um momento atual, através da lembrança das pessoas

Todavia, cada vítima tem uma reação peculiar, nas palavras de Gil (2014):

> De um modo geral, "o tipo de reacção dos pacientes é determinado por sua estrutura psicológica. A sua personalidade, destacando-se a personalidade pré-mórbida ou a existência de perturbação psicológica anterior" A confusão de ideias (desespero, raiva, irritabilidade, medo da dor e da morte), choro fácil, distanciamento afectivo, é outros sinais ou sintomas psicológicos que ocorrem com frequência. (Gil(2014:12)

O casamento prematuro, para além de cercear o acesso à educação formal, provocar complicações de saúde como a fistula obstétrica, é uma das causas principais da mortalidade no período neonatal (34,9%), verificadas frequentemente nas crianças nascidas de mães adolescentes.[20]

3 CASAMENTO PREMATURO

A ordem jurídica moçambicanos (Lei 10/2004), define casamento como sendo a união voluntária e singular entre um homem e uma mulher, com propósito de constituir família, mediante comunhão plena de vida (art7). Para além da união civil, a lei prevê a união religiosa e tradicional desde que se observe os requisitos exigíveis para um casamento civil e que se registre no cartório para que produza os mesmos efeitos jurídicos da união civil.

Para tanto, é necessário atentar aos impedimentos dirimentes absolutos: idade inferior a dezoito anos; demência notória, a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, o casamento anterior não dissolvido, o parentesco na linha reta, o parentesco em segundo grau da linha colateral (art.30). Aos impedimentos dirimentes relativos e impedientes: a afinidade na linha reta, a condenação de um dos nubentes, o prazo inter nupcial, o parentesco até ao quarto grau da linha colateral, o vínculo da tutela, curatela ou administração legal de bens, vínculo que liga o acolhido aos cônjuges da família de acolhimento, pronúncia do nubente pelo crime de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o cônjuge de outro, enquanto não houver despronúncia ou absolvição por decisão transitada em julgado (art.3132).

[20] UNFA-MOÇAMBIQUE. **Gravidez na adolescência:** desafios e respostas de Moçambique. Maputo, 2013, p. 15.

Importa referir que constitui exceção ao impedimento dirimente absoluto no quesito idade, o casamento da mulher ou do homem com mais de desasseeis anos, quando ocorra circunstância de reconhecido interesse público e familiar e houver consentimento dos pais ou dos legais representantes (art30).

Ora, abstraindo-se os elementos valorativos, podemos aduzir que o casamento prematuro é uma forma de "constituição de família" e que segue a mesma lógica das outras modalidades de casamentos dentro do ordem jurídica moçambicana, que é da união de pessoas de sexos diferentes com firme propósito de coabitar em plena comunhão. Desta feita é casamento prematuro, aquela união que envolve um homem e/ou uma mulher antes completar 18 anos de idade, portanto, as mesmas premissa dos casamentos formais e/ou uniões informais são válidas, com exceção da menoridade.

4 A CRIANÇA, DA INSTABILIDADE E A VULNERABILIDADE

Pela definição, para a materialização do casamento prematuro, é necessário o envolvimento de pelo menos uma criança ou adolescente. Pode uma criança assumir responsabilidades matrimoniais?

A expressão "criança e adolescente" insere em si a dimensões político-social na medida em que esses atores se deparam com constantes afrontas a cidadania na realidade jurídica de muitos ordenamentos. Tanto a Convenção sobre os Direitos da Criança, nos artigos 2, 3 4, 5, 6, como o Estatuto da Criança Adolescente (ECA) de 1999, nos artigos 5, 6, 9, 12, estabelecem a criança e adolescente como sujeitos de direitos e entes em processo específico de desenvolvimento.

Segundo a Convenção dos Direitos da Criança, adotada pelas ONU em 20 de novembro de 1989, é criança todo ser humano com idade cronológica até 18 anos, exceto se existir uma lei no país signatário que confere a maioridade abaixo do estipulado a priori. Para a ONU, nesta Convenção, é criança todo ser humano que não tenha 18 anos, distanciando-se, portanto, da dualidade entre infância (criança) versus adolescente.

Moçambique, segue a terminologia da Convenção da ONU e da Carta Africana dos Direitos e Bem Estar da Criança, não estabelecendo diferenciação legal entre criança e adolescentes como ocorre em outros ordenamentos jurídicos.

Embora com extrema imprecisão jurídica, o termo criança alcança indivíduos com idade inferior ou igual a 15 anos, situação essa que foi

introduzida em 2006 pela Resolução 32/2006 do Conselho de Ministro de Moçambique, denominada de Estratégia de Desenvolvimento Integral da Juventude, a qual estabelece a diferença entre criança e jovem, sendo jovem o indivíduo que se encontra no intervalo etário de 15 a 35 anos, o que subliminarmente se subtrai que abaixo dos 15 anos sejam considerados crianças. Todavia, vale lembrar que o Código Civil moçambicano define maioridade plena, maioridade civil, aos 21 anos de idade (art.130), salvo exceções demandadas do artigo 124, o qual estabelece a emancipação por anuência dos representantes legais. De outra forma, a Constituição moçambicana define a maioridade política aos 18 anos (art.26). O indivíduo pode votar e ser votado, ou seja, exercer plenamente a cidadania. O Código Penal moçambicano estabelece a maioridade penal aos 16 anos, idade em que se pode imputar responsabilidade por condutas tipificadas como crime (art.75).

Em outros países, como o Brasil, a diferenciação entre criança e adolescente é nítida. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 1990, que versa sobre a proteção das crianças e adolescentes, estabelece que é criança pessoa com idade inferior a 12 anos e adolescente a pessoa que esteja na faixa etária dos 12 aos 18 anos (art.2º). Só em caso excecionais a adolescência vai até aos 21 anos de idade (art.142º).

O conceito de "criança e adolescente" varia de ordenamento para ordenamento, alguns coincidem com a definição adotadas pelas organizações internacionais. Os tratadista da matéria tendem a estabelecer diferenças entre os dois conceitos sendo, como assevera Frota "[ ] a compreensão de que ser criança resume-se em ser feliz, alegre, despreocupado, ter condições de vida próprias ao seu desenvolvimento, ou seja, a infância é considerada o melhor tempo da vida [...] adolescência se configura como um momento em que, naturalmente, o indivíduo torna-se alguém muito chato, difícil de se lidar e que está sempre criando confusão e vivendo crises [...][21]

Na linha complementar Belloni afirma que "criança é a pessoa, o cidadão com direitos, e deve ser considerada um ator social, sujeito do seu processo de socialização, um consumidor com poder, um indivíduo emancipado em formação, isto é, o que está aprendendo ou não a exercer os seus direitos."[22] Assim, falar da infância é olhar do ponto de vista

[21] FROTA, Ana Maria Monte Coelho. Diferenças concepções da infância e adolescência: a importância da historicidade para sua construção. **Estudos e Pesquisas em Psicologia.** Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 146-161, abr. 2007.

[22] BELLONI, Maria Luiza. **O que é sociologia da infância.** Campinas, SP: Autores Associados, 2009.

sociológico, usar categorias para compreender fenômenos sociais, como classe, gênero, escolaridade que podem ser entendidas como uma variável explicativa de diferentes formas, dominantes ou não.

Becker assegura que o conceito epistemológico da palavra advém do latim, ad para e olescer - crescer, que seria crescer para alguma coisa. Esta seria a fase mais problemática do ser jovem[23], na mesma perspectiva assevera o Levisk que os adolescentes, por suas características biopsicossocial, tende espontânea e naturalmente a passar ao ato, com maior incidência a descarregar seus impulsos agressivos e sexuais diretamente, através de processos primários. Isto é, através de vias eferentes. Estas são vias de expressão rápida e buscam a satisfação imediata dos desejos, sem passar pelos critérios de avaliação, simbolização e linguagem que caracterizam o processo secundário.[24]

A adolescência consubstancia um processo, em que demanda várias alterações psíquicas complexas, que determinarão para cada indivíduo, uma identidade específica. Nas palavras de Aberastury & Knobel destacam-se quatro momentos cruciais, "os lutos": pelos pais da infância, pela identidade infantil, pelo corpo infantil perdido e pela fantasia da bissexualidade.[25]

A adolescência é fase intermédia entre a infância (criança) e a vida adulta. Esse período marcado pela erupção físico, mental, emocional, sexual e social e em alcançar metas sociais e culturalmente esperadas. Há nítidas mudanças corporais na puberdade que culmina com o seu total crescimento e o enquadramento social do "eu".[26]

Ora, em relação a terminologia adolescente Eisenstein vai além e estabelece limites cronológicos "Os limites cronológicos da adolescência são definidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS) entre 10 e 19 anos (adolescents) e pela Organização das Nações Unidas (ONU) entre 15 e 24 anos (youth), critério este usado principalmente para fins estatísticos e políticos."[27]

[23] BECKER, Daniel. **O que é adolescência.** São Paulo SP, Brasiliense, 8ª ed. 1999

[24] LEVISKY, David Léo. Adolescência e violência: consequência da realidade brasileira. In LEVISKY, David Léo (Org). **Aspectos do processo de identificação do adolescente na sociedade contemporânea e suas relações com a violência**. São Paulo: Casa do psicólogo, 2000, p.21.

[25] LEVISKY, David Léo(Org). Adolescência e violência: consequência da realidade brasileira. In ROOSEVELT, M. S. Cassorla; ELIZABETH L. M. Smeke. **Comportamento suicida no adolescente**: Aspectos Psicossociais, 2000, p. 99.

[26] EISENSTEEIN, Evelyn. Adolescência: definição, conceitos e critérios. **Adolescência & Saúde**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-6, jun. 2005, p. 6.

[27] EISENSTEEIN, Evelyn. Adolescência: definição, conceitos e critérios. Adolescência & Saúde. Rio de Janeiro, v. 2, n.º 2, p. 1-6, jun. 2005, p. 6.

Na maioria dos países a maioridade é alcançada aos 18 anos, todavia, diante da existências de outros critérios de definição o conceito se torna "flexível e confuso" segundo os hábitos culturais.[28]

Essa constante busca por um conceito mais ajustável de "criança", "adolescente" e "jovem", demostra uma clara preocupação com as atitudes dos menores no grupo social, ficando claro que tanto na infância (criança) e como na adolescência, o indivíduo é incapaz de construir um raciocínio perene em relação a sua personalidade, tornando-se suscetível de várias mutações tendo em vista a sua fase de construção, obviamente fortemente influenciada/influenciável pelo ambiente social circundante. Neste momento, os ideais narcísicos mais primitivo ligados à onipotência, à negação da realidade e à cisão podem predominar no ego, com consequente perda ou diminuição do senso crítico e da autonomia individual[29], o que nos leva a concluir que os indivíduos com idade inferior a 18 anos são vulneráveis e não possuem maturidade suficiente para agir livremente.

5 A CRÍTICA

Ora, legalmente, para que o casamento exista é necessário, antes de mais nada, esteja presente a liberdade de anuir das partes, haja vista o artigo 7 da lei 10/2004, a qual define como casamento a união voluntária, no sentido de consentimento, anuência, aquiescência das partes, e singular, no sentido monogâmico e não poligâmico, entre um homem e uma mulher com propósito de constituir família mediante comunhão plena de vida. Do texto legal podemos aferir que toda união que não se encaixe dentro das premissas "voluntária" e "singular" não deve ser considerado efetivamente casamento.

Como visto anteriormente, um adolescente possui características biopsicossocial que tende a espontaneidade e a descarregar seus impulsos agressivos e sexuais diretamente através de processos primários sem o devido escrutínio, portanto, é mister afirmar que o adolescente não está dotado de maturidade suficiente para avaliar a extensão dos compromissos que assume ao casar-se, neste caso, não se pode falar em consentimento consciente e nem tão pouco em exercício da liberdade. Conforme demanda

[28] EISENSTEEIN, Evelyn. Adolescência: definição, conceitos e critérios. Adolescência & Saúde. Rio de Janeiro, v. 2, n.º 2, p. 1-6, jun. 2005, p. 6.

[29] LEVISKY, David Léo. Adolescência e violência: consequência da realidade brasileira. In LEVISKY, David Léo (Org) Aspectos do processo de identificação do adolescente na sociedade contemporânea e suas relações com a violência. São Paulo:Casa do psicólogo, 2000. Pag.22

da lei, em Moçambique a idade núbil é fixada em 18 anos de idade, salvo exceções de até 16 anos, no fundando interesse público e familiar com consentimento dos país ou representantes legais, que segundo nosso entendimento, não deviam existir. O menor de idade (criança), não é capaz de dar seu consentimento moral válido para se casar, e toda união em que uma ou ambas partes são menores de idade é uma união forçada, e portanto, inválido. O casamento prematuro para além de ser uma forma de violência de gênero, por afetar na sua maioria as mulheres, é também uma violação aos direitos da criança, por impor sob pressão/manipulação, com argumentos espúrios, motivados por razões econômicas, culturais e sociais.

Nessa perspectiva, a lei moçambicana que versa sobre o casamento, deixa uma lacuna, na medida em que. Só pode-se falar de uma lacuna do Direito quando as normas existentes (legais, contratuais, ou de direito consuetudinário) não satisfazem completamente a intenção geral do Direito, dirigidas a determinadas relações jurídicas ou grupo de relações jurídicas.[30] Assim a lei 10/2004 ao abrir a exceção supra, cria condições para que se perpetue casamentos de crianças (menor de 18 anos de idade), desde que seja no interesse familiar ou no interesse público, com o risco da exceção virar a regra, como pode ser constatado pela alta ocorrência de casamento prematuro. Outro perigo subjacente à esta lacuna refere-se a amplitude de possibilidades cabíveis na condição do interesse familiar ou do interesse público, na medida em que o interesse familiar ou público pode não coincidir com interesse da criança, ou ainda, o interesse familiar atentar a dignidade da criança.

6 ESTRATÉGIAS DE ERRADICAÇÃO

Quanto às estratégias de eliminação da violência contra a criança advinda da prática de casamentos prematuros, embora com visíveis avanços governamentais na criação das Lei 10/2004, Lei 7/2008, na ratificação da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, da Carta Africana dos Direitos e Bem Estar da Criança, da Convenção sobre Eliminação de Todas Formas de Descriminação contra a Mulher, é imprescindível para mitigação desse fenômeno danoso o seguinte: investimento massivo na educação formal por forma a contornar a tendência dos indicies de casamentos prematuros nas comunidades menos escolarizadas, alteração dos padrões culturais, no sentido de superar o preconceito contra a mulher que ínsito ao modelo

[30] LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Larego. 3ed Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Pag.431

social posto, machista; nisto, a educação jurídica deve ser disseminada nas comunidades (sobretudo a rural) como forma de incentivar ao exercício de direito e da cidadania.

O fato do casamento prematuro ser tolerado em Moçambique, acaba impossibilitando o enquadramento infracional nos casos em que as crianças que se casam na faixa entre 16 aos 18 anos, visto que é permitido por lei (já supra citada exceção), dificulta a intervenção e o controlo por parte das autoridades, nesta senda urge a necessidade de eliminar o conflito entre as leis comunitárias e as leis formais, alterando o número 4 da Lei 10/2004, suprimindo a exceção da idade núbil; criação de uma política pública voltada a reduzir os fatores de risco que induzem ao casamento prematuro, como programas de educação com acesso a bolsas de estudo para as crianças vulneráveis, redução dos níveis de pobreza, desenhar plano estratégico que alavanca a autonomia das mulheres, a criminalização do casamento prematuro.

Neste diapasão, Collet apud Gil (2014), salienta a importância de incluir nos debates e mecanismo de informação a clarificação dos aspetos como "violência sexual", "abuso sexual", "assédio sexual", "violência baseada em gênero", uma discussão aberta sobre a igualdade de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Moçambique continua a ocupar um dos lugares de destaque na questão de violação dos direitos da criança em particular e da mulher em geral, a prática de casamento prematuro culturalmente aceite constitui um dos fatores dessa classificação. Essa cultura de desrespeito pelos direitos da mulher tem o beneplácito do sistema patriarcal existente, onde apenas casos ligados a essa violação são penalizados, contradizendo todos dispositivos legais internacionais ratificado pelo Estado moçambicano.

As consequência da institucionalização do casamento prematuro são catastróficas, impactando diretamente na incidência da gravidez precoce e o consequente aumento da mortalidade neonatal, do abandono escolar, o aumento e a manutenção dos índices de pobreza na população feminina, etc. Desta feita, é urgente a adopção de medidas com vista a estacar essa tendência, através de sensibilização e promoção de denuncia pública, uma vez que, a continuação dessas práticas podem comprometer uma geração.

A mudança legislativa sobre a problemática é urgente, a atual lei que rege a questão do casamento não serve aos interesses da criança, mas a

interesses alienígenas que defendem a continuidade das práticas machistas. As práticas Culturais-Sociais da comunidade que atente que atente a dignidade da pessoa humana (no caso da Mulher) deve ser abandonada. Para tal, o envolvimento comunitário é necessário (sensibilização das comunidades locais, suporte social, ativistas da comunidade, grupos de autoajuda, capacitar praticantes de medicina tradicional, coordenação do trabalho dos técnicos de saúde mental).[31]

REFERENCIAS

BECKER, Daniel. **O que é adolescência**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

BELLONI, Maria Luiza. **O que é sociologia da infância**. Campinas-SP: Autores Associados, 2009.

BORGES, Paulo Cesar Corrêa. Tráfico de pessoas: exploração social versos trabalho escravo. In: BORGES, Paulo Cesar Corrêa. (Org.) **Tráfico de pessoas para exploração sexual**: Prostituição e trabalho escravo. São Paulo: NETPDH: Cultura académica, 2013. (tutela penal dos direitos humanos, 3).

BRAÇOS, António Domingos. **Educação pelos ritos de iniciação**: contribuição da tradição cultural ma-sena ao currículo formal das escolas em Moçambique. Dissertação (Metrado em Educação e Currículo) Programa de Pós graduação Pontifica Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

BRASIL, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Aprova o estatuto da criança e adolescente. **Diário oficial.** Brasília, 13 de julho de 1990.

CHIZIANE, Paulina: **Ensaios sobre a convenção sobre os direitos da criança: põe dinheiro onde está tua boca.** Maputo: UNICEf, 2014. Disponível em http://www.unicef.org/mozambique/pt/media_15894.html. Acesso em: 23 jun. 2015.

Comissão africana dos direitos dos povos. **Carta Africana dos direitos e bem estar da criança.** Banjul, [190-]. Disponível em http://www.achpr.org/pt/instruments/child. Acesso em: 20 jun. 2015.

[31] VICENTE, Jose G. Violação sexual de menores em Moçambique: impunidade ou defesa de tradições? Lima, 2014. Disponível em http://www.alapop.org/Congreso2014/DOCSFINAIS_PDF/ALAP_2014_FINAL766.pdf. Acesso em: 30 out. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

DUBY Georg; PERROT Michelle: **Historias das mulheres no ocidente**. São Paulo: Ebradil, 1990.

EISENSTEEIN, Evelyn. Adolescência: definição, conceitos e critérios. **Adolescência & Saúde.** Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-6, jun. 2005.

FRANCISCO. **Albino:** situação dos casamentos prematuros em Moçambique, tendências e impacto. Maputo, 2014. Disponível em http://www.rosc.org.mz/index.php/ component/docman/doc_view/195-situacao-dos-casamentos-prematuros-em-mocambiquetendencias-e-impacto-eventos-mmas. Acesso em: 05 abril 2016.

FROTA, Ana Maria Monte Coelho. Diferenças concepções da infância e adolescência: a importância da historicidade para sua construção. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 146-161, abr. 2007.

Gil, A. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Larego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEVISKY, David Léo**.** Adolescência e violência: consequência da realidade brasileira. In: LEVISKY, David Léo (Org). **Aspectos do processo de identificação do adolescente na sociedade contemporânea e suas relações com a violência**. São Paulo: Casa do psicólogo, 2000.

MOÇAMBIQUE. Lei 10, de 25 de agosto de 2004. Aprova a lei da família e revoga o livro IV do código civil. **Boletim da república.** Maputo, 25 de agosto 2004, suplemento 342, n 34.

MOÇAMBIQUE. Lei 35 de 31 de dezembro 2014. Aprova o código penal moçambicano. **Boletim da república.** Maputo, 31de dezembro 2014.

MOÇAMBIQUE. Lei no. 7/2008, de 09 de julho (Lei de Promoção e Proteção do Direito da Criança). In: **Fundação para o Desenvolvimento da Comunidade**. Coletânea de Legislação Nacional de Proteção da Criança. Maputo, 2009.

MOÇAMBIQUE. Resolução 32 de 21 de Setembro 2006 - Aprovação da Estratégia de Desenvolvimento Integral da Juventude. **Boletim da república.** Maputo, 21 de set. 2006.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos da Criança** (Resolução no. 19/90). Disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes /convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em 3 out. 2015.

PERREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores param o direito da família.** Belo Horizonte: Livraria do advogado, 2006.

ROOSEVELT, M. S. Cassorla; ELIZABETH L.M. Smeke. **Comportamento suicida no adolescente**: Aspectos Psicossociais, 2000.

SAFFIOTI, Heleieth. **O Poder do Macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos:** de emancipações, libertações e dominações. Porto alegre: livraria do advogado, 2014.

SILVA, Juliio. **Ritos de iniciação ou de passagem existentes em Moçambique.** 2009. Disponível em: http://www.wlsa.org.mz/artigo/itentidades-no-contexto-dos-ritos/. Acesso em: 23 jun. 2015.

SILVESTRE, Eleutério. **Moçambique:** Secretismo e violações ameaçam o valor de ritos de iniciação em Moçambique. 2013. Disponível em http://www.dw.com/pt/secretismo-eviola%C3%A7%C3%B5es-amea%C3%A7am-o-valor-de-ritos-de-inicia%C3%A7%C3%A3o -em-mo%C3%A7ambique/a-1732749. Acesso em: 23 jun. 2015.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direitos humanos urgente.** São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

UNFA-MOÇAMBIQUE. **Gravidez na adolescência:** desafios e respostas de Moçambique. Maputo: 2013. Disponível em: http://countryoffice.unfpa.org/mozambique/drive/ SWOP_Suplemento_paginacaofinal0312134.pdf. Acesso em: 23 jun. 2015.

UNICEF e MISA. **Violência, exploração e abuso sexual de criança**: análise jornalística e recomendações para os medias, Maputo, 2008. Disponível em: http://www.unicef.org/mozambique/UNICEF_MISA_Analise_de_Imprensa_e_Recomedacoe s_-_Proteccao_da_Crianca_Novembro_2008.pdf. Acesso em: 25 jun. 2015.

UNICEF. **Moçambique:** para cada criança. Maputo, 2007. Disponível em: http://www.unicef.org/mozambique/FOR_EVERY_CHILD_booklet_Portuguese_Final_3011 06.pdf. Acesso em: 23 jun. 2015.

UNICEF-MOÇAMBIQUE: **Educação:** progresso e desafios. [200-]. Disponível em http://www.unicef.org/mozambique/pt/education.html. Acesso em: 25 jun. 2015.

VERDADE: **desistência da criança da escola mina o ODM.** Maputo, 2015. Disponível em: http://www.verdade.co.mz/nacional/45610-desistencia-das-criancas-da-escola-mina-odm. Acesso em: 23 jun. 2015.

VICENTE, Jose Gil. **Violação sexual de menores em Moçambique**: impunidade ou defesa de tradições? Lima, 2014. Disponível em: http://www.alapop.org/Congreso2014/ docsfinais_pdf/alap_2014_final766.pdf. Acesso em: 30 out. 2015.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM PERSPECTIVA COMPARADA: AS EXPERIÊNCIAS DE BRASIL E COLÔMBIA

Fernanda de Castro Nakamura*

Nathália Melazi Caobianco**

INTRODUÇÃO

Recentemente praticamente todos os países da América Latina passaram por reformas no âmbito da prestação de serviços públicos, especialmente na área da saúde. Dentre os diversos fatores estruturais e políticos geradores de tal mudança, não se pode olvidar da transição entre o modelo vigente até 1970/1980, vinculado a políticas desenvolvimentistas, e a necessidade de um ajuste econômico de caráter liberal que se impôs nos anos 1980/1990.

A liberalização da economia e os processos de mudança macroeconômica, impostos pelas organizações financeiras internacionais, pregaram a redução das funções do Estado e incentivaram uma reforma intensa nas políticas sociais, especialmente nos países latino americanos. Na área da saúde, os novos modelos caracterizaram-se pela descentralização, introdução da política de mercado e o estímulo à participação privada, diminuindo o âmbito de atuação do Estado e os custos com os serviços públicos.

Levino e Carvalho (2011) dispõem que os movimentos de reforma se distinguiram em dois pólos, a depender do modelo adotado. Conforme os autores, nos países onde houve a concepção de um Estado mínimo, a saúde passou a ser vista como mercadoria; já em países pautados na solidariedade e na cidadania, foram criados modelos universais e de assistência integral, como o Sistema Único de Saúde (SUS); sendo que entre os dois extremos foram desenvolvidos modelos intermediários, que variam na amplitude do acesso e cobertura, nas modalidades de afiliação aos seguros e na integração entre o público e o privado.

Nesse patamar, Fleury (2002) esclarece que é importante notar que as reformas não foram homogêneas e simultâneas em todos os países,

* Advogada. Mestranda em Planejamento e Análise de Políticas Públicas pela Universidade Estadual Paulista "Júlio Mesquita Filho". Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

** Graduanda em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio Mesquita Filho". Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

no entanto, seguiram uma mesma agenda de privatização e seletividade, buscando reduzir o tamanho do Estado.

Dessa forma, o presente artigo busca abordar a heterogeneidade nos mecanismos de proteção à saúde na América Latina e como as falhas na estrutura e aplicação desses processos no Brasil e Colômbia contribuíram para o surgimento e intensificação do fenômeno da judicialização. Essencial, portanto, entender no que consiste a judicialização. Embora não haja uma conceituação unânime, a judicialização da política, em seu aspecto geral, é entendida como uma ”transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais”, de questões relevantes política, social ou moralmente. (BARROSO, 2011, p.130). Assim, conforme bem explica Fleury (2012), a judicialização nada mais é do que o uso da ferramenta judicial como forma de exigir direitos que deveriam ser garantidos pela atividade legislativa e executiva.

Destaque-se que esse contexto de ativismo judicial intenso, segundo Amandino Teixeira Nunes Junior (2008), se desenvolve de maneira diferente em cada sociedade, a depender de suas particularidades históricas, culturais e econômicas. Por esse motivo, o presente estudo optou por uma análise comparada entre dois países da América Latina, Colômbia e Brasil, destacando as principais diferenças entre os sistemas de saúde por eles adotados e como isso permitiu o surgimento e constante aumento do fenômeno da judicialização da saúde em cada nação. Nosso principal objetivo é dar substrato a um debate mais amplo a respeito das causas e efeitos do controle judicial de políticas públicas, fenômeno atual e que tem se intensificado nas últimas décadas.

1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE EM AMBOS OS PAÍSES

A Colômbia é um Estado Social de Direito, organizado em forma de República Unitária, caracterizada pela descentralização e autonomia de seus territórios. No que diz respeito ao direito à saúde, a Constituição colombiana de 1991 ao introduzir os direitos sociais em seu texto, limitou-se a dar-lhes o status de serviço público, sem atribuir-lhe natureza de direito fundamental. Essa situação só foi modificada em 2015, com a promulgação da Ley Estatutaria de Salud, que alterou o texto constitucional para garantir status fundamental ao direito à saúde.

Seguindo a tendência dos demais países sul americanos nas décadas de 1980 e 1990 e os ditames das entidades internacionais, a Colômbia, através da Lei 100 de 1993, criou um sistema obrigatório de seguro de saúde, o "Sistema General de Seguridad Social em Salud'' (SGSSS) sob um modelo de política neoliberal cuja organização descentralizada e funções bem especializadas/delimitadas visavam alcançar maiores níveis de eficiência e qualidade na prestação pública de saúde. Esse modelo é, segundo a classificação de Fleury (2012), chamado de plural ou "pluralismo estruturado", uma vez que se baseia em mecanismos de mercado.

No Brasil, a saúde foi tomada como um direito fundamental, social, universal, devendo ser garantida a todos os cidadãos brasileiros, fazendo parte, assim, das promessas da Carta Constitucional de 1988. (Art. 6º da CF/88). Com vistas a possibilitar a exigência de tal direito, o artigo 5º, XXXV e LXXIV da Constituição Federal (CF) estabeleceu o direito integral e gratuito à justiça aos mais necessitados e garantiu a todos a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito.

A CF/88 estabeleceu as diretrizes de um Sistema Único de Saúde regido pela Lei 8080/90, que tem como missão a prestação de serviços de saúde de qualidade e de forma gratuita a toda a população que dele se socorra. Diferentemente do que ocorre na Colômbia, em que os cidadãos pagam diretamente uma taxa de acordo com sua capacidade financeira; o financiamento do SUS provém da receita de impostos e dos orçamentos das três esferas de gestão (União, Estados e municípios), ou seja, é financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta. (art.195 da CF/88). A estruturação política e administrativa do Sistema Único de Saúde reflete a necessidade de se ter no Brasil qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos. No entanto, as diretrizes que permearam a sua criação ainda não encontraram a sua plena efetividade. Isso pode ser atribuído aos problemas relacionados aos investimentos em serviços de saúde, que acarreta a falta e a deficiência na prestação dos serviços de saúde, culminando na intensificação judicialização desse direito após a promulgação da CF/88.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM PERSPECTIVA COMPARADA

A Carta Constitucional colombiana de 1991, como já fora dito acima, incluiu os direitos sociais como serviços públicos, ou seja,

de responsabilidade estatal, sem consagrar a eles o status de direito fundamental. No entanto, trouxe importantes instrumentos de acesso à justiça, através dos quais os cidadãos que tenham qualquer direito cultural, social ou político violado possam exigi-lo frente ao poder Judiciário. As ações de Tutelas, previstas no artigo 86 da Constituição, são o meio legal mais utilizado para tal finalidade e seu incremento ano a ano revelam a ineficácia institucional em garantir a concretização dos direitos sociais à população colombiana.

Segundo dados divulgados pela Defensoria Del Pueblo, em 2014 foram propostas 498.240 tutelas, o maior número desde que esse mecanismo foi previsto em 1991, e que representa um aumento de 9,62% com relação ao ano anterior. Deste total, mais de 23%, ou seja, cerca de 118 mil ações, estão relacionadas com direito à saúde, número que pode ser ainda maior, tendo em vista que muitos cidadãos também requerem prestações de saúde ao invocar o direito à petição ou à seguridade social.

Os litígios em saúde, segundo Juanita Durán e Rodrigo Uprimny, começaram quase de forma paralela à implementação do Sistema General de Seguridad Social en Salud e só cresceram, elevando cada vez mais os custos com o cumprimento das decisões judiciais. Pelo gráfico acima é possível notar que no ano de 2008 houve um pico do número de tutelas de saúde interpostas, número que foi reduzido entre 2009 e 2010 em virtude da Sentencia T-760, mas que se manteve alto desde então, revelando que as violações a esse direito persistem.

Desmistificando o argumento de muitos críticos do ativismo judicial, os dados fornecidos pela Defensoria Del Pueblo demonstram que o número de tutelas propostas pelos cidadãos do regime contributivo (48,62% do total) não é muito maior que aquelas propostas pelo regime subsidiado (41,70% do total), desconstruindo a ideia de que o acesso à justiça seria um privilégio das classes mais abastadas e, portanto, acentuaria as desigualdades já existentes entre os regimes de contribuição e subsidiado. (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2006-2008).

Outra característica interessante é que o número de tutelas solicitando tratamentos inclusos no POS, ou seja, que deveriam ser concedidos imediatamente pelas EPS é muito elevado, significando 61,70% das tutelas do regime contributivo.

A intervenção do Judiciário na saúde colombiana se intensificou com as inovações trazidas pela Constituição de 1991, entre elas a criação da Corte Constitucional e de mecanismos de acesso cidadão à justiça, como

as ações de tutela. Tal como no Brasil, na Colômbia também se instalou forte tensão entre os poderes executivo e judiciário, questionando-se qual o limite da atuação da Corte Constitucional nas políticas públicas de saúde.

Segundo Oscar Parra-Vera e Alicia Ely Yamin (LA SENTENCIA T-760 de 2008), nas últimas décadas a Ação de Tutela tem sido o meio mais utilizado para a proteção do direito à saúde na Colômbia e a Corte Constitucional[1] tem consolidado diversas formas de ativismo judicial nesta seara.

Até o ano de 2008 a atitude do judiciário frente às demandas por saúde se limitava a conceder os pedidos, determinando o cumprimento dos contratos de saúde, em que não há que se falar em ativismo judicial, vez que os tribunais nada criavam, apenas exigiam o adimplemento de uma obrigação assumida entre prestadora e afiliado.

Assim como no Brasil, a ineficácia da prestação e a ausência de regulação e controle do sistema colombiano de saúde pelos entes nele envolvidos fez com que a população se socorresse do judiciário que, sob o respaldo da proteção da Constituição, passou a exercer função anômala.

Em 2008 o aumento expressivo e constante do número de ações em saúde fez com que a Corte Constitucional colombiana tomasse uma importante e polêmica decisão. A corte emitiu a Sentencia T-760, que constitui um conjunto de determinações dirigidas a todos os envolvidos na prestação do direito à saúde com o intuito de melhorar a situação caótica em que o sistema se encontrava e garantir o acesso a serviços de qualidade, consequentemente diminuindo o fluxo de litígios.

Foram identificadas as principais falhas do sistema e ordenou-se medidas que visavam corrigir tais deficiências. Dentre os diversos pontos atacados pela decisão pode-se citar a necessidade de atualização periódica dos benefícios incluídos no POS para assegurar o fluxo adequado de recursos financeiros.

À época, o tribunal reforçou o entendimento de que o direito à saúde, embora não o dissesse o texto constitucional, é um direito fundamental e subjetivo, de aplicabilidade imediata. Determinou ainda que o governo adotasse medidas concretas para a unificação dos Planos Obrigatórios de Saúde dos regimes contributivo e subsidiado, no entanto o poder executivo quedou-se inerte. Importante notar que a Sentencia T-760 não determinou deveres ilimitados ao Estado, pelo contrário, assinalou que o direito à saúde contém

[1] A Corte Constitucional foi criada pela Constituição de 7 de julho de 1991 e é responsável por garantir o respeito à integridade da Carta Política, conhecendo de maneira exclusiva sobre os assuntos de constitucionalidade. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/.

um núcleo essencial que deve ser garantido a toda população, respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Desse modo, o órgão reiterou o entendimento no sentido de condicionar a concessão de medicamentos e procedimentos que estivessem fora do POS a critérios como a condição financeira, o mínimo vital do paciente, possibilidades de substituição por insumos mais baratos e à prescrição médica. Assim foi posto na decisão:

> "O direito à saúde é um direito fundamental autônomo [ ] Porém isso não significa que o direito à saúde seja ilimitado no tipo de prestação que cobre. O plano de benefícios não tem que ser infinito toda vez que pode se circunscrever às necessidades e prioridades conforme determinado pelos órgãos competentes para alocar de maneira eficiente os recursos disponíveis"(tradução nossa).[2]

Destaque-se, a Corte foi sensata ao limitar as demandas que não estejam previstas na política pública de saúde (POS), mas a indeterminação do termo "mínimo vital" traz grande subjetivismo e impede uma compreensão clara do que é ou não garantido ao cidadão pelo Estado. Tal questão também é causa de embate doutrinário no Brasil, em que os críticos da judicialização apontam que o somente o "mínimo existencial" seria de responsabilidade estatal e, o que ultrapassasse tal limite, traria prejuízos ao sistema como um todo e à sociedade. Também aqui a expressão não tem conteúdo delimitado, gerando questionamentos de diversas naturezas e insegurança jurídica.

A determinação da Corte quanto à unificação dos regimes só foi concretizada quase quatro anos após a Sentencia T-760, quando em 2012 o plano de unificação foi finalizado e igualou as prestações previstas no POS, mas manteve a diferença entre a Unidad de Pago por Capitación (UPC)[3] dos dois regimes. Isso significa que a unificação não passou de mera retórica, uma vez que manteve diferentes verbas financeiras para o cumprimento do mesmo rol de serviços, com igual qualidade. Recentemente (2015) fora implantado um plano piloto nas cidades de Bogotá, Medellín, Santiago de Cali e Distrito Especial, Industrial e Portuario de Barranquila, em que se igualou a UPC do regime subsidiado à do contributivo.

[2] No original: "El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo [ ]. Pero ello no significa que el derecho a la salud sea ilimitado en el tipo de prestaciones que cobija. El plan de beneficios no tiene que ser infinito toda vez que puede circunscribirse a las necesidades y prioridades que determinen los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos disponibles""

[3] Unidad de Pago por Capitación: é um valor anual que reconhece o sistema a cada EPS por cada um dos afiliados, a fim de garantir/ cobrir a prestação dos serviços de saúde contidos no Plano Obrigatório de Saúde. Ele é calculado pelo Ministerio de Salud e Proteccion Social e leva em conta diferentes aspectos, como os grupos de risco por idade sexo, zonas geográficas.

Apesar da reforma formal do sistema e dos esforços da Corte em emitir dezenas de autos visando ao cumprimento das determinações da Sentencia T-760, o fato é que os altos índices de corrupção interna, desvio de recursos e satisfação de interesses alheios ao bem público persistiram e atravancaram a eficácia do sistema.

Essas problemáticas tem fundamento na estrutura do modelo, que tem como um dos pilares as empresas privadas (EPS), que seguem a lógica de mercado e visam mais ao lucro que ao bem comum e, para aumentar seus ganhos, opõem barreiras ao acesso dos usuários aos serviços de saúde.

O ciclo da judicialização, portanto, tem início na negativa administrativa (EPS) em cumprir com os contratos de saúde, fazendo com que os pacientes recorram ao Judiciário e impedindo que essa intensa espiral de judicialização seja rompida.

Ante a persistente desigualdade do sistema de prestação de saúde na Colômbia e a insatisfação popular, em fevereiro de 2015 o Presidente Juan Manuel Santos Calderón e o ministro Alejandro Gaviria Uribe sancionaram a "Ley Estatutaria de Salud" (Lei nº 1751), a qual converte a saúde em um direito fundamental autônomo.

Lei estatutária, na Colômbia, é uma norma de hierarquia superior às outras leis, pois altera a Constituição, tal como as emendas constitucionais brasileiras. A elevação da saúde à norma fundamental reforça o posicionamento já consolidado pela Corte Constitucional e significa que o direito a saúde agora se encontra acima de qualquer consideração econômica/ administrativa e deve ser garantido a todos igualmente na medida de suas necessidades. Seu artigo sexto dispõe que o acesso aos serviços de saúde deve ter continuidade, sem ser interrompido por razões administrativas ou econômicas. Além disso, impõe ao Estado o dever de expandir gradual e continuamente o acesso à saúde e a qualidade de sua prestação, convergindo para a integralidade das prestações.

Com isso, objetiva-se que o governo promova progressivamente a ampliação dos benefícios até que consiga atender a todas as necessidades da população, o que fará com que, futuramente, o POS deixe de existir, criando-se apenas uma lista explícita com os serviços não garantidos pelo Estado (como os de natureza estética, os de eficácia não comprovada/ experimentais e os que devem ser prestados no exterior). Isso significa que se antes os pacientes só tinham direito ao que estava contido no POS, com a aplicação da nova lei só não terão direito ao que estiver no rol de exclusão.

Outra importante disposição (art.23) pretende pôr fim aos abusos da indústria farmacêutica colombiana ao decretar que os preços dos princípios ativos de medicamentos passam a ser política de Estado, de

modo que sejam controlados pelo governo nacional com base nos valores internacionais de referência.

Afirma-se que a lei acabará com os "paseos de la muerte", uma realidade a que muitos colombianos estão, infelizmente, inseridos e que se caracteriza pela recusa das EPS e IPS em atender casos de urgência, amparando-se na obrigação de filiação do usuário, exigindo, por exemplo, apresentação do carnê de beneficiário; burocracia que pode gerar consequências irreparáveis, como a morte do cidadão nas portas dos hospitais. A nova lei determina a obrigação das instituições prestadoras de serviço em atender as urgências, sem impor obstáculos, exigir taxas ou solicitar autorizações.

Por se tratar de uma lei atual e que depende de inúmeras legislações ordinárias para regulamentação dos dispositivos, ainda não é possível inferir que ela vá de fato promover tudo quanto pretende e gerar a diminuição do número de ações judiciais. Embora seja destacado por muitos críticos que a reforma não olvidou acabar com um dos maiores problemas do sistema de saúde colombiano, o enriquecimento das EPS (intermediárias e parasitas de recursos estatais), os efeitos da reforma promovida pela Lei Estatutária da Saúde só poderão ser sentidos com o passar dos anos e proporcionalmente ao empenho estatal em concretizá-la de maneira eficaz.

Já no Brasil, o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado por meio de políticas sociais e econômicas que visem a garantia plena desse direito em face de todos os cidadãos brasileiros. No contexto de incapacidade do Poder Público em atender às demandas sociais e de expressa previsão normativa dos direitos sociais fundamentais, é que o direito à saúde no Brasil deixou de ser uma preocupação das instâncias tradicionais (Executivo e Legislativo) e passou a fazer parte do Poder Judiciário, que tem como missão garantir a concretização da Carta Maior. (BARROSO, 2012, pp. 23-32).

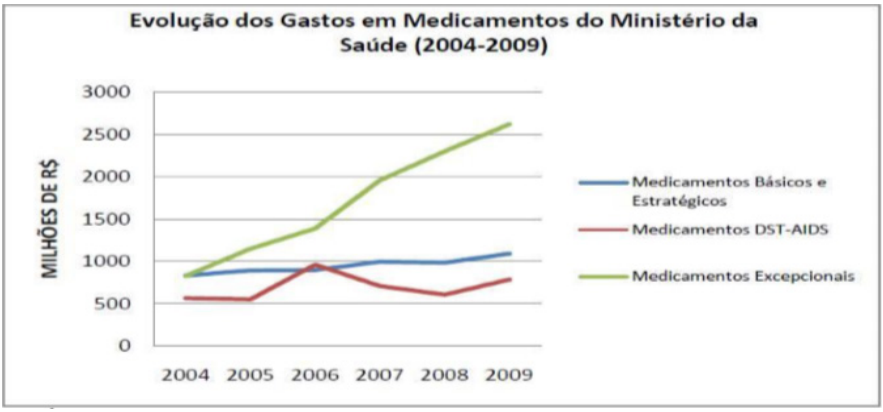
Nesse âmbito, em face da impossibilidade de o Sistema Único de Saúde abarcar todos os titulares do direito à saúde em suas especificidades, a judicialização se apresenta como a expressão das "reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais". (VENTURA et. al., 2010, pp. 77-100).

A judicialização da saúde no SUS representa o acúmulo de inúmeros indicadores ruins que vêm persistindo ao longo dos anos, deixando à mostra a incapacidade do Poder Público em prover o acesso universal à saúde pública, bem como, a falta de infraestrutura dos hospitais públicos, unidades básicas de saúde e unidades de pronto-atendimento; a escassez dos recursos humanos seja pela falta de profissionais capacitados seja pela

existência de profissionais mal remunerados; além da escassez financeira, que sobrevive a escândalos de corrupção e desvio de verbas, o que resulta em longas filas de espera por atendimentos, falta de leitos hospitalares atraso no fornecimento de tecnologias necessárias à prestação dos serviços, em especial na assistência farmacêutica que apresenta os maiores índices de judicialização no Brasil. (GOMES et. al., 2014, pp. 139-156).

Frente a tal cenário, desde a década de 90 até os dias de hoje, a judicialização da saúde no Brasil vem tomando ares cada vez mais expressivos, impactando um aumento de quase 300% no gasto total com tecnologias em saúde requeridas junto ao Judiciário, ou seja, passando de R$83,1 milhões em 2009 para R$243,9 milhões em 2011. (GOMES et. al., 2014, p. 140).

A maior parte das ações judiciais sobre o direito à saúde versa sobre assistência farmacêutica, como o fornecimento de medicamentos e insumos, o que denota o caráter extremamente curativo das demandas, conforme gráfico elaborado pelo Ministério da Saúde:



Fonte: IDISA – Instituto de Direito Sanitário Aplicado. Disponível em: http://www.idisa.org.br/site/documento_4062_0__medicamentos-excepcionais-e-prioridades-desaude-no-brasil.html

Verifica-se pelo gráfico acima a intensificação do fenômeno no Brasil, o qual suscita inúmeras questões de ordem política e judiciária, principalmente no que se atine à gestão do sistema de saúde e ao sistema de repasse e aplicação de verbas pelos entes federativos no SUS.

No que se refere ao âmbito político, verifica-se que em ambos os países analisados a judicialização é um fenômeno presente e intenso e que tem gerado conflitos entre os Poderes Estatais constituídos, dado

que a presença do Judiciário no âmbito político sempre é vista como indevida e malversada.

No âmbito judicial, a crescente demanda por tutelas de saúde fez com que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se atinasse para tal problemática e passasse a discutir sobre suas causas, bem como mapear as experiências dos tribunais na judicialização da saúde. Fruto desse esforço foi a publicação no ano de 2013 de um relatório decorrente da pesquisa intitulada "Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências".

Nessa pesquisa, foram constatadas algumas características em comum nas ações judiciais de saúde em todos os Tribunais do Brasil, sendo estas: (i) foco curativo das demandas - as ações versam em sua maioria sobre o fornecimento e garantia de medicamentos, tratamentos, próteses e etc.; (ii) predominância da litigação individual; (iii) tendência de deferimento final e antecipação de tutela pois, pode-se dizer que 99% das ações tem caráter de urgência; (iv) pouca menção nas decisões judiciais a respeito da audiência pública do STF em 2009 que procurou levantar questões para buscar soluções à judicialização da saúde no Brasil - o que será tratado com maior detalhes no tópico a seguir; (v) pouca menção às contribuições do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nas decisões judiciais, especialmente no que se refere às Recomendações nºs 31 e 36 que trazem parâmetros para a atuação do Judiciário na judicialização da saúde; (vi) pouca menção ao Fórum Nacional e Comitês estaduais de saúde, que trazem inúmeros estudos sobre o fenômeno no Brasil que são de grande contribuição para a comunidade jurídica; (vii) tendência de utilização do Núcleo de Assistência Técnica (NAT) que foi implantado a partir das discussões da audiência pública sobre a judicialização da saúde em 2009 do STF, especialmente nas capitais, apesar de não haver qualquer menção à função dos NATs nas decisões judiciais, vez que se afiguram como uma estratégia para a atividade judicante em saúde. (ASENSI; PINHEIRO, 2015).

Anteriormente, no ano de 2009, já atento à realidade brasileira, o então Presidente do Supremo Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, convocou uma audiência pública a fim que fossem discutidas soluções e alternativas atinentes ao direito à saúde (BRASIL, 2009). Nela, foram pensadas diversas propostas que visam contornar as causas e os efeitos da judicialização, sendo que duas foram as mais citadas, o "aprimoramento das instâncias regulatórias no Brasil, seja ao que se refere à concessão de registro para acesso ao mercado brasileiro - ANVISA - seja pela incorporação de

tecnologias no âmbito do SUS", e, a necessidade de o "Judiciário levar em consideração os Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas (PCDT) do Ministério da Saúde, os quais devem ser atualizados periodicamente". (GOMES et. al., 2014, p. 148).

Além dessas propostas, outras chamaram a atenção como o fornecimento de Assessoria Técnica ao Judiciário, por meio da criação dos Núcleos de Assessoria Técnica (NAT) que devem oferecer assessoria e consultoria aos magistrados, a fim de assessorá-los em suas decisões, e, alternativas relativas à escassez de recursos financeiros na saúde pública. (GOMES et. al., 2014, pp. 150-151).

O resultado dessa audiência pública foi observado nos anos que se seguiram, com a providência de algumas medidas que representaram alguns avanços na área da saúde, como a promulgação da Lei nº12401/11 que trata sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no SUS; e, a Lei Complementar nº141/12 que regulamentou a Emenda constitucional nº29, referente à aplicação mínima de recursos financeiros pelos entes federativos nos serviços de saúde pública. Por outro lado, ficou mais do que evidente que as políticas de saúde apresentam falhas no que tange à aplicação e concretização dos princípios do SUS e, que por conta dessas falhas, os usuários passaram a ver no Judiciário um meio efetivo de garantia, não um meio excepcional de se pleitear o direito, bem como, não se observou a elaboração de uma lei de responsabilidade sanitária que se configuraria em um importante instrumento contra a mágestão nos serviços públicos de saúde. (GOMES et. al., 2014, p. 154).

Assim, é fácil perceber que o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil ainda está longe de ser contornado, apesar de alguns avanços observados no Sistema Único de Saúde, o que se sucedeu com isso, foi o reconhecimento de novas matérias em temas de Repercussão Geral no STF como: a inserção de novos atores em defesa dos direitos e garantias fundamentais, como o Ministério Público, que teve sua legitimidade questionada nas ações que visam o fornecimento gratuito de medicamentos no ano de 2010 (Repercussão Geral nº 262); o estudo sobre a necessidade de bloqueio de verbas públicas para o fornecimento de medicamentos, de 2010 (Repercussão Geral nº 289); o reconhecimento da responsabilidade solidária entre os entes federativos no dever de prestar assistência à saúde no ano de 2014, em face da competência comum (Repercussão Geral nº 793); o controle judicial relativo ao descumprimento dos entes

federativos com relação à aplicação mínima dos recursos financeiros em saúde, conforme LC nº141/12, de 2014 (Repercussão Geral nº 818), dentre inúmeros outros temas relativos à saúde que ainda fazem parte do cotidiano do Judiciário brasileiro.

Em vista dos dados aqui apresentados referentes ao Brasil, verifica-se que um dos grandes desafios é a diminuição das ações judiciais e o estudo de estratégias que visem contornar o fenômeno da judicialização da saúde, vez que o sistema único de saúde, em alguns estados brasileiros, apresenta índices extremamente negativos, o que denota um sistema com uma gestão que precisa de uma reestruturação e de uma articulação maior entre os entes federativos.

Os estudos sobre o fenômeno tomaram importância vertiginosa ao longo dos anos, ante a necessidade de se garantir um direito sem, contudo, atentar-se para o fato de que sem um sistema de saúde voltado às necessidades do usuário, é impossível conceber uma diminuição no número de ações judiciais, pois sempre aparecerão casos que não serão passíveis de tutela, seja por falta de previsão normativa, seja por falta de recursos, seja por conta de uma ação dentro do sistema de gestão que ainda impede e atravanca o amplo acesso aos serviços de saúde.

A conclusão a que se chega ao analisar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil é a de que o SUS é uma via de mão dupla, ou seja, em que se tem um caminho para a utilização dos serviços com acesso limitado, com os recursos já disponíveis, e, outro para quem tem o acesso irrestrito garantido por meio de ações judiciais, o que poderia ser amenizado com uma gestão pública eficiente voltada aos interesses dos usuários e com a correta aplicação dos recursos públicos destinados à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração os sistemas de saúde do Brasil e Colômbia, temos que ambos são frutos de um sistema político caótico e um executivo ineficaz, que acaba por fomentar a desigualdade social e a descrença da população nas instituições. A judicialização crescente que se observa nesses países não passa de consequência dessas falhas do poder público aliada à maior conscientização da população sobre seus direitos. A pressão social tem feito com que o Judiciário assuma as rédeas da situação e garanta a concretização do direito à saúde, ao menos, aos que lhe procuram.

Não obstante a semelhança no que tange à principal consequência, a judicialização, a análise comparada dos sistemas brasileiro e colombiano nos permite traçar algumas diferenças, principalmente no que se refere à estruturação dos sistemas de saúde, conforme maior ou menor influência da política neoliberal. O modelo colombiano, chamado de pluralismo estruturado, apesar de recentemente tornar a saúde um direito fundamental e guiar seu sistema pelo princípio da universalidade, coloca a execução e gestão da saúde a cargo de empresas privadas (especialmente as Entidades Promotoras de Saúde) que tão somente visam o lucro, deixando a população ao alvedrio de um sistema cheio de falhas estruturais. Já no caso brasileiro, apesar das inúmeras falhas estruturais e das contradições internas do sistema único, observa-se que a responsabilidade pela prestação, plena e irrestrita, do serviço de saúde é de responsabilidade exclusiva do Poder Público, que deve, inclusive, fiscalizar o serviço prestado pelos hospitais particulares, conforme disposições constitucionais previstas na Constituição de 1988.

Quanto à progressão do número de ações em saúde, podemos notar que, apesar dos esforços por sua diminuição, como através da Sentencia T-760 na Colômbia e das inúmeras estratégias no Brasil, fato é que ambos se encontram mergulhados num contexto de intenso ativismo judicial que só tende a aumentar.

Assim, pode-se dizer que após a análise dos sistemas aqui estudados, chega-se à conclusão de que é impossível garantir o direito à saúde por meio de um sistema cheio de entraves e contradições internas que impedem que o usuário acesse os serviços de forma plena e irrestrita. Também é inviável se alcançar uma prestação eficaz quando o lucro de empresas privadas está acima do interesse público, como ocorre na Colômbia. Certo é que, além de padecerem de uma reestruturação na gestão pública dos sistemas, buscando desburocratizar e voltar os olhos aos usuários, ambos os sistemas necessitam de uma aplicação intensa de recursos financeiros a fim de atender a maioria das demandas em saúde, já que financeiramente impossível atender a todas elas.

REFERÊNCIAS

ABADIA, Cesar Ernesto; OVIEDO, Diana Goretty. Bureaucratic Itineraries in Colombia. A theoretical and methodological tool to assess managed-care health care systems. **Social Science e Medicine**. Bogotá-CO, v. 68, 2009, p. 1153-1160.

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. **Estado federativo e políticas sociais**: determinantes da descentralização. Rio de Janeiro: Revan. São Paulo: FAPESP, 2000, p. 202.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord). **Judicialização da saúde no Brasil**: dados e experiências. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2015. Disponível em: http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a5650 06.pdf. Acesso em: ?? jan. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria de Informação Legislativa. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=215628&norma=228560. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho Convocatório de Audiência Pública,** publicado em: 5 de março de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convoc atorio.pdf). Acesso em: 24 mar. 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL. **Defensoría del Pueblo.** La tutela y el derecho a la salud. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2011/a110-11.htm Período 2006-2008. Acesso em: 24 mar. 2016.

Departamento de assuntos jurídicos internacionais. Escritório de Cooperação. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-52.htm. Acesso em: 24 mar. 2016.

DRESCH, Renato Luís. O Acesso à Saúde Pública e a Eficácia das Normas de Regulação do Sistema Único de Saúde-SUS. In: **Para entender a gestão do SUS.** 2015, p. 3-7. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDEART_18.pdf. Acesso em: 24 mar. 2016.

FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. **Saúde em Debate.** Rio de Janeiro, v. 36, n. 93, p. 159-162, abr./jun. 2012. Disponível em: http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2015/ ciclo_judicializacao_saude/documentos/material_referencia/artigo_sonia_fleury.pdf. Acesso em: 24 mar. 2016.

GIOVANELLA, Ligia; et. al. (orgs). **Sistemas de salud en Suramérica**: desafios para la 2012. Universalidad la integralidad y la equidad/Instituto Suramericano de Gobierno en Salud. Rio de Janeiro: ISAGS, 2012.

GOMES, Dalila F, et al. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? **Revista Saúde Debate,** Rio de janeiro, v. 38, n. 100, p. 139-156, jan./mar. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0139.pdf. Acesso em: 24 mar. 2016.

LA SENTENCIA T-760 de 2008, su implementación y impacto: Retos y oportunidades para la justicia dialógica. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2011/a110-11.htm. Acesso em: 24 mar. 2016.

LEVINO, Antônio. Análise comparativa dos sistemas de saúde da tríplice fronteira: Brasil/Colômbia/Peru. **Rev. Pan-Americana de Salud Pública**, v.30, n.5, 2011, p.490-500.

MINISTÉRIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. **Ley Estatutária nº 1751**, Disponível em: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf. Acesso em: 3 mar. 2016.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 178, abr./jun. 2008.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Assembleia geral das nações unidas**. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacaomundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 07 jan. 2016.

VENTURA Miriam; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland; SIMAS Luciana. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Rio de Janeiro**: Physis, Revista de Saúde Coletiva, ano 20, volume 1, pp. 77-100, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010373312010000100006&script=sci_arttext. Acesso em: 17 out. 2015.

CIDADES GLOBAIS, RESISTÊNCIAS LOCAIS: CIDADANIA E DIREITO À MORADIA NO CASO DA REMOÇÃO DA VILA AUTÓDROMO PARA OS JOGOS OLÍMPICOS DO RIO DE JANEIRO 2016.

Fúlvia Maria MendesVictor*
Abdala de Toledo Piza**

INTRODUÇÃO

A Vila Autódromo é uma comunidade localizada na cidade do Rio de Janeiro, próximo ao terreno antes ocupado pelo autódromo de Jacarepaguá, onde hoje se situa a Vila Olímpica, e à beira da lagoa da Barra da Tijuca. A comunidade ganhou relativa notoriedade por sua proximidade com a sede principal do maior evento esportivo já realizado no país, e também por seu histórico de resistência às demolições e desocupações, que se intensificaram pela primeira vez com a realização dos Jogos Pan-Americanos de 2007.

Esta comunidade já foi alvo de inúmeros estudos científicos e reportagens de jornais brasileiros e internacionais. Todavia, ainda carece este objeto de estudo tão profícuo e atual, uma reflexão que o coloque em contraposição aos temas tradicionais da ciência política e da teoria geral do Estado, quais sejam: a noção de cidadania e participação popular. Ademais, para a melhor abordagem do histórico e da representatividade da Vila Autódromo em face das diversas remoções ocorridas no país em torno dos megaeventos, urge pensar a cidade como uma categoria fundamental de análise, compreendendo como a sua reestruturação pós-industrialização e pós-globalização afetou o percurso histórico que até então orientava a construção e estruturação das zonas urbanas.

Este artigo pretende investigar o papel da cidadania local em face dos megaeventos globais. O objetivo específico é refletir através do estudo de um caso singular, o da remoção da Vila Autódromo, comunidade localizada na Barra da Tijuca/RJ, a forma como esses megaeventos alteram o cotidiano das cidades e de que maneira eles impactam direitos fundamentais, como o acesso à moradia. Desta maneira, o artigo se divide em três partes: a primeira buscará elucidar o conceito de cidadania e a sua

* Graduada em Arquitetura e Urbanismo, pós-graduada em Gestão Ambiental, pela Universidade de Uberaba.
** Graduando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"

relação com a vida urbana, problematizada pelos geógrafos, sociólogos e urbanistas que se dedicam ao estudo da cidade; a segunda tentará aprofundar o tema dos megaeventos, como a Copa do Mundo de Futebol, realizada em 2014, e os Jogos Olímpicos de 2016, entendendo qual a lógica por trás desses espetáculos esportivos globais na nova concepção de cidade; por fim, na terceira parte haverá um aprofundamento do histórico da Vila Autódromo e das medidas que foram tomadas para efetivar o direito à moradia daqueles cidadãos removidos por conta da construção do Parque Olímpico da Barra da Tijuca. A conclusão buscará formular questões acerca da efetividade das políticas públicas de moradia e dos novos mecanismos de cidadania em face do contexto urbano atual.

1 CIDADES GLOBAIS E CIDADANIA: O DIREITO À CIDADE NA NOVA CONFIGURAÇÃO URBANA

A cidade antiga, concebida como centro administrativo de um dado território, ligada, sobretudo, à posse de escravos; a cidade medieval, concebida como um epicentro aristocrático e comercial que se contrapunha ao campo; e a cidade pós-revolucionária, concebida sob a égide do humanismo e como centro das artes e da burguesia; não existem mais. Esses modelos urbanos datados pouco se relacionam com as metrópoles globais características do apogeu do capitalismo e do turbilhão de eventos que caracteriza o século XX. Essa primeira diferenciação é absolutamente necessária num percurso investigativo que trabalhará o papel dos megaeventos no contexto das cidades globais, uma vez que parece haver uma impertinência em caracterizar a cidade a partir do seu modelo antigo. Em Henri Lefebvre, percebe-se justamente a emergência de se pensar um novo modelo de cidade, um novo urbanismo e um novo sentido na superação da relação campo cidade com hegemonia do primeiro. (LEFEBVRE, 2001, p.11).

A realidade historicamente construída, como contraposição de períodos, evidentemente apresenta marcas e evidências de tempos pretéritos. Todavia, o que se quer clarear é a percepção já consolidada de que o desenvolvimento das cidades no capitalismo é muito diverso daquele anterior a ele. No capitalismo consolidado não se fala mais na cidade como simples centro administrativo e político, como local de exercício pleno da cidadania e da política, ou mesmo do urbano apenas como centro de trocas. Percebe-se a cidade pósrevolução industrial como a revalorização

do espaço urbano e da relação cidade capital. A cidade deixa de ser apenas a depositária do capital acumulado, deixa de valorizar-se meramente pelo uso, e passa a ser organizada também como um valor de troca. A cidade deixa de ser apenas um lugar para o consumo e passa a ser ela também um item de consumo. (LEFEBVRE, 2001, p. 20).

Entende-se assim, que o modelo urbanístico e social necessário para a formação das cidades não reflete diretamente a segregação espacial alcançada apenas pela reestruturação da cidade industrial. Sendo assim, os conceitos tradicionais de cidadania devem ser devidamente sobrepostos à nova realidade citadina. O capital acumulado pela classe dominante no processo de industrialização é priorizado na aplicação majoritariamente para fins lucrativos, reforçando a distinção entre classes, remodelando o tecido urbano para interesses econômicos, iniciando o que se define por urbanismo excludente. A partir deste novo modelo e suas contradições é que se deve compreender o lugar da cidadania na sociedade contemporânea.

Destaca-se ainda, em apressada contextualização, o período marcado pela crise de reestruturação produtiva, ocorrido em meados de 1970 com os países desenvolvidos. Momento evidenciado pela prática procedente a estruturação territorial, caracterizado pela diminuição de investimentos relativos às políticas públicas por parte dos Estados, que dá início à plena aceitação das teorias econômicas neoliberais. Esse momento histórico singular, de contenção das despesas estatais e avanço da lógica de mercado, marca também a mudança na perspectiva administrativista das cidades para uma perspectiva empreendedora. (HARVEY, 2005, p. 166). Esta formulação teórica de David Harvey, a reificação das cidades como fenômeno característico da crise produtiva do fim dos anos setenta, traz algumas premissas. Harvey aponta a parceria público-privada como força motriz peculiar dessa mudança na concepção urbana, em que "a iniciativa tradicional local se integra com o uso dos poderes governamentais locais, buscando e atraindo fontes externas de financiamento, e novos investimentos ou novas fontes de emprego". (HARVEY, 2005, p. 170). Compreende ainda, este desenvolvimento empreendedor como especulativo, uma vez que não racionalmente planejado e coordenado. (HARVEY, 2005, p.171).

Essa nova configuração urbana característica da vigência do neoliberalismo foi sobreposta pela crise deste sistema econômico, a crise de 2008. De acordo com João Sette Whitaker Ferreira, para combater a degradação urbana consequente à crise mundial de 2008 e atrair capital globalizado, criou-se uma solução: o investimento em obras arquitetônicas

potenciais de aspectos culturais como museus e óperas. Solução criada pelo socialista francês François Mitterand, conhecida também como "renovação urbana", qual possuía como objetivo a reconfiguração cenográfica das cidades, atraindo turistas e propiciando o "marketing da cidade". (FERREIRA, 2014, p.8). Com a nova imagem, ocorreria ainda a valorização imobiliária diante um raio próximo de tais marcos, possibilitando o novo método de retorno financeiro. Em contrapartida, projetos sociais foram deixados de lado, visto que investir em gastos menores e concentrados impulsionariam a economia, diferentemente ocorreria com investimentos voltados ao interesse social.

Percebe-se que esse denso quadro de crise produtiva e especulativa gerou uma mudança no paradigma das cidades. Os cidadãos urbanos passam a experimentar um aprofundamento da segregação socioespacial motivada pela necessidade premente de se estruturar o tecido urbano para a atração de investimentos internos e externos. É evidente, portanto, que a sua dimensão de direitos será afetada pela nova realidade que se impõe por interesses e ideologias do capital internacional em momentos de crise. A velha perspectiva da cidade, como espaço coordenado para a aglutinação de pessoas, dá lugar a uma cidade propositalmente desorganizada, onde a luta por investimentos faz criar brechas na legislação que orienta a expansão e modernização das cidades. Tem-se, pois, o que Carlos Vainer conceitua como "cidade de exceção", um espaço onde "a lei torna-se passível de desrespeito legal, e parcelas crescentes de funções públicas do Estado são transferidas a agências livres de burocracia e controle político". (VAINER, 2011, p.10).

Tem-se, por óbvio, que existe uma vinculação jurídica entre o Estado e o povo que o constitui. Segundo Dalmo Dallari, essa relação imperativa torna todos aqueles que participam da constituição do Estado como cidadãos. (DALLARI, 2015, p.104). Essa conceituação manualística é fruto do aprimoramento das ideias de autores clássicos como Jellinek. Cidadão é, portanto, aquele indivíduo que compõe um determinado Estado, participando das decisões que caracterizam sua soberania, gravitando em torno dele uma miríade de direitos e deveres. É notório também que o avanço dos direitos humanos incorporou ao patrimônio jurídico dos indivíduos não apenas o direito de ser livre em face do arbítrio Estatal, mas uma série de direitos sociais e transgeracionais que compõe uma complexa teia de garantias fundamentais. O art. 6º da Constituição Federal de 1988

prevê como garantia fundamental dos indivíduos o direito à moradia, componente essencial dos chamados "direitos sociais".

A primeira instância de poder que paira sobre os cidadãos é justamente o poder municipal, órgão controlador da cidade. Este poder, como os demais, também está sujeito à ordem jurídica nacional, devendo respeitar os direitos e garantias fundamentais e lutar para efetivar aqueles direitos que dependem da ação positiva do Estado. Evidente, todavia, que trata-se de uma concepção idealizada da estrutura estatal. A perspectiva empírica tem demonstrado a incapacidade do ente estatal em promover os desígnios que o próprio legislador constitucional consagrou. O que se verifica é a vinculação do Estado, aqui compreendido em todas as suas esferas, aos interesses do capital globalizado justamente porque é essa lógica que orienta o sistema.

Nos termos da municipalidade, essa lógica é ainda mais corrosiva à cidadania dos habitantes urbanos, pela necessidade de competição entre as diversas cidades para a atração do capital. Essa querela por investimentos gera flexibilização dos direitos dos cidadãos, na busca do melhor assentamento dos interesses econômicos. Conforme corrobora Carlos Vainer, "uma gestão eficiente supõe a capacidade de aproveitar as oportunidades, mais rapidamente que os concorrentes". (VAINER, 2011, p.3). O parâmetro fundamental da nova lógica urbana já identificada por Lefebvre e Harvey, é aprofundada por Vainer pelo conceito preciso de "cidade de exceção", justamente porque o fundamento da cidadania, que é ser dotado de direitos e deveres e compor um determinado estado soberano, é distorcido e flexibilizado pela lógica competitiva das cidades. A cidadania da "cidade de exceção" é uma cidadania de ocasião, condicionada pelo interesse do grande capital a um dado território urbano.

2 CIDADES GLOBAIS E MEGAEVENTOS: A NOVA TRANSFORMAÇÃO URBANA

Esta nova transformação urbana descrita é radicalizada quando se trata dos megaeventos globais, como a Copa do Mundo de Futebol e os Jogos Olímpicos de Verão. Trata-se da radicalização deste período pós 1970, que transformou estes megaeventos esportivos em uma grande oportunidade de atração do capital global como forma de remodelamento das cidades sede. Estes eventos contam com a vantagem de serem popularmente aceitos e enquadrados na teoria do marketing da cidade,

porém, com o diferencial na dimensão do retorno econômico. Segundo Raquel Rolnik, os Jogos Olímpicos e outros eventos voltados ao esporte ocorriam até os anos de 1930 com baixo impacto na configuração urbana. (ROLNIK, 2014, p.66).

Em 1984, os Jogos Olímpicos sediados em Los Angeles contaram com forte patrocínio privado, atingindo o lucro com mais de US$ 200 milhões aos promotores, despertando maior o interesse de capital globalizado. Porém, somente em 1992, com os jogos ocorridos em Barcelona, surge o novo urbanismo do espetáculo, modelo até hoje referência para as cidades sedes desses grandes eventos. Conforme menciona a arquiteta brasileira, "agora, não são mais vendidos apenas os produtos associados aos Jogos, mas também a própria cidade, exposta numa vitrine global impulsionada pela mobilização de corpos e almas propiciada pela competição esportiva". (ROLNIK, 2014, p.67).

Diante deste contexto, os governantes perceberam o potencial econômico dos megaeventos, junto à oportunidade de requalificar a cidade, aquecendo o mercado imobiliário e a construção civil. Há uma argumentação direcionada aos benefícios destes eventos globais para a qualidade de vida e o incremento da infraestrutura urbana. Obviamente, a Federação Internacional de Futebol Associados (FIFA) e o Comitê Olímpico Internacional (COI) notaram o potencial lucrativo de seus eventos-produto, transformando espetáculos esportivos em grandes negócios. Há uma ênfase nos padrões de adequação e na exclusividade na comercialização de tais eventos. Estas demandas acabam por adensar as excepcionalidades na legislação urbana, tornando mais nítida a flexibilização da cidadania. As cidades sede destes eventos tornam-se "cidades vitrines", os padrões impostos modernizam o cenário urbano, resultando no reconhecimento internacional e na atração de vultosas quantias de capital.

De acordo com João Sette Whitaker Ferreira e complementando a investigação, os grandes eventos começaram nos países desenvolvidos, alavancando grandes obras de "reabilitação" urbana, como no caso do Stade de France, localizado na periferia norte da capital francesa. (FERREIRA, 2014, p.11). Posteriormente, tais eventos foram direcionados aos países em desenvolvimento, o que, de acordo com o autor, ocorreu por motivos estratégicos, visto que a opinião pública foi se tornando resistente em face dos impactos econômicos negativos, especialmente do déficit considerável gerado para a concretização destes espetáculos esportivos. (FERREIRA, 2014, p.11).

O direcionamento para os países em desenvolvimento é evidente na última década. As Copas do Mundo de Futebol de 2010 e 2014 ocorreram na África do Sul e no Brasil, e os torneios de 2018 e 2022 serão realizados respectivamente na Rússia e no Catar. Assim também, as Olimpíadas de 2008 foram realizadas em Pequim, e os Jogos de 2016 ocorreram no Rio de Janeiro. Desta forma, observa-se uma lógica econômica dos países em desenvolvimento, que aceitam sediar estes eventos, procurando sempre a atração do capital e a modernização de suas cidades e equipamentos esportivos. A fragilidade econômica de tais países faz com que as exceções à legislação urbana sejam ainda mais gravosas e o custo da adequação severamente mais elevado.

A cidade dos megaeventos são as chamadas "cidades vitrines", seguindo os padrões impostos pelas organizações, incluindo arquiteturas contemporâneas de alto padrão, requalificando o urbanismo para receber o novo público. A "cidade" é então transformada, ruas se tornam arborizadas, o transporte público se moderniza com a melhor tecnologia, a revitalização é inquestionável. Ocorre, porém, que os grandes benefícios fazem parte do território urbano central, suficiente para impulsionar o "marketing" para as externalidades. Diverso é o que ocorre com a cidade real, periférica, esta camuflada do público internacional. Nestas áreas o urbanismo segue precário, o transporte público ainda é lotado e insuficiente, e a paisagem urbana é desarmoniosa.

Nesse sentindo, verifica-se na cidade do Rio de Janeiro um processo que data da primeira eleição de César Maia, de imposição de flexibilização como regra no planejamento urbano e na descentralização da cidade, com enfoque em novas áreas de investimento. A área simbólica dessa mudança de eixo urbano é a Barra da Tijuca, conforme já identificava Glauco Bienenstein em 2003, ao afirmar:

> Desse modo, a combinação de tais transformações pode ser reconhecida na Barra da Tijuca, lida e/ou percebida como nova centralidade seletiva e socio-espacialmente fragmentada, especialmente se considerarmos a peculiaridade restritiva dos novos objetos que vêm sendo implantados nessa área da cidade. (BIENENSTEIN, 2003, p.22).

Essa perspectiva de gestão empresarial da cidade agrava-se com a eleição do Rio de Janeiro para sede de grandes eventos mundiais. O processo até agora descrito, de alteração das formas de administração urbana, e do acirramento dessas formas com a recepção dos megaeventos

globais, toma contornos ainda mais drásticos na realidade urbana do Rio de Janeiro. Como descrito, o processo que remonta a 1993, com o primeiro mandato de César Maia, prolonga-se pelas prefeituras de Luiz Paulo Conde e Eduardo Paes. Todavia, esse processo é coroado, primeiramente, com o experimento menor que representou a organização dos Jogos Panamericanos de 2007, e, posteriormente, com a organização de importantes jogos da Copa do Mundo de 2014, incluindo a final do torneio, e a realização dos Jogos Olímpicos de 2016 na capital fluminense.

3 OS JOGOS OLÍMPICOS DO RIO DE JANEIRO E O CASO DA VILA AUTÓDROMO

A vitória do Brasil para sediar os Jogos Olímpicos de 2016 ocorreu em 02 de outubro de 2009, em Copenhague, na Dinamarca. O país do futebol, que já possuí uma tendência à cultura de jogos e esportes, debruçou-se sobre o evento, com a intenção de proporcionar um nível de excelência jamais visto. Pode-se dizer que mesmo diante algum despreparo e algumas falhas durante o percurso, o resultado final chegou muito próximo ao esperado. A infraestrutura construída tornou o Rio de Janeiro um legítimo cartão postal do país, agregando sua beleza natural às intervenções arquitetônicas e urbanas.

As regiões do Rio de Janeiro que abrigaram os investimentos voltados aos Jogos concentram-se em áreas privilegiadas: Região Deodoro, que inclui o Parque Radical, Centro Olímpico de Tiro, Centro Aquático de Deodoro, Arena da Juventude, Centro Olímpico de Hóquei, Estádio de Deodoro e Centro Olímpico de Hipismo; região do Maracanã, fazendo parte desta o Estádio Olímpico João Havelange, Maracanã, Maracanãzinho e Sambódromo; região de Copacabana, qual engloba a Marina da Glória, Arena de Vôlei de Praia, Estádio da Lagoa e Forte de Copacabana e por último a região da Barra, onde faz parte o Rio Centro, Vila dos Atletas, Parque Olímpico e Campo Olímpico de golfe.

Os recursos utilizados para as devidas reformas e novas instalações provenientes aos Jogos decorreu do governo federal e municipal e parceria público-privada. De acordo com o jornal Folha de São Paulo, o custo total dos Jogos superou em 51% ao planejado, conforme estudo realizado pela Universidade de Oxford. (FOLHA DE S. PAULO, 2016).

Obviamente, essa caracterização otimista da realização dos Jogos Olímpicos esconde toda a problemática urbana das cidades que

sediam eventos desse porte. A supervalorização imobiliária decorrente do evento intensificou a fragmentação do tecido urbano do Rio de Janeiro, percebendo-se claramente uma cidade com características diversas e contraditórias. A supervalorização imobiliária pressupõe a exclusão geral de determinada parcela da população carioca, impedindo cada vez mais um espaço unificado.

O projeto desenvolvido para o Parque Olímpico dos Jogos de 2016 representa este cenário. O Parque Olímpico, localizado na Barra da Tijuca é fruto de um concurso internacional, vencido pelo escritório britânico AECOM. De acordo com o arquiteto responsável pelo projeto, Adam William Bill Hanway, a inspiração veio das praias e montanhas do Rio de Janeiro. (CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DO BRASIL, 2016). Faz parte da formação do Parque as seguintes estruturas: Arenas Cariocas 1, 2 e 3, Velódromo, Arena do Futuro, Estádio Aquático, Centro de Tênis, Centro Aquático Maria Lenk e Arena do Rio. O parque possui característica multifuncional, seguindo o conceito de "arquitetura nômade", isto é, após os eventos as obras serão adaptadas para outras finalidades, o transformando em um amplo complexo esportivo para atletas de alto rendimento e fins educacionais, com a proposta de adaptação para quatro escolas, voltadas aos estudantes da rede municipal.

Conforme as análises das imagens do projeto divulgadas pelo escritório vencedor do concurso, o parque, localizado em um perímetro triangular na Barra da Tijuca, foi claramente projetado sem considerar a maior parte da existência da Vila Autódromo, que margeia a Lagoa da Tijuca e faz fronteira com os muros do terreno. As primeiras imagens do projeto comprovam que nunca houve, por parte dos organizadores do evento e da prefeitura, a intenção de manter os moradores da Vila Autódromo naquela região.

Em meio às constantes ameaças de remoção e a carência no âmbito habitacional, a Vila Autódromo criou o Plano Popular Vila Autódromo, aprovado pelos moradores em assembleia em Agosto de 2012. Com a ajuda de profissionais e membros da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Federal Fluminense, o Plano Popular solicita uma "uma cidade democrática e uma nova forma de planejar a cidade". (ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E PESCADORES DA VILA AUTÓDROMO, 2012, p.5). Para isto, foi diagnosticado em diversos estudos realizados, através de levantamento físico e levantamento econômico e social, as inúmeras carências no que se relaciona a habitação

e saneamento básico, acessibilidade e mobilidade urbana, equipamentos e serviços públicos. O plano foi fundamental não apenas para diagnosticar as necessidades, como também apresentar propostas de soluções viáveis, buscando a efetivação do direito à moradia. O Plano Popular foi vencedor do prêmio Urban Age, promovido pela London School of Economics e pelo Deutsche Bank, concorrendo com 170 projetos sociais do Rio de Janeiro, fazendo com que se destacasse internacionalmente. O prêmio no valor de (USD $80mil), foi direcionado aos moradores para a construção de uma creche comunitária e reforma da associação de moradores.

No Plano Popular, o direito à moradia é corroborado pela menção às legislações protetivas deste direito social: (1) A Constituição Federal de 1988 estabelece a moradia como direito social fundamental, (2) Resolução da Assembleia Geral da ONU de 1966, subscrita pelo Brasil em 1992, defende o direito de todos à moradia adequada, caracterizada pelo custo acessível, pela disponibilidade de serviços e infraestrutura, acessibilidade, localização e adequação cultural da habitação. Inclui nesse conceito a segurança jurídica da posse, e proteção ao cidadão das ameaças e remoções forçadas e (3) A Lei 11.124, de 16 de junho de 2005, a Constituição Estadual e a Lei Orgânica Municipal determinam a utilização prioritária de terrenos de propriedade do Poder Público para a habitação de interesse social.

Vários foram os argumentos utilizados com o intuito de concretizar a total remoção da Vila Autódromo, começando pelo plano estratégico do Governo 2009-2012, apresentado pelo prefeito Eduardo Paes, incluindo dentre suas metas a redução em 3,5% das áreas ocupadas por favelas no Rio, sendo que a Vila Autódromo estava formalmente incluída entre as 119 favelas com projeção de remoção. (ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E PESCADORES DA VILA AUTÓDROMO, 2012, p.8). Além do mais, argumentos como proteção ambiental e área de risco de inundação foram incluídos para fortificar a defesa da necessidade de eliminar a área da comunidade, argumentos estes que não são aplicados em todas as circunstâncias, e partem da premissa de que não haveria forma de adequar ambientalmente a comunidade em questão.

Historicamente, a Vila Autódromo se constituiu como comunidade formal em 1987, através da Associação de Pescadores da Vila Autódromo, atingindo desde então vários ganhos nas melhorias, inclusive com apoio governamental. Ao longo dos anos, várias famílias foram assentadas legalmente e, em 2005, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro decretou parte da comunidade como Área de Especial Interesse Social por meio

da Lei Complementar n°74/2005. Conforme afirma o texto legal, em seu art. 1º, ficam permitidos na área que compreende a Vila Autódromo os usos para "I- residencial multifamiliar; II- de comercial e serviços; III- hoteleiro; IV- equipamentos esportivos; e V- os destinados a atividade de lazer e diversões de natureza turística". (PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO, Lei Complementar n. 74, de 14 de janeiro de 2005).

Compreende-se neste estudo, que diante diversos fatores que possibilitariam facilmente a remoção total da Vila, ocorre em contrapartida o poder da ação popular que mais uma vez resistiu às pressões, mesmo com imensas dificuldades e mantendo a minoria da população residente. Manifestações e reuniões diante a prefeitura foram realizadas e as respostas sempre utilizavam o álibi de que a remoção era necessária, pois vinha de uma exigência do COI. Para complementar a justificativa da necessidade da retirada da comunidade, o Secretário Especial das Olimpíadas Rio 2016 alegou que deveriam ser garantidas as condições de segurança através da criação de uma área livre onde a comunidade está inserida, inclusive na faixa marginal da Lagoa de Jacarepaguá. Sem sucesso, todas as justificativas vindas do poder político e privado foram refutadas pela Defensoria Pública em 2010, que notificou o COI de sua discordância. (ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E PESCADORES DA VILA AUTÓDROMO, 2012, p.9),

Sabe-se, todavia, que o processo de remoção da Vila Autódromo prosseguiu, apesar das diversas instituições e forças populares que se aglutinaram em torno da causa. O processo de remoção foi lento, iniciado em 2015 com a primeira demolição e seguido de uma série de outras ações demolitórias por parte da Prefeitura do Rio de Janeiro. O panorama da Vila hoje é de apenas poucas moradias, tendo a maioria dos moradores optado por um apartamento no conjunto habitacional do Minha Casa, Minha Vida, chamado "Parque Carioca". Conforme afirma Carine Botelho Previatti:

> Estima-se que, pelos termos assinados que foram anexados aos processos pela prefeitura, das 557 famílias que habitavam a região da Vila Autódromo, 349 pessoas tenham optado pelo Parque Carioca, 88 preferiram indenizações que totalizaram um valor de R$ 24.341.960,00 e 50 famílias ainda permanecem no local (PREVIATTI, 2016, p.255)

O conjunto habitacional "Parque Carioca" fica na estrada do Jacarepaguá, próximo ao local onde se situava a Vila. Todavia, algumas reclamações foram relatadas pela Organização Não-Governamental RioOnWatch, relacionadas, sobretudo, à má administração dos condomínios

e à não entrega das escrituras dos imóveis. (RIOONWATCH, 2016). Ademais, verifica-se que a desocupação foi desigual, pois as famílias mais abastadas que ocupavam o local conseguiram as mais vultosas indenizações, conservando a possibilidade de adquirir propriedades de padrão semelhante. Enquanto isso, a maioria dos moradores de condição econômica inferior acabou por optar pelo conjunto habitacional, arcando com os problemas já apresentados. (PREVIATTI, 2016, p. 255-256).

Por fim, com a predominante insistência por parte do poder público, conseguiu-se enxugar ainda mais a população da Vila, diminuindo de 50 famílias para apenas 20, que resistiram à todas pressões e ameaças (EL PAÍS, 2016). Dentre os fatores que diferem do Plano Popular, pode-se destacara proposta que estimava a construção de 50 unidades habitacionais de diferentes tipologias, para atender à necessidade das diversidades familiares, previstas com três alternativas de moradias: unidades unifamiliares, sobrados e pequenos prédios de 4 pavimentos. No entanto, foram construídas 20 casas modelo padrão com aproximadamente 60 m². O caso da Vila Autódromo prova que o interesse do capital externo e a execução dos megaeventos de fato está alheia aos processos democráticos e as legislações locais, agravando o âmbito exclusivista e corroborando a ideia já mencionada de se pensar um novo modelo de cidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou referenciar um percurso histórico das cidades e problematizar a questão do acesso à moradia digna e ao lugar da cidadania na nova realidade urbana imposta, primeiramente, pelo reordenamento próprio da industrialização e, posteriormente pela mudança no paradigma administrativo do espaço urbano. Esse primeiro trajeto, referenciado especialmente nas obras de Lefebvre e Harvey, permitiu pensar o papel do conceito tradicional de cidadania numa realidade que claramente não o abarca. A conclusão primeira e orientadora das demais reflexões é a de que a cidadania urbana atual é orientada pelas necessidades do mercado e pelos interesses espaciais: trata-se de uma cidadania de ocasião, flexível ao sabor dos contextos.

Essa primeira conclusão permitiu enxergar a radicalização dos processos urbanos, com o advento dos grandes eventos como verdadeiras "janelas de oportunidades", a partir da problematização trazida por autores que se dedicaram à compreender a lógica dos grandes eventos, como Rolnik e Ferreira. Essa visão foi aprimorada pelo conhecimento da

realidade urbana do Rio de Janeiro, referenciada por autores fluminenses, como Vainer e Bienenstein. A percepção evidente e fundamentada é de que os grandes eventos radicalizam a lógica primeiramente diagnosticada pelos autores clássicos, tornando a flexibilização das normas citadinas, e consequentemente, a porosidade da cidadania urbana, mais evidente.

Essa segunda conclusão permitiu uma melhor análise da situação da Vila Autódromo, a partir de seu histórico e das tentativas de turbação e resistência dos moradores. Esse objeto sintomático de uma realidade mais ampla permitiu a verificação de que as políticas públicas de moradia não são eficientes quando se trata de uma comunidade historicamente assentada em uma região visada pelo mercado imobiliário. Percebe-se, da análise do caso da Vila Autódromo, o que se previu na primeira reflexão apresentada: a cidadania de seus moradores é condicionada ao contexto em que se inserem. No caso, o comportamento dúbio do poder público em relação a este território, por um momento consagrando sua ocupação por meio da instalação de equipamentos públicos, por outro elencando argumentos para dissolver a comunidade, demonstra a fragilidade do espectro de direitos do cidadão em face de interesses que lhe sobrepõe.

Todavia, uma reflexão ainda inacabada e que pode trazer questionamentos necessários à problemática apresentada é o papel da resistência nesse contexto. Verifica-se que a Vila Autódromo foi capaz de aglutinar diversas vozes resistentes no seu percurso de tentativa de permanência. Ainda que não necessariamente bem sucedida, essa resistência aponta para a urgência de meios populares e democráticos de planejamento urbano. Conforme afirmam Borja e Castells, em uma perspectiva de concretização dos novos sentidos da cidade:

> Num momento histórico caracterizado pela globalização da economia e pelas políticas de abertura dos mercados, pela descentralização política, revalorização dos âmbitos e identidades locais ou regionais e pela multiplicação de demandas sociais heterogêneas que não se sentem satisfeitas pelas respostas estatais, o Projeto de Cidade (ou de região), baseado num Plano Estratégico de consenso social, representa grande oportunidade democrática. (BORJA E CASTELLS, 1996, p. 166).

A perspectiva destes sociólogos urbanos é justamente estruturar a expansão urbana a partir de um amplo consenso social, que só poderá ser feito com a superação das instâncias políticas tradicionais. Essa visão é contraposta pelas ideias de Harvey, Vainer e outros, por prever a perspectiva

de gestão empresarial e desburocratização. Todavia, é necessário como perspectiva científica começar a reflexão e investigação das novas formas de estruturação urbana, mesmo aquelas embrionárias. Nesse sentido, o plano popular da Vila Autódromo, já anteriormente citado, é um exemplo de organização territorial democrática que permite pensar novos modelos de participação popular, dada a crise das instituições democráticas representativas e sua inabilidade em lidar com questões contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E PESCADORES DA VILA AUTÓDROMO. **Plano popular da Vila Autódromo - Plano de desenvolvimento urbano, econômico, social e cultural**. 2012.

BIENENSTEIN, Glauco. **Espaços metropolitanos em tempos de globalização: um estudo de caso do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, IPPUR/UFRJ, 2003.

BORJA, Jordi; CASTELLS, Manuel. As cidades como atores políticos. **Revista Novos Estudos,** São Paulo, n. 45, Jul. 1996.

CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DO BRASIL. **Rio 2016: Parque Olímpico foi escolhido por Concurso Público de Arquitetura**. Disponível em: http://www.caubr.gov.br/rio-2016-parque-olimpico-foi-escolhido-por-concurso-publico/. Acesso em: 28 out. 2016.

EL PAÍS. **Vila Autódromo, a comunidade que venceu os Jogos Olímpicos**. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/25/politica/1469450857_996933.html. Acesso em: 25 out. 2016.

FERREIRA, João Sette. Um teatro milionário. IN: JENNINGS, Andrew, et al. **Brasil em Jogo:** o que fica da Copa e das Olimpíadas? São Paulo: Boitempo, 2014.

FOLHA DE S. PAULO. Custos olímpicos do Brasil estão 51% acima do orçamento, alerta relatório. **Folha de São Paulo.** Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/esporte/olimpiada-norio/2016/07/1789709-custos-olimpicos-do-brasil-estao-51-acima-do-orcamento-alertarelatorio.shtml. Acesso em: 20 out. 2016.

HARVEY, David. **A produção capitalista no espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

LEFEBVRE, Henri. **O Direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.

PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. **Lei Complementar n. 74 de 14 de janeiro de 2005**. Modifica a legislação de trecho da subzona A-16-A do Decreto nº 3.046. Disponível em: http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/1dd40aed4fced2c5032564ff0062e425/6ac956bdce1be32d032577220075c824?OpenDocument. Acesso em: 21 out. 2016.

PREVIATTI, Carine Botelho. **Segregação socioespacial na realização dos Jogos Olímpicos Rio 2016 na região da Barra da Tijuca, RJ: comunidade Vila Autódromo**. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Universidade de São Paulo-USP. São Paulo, 2016, 278 f.

ROLNIK, Raquel. Megaeventos: Direito à moradia em cidades à venda. IN: JENNINGS, Andrew, et al. **Brasil em Jogo:** o que fica da Copa e das Olimpíadas? São Paulo: Boitempo, 2014.

VAINER, Carlos. Cidade de exceção: reflexões a partir do Rio de Janeiro. **Anais do XIV Encontro Nacional da Associação Nacional de Planejamento Urbano** (ANPUR), v. 14, 2011.

A PROXIMIDADE ENTRE IGREJA E ESTADO E A NECESSIDADE CONSTITUCIONAL DE EXTINGUIR A ISENÇÃO DE IMPOSTOS PARA INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS

Jéssica da Silva Belucci*
Gabriel Fedoce LaranjaPaulo**
Eduardo de Mattos Stipp***

INTRODUÇÃO

O Estado tem como função proporcionar e resguardar os direitos fundamentais declarados na Carta Magna: Moradia, educação, vida digna, enfim, todos os princípios que a Constituição Federal optou em defender como essencial. O Estado tratou de resguardar direitos importantes e íntimos da sociedade, por exemplo, igualdade material e não só formal, além da laicidade do Estado.

Não se trata de uma crítica a uma igreja ou religião, mas sim, de uma reflexão acerca do papel que o Estado e a igreja têm. Somente entendendo o espaço de cada um desses organismos sociais é que se entende aonde eles devem começar e findar.

Igrejas com níveis exorbitantes de fiéis surgem a cada dia em todas as esquinas e, por não ser fiscalizado e não haver taxação de impostos, essas instituições religiosas acabam criando oportunidade para a prática de atos ilícitos sem que o Estado perturbe.

Este trabalho justifica-se pela necessidade de demonstrar como o não pagamento de impostos por instituições religiosas vem servindo de meio para realização de atos ilícitos por pessoas má intencionadas. Além disso, tem como objetivo mostrar a importância de um Estado laico, sem vantagens ou discriminações a nenhuma religião.

O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas. No primeiro capítulo será abordado um breve histórico da origem da religião no mundo e como ela é tratada na Constituição Federal.

* Discente do curso de Direito. UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga.
** Discente do curso de Direito. UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga.
*** Docente do curso de Direito. UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga.

No segundo capítulo serão abordadas as religiões existentes no país e como as leis e os partidos políticos interferem ou não nessas instituições. O terceiro capítulo trará uma explanação história da taxação de impostos no país, relacionando com outras instituições de caráter não religioso. Por fim, o quarto capítulo tratará da atual situação da taxação de impostos no país e como a falta dessa cobrança é prejudicial ao Estado.

1 RELIGIÃO E ESTADO

Existe uma proximidade no Brasil entre Estado e religião. Desde a colonização, a presença e a importância do catolicismo (religião oficial de Portugal,) foi ímpar e semelhante a pouquíssimos outros lugares no mundo.

A relação profunda entre o Estado monárquico do reino de Portugal e Brasil não se finda com a ascensão do Rio de Janeiro como capital do Império. É bem verdade que houve uma autorização de professar novas religiões no reino, algo surpreendentemente novo para os brasileiros, mas nem de longe alterava a intimidade entre o Estado detentor de poderes e uma igreja que cada vez mais detinha poderes financeiros e políticos.

O fim do império deu término, em teoria, a um Estado brasileiro que detinha uma religião oficial, porém, ao longo dos anos foi normal mover o Estado em prol de uma moral e ética advinda de uma ideia religiosa.

O laicismo reafirmado na Constituição Federal Democrática de 1988 já em seu próprio corpo, mais claramente em seu Preambulo, é relativizado quando se afirma estar promulgando sob "a proteção de Deus". Tal texto, tão atual e moderno, expressa a forma em que a religião e, principalmente, a religiosidade está impregnada no Brasil.

2 AS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS E AS LEIS NO PÁIS

O Brasil se transformou no último século. Houve uma república de Marechais e coronéis de café e leite, uma ditadura de um "velhinho carismático", um curto espaço de presidentes eleitos, uma ditadura sangrenta e americanizada, redemocratização, impeachment do "collorido", o sociólogo, o metalúrgico, a guerrilheira na presidência e um impeachment presidido por um presidente da câmara que estava com dois pés na cadeia, mas as mudanças não ficaram à exclusividade do campo político, houveram mudanças no campo econômico, populacional, tributário, legal e, evidentemente, religioso.

O catolicismo perdeu força (mas ainda é a maior religião professada no Brasil), o protestantismo encontrou uma demanda extensa e frutífera e as religiões advindas da cultura africana encontraram uma pseudoliberdade. O neopentecostalíssimo trouxe ao Brasil uma igreja mais carismática, alegre, bem abrasileirada, ganhou fieis e poder financeiro.

Em poucos anos tornou-se normal igrejas em todas as esquinas, depois duas em cada rua, três e agora surgem a era dos templos gigantescos. Eis que surgiu Salomão, ou sua riqueza. O Brás nunca ouvira falar tanto em fé, tampouco tanto em dinheiro.

Não se pretende nesse trabalho criticar uma religiosidade, mas encontrar os limites da igreja e do Estado. O Brasil é um pais intervencionista, presencial, isso não é necessariamente ruim, mas significa que qualquer mínimo ato legal que o Estado celebre altera significativamente a vida do mais humilde cidadão do brasileiro.

Em entrevista, explica Karnal sobre o que é ser laico:

> O laico não se opõe ao religioso, o laico se opõe ao clerical. Essência é um pensamento típico de uma religião metafísica. Espinosa nos ensina que corpo e alma são apenas uma coisa. Separar perfeitamente corpo e alma e entender que a essência é a alma é uma postura dominante entre certas teologias cristãs. O corpo não pertence a este plano, é uma casca, é um veículo que serviu para sua alma voltar a esse mundo, caso do reencarnacionismo cristão, como o kardecista, ou para existir uma só vez, caso do Catolicismo. Você não necessita de religião institucional para estabelecer espiritualidade. Há muitas pessoas fora desse sistema que estabeleceram densa espiritualidade. (LEANDRO; KARNAL, 2015).

Com um Estado tão "grande", ou seja, tão próximo à esfera íntima, membros do legislativo e do executivo que tentam importar suas crenças a leis e a processos educacionais ferem o Estado laico confirmado na Carta Magna de 1988.

Com a proximidade entre igreja e Estado nasce a proximidade entre política e religião. Igrejas de nível de fiéis exorbitantes decidiram que não poderiam lutar pelo cristianismo apenas na esfera religiosa devendo partir para uma agremiação política, semelhante para alguns com o poder temporal do papa na idade média.

Surgem partidos como PSC (Partido Social Cristão), PRB (Partido Republicano Brasileiro) que é um partido fundado e formado em maioria por membros da Igreja Universal do Reino de Deus, PSDC (Partido Social

Democrata Cristão), PTC (Partido Trabalhista Cristão) entre outros que recebe influência indireta.

Nasce a nova direita brasileira. Grupos de oração no Congresso, oitiva de ungido do Senhor e processos. "Viva a família" gritam! Não era Jesus a quem eles representavam? Esqueceram-se quando chegaram ao Congresso, o discurso deveria ser laico.

Crucifixos em lugares públicos já foi motivo de discussão, como no artigo "O Estado não tem o direito de ostentar símbolos religiosos" do procurador Federal da AdvocaciaGeral da União, Átila da Rold Roesler (2010), orações em escolas é motivo de confronto constante entre a bancada religiosa e os defensores da Constituição Federal, mas nada é mais assustador do que a "Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 99/11, que concede a entidades religiosas de âmbito nacional o poder de propor Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF)".

Tal emenda dá poder a Instituições como Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Convenção Geral das Assembleias de Deus do Brasil e Supremo Concílio das Igrejas Presbiterianas do Brasil de acionar o Supremo Tribunal Federal sobre legislações que ferem preceitos religiosos. Evidentemente o preceito religioso deles.

Em 2014 houve um fenômeno político conservador no Brasil que fez com que a nação pudesse ser chamada de República Cristã do Brasil, surgiu um Congresso conservador e tacanho tal qual o de 1964, um "centrão" de congressistas que impedia e aprovava o que bem entendia e congressistas que não conseguiram diferenciar o Congresso Federal de um templo.

Eis que mesmo que a lei preserve o ser humano, respeite o Pacto de São José da Costa Rica e não respeite a doutrina cristã de alguma importante igreja brasileira, está aí a mais dura inconstitucionalidade.

3 IMPOSTOS

Além da proximidade notória entre o Estado e a igreja no Brasil, também deve-se atentar com a beneficie que o Estado dá a tais instituições e as consequências de tais ações.

O Brasil está entre os 10 países que mais cobram impostos no mundo. Essa política pública acredita em um Estado mais presente do que omisso e isso acaba sendo necessário, não se trata de uma crítica, uma vez

que o artigo não almeja discutir economia política, mas uma explanação de realidade social.

As escolas brasileiras particulares têm vivido fadigadas pelo peso de impostos que parecem mitológicos tendo em vista a função social de tais "empresas", a educação. Nas palavras de Fernando Barão e Eugênio Machado Cordaro (2016) desde 2007 as escolas particulares sofreram reajustes indignos a suas funções e o peso de tal escolha é irracional.

> Foi, e ainda é, muito difícil entender porque o setor de educação, teoricamente tido como estratégico para o crescimento e fortalecimento do Brasil, foi justamente o escolhido para sofrer o impacto de uma tributação 50% mais alta do que os demais setores. Apesar de, ainda assim, o Simples se mostrar melhor do que os demais sistemas, o impacto para as escolas foi da ordem de 3,5% da receita - uma enormidade em um setor com margens de lucro relativamente baixas. (BARÃO; CORDARO, 2016).

Em entrevista a Paulo Saldaña (2012), Ozires Silva apresenta uma ótica preocupante em relação ao ensino superior privado e os impostos a este setor, ele afirma que tributações próximas a 30% do valor da mensalidade pesam ao aluno, impossibilita um salário digno aos professores e ainda colabora para 40% dos alunos matriculados não se formarem por falta de capacidade financeira.

Eis uma dicotomia institucional, o Estado dá mais incentivo a igrejas do que a escolas. Estudar torna-se uma missão difícil e resguardadas a poucos. É bem verdade que medidas sociais influenciadas pelo Estado como FIES - "Financiamento Estudantil", PROUNI "Programa Universidades para Todos", "Ciência sem fronteiras", ajudaram a uma grande quantia de jovens sonhadores graduar-se.

Tais números não são sequer aceitáveis levando em conta a demografia brasileira. Em regiões menos industrializadas ainda hoje é sonho o segundo grau, logo se discute se há um incentivo tão resultante assim. Comparando a proximidade entre o Estado e religião e Estado e educação, conclui-se, que em um contexto histórico já exposto anteriormente, a proximidade com a religião, e a religiosidade, é infinitamente superior do que a com a educação.

Se a distância entre Estado e educação já eram grandes, tornou-se abissal com as medidas adotadas pelo governo Temer no ano de 2016. A crise financeira serviu de argumento para o fim de medidas de incentivo a educação até então adotado pelo Estado. Ciência sem Fronteiras viu seu

fim, o FIES vive um momento de incerteza e há de vir um teto de limite de gastos na educação.

Uma população religiosa não é motivo para preocupação de ninguém, tampouco de alegria. Há um discurso moralista que cristãos, ou teístas, são em essência pessoas mais equilibradas, dignas de confiança, do que pessoas ateias. Evidente que discursos como estes se esquivam de personagens históricos como Adolf Hitler (cristão), Richillieu (cardeal - cristão), Alexandre VI (papa - cristão) e acabam por agremiar seguidores de discursos demagogos.

O que deve preocupar a todos cidadãos que prezam por seu Estado de Direito é um Estado que beneficia igrejas e por outro lado prejudicam setores indispensáveis para o crescimento social. Vive-se em tempos de crise mundial que afetou significativamente o país. O governo aumentou taxa de juros, diminuiu incentivo fiscal, diminuiu pacotes sociais para reter gastos e tentar diminuir a inflação.

Pacotes fiscais como estes doem na sociedade, embora muitas vezes necessário. Tem-se arranjos fiscais mais duros e mais flexíveis, Levy, Barbosa e Meirelles[1] mostrou isso no bolso, mas todos afetam em cheio o trabalhador. Quando o Estado patina, os trabalhadores sofrem, os estudantes sofrem, as mães de casa sofrem. Aumenta-se impostos, diminui investimentos, o que diminui empregos, e a inflação alimenta-se amorosamente do salário do mais pobre trabalhador. Uma reportagem no site da Globo explica:

> O objetivo do pacote anunciado é colocar R$ 66,2 bilhões extras no caixa do governo. Parte desse dinheiro deve vir do corte de gastos, o que corresponde a pouco menos de 40% do total. Os outros 60%, ou seja, mais R$ 40,2 bilhões, o governo pretende conseguir aumentando a receita, ou seja, aumentando impostos e contribuições. (GOVERNO BRASILEIRO, 2015).

Eis que surge uma crítica que deve ser analisada com a mais profunda seriedade de todos os setores sociais. Se o Estado precisa aumentar sua arrecadação e diminuir seus gastos e faz isso aumentando os impostos do trabalhador, por que não cobrar impostos de instituições religiosas ao invés de onerar ainda mais o cidadão?

[1] Últimos Ministros Da Fazenda. Joaquim Levy e Nelson Barbosa nos anos de 2014 e 2015 no governo da presidente Dilma Rousseff e, atualmente, Henrique Meirelles no governo do presidente Michel Temer

Não se trata de incentivo a criação de mais impostos. É obvio que há impostos em quantidades faraônicas, mas qual o sentido de onerar o trabalhador, escolas e deixar isento instituições religiosas?

Partindo desta premissa deve-se analisar as consequências que tal exceção provoca. Não havendo cobrança de impostos por parte do Estado às instituições religiosas, torna-se prático abrir templos e mais templos, dando oportunidade para que líderes religiosos pratiquem atos ilícitos.

Não há aqui uma intenção de afirmar que todos os protestantes têm em seus líderes figuras de mafiosos, ou que todos os padres vivam de movimentos religiosos que servem de faixada para lavar dinheiro. Ao invés disso, o que se apresenta é que a proximidade entre igreja e Estado, hoje, prejudica a ambos, como se fosse um ciclo vicioso que prejudica e mata o Estado, sua produtividade e o cerceia de ambiguidades.

A não taxação de impostos a instituições religiosas, cria oportunidade para indivíduos mal-intencionados praticarem seus atos travestidos de uma imagem que o Estado não os perturbará, como "padre Moacir" suspeito de corrupção e lavagem de dinheiro na operação "Lava-Jato". Ele supostamente teria lavado dinheiro para o ex-senador do Distrito Federal Gim Argello e o ex-governador Agnelo Queiros.

> Os investigadores trabalham com a hipótese de que o dinheiro depositado na conta da igreja de Brasília é parte da propina que Gim Argello recebeu para manter executivos de empreiteiras bem longe das comissões de inquérito que investigavam corrupção na Petrobras no Senado e na Câmara, há dois anos. Gim, Agnelo, o padre e as empreiteiras negam tudo, claro. (LAVA JATO APURA, 2016).

Os pastores Sebastião Braz Neto, Felipe Jorge Freitas e Francisco de Moura são outros exemplos de pessoas que buscaram situações sociais que facilitariam sua conduta criminosa. Eles foram presos em flagrante traficando armas de fogo da Bolívia.

> Segundo a polícia, o grupo contou que as armas vieram da Bolívia e seriam entregues a traficantes do Morro do Martins, em São Gonçalo, Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Os fuzis são do modelo M-15, de fabricação norte-americana, marca Bushmaster, Modelo M-15, calibre 5,56. As armas estavam escondidas em compartimentos de fundo falso nas portas dianteira e traseira e assento traseiro do veículo. O policial rodoviário Valter Favaro disse, "é um

> armamento usado em guerra, muito potente, muito moderno. É uma arma extremamente perigosa". (SANTOS, 2015)

Quando tais atos criminosos aparecem configurados por membros de entidades religiosas é fácil identificar discursos anticlericais que afirmam que as religiões produzem criminosos ou frases extremistas que generalizam toda a instituição religiosa. Eis o ônus que a igreja obtém com a proximidade entre Estado e igreja.

Impostos podem ser algo que dificulta a vida do cidadão, apesar de útil e necessário, e, certamente, dificultará a vida de muitas comunidades religiosas de distintos credos, mas não ceifará sua existência.

4 A RELIGIÃO NA POLÍTICA

Há uma discussão que a sociedade deve tomar para si. É justo, ou legítimo, as bancadas que defendem suas religiões? O preceito da democracia representativa é o poder que os representantes detêm graças a escolha da população. Mas e as religiões, que graças ao conceito histórico, tem menor quantidade de membros? Devem ser menos respeitadas?

Felizmente a Constituição Federal preza pela igualdade, o que é a força movedora dessa discussão, uma vez que é uma contradição um grupo político defender seu credo em desfavor a outrem, graças a sua eletividade que corresponde a superioridade numérica de fieis (que também são eleitores).

Políticos como pastor Marco Feliciano, PSC-SP, é um exemplo claro de político que foi eleito graças a sua função religiosa e a expressão numérica de fieis de seu credo.

Sua proposta, naturalmente, visa agradar a quem o elegeu, eleitores estes evangelizados por ele mesmo.

Não há a intenção de dizer que o nobre deputado se publicita enquanto fala de Deus, mas evidente que encaminha seus fiéis a votarem em quem defende a Deus. O verdadeiro Deus, o deles. Há um indireto ataque ao laicismo? É controverso. A democracia é controversa, por isso existe.

É essa controvérsia que está em discussão, quando se escolhe líderes religiosos para criar leis, ataca a discussão, o devir democrático e, naturalmente, a assassina em seu mais nobre princípio. Não é um defeito de uma religião ou de outra, é de sua natureza acreditar que ela prega a verdade e que seu Deus é o verdadeiro. Isso pode ser positivo enquanto instituição religiosa, mas extremamente nocivo quando levado para o Estado.

A igreja vive sob a égide de uma uniformidade, uma crença única, hegemônica, já o Estado democrático vive sob a égide da heterogeneidade, a controvérsia, a discussão, caso contrário é um Estado autoritário. É a natureza de cada uma, não se altera, a igreja não vive sem um credo, um Estado democrático descaracteriza-se, morre, quando existente sob um credo uno.

A história já cansou de mostrar quão grave essa proximidade pode ser. Idade média, a era Bórgia com seu famoso papa e seu Duque Florentino[2], cardeal Richellie, dentre outros. O Brasil precisa olhar, com urgência, o passado para não se afundar em mares já navegados por nossos antepassados.

> Uma descrição comum de um culto evangélico não fossem os pastores, deputados, falando de um púlpito improvisado no plenário Nereu Ramos da Câmara dos Deputados de um país laico chamado Brasil. E se o (até então) presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB), anunciado do púlpito ao entrar no recinto pelos pastores João Campos (PSDB-GO) e Sóstenes Cavalcante (PSD-RJ), não tivesse deixado de lado a agenda oficial para participar da celebração e tirar selfies com pessoas que se amontoavam ao seu redor. (DIP, 2015).

Enquanto o Brasil valorizar mais um congressista que fala em nome de Deus, transforma o plenário em igrejas e ignora o laicismo do Estado, do que congressistas que militam por educação de qualidade, taxação de impostos em igrejas e grandes fortunas, ele continuará a sofrer com taxas altíssimas de analfabetismo, IDH baixo e miséria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se nas cidades um crescimento da religiosidade, a cada rua uma nova igreja é aberta e a cada dia novas denominações surgem, sem qualquer fiscalização. Sendo assim, após analisados os fatos e a realidade das instituições do país, observa-se a urgente necessidade de mudanças. Por meio do pagamento de impostos, seria menos costumeiro e mais difícil, pessoas mal-intencionadas usarem igrejas como véu para fins ilícitos, enganando, tirando vantagem de fiéis inocentes, lavando dinheiro ou realizando outros crimes.

[2] Nicolau Maquiavel em sua brilhante obra "O Príncipe" explana extensivamente acerca da importância histórica do Duque Valentino, filho do papa Alexandre VI.

Se, segundo a Constituição Federal, o Estado é laico, não existe real motivo para dar privilégios às instituições religiosas, e se esse benefício é concedido por causa do trabalho social que realizam, então é obrigação delas declarar como estão gastando esse dinheiro. Não se pode confundir obras de caridade com enriquecimento institucional.

Construções de templos como o de Aparecido (católico) e o de Salomão (protestante) nada tem a ver com obras de caridade e demonstração de fé pública, mas com caracterização de formação e enriquecimento institucional religioso. É inviável, indefensável a isenção de impostos a igrejas, mas dificilmente líderes religiosos legislarão contra si mesmos.

REFERÊNCIAS

10 países com maiores impostos e menor retorno para a população. Disponível em: http://exame.abril.com.br/economia/noticias/10-paises-com-maiores-impostos-e-menorretorno-para-a-populacao. Acesso em: 09 mai. 2016.

BARÃO, Fernando; CORDARO Eugênio Machado. **Carga Tributária das Escolas**: Aumento constante. Disponível em: http://www.humus.com.br/news/financeiro6.htm. Acesso em: 08 mai. 2016.

DIP, Andrea. **Bancada evangélica cresce e mistura política e religião no Congresso**. Disponível em: http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/10/19/bancadaevangelica-cresce-e-mistura-politica-e-religiao-no-congresso.htm. Acesso em: 12 mai. 2016.

Governo brasileiro anuncia cortes no orçamento e aumento de impostos. G1. Disponível em: http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2015/09/governo-anuncia-cortes-no-orcamento-eaumento-de-impostos.html. Acesso em: 09 mai. 2016.

Lava Jato apura se ex-senador transformou igreja em lavanderia de dinheiro com aval de padre. Disponível em: http://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/lava-jato-apura-se-exsenador-transformou-igreja-em-lavanderia-de-dinheiro-com-aval-de-padre/arBBsKLYf?li=AAggXC1&ocid=mailsignout. Acesso em: 10 mai. 2016.

Leandro Karnal fala como a religião pode destruir ou salvar vidas em nome de Deus. Disponível em: http://www.radiometropolefm.com.br/noticia/2119/leandro-karnal-falacomo-a-religiao-pode-destruir-ou-salvar-vidas-em-nome-de-deus-/. Acesso em: 08 mai. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Partidos políticos registrados no TSE. Disponível em: https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse. Acesso em: 07 mai. 2016.

ROESLER, Átila da Rold. **O Estado não tem o direito de ostentar símbolos religiosos**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7252. Acesso em: 31 out. 2016.

SALCEDO, Gabriela. **Comissão dá a igrejas poder de questionar leis no STF**. Disponível em: http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/comissao-da-a-igrejas-poder-de-questionarleis-no-stf/. Acesso em: 09 mai. 2016.

SALDAÑA, Paulo. **Imposto sobre escolas não ajuda educação**. Disponível em: http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,imposto-sobre-escolas-nao-ajuda-educacaoimp-,957848. Acesso em: 08 mai. 2016.

SANTOS, João. **Pastores da Igreja Mundial são presos por tráfico**. Disponível em: http://www.s1noticias.com/pastores-da-igreja-mundial-sao-presos-por-trafico-dearmas.html#axzz4866deb1b. Acesso em: 10 mai. 2016.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E MANICÔMIOS: A AMBIGUIDADE DA DIGNIDADE EXISTENCIAL

Jéssica da Silva Belucci*
Gabriel Fedoce Laranja**
Paulo Eduardo de Mattos Stipp***

INTRODUÇÃO

Falar sobre a loucura nunca foi fácil, está internalizado na sociedade que a melhor, ou talvez única forma de tratá-la é por meio da internação, independente da vontade do internado. A história do tratamento psiquiátrico no mundo prova que nem sempre manter a pessoa isolada da família e do convívio social auxiliará em seu tratamento, mas foi necessária muita luta por parte dos médicos que apoiavam uma reforma na medicina.

O movimento da reforma psiquiátrica, que ganhou força na década de 70 no Brasil com a mobilização de profissionais da saúde mental e familiares de pacientes insatisfeitos com os métodos praticados na época, é uma luta pelos direitos de pacientes psiquiátricos, denunciando a violência praticada nos manicômios e propondo a construção de uma rede de serviços e estratégias comunitárias para o tratamento dessas pessoas.

Este trabalho justifica-se pela necessidade de demonstrar que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são garantidos também a pessoas que estão passando por tratamentos de doenças mentais e tem como objetivos promover maior conscientização sobre o tratamento dessas doenças e incentivar a inclusão deles, provando que a internação compulsória não é uma boa solução. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas. No primeiro capítulo será abordada a história da loucura no mundo, baseando-se nas ideias de Foucault, em seu livro "A história da loucura na Idade Clássica". Também serão analisadas as primeiras instituições brasileiras, de acordo com a apostila "Memória da Loucura", elaborada pelo ministério da saúde brasileiro. O segundo capítulo tratará sobre os direitos fundamentais e as políticas públicas de

* Discente do curso de Direito. UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga.
** Discente do curso de Direito. UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga.
*** Docente do curso de Direito. UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga.

saúde mental no Brasil, trazendo uma análise da Lei nº 10.216/2001, que tem por finalidade proteger e garantir os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redirecionar o modelo assistencial em saúde mental.

O terceiro capítulo explicitará uma breve análise da rotulação estigmatizante entre o que é considerado "normal" e "anormal", baseando-se nas ideias de Howard S. Becker, em seu livro "Outsiders". Por fim, o quarto capítulo trará um breve histórico sobre Franco Basaglia e sua importância para a reforma psíquica na Itália também no Brasil.

1 A HISTÓRIA DA LOUCURA

1.1. A origem da loucura no mundo

A lepra foi uma das primeiras causas de exclusão social, durando longos anos, até o fim da Idade Média, doentes eram tratados como monstros e trancafiados em casas e hospitais construídos exclusivamente para eles. Lá sofriam maus tratos, abandono e serviam de ratos de laboratório para práticas médicas clandestinas. (FOUCAULT, 1972, p. 7).

A luta foi grande, porém por volta de 1550 a lepra foi vencida. Entretanto, as estruturas da exclusão permaneceram e, em uma época em que os Direitos Humanos não tinham nem planos de existir, ficava claro que não demoraria muito para uma nova rejeição social ocorrer.

Cerca de dois ou três séculos depois, em uma cultura diferente, pobres, vagabundos, presidiários e "loucos" assumem o papel do abandonado, porém agora com um sentido diferente, além de excluídos, também necessitavam de reintegração espiritual.

Comida, utensílios domésticos, especiarias e loucos. Essa era a carga dos navios de contrabandistas diariamente na Europa. Talvez como forma de proteger os moradores, talvez para evitar que eles ficassem perambulando entre os muros da cidade, os loucos eram levados de um canto a outro e abandonados nas cidades mais distantes.

A loucura sempre atraiu os homens, segundo Michel Foucault (1972, p. 30), em seu livro História da Loucura na Idade Clássica:

> Nesta adesão imaginária a si mesmo, o homem faz surgir sua loucura como uma miragem. O símbolo da loucura será doravante este espelho que, nada refletindo de real, refletiria secretamente, para aquele que nele se contempla, o sonho de sua presunção. A loucura não diz tanto respeito à verdade e

> ao mundo quanto ao homem e à verdade de si mesmo que ele acredita distinguir.

No século XVII, várias casas de internamento foram criadas na intenção de combater aqueles considerados loucos, estima-se que mais de um habitante em cada cem da cidade de Paris viu-se fechado numa dessas casas, mesmo que por alguns meses. Além disso, o poder absoluto fez uso das cartas régias e de medidas de prisão arbitrárias, sem estimar qual a consciência jurídica que poderia gerar tais práticas.

Em 1656, é assinado um decreto em Paris, do Hospital Geral. Por meio dele, vários estabelecimentos já existentes são agrupados sob uma administração única: a Salpêtrière. Todos são agora destinados aos pobres de Paris, lá eram alojados e alimentados os que se apresentavam de espontânea vontade, ou aqueles que para lá eram encaminhados pela autoridade real ou judiciária.

Para zelar pela boa conduta e ordem geral, foram nomeados diretores, que atuavam não só nos hospitais, como também na cidade, recolhendo aqueles que deveriam ser internados. Nas palavras de Foucault. (1972, p. 57):

> Soberania quase absoluta, jurisdição sem apelações, direito de execução contra o qual nada pode prevalecer o Hospital Geral é um estranho poder que o rei estabelece entre a polícia e a justiça, nos limites da lei: é a terceira ordem da repressão (...). Em seu funcionamento, ou em seus propósitos, o Hospital Geral não se assemelha a nenhuma ideia médica. É uma instância da ordem, da ordem monárquica e burguesa que se organiza na França nessa mesma época. Está diretamente ligado ao poder real que o colocou sob a autoridade única do governo civil; o Grande Dispensário do Reino, que constituía antes, na política da assistência, a mediação eclesiástica e espiritual; vê-se repentinamente posto para fora de circuito.

Os Hospitais Gerais eram instituições que não tinham conotação de instituição médica, esta começou a ser identificada a partir de transformações iniciadas no final do século XVIII, e assim, aos poucos, os considerados loucos deixaram de ser levados de cidade a cidade, e foram sendo internados nesses hospitais, surgindo então a internação compulsória, motivo de muito estudo e polêmicas até hoje.

Não se pode deixar de ressaltar que apenas por meio dessas internações é que foram possíveis avanços na área da psiquiatria, como diz o historiador Roberto Machado (1981, p. 63) “O hospício é considerado o

a priori da percepção médica". Sem o isolamento, não haveria produção do saber, sendo assim a internação é o a priori dos estudos psiquiátricos que permitiram classificar a loucura como doença.

Por mais que houvessem benefícios para a medicina da época, havia muita discussão sobre internar pessoas, privá-las de sua liberdade, principalmente tendo em vista que os maiores avanços ocorreram na Revolução Francesa, que tinha como base a liberdade, fraternidade e igualdade. (MACHADO, 1981, p. 161).

A loucura passa então a ser tratada como alienação mental, o que gerou grandes problemas na nova sociedade francesa, pois o louco estava alheio às regras sociais era considerado um sujeito irracional, incapacitado por sua condição de doente, sendo assim não poderia ser reconhecido como cidadão. Esta situação apresentava à sociedade uma série de contradições e exigia uma norma jurídica para solucioná-la. (BRITTO, 2004, p. 16).

Foi elaborada então a lei de 1838, repercutindo por todo o mundo ocidental. Ela integrava a psiquiatria e o Estado através da regulamentação da internação psiquiátrica fornecendo legitimidade para o ato da internação, repercutindo até hoje a ideia social de que o tratamento da loucura só é possível quando realizado em instituição fechada.

1.2. A primeira instituição brasileira

No século XIX, depois de muitas transformações econômicas advindas da abertura dos portos, da intensificação do comércio e da implantação de manufaturas no Rio de Janeiro em 1808, o Brasil passa a integrar uma nova ordem capitalista internacional. (BRASIL, 2008, p. 19). Porém, em 1830 ainda não existia tratamento para os doentes mentais no Brasil. Aqueles que tinham condições eram mantidos isolados em casa, longe dos olhares da cidade, já os mais pobres viviam trancafiados nos porões da Santa Casa de Misericórdia ou soltos pelas ruas da cidade.

Então, nesse novo Brasil, as mudanças também chegam na medicina, criando grande interesse em tudo o que diz respeito ao social, e o papel dos médicos passa a ter um objetivo claro: combater a desordem da cidade. Os hospitais deixam então de se localizar no centro da cidade e passam a ser uma nova "máquina de curar". Nesse contexto, é inaugurado em 1852, no Rio de Janeiro, o primeiro hospital psiquiátrico brasileiro. O Hospício de Pedro II era como uma prisão de loucos, os internos eram

isolados da sociedade, tinham como norma terapêutica o trabalho e, como num panóptico, eram observados a todo momento.

Com 140 leitos, instalado na praia da Saudade, em uma chácara afastada do centro da cidade, o hospital psiquiátrico veio para desafogar a Santa Casa de Misericórdia, que se encontravam em condições insalubres.

Construído com dinheiro de subscrições públicas, o edifício, em estilo neoclássico, era provido de espaços suntuosos e decoração de luxo, e passa a ser popularmente conhecido como o "palácio dos loucos".

A amplidão dos espaços, a disciplina, o rigor moral, os passeios supervisionados, a separação por classes sociais, os diagnósticos e a constante vigilância dos enfermos representam o nascimento da psiquiatria no Brasil. (BRASIL, 2008, p. 20).

1.3. Diferença entre Doença Mental e Deficiência Intelectual

Segundo o Instituto Paradigma (2016):

> Para entender a diferença entre doença mental e deficiência intelectual é necessário que se compreenda os seguintes aspectos: A doença mental pode ser entendida como um conjunto de comportamentos e atitudes capazes de produzir danos na performance global do indivíduo, causando impactos na sua vida social, ocupacional, familiar e pessoal. Não é possível se construir uma única definição deste conceito uma vez que o entendimento de saúde mental também está associado à construção de critérios subjetivos, pautados em valores e diferenças culturais. Em 1995 a Organização das Nações Unidas - ONU, altera o termo deficiência mental para deficiência intelectual, com o objetivo de diferenciá-la da doença mental (transtornos mentais que não necessariamente estão associados ao déficit intelectual). Portanto, a pessoa com deficiência intelectual caracteriza-se por ter um funcionamento intelectual significativamente inferior à média, acompanhado de limitações significativas no funcionamento adaptativo em pelo menos duas das seguintes áreas de habilidades: comunicação, autocuidados, vida doméstica, habilidades sociais/interpessoais, uso de recursos comunitários, autossuficiência, habilidades acadêmicas, trabalho, lazer, saúde e segurança.

De acordo com a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais - APAE (2016), quase sempre a deficiência intelectual costuma ser resultado de uma alteração no cérebro causada por condições genéticas.

Além disso, uma pessoa com necessidades especiais também pode ter sofrido com distúrbios na gestação, problemas no parto e até mesmo após o nascimento. Dentre os principais tipos de deficiência intelectual estão as síndromes de Down, X-Frágil, Prader-Willi, Angelman e Williams, sendo que o Transtorno Mental pode ocorrer em 20% ou até 30% dos casos de Deficiência Intelectual.

A psicóloga Luciana Helena Silva (2016) afirma que a idade do diagnóstico da Deficiência Intelectual vai até os 18 anos. No geral, no caso do Transtorno Mental não se tem uma idade estabelecida. Outra diferença está no tipo de diagnóstico, o indivíduo com Transtorno Mental sem comorbidades não apresenta QI rebaixado quando adequadamente tratado.

É comum o Deficiente Intelectual apresentar quadro irreversível e exigir terapias mais específicas para preservação, desenvolvimento das potencialidades existente.

Sendo assim, a pessoa com deficiência intelectual caracteriza-se por ter um funcionamento intelectual significativamente inferior à média, acompanhado de limitações significativas no funcionamento adaptativo em pelo menos duas das seguintes áreas de habilidades: comunicação, autocuidados, vida doméstica, habilidades sociais/interpessoais, uso de recursos comunitários, autossuficiência, habilidades acadêmicas, trabalho, lazer, saúde e segurança.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE MENTAL NO BRASIL

O primeiro título da Constituição brasileira é chamado "Dos Princípios Fundamentais" e estabelece que um Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), estabelece em seu artigo V que "ninguém será submetido a tortura ou castigo cruel, desumano ou degradante", princípio que foi literalmente reproduzido em nossa Constituição Federal (art. 5º, III).

"Acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades" (art. 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001). Mesmo sendo garantido por lei, a defesa dos direitos

humanos e da dignidade das pessoas com transtornos mentais ainda está longe de ser efetiva.

Mesmo com os avanços médicos e tecnológicos, ainda existem instituições que se encontram muito aquém de tais princípios, os pacientes são duplamente violados em seus direitos. Por um lado, sofrem o estigma e o preconceito social por causa da sua condição de portadores de doença mental. Por outro, ao invés de receberem um tratamento digno e adequado como os demais doentes, ou são vítimas de terapias nada consentâneas com a dignidade humana ou são mantidos reclusos e até castigados, em clara violação aos seus direitos individuais. (GONÇALVES, 2004).

Além do estigma social existente em relação às pessoas portadoras de doenças mentais, a internação representa outra dificuldade na vida deles que, após saírem, enfrentam problemas para se adaptar a sociedade.

2.1. Lei 10.216/2001

O Governo Federal editou a Lei nº 10.216/2001, que tem por finalidade proteger e garantir os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redirecionar o modelo assistencial em saúde mental. Conforme esta lei, todos os pacientes que padecem de transtornos mentais têm direito a acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, adequado às suas necessidades, bem como ser tratado com humanidade e respeito, e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade. Além disso, estes pacientes deverão ser protegidos contra qualquer forma de abuso e exploração, tendo garantia de sigilo nas informações prestadas a respeito de sua doença e com direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de uma possível hospitalização involuntária. Os pacientes podem ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis e devem receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento.

O artigo 3º da Lei 10.216/2001 confirma ser de responsabilidade do Estado "o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais".

Os artigos 4º e 6º desta mesma Lei preveem que só ocorrerá a internação quando os demais recursos extra hospitalares se mostrarem insuficientes para o tratamento, sendo necessário para tal um laudo médico que caracterize os motivos da internação. Há ainda nesta lei exigências para a internação hospitalar, seja ela voluntária, involuntária ou compulsória, exigindo laudo médico circunstanciado em qualquer das hipóteses. (art. 6º, Lei 10.216/01).

> Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. § 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio. § 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. § 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

A internação, porém, não deve ser um fim em si mesmo. O tratamento dado ao portador de transtorno mental caracterizado pela internação, pelo que se observa da legislação vigente, deve ser apenas um meio utilizado para que este possa obter a reinserção social. (GONÇALVES, 2004).

Vale ressaltar que todos os direitos acima indicados, bem como os demais previstos ao longo do texto da Lei 10.216/2002, devem ser cumpridos pela instituição médica, de modo que os pacientes possam exercê-los integralmente, sob pena de responsabilidade daquele que os desrespeitar.

3 ROTULAÇÃO ESTIGMATIZANTE ENTRE "NORMAL" E "ANORMAL"

Desde muito cedo, principalmente na psicologia e na psiquiatria, um dos maiores problemas foi delimitar a fronteira entre o normal e o patológico, ou seja, saúde mental de doença mental. Os limites e fronteiras do normal ao contrário do que se pensa não são fixos e imóveis, mas extremamente flexíveis.

Para o sociólogo Howard S. Becker (2008, p.88), o desvio ou transgressão das regras socialmente estabelecidas é característico das

sociedades e de todos os grupos sociais em que são estabelecidas normas, princípios e valores morais que norteiam a vida das pessoas, servindo como padrões de conduta.

Quando indivíduos não agem em conformidade com o padrão esperado, são classificados como desviantes. Segundo Becker (2008, p.52), o desvio é uma concepção sociológica relativista, pois existe ambiguidade a partir do momento em que os indivíduos estão inseridos em vários grupos sociais ao mesmo tempo, afinal, o referencial de cada um deles possui diferenças, que fazem com que estas pessoas infrinjam as normas de algum dos grupos. Porém, também existem normas e princípios que são comuns a todos os grupos sociais. Antes de um ato ser visto como desviante, e antes que qualquer indivíduo possa ser rotulado e tratado como desviante por cometer o ato, alguém precisa ter criado a regra que define o ato dessa maneira.

Para que uma regra seja criada, o dano precisa ser descoberto e mostrado, alguém deve chamar a atenção do público para esse problema, e assim, ser criada a regra. Assim aconteceu com a loucura, criaram-se rótulos à essas pessoas que passaram a ser considerados anormais. (MENDES; VIEIRA, 2012).

4 FRANCO BASAGLIA E A REFORMA PSÍQUICA NA ITÁLIA

4.1 Estrutura psíquica italiana e a lei 180 da Itália

A Itália como qualquer país da época só conhecia um modelo de tratamento psiquiátrico, o totalitário. Não distinto a descrição de Machado de Assis da Casa Verde no conto "O Alienista", os hospitais de tratamento psíquico não se preocupavam com uma avaliação do problema, indivíduo - indivíduo, o diferente deveria ser retirado do convívio social e ser levado para ser curado. Essa visão racionalista na psiquiatria começou, na década de 1960, a ser fortemente combatida por médicos e estudiosos da área como Franco Basaglia. A ideia dominante de que a medicina psiquiátrica deveria ser problema-solução começou a ser vista como um erro, o que realmente importava era uma terapia que visava por meio de um processo gradativo chegar a doença.

> A transformação do modelo clássico da psiquiatria deve ser obtida pela desinstitucionalização. O processo de desinstitucionalização iniciou-se na década de 60 com um grupo de psiquiatras que, a partir da observação do manicômio de Gorizia (Itália), criticaram a ação do paradigma racionalista

> (problema-solução) em psiquiatria. Segundo esses psiquiatras, a terapia deve ser entendida não tanto como uma relação individual entre médico e paciente, mas, sobretudo, como um organizado de teoria, normas e prescrições. É em geral o processo pelo qual se liga o diagnóstico ao prognóstico, que conduz da doença à cura. (KYRILLOS NETO, 2003).

Basaglia assumiu como diretor do hospital psiquiátrico de Gorizia em 1961 e logo decidiu provocar mudanças significativas no tratamento com os internos e com o estado do prédio. Logo percebeu que não bastava pequenas alterações no tratamento e no prédio, quando a assistência psiquiátrica e a relação sociedade e loucura eram deficitárias.

A lei 180 da Itália não foi proposta por Basaglia, porém é conhecida como "Lei Basaglia" por ter sofrido influência direta do médico que lutava por uma mudança real no tratamento psiquiátrico no país. A lei foi aprovada com quase unanimidade, uma vez que apenas os fascistas votaram contra a proposta alegando não ser uma via financeira boa.

> A expressão Lei Basaglia não deixa dúvidas quanto à extensão da vitória do Movimento Antimanicomial nesta primeira e fundamental rodada de institucionalização. Segundo Franco Basaglia, apenas os fascistas não apoiaram, alegando que não havia cobertura financeira, e não porque admitissem ser contra seu conteúdo. (GOULART, 2008, p.5).

A transformação do sistema psíquico italiano foi o ápice de uma transformação social e cultural que a Itália vivia naquele momento. Em meio a uma guerra política instaurada no país ente os partidos políticos e a extrema esquerda que agora caminhava para o terrorismo como ação do grupo, nascia uma mudança significativa nos sistemas de internação, desde a forma que eram internados os pacientes à forma que recebiam alta. A primavera do tratamento psiquiátrico na Itália não demoraria para se tornar uma meta para muitos outros países. A conquista em relação aos Direitos Humanos que a "lei Basaglia" representou, tornou-se o sonho de vários pesquisadores, estudiosos e médicos no mundo todo.

4.2 A experiência e opinião de Basaglia sobre o tratamento de doenças psíquicas no Brasil

Basaglia teve papel significante na reforma psiquiátrica brasileira. Após sua participação no "Simpósio Internacional de Psicanálise, Grupos e Instituições" em 1978 ele retornou no ano seguinte ao Brasil e visitou o

hospital Colônia em Barbacena, Minas Gerais. Comparou o hospital aos campos de concentração nazista e deu importante destaque da imprensa a situação do hospital. O psiquiatra Paulo Amarante afirma:

> Em Barbacena, Basaglia comparou a colônia de alienados a um campo de concentração, reforçando nossas denúncias de maus-tratos e violência. Sua presença aqui recebeu tratamento e atenção especiais da imprensa, além de dar origem ao clássico documentário de Helvécio Ratton, Em nome da razão, de 1980, um marco da luta Antimanicomial, ao lado de uma premiada série de reportagens de Hiran Firmino, publicadas inicialmente no Estado de Minas e posteriormente pela Editora Codecri sob o título Nos porões da loucura, de 1982. (AMARANTE, 2006, p. 04).

Apesar de não ser um caso inusitado, o hospital mineiro se sobressaia, uma vez que já havia se tornado motivo de denúncia desde o governo de Jânio Quadros (1961) como a própria autora de "Holocausto Brasileiro", Daniela Arbex descreve. Porém, na opinião de Amarante (2006, p. 05), o médico que participou ativamente da reforma psiquiátrica, o protagonismo de Franco na reforma psiquiátrica brasileira foi em Santos, na década de 1980, quando um hospital psiquiátrico particular, após inúmeros casos de morte, foi desapropriado pela prefeitura e iniciou-se uma revolução estrutural na instituição.

O sistema "extramuros" ganhou vida e a estrutura ortodoxa e rudimentar se decaiu. Com a influência, experiência e destaque que Basaglia trazia para aquela experiência, provou ser possível, também no Brasil, um modelo humanista de tratamento manicomial. O doente já não poderia ser visto como ganho - mais objetivamente sobre hospitais particulares-, tampouco como experiência viva para médicos.

A partir dessa fagulha, ganhou força pensamentos como o de Paulo Delgado deputado que propôs em 1989 uma lei que regulamentava o sistema psiquiátrico brasileiro. Apesar do texto de lei só ser aprovado com um atraso prodigioso e com alteração no corpo do texto, a proposta trouxe força para uma mudança social no modo de ver os "doentes mentais", levando para a opinião pública a discussão até então abafada. No dia 27 de março de 2001 a lei foi aprovada pelo Congresso Nacional. (GOULART, 2008, p.15).

Contudo, Amarante nos apresenta grandes problemas a serem enfrentados sobre o tema. A lei e o processo de reforma nos levou a um patamar evolutivo da ciência psiquiátrica, mas há muito em se transformar

socialmente. A ideologia de doente, médico e estigmatizado deve ser repensada, analisada sem exterioridade e superficialidade.

> Quando uma sociedade defende que uma parte dos seus membros não pode conviver com os demais, cumpre a nós compreendermos os motivos e intervir. Por que não podem viver como nós, conosco, em nosso meio? Por que são negros? Por que são índios? Por que são loucos? (AMARANTE, 2006, p.5).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova política de saúde mental, que teve início com a reforma psiquiátrica, visa o tratamento em rede substitutiva, em locais que o paciente possa frequentar sem precisar passar longos períodos internado, distante da convivência com sua família e amigos.

Esse movimento de desconstrução do hospital psiquiátrico não é simples, ele implica num processo político e social complexo, e precisa de apoio tanto das instituições quanto da comunidade. Apesar da existência da Lei n. 10.216, de 06/04/2001, também é necessária a criação de uma legislação específica para tutelar de fato e garantir os direitos fundamentais dos portadores de doenças mentais.

Por fim, constata-se que o hospital psiquiátrico surge como uma instituição legitimadora da violência e a internação compulsória caracteriza-se como retrocesso por exigir do direito a resolução do grande desafio pela busca da desinstitucionalização da loucura.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo. **Rumo ao fim dos manicômios**: A luta Antimanicomial, o mais importante movimento pela reforma psiquiátrica no Brasil, teve início durante o regime militar e ainda enfrenta desafios. Disponível em: http://www2.uol.com.br/vivermente/reportagens/rumo_ao_fim_dos_manicomios_4.html. Acesso em: 08 set. 2016.

APAE-ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS. **Sobre a Deficiência Intelectual:** O que é? Disponível em: http://www.apaesp.org.br/SobreADeficienciaIntelectual/Paginas/O-que-e.aspx. Acesso em: 08 set. 2016.

BALLONE, G. J. **O que são transtornos mentais**. 2008. Disponível em: www.psiqweb.med.br. Acesso em: 18 maio 2016.

BECKER, Howard. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Memória da loucura**: apostila de monitoria. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/memoria_loucura_apostila_monitoria.pdf. Acesso em: 12 maio 2016.

BRITTO, Renata Corrêa. A **internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216/01**: reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno mental. 2004. Disponível em: http://thesis.icict.fiocruz.br/pdf/brittorcm.pdf. Acesso em: 09 de ago. 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Editora Perspectivas, 1972.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. **Manicômios e o princípio da dignidade da pessoa humana**: estudos preliminares à luz do Direito e da Bioética. Opinião Jurídica - Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus, Fortaleza, v.2, n.4, 2004, p.57-68.

GOULART, Maria Stella Brandão. **Os 30 anos da "Lei Basaglia": aniversário de uma luta**. Disponível em: http://www.mnemosine.com.br/ojs/index.php/mnemosine/article/viewFile/131/pdf_118. Acesso em: 30 ago. 2016.

INSTITUTO PARADIGMA. **Qual a diferença entre doença mental e deficiência intelectual?** Disponível em: http://www.institutoparadigma.org.br/pergunte/particiapacaosocial-e-direitos/264-qual-a-diferenca-entre-doenca-mental-e-deficiencia-intelectual. Acesso em: 30 ago. 2016.

KYRILLOS NETO, Fuad. **Reforma psiquiátrica e conceito de esclarecimento**. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S167944272003000100006. Acesso em: 30 ago. 2016.

MACHADO, Roberto. **Ciência e saber:** a trajetória da arqueologia de Foucault. Rio de Janeiro: Graal, 1981

MENDES, Maria Eugenia Gonçalves; VIEIRA, Natália Borges. **As causas e efeitos da rotulação de "desviantes" na sociedade.** 2012. Disponível em: http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4644. Acesso em: 30 ago. 2016.

SILVA, Luciana Helena. **Deficiência intelectual x transtorno mental:** interfaces e diferenças. Disponível em: http://www.rolandia.apaebrasil.org.br/noticia.phtml/51053. Acesso em: 12 mai. 2016.

A RACIONALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS EXECUTIVOS FISCAIS E DA DÍVIDA ATIVA MUNICIPAL POR MEIOS EFICAZES E ÁGEIS DE COMPOSIÇÃO E EXECUÇÃO

Juliana Balbino dos Reis*

Ricardo Nunes de Oliveira**

INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, nove em cada dez execuções fiscais existentes no Tribunal de Justiça de São Paulo são valores oriundos das dívidas ativas municipais, ou seja, dos 11 milhões de processos executivos em trâmite 9,8 milhões são das municipalidades. A problemática reside no contexto de que tais execuções têm hidratado, crescentemente, o judiciário paulista e brasileiro e não se encontra, infelizmente, correspondência com aumento das arrecadações municipais, mesmo com o braço judicial amparando a possibilidade de cobrança.

As execuções alocadas na esfera judicial encontram-se prejudicadas por inúmeros incidentes que, à medida que vão surgindo provocam, automaticamente, a paralisação da marcha processual e, este feito, ora prejudicado, sem o devido andamento, gera perdas tanto para o município, detentor do crédito em aberto, como para o judiciário que tem suas prateleiras servidas de um amontoado de papel estático aguardando a vindoura, fatal e esperada prescrição intercorrente. Para agravar, ainda mais, temos a existência de devedores, em condições reais de quitar o débito, agraciados pela falta de critérios proveitosos no cadastro municipal, como para simples localização, quando necessária, cumulada com a inexata classificação dos créditos inscritos, quando ajuizados, que resultam em uma desconcentração de esforços para que a cobrança seja viável.

Desse modo, este trabalho vêm de encontro à necessidade extrema das municipalidades recuperar seus créditos até então, considerados

* Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista"Julio de Mesquita Filho" (Unesp de Franca). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Catanduva (2006).

** Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista"Julio de Mesquita Filho" (Unesp de Franca).

perdidos afastando a protelação política da busca destes créditos e avocando mecanismos eficazes para perceber os valores mencionados.

1 OBJETIVO

Este trabalho busca impor, portanto, melhor aproveitamento da estrutura das Varas de Fazenda Pública e dos Anexos de Execuções Fiscais através de uma melhoria dos mecanismos de cobrança, ora extrajudicial, ora judicial, sendo esta última focada somente para contribuintes inadimplentes cuja localização seja conhecida e que disponham de patrimônio suficiente visando que os créditos expressivos e não prescritos sejam percebidos e direcionados aos cofres.

Sempre será bem vinda a aceleração do procedimento administrativo de cobrança dos créditos municipais, evitando-se outro problema hoje comum:

A propositura política irresponsável de milhares de processos executivos fiscais na véspera da prescrição, apenas para evitá-la, resultando em outra quantidade de autos com várias execuções fiscais certas do insucesso, tudo contrariando a possibilidade de arrecadação municipal e em benefício dos grandes e pequenos devedores.

O ajuizamento destes débitos, sem qualquer critério, somente para evitar a certa prescrição, um efeito antieconômico, ou seja, gerará despesas de processamento superiores aos respectivos valores que a regra legal almeja. Vamos obter, da mesma forma, prejuízos à municipalidade em razão das ações ajuizadas com créditos já prescritos, tudo para atravancar a marcha processual na contramão de execuções com possível resultado de arrecadação eficaz e certa.

Para isso impõe-se a necessidade de combater o desinteresse do Executivo Municipal, em especial, e a impossibilidade técnica ou material das lançadorias, controladorias, onde houver, e procuradorias, que dão andamento às execuções fiscais, em sua maioria inexpressiva ou inviável.

Estes feitos congestionam as unidades judiciais e demonstram o claro interesse da administração pública em implantar os dispositivos técnicos adequados, materiais e recursos humanos necessários para eliminar tais entraves e melhorar a qualidade da cobrança administrativa ou extrajudicial e racionalizar o emprego da via forense.

2 METODOLOGIA

Para desenvolvimento deste trabalho foi utilizada a seguinte metodologia:

Estudo de Caso: Este trabalho será desenvolvido através da coleta de dados junto às municipalidades, em especial a de Monte Alto e Pirangi no Estado de São Paulo, serviram de modelo experimental para análise de experiências. Da mesma forma tal coleta foi realizada junto ao órgão Judiciário fazendo, também o uso de um Setor de Conciliação, Mediação e Arbitragem que serviu, também, como modelo experimental deste trabalho no intuito de aferir o resultado e corrigir frações do processo a ora desencadeado.

Pesquisa de Campo: Foram coletadas informações dos cidadãos ora inadimplentes, preservando a sua identidade, mas coletando dados acerca da sua condição financeira, social e profissional, buscando entender o que ocorreu para que surgisse tal débito em aberto.

Levantamento bibliográfico: Serão usadas, para este estudo autores, que poderão compor o quadro base da pesquisa.

3 DESENVOLVIMENTO

A ação de Execução Fiscal é o procedimento especial para que a Fazenda Pública exija de seus contribuintes inadimplentes o crédito devido, formalizado por um contrato, ou por imposição tributária, utilizando-se da via Judiciária.

Por esta via, a Procuradoria, órgão do ente credor, busca, junto ao patrimônio do executado, bens que satisfaçam o crédito que está sendo cobrado por meio desta dita execução fiscal.

O processo executivo fiscal esta alicerçado em um título executivo de origem extrajudicial, contabilmente conhecido como Certidão de Dívida Ativa ou, popularmente, C.D.A., que será fundamento para a cobrança da dívida existente e que nela está representada. Constituída esta C.D.A. temos a existência, agora, de um título real que possui liquidez e condições de exigibilidade.

Mas para chegarmos a expedição desta C. D. A. um caminho deverá ser percorrido. A exigência de quitação desta peça exequível terá que ter, em primeiro lugar, uma formação Legal que, certamente, poderá, com segurança, ser objeto de exigência. A maioria destes instrumentos tem sua origem nos tributos, taxas de serviços contratados com pagamento

posterior, e raramente, eventuais ressarcimentos ao erário por força de contrato, decisão administrativa, judicial.

A primeira ocorrência de ineficácia encontra-se nos próprios órgãos com função cadastral dos entes. O Procurador Municipal, responsável pelas execuções, esbarra na ausência de dados palpáveis e seguros para subsidiar a execução que, ou é ineficaz pela formulação de constituição ou pela falta ou erro, muitas vezes inescusável, dos dados necessários para qualificação do devedor e sua localização.

No final do ano de 2013, início de 2014, na cidade de Monte Alto, interior de São Paulo, das aproximadas 1.500 (mil e quinhentas) Execuções Fiscais que ali adentraram, cerca de aproximadas 350 foram extintas por possuírem um valor de exigibilidade menor que 1 (um) salário mínimo nacional vigente. Foram aproximados R$ 70.000,00 (setenta mil reais) que deixaram de ser convertidos aos cofres públicos por infeliz manobra que dispensa comentários. Destas mesmas 1.500 (mil e quinhentas) Execuções houve cerca de 300 que permaneceram em curso e razão da não localização do réu, ausência de qualificações precisas para a sua localização como a mera inscrição do CPF. Tais execuções tiveram oportunidades de obter um titulo sadio no cadastro inicial da inscrição ou por operações de recadastramento comuns. O que chama a atenção foi que as 900 ações restantes tiveram suas citações e intimações focadas, em um primeiro momento, no convite inicial de uma composição que seria proveitosa e interessante para que, além de sanar o débito existente com a municipalidade teriam, em contrapartida, sua cidadania resgatada sob a forma serviços prestados com qualidade, em face da possibilidade maior de investimento.

A outra problematização sanada veio através de um Projeto de Lei de autoria de um Vereador da mesma cidade que, de maneira inovadora, analisou, sob um perfil socioeconômico, o programa de recuperação fiscal conhecido popularmente como REFIS ou, em algumas cidades o PROFIS, que, comumente eram cópias dos mesmos projetos dos anos anteriores e tinham como o valor mínimo da parcela 10% do Salário Mínimo Nacional.

Sob a ótica social, o legislador observou que a parcela do tributo devido, transformado em CDA, que tem maior origem na cobrança do IPTU, cumulada com a parcela atual do mesmo imposto, considerando que à época do texto do REFIS originário era mínima, passou, em razão da melhoria do Salário Mínimo, acima do índice inflacionário, a criar em outra ponta, um problema social e resolveu desvincular o impasse financeiro pontual dos programas de REFIS vindouros.

O Projeto diminuiu o valor da parcela mínima e tinha como novo fator gerador do acordo a Unidade Fiscal Municipal, a Condição Social e Econômica do Assistido, e a formalização da exigência após estes critérios serem atingidos.

Tal projeto foi vitima de veto do executivo e, o mesmo veto foi vítima da desconsideração legislativa gerando uma ADIN, sanada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, considerando que a criação de despesas tem caráter inconstitucional mas, por outro lado, viam com bons olhos a hidratação dos cofres públicos com iniciativas de captação de receita que considerem não somente a questão financeira delicada do Município mais, também, o interesse social coletivo daqueles menos abastados.

Outra razão do sucesso foi o convite judicial para que os credores, psicologicamente tocados com a cobrança, se dirigissem a municipalidade antes da audiência de composição para regularização dos débitos.

Tanto na vinda do executado ao Judiciário como ao Executivo, provocada pela judicialização do título, quando encontrados, era feita uma atualização de todo um cadastro para que, em eventos futuros, a ineficácia cíclica seja diminuída.

Outra problemática detectada junto às municipalidades foi a impossibilidade de exigibilidade dos títulos prescritos, não executados junto ao judiciário. Estes títulos, lamentavelmente, deixam de ser exigíveis pelo fator demora na sua cobrança e eventual judicialização. Esta ocorrência tem sua decretação de ofício em razão das diretrizes do Código Tributário Brasileiro.

O Artigo 174 prevê a prescrição do título executivo, contado de sua constituição definitiva, em cinco anos. Esta regra deve ser observada pelos operadores para que não ocorra o prejuízo ao erário mas, todavia, isso infelizmente não ocorre pois, ou pela falta de cuidado, ou pela impossibilidade de cumprir um invencível número de trabalho deixando estas execuções no rol das impossibilitadas de percepção.

Assim, as municipalidades devem se atentar à possibilidade de deslocamento de funcionários, de setores menos importantes, para atuar junto ao lançador e procurador na organização e remessa diária destas Certidões a um setor que possibilite uma composição, administrativa no momento, sob o crivo da condição social e econômica do devedor e, também, para um processamento rápido e eficaz destes títulos seja na via administrativa, seja na via judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esta análise observamos que a recuperação dos valores convertidos em Dívida Ativa são vitimados por decisões políticas dos agentes que, per faz et nefas, acabam protelando o envio destes títulos ao setor responsável pela cobrança extrajudicial e judicial. Este atentado, ocasionado pela falta de conhecimento administrativo, gera um custo elevado na administração com a produção de execuções de maneira rápida, sem critérios, eivados de eficácia, e certamente fadadas ao insucesso. Não obstante as decisões políticas para o andamento desta cobrança foram identificadas imperícias, negligências e desatenção dos agentes públicos desde um simples cadastro de contribuinte que, em eventual execução, impossibilita a cobrança até atos de improbidades que potencializam o prejuízo ao já sofrido cofre público.

As ações de cobrança devem ser fiscalizadas pelo legislativo constantemente, com responsabilidade, promovendo indicações acerca da melhoria deste trabalho evitando, assim, perdas, em sua maioria, catastróficas, para aqueles que utilizam do serviço público, comumente carente de investimentos.

Sistemas eficazes de cobrança de tributos, cadastro, processamento, composição, execução e elaboração de Projetos de Leis, com observância social e econômica, como os programas de recuperação fiscal tendem a melhorar a forma de percepção e, consequentemente, a arrecadação dos valores. Um programa de recuperação fiscal, sem este cuidado, somente gera mais despesa uma vez que, para tudo se tem um gasto e, este gasto deve ser compensado na sua eficácia.

A utilização dos centros judiciais de solução de conflitos, ou setores de conciliação é uma excelente ferramenta para tal exigência pois dá-se a imagem de possível intervenção judicial àqueles que acreditam estar agraciados pela demora e pelo valor irrisório do débito inscrito.

Pessoas ligadas ao processo de exigibilidade devem, também, estar isoladas do contexto político e, por isso, devem estar investidas de cargo para que a possibilidade de fuga do foco laboral seja inexistente e a atividade a mais rentável e inequívoca possível.

Neste giro de ideias a racionalização para exigência de títulos da Dívida Ativa deve estar afastada do conteúdo político e atrelada, mais do que nunca, a uma atividade mecânica e ágil, de certo modo fria (desprovida

de quaisquer sentimentos humano) para sim, cumprir seu papel social e resgatar a cidadania dos inscritos e eventuais executados.

Um setor, seja ele de controladoria, de tributos, rendas, ou qualquer que seja seu nome, deverá, sempre, primar pela eficácia e pelos resultados positivos para que o mínimo das certidões cheguem ao Judiciário permitindo que este poder se ocupe ações realmente relevantes a sociedade.

O Novo Código de Processo Civil brinda a possibilidade de composição, existente no diploma anterior. É certo que a receita pública é um direito indisponível mas, o próprio poder público, tem a obrigação, dentro de um contexto constitucional, tutelar o cidadão não somente na questão de saúde e educação e outros direitos, sejam eles personalíssimos ou fundamentais em especial mas deve, ao detectar a ausência de receita por parte daquele devedor, procurar resgatá-lo à sua condição de bom pagador. Na mesma linha de ideias, o poder público deve ser implacável com aqueles que se recusam a contribuir em face de rendimentos e bens que possuem, não cabendo justificar tal conduta, seja do devedor, seja de funcionário ou agente público. Tanto as crises empresariais privadas como as crises do poder público, devem ser contidas pelo planejamento de atitudes eficazes e sérias, acompanhadas perenemente por setores que agreguem receita e planejem investimentos bem como por outros órgãos que solucionem as pendências reais de maneira exemplar.

REFERÊNCIAS

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CRETELLA NETTO, José. **Curso de Arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FANUCCHI, Fábio. **A decadência e a prescrição em direito tributário.** 2. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1971.

GRINOVER Ada Pelegrini, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, coordenação. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários ao código tributário nacional**. Coord. de Carlos Valder do Nascimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAIS, Roberto Rodrigues. **Reduza Dívidas Previdenciárias,** 2008, on-line, Portal Tributário. http://www.portaltributario.com.br/obras/dividasprevidenciarias.htm.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação.** Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (coord.). **Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO À INFORMAÇÃO: ESTUDO DE CADO DO PROJETO "OAB VAI À ESCOLA"

Lúcio Rangel Alves Ortiz*

INTRODUÇÃO

A globalização, como processo socioeconômico irreversível, afeta, diretamente, a soberania das nações, nos seus órgãos estatais, o que delimita a problemática do seu impacto no direito de acesso à informação, direito este consagrado nos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos, uma vez que a realidade atual que a Internet, as novas tecnologias de informação, de comunicação e eletrônicos, as relações institucionais empresariais, sindicais e da sociedade civil fazem com que gerem conflitos sociais, que configuram lides jurisdicionais e administrativas, no exercício da cidadania. A justificativa do presente trabalho se relaciona com a proposta neoliberal da globalização que busca e propõe a desregulamentação do Estado, com a flexibilização de estruturas trabalhistas, previdenciárias, ambientais e consumeristas, o que, muitas vezes, mina e deslegitima instituições do Estado que protegem o cidadão. E por referida problemática, é necessário observar, de modo crítico, como se proporciona o direito à informação, em órgãos públicos, principalmente, a fim de legitimar a transparência dos seus atos, uma vez que podem ser provocadas demandas de políticas públicas para o devido exercício da cidadania.

O objetivo do presente estudo é contextualizar a globalização em relação ao acesso à informação, como direito humano, que estimula cidadãos e cidadãs participativos, sejam como usuários e usuárias de serviços públicos, sejam, como consumidores e consumidoras, trabalhadores e trabalhadoras, empreendedores ou empreendedoras, o que deve então o direito a informação ser objetivo, acessível, compreensível e realizável. No âmbito do acesso às informações, as políticas públicas podem ser executadas pelo Estado e por instituições da sociedade civil, como é o caso da Ordem dos Advogados do Brasil, o que faz parte o objetivo deste artigo, que é assimilar o direito à informação pelos órgãos públicos num contexto da globalização da economia.

* UNESP Campus Franca, Mestrando Profissional em Planejamento e Análise de Políticas Públicas.

A metodologia utilizada é bibliográfica e conjugada com estudo de caso do projeto "OAB vai à Escola", que vão abordar como o direito à informação é impactado pela globalização e como ele pode ser utilizado na realidade de hoje.

1 DESENVOLVIMENTO

A proposta do desenvolvimento é abordar, primeiramente, a questão da globalização da economia, depois, o direito de acesso à informação, apresentar, suscintamente, o estudo de caso do projeto "OAB vai à Escola" e no final, abordar os impactos da globalização no direito de acesso à informação.

1.1 A Globalização da Economia

Conforme Guerra (2001), a globalização é a modernização contínua de expansão de fronteiras geográficas, territoriais, políticas, militares e econômicas, que podem impor ou destruir culturas. Segundo o autor:

> De fato, a globalização do mundo expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Um processo de amplas proporções envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, grupos e classes sociais, economias e sociedades, culturas e civilizações.

A chamada aldeia global proporcionada, atualmente, pelas tecnologias de informação e comunicação (TIC), a transformações sociais estabelecem novos paradigmas de rupturas de fronteiras inimagináveis, o que faz a sociedade se reorganizar no mundo jurídico, a fim de estabelecer, por exemplo, o que é o mundo virtual e o mundo real ou universal, perante às inúmeras informações. Perante a globalização, novos significados insurgem na pluralidade e diversidade de ideias, o que muitas vezes, compromete o mundo jurídico, em questões jurisdicionais e administrativas.

Já, Borges (2012), aborda que a globalização compreende fenômenos sociais, econômicos políticos e culturais, que direta ou indiretamente, afeta o mundo jurídico de reduzir o Estado à condição primitiva humana e moralidade pública, em várias formas de alienação. Sustenta Borges que o Estado é reduzido na afasia entre a ordem jurídica e a ordem social, pois a sociedade é multifacetada nos mecanismos de

resolução de conflitos, o que evidencia mecanismos e regras de regulação e solução de conflitos.

Godoy (2004) aponta da seguinte maneira o termo globalização:

> Percebe-se uma globalização em termos tecnológicos, na medida em que a cibernética delineia fluxo de informações [19] que altera regimes de produção e de consumo. Do ponto de vista político a globalização recontextualiza a soberania, acenando com modelos democráticos que prenunciam novo equilíbrio de forças e que é marcadamente muito sutil [20]. Culturalmente, intercâmbios modelam o paradoxo de uma destruição criativa [21], prenhe de sonhos, pesadelos e ceticismo [22], identificando um imperialismo de instrução que é característico do nicho cultural capitalista.

Godoy apresenta o lado mais crítico do mercado capitalista, pois a soberania nacional nesta situação é recontextualizada, no sentido de que culturas são destruídas por causa da cultura imperialista capitalista, a qual modela o mundo a sua imagem, o que então provoca o Estado impotente.

Vieira (1997) expõe que a globalização é um processo complexo, contraditório e multidimensional, o que requer uma panaceia econômica viável para o desenvolvimento, o que requer uma governabilidade global, o que faz a democracia ser menor.

Segundo Formiga (2012):

> A globalização é um processo de interação e integração entre pessoas, empresas e governos de diferentes nações, um processo conduzido pelo comércio, investimento internacional e ajudada pela tecnologia informacional. Esse processo tem efeitos sobre o meio ambiente, cultura, nos sistemas políticos, no desenvolvimento econômico, prosperidade e no bem-estar físico das sociedades ao redor do mundo.

Portanto, a globalização é um fenômeno que regulariza o direito internacional, o que então requer regulamentar a efetividade dos direitos humanos, pois o referido fenômeno força uma supranacionalidade de regras observadas e fiscalizadas por órgãos internacionais, que atendem interesses mais econômicos.

2 DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação é um direito imprescindível para o exercício da cidadania, quando se trata de acesso do conhecimento dos direitos, pois é de interesse prioritário para o pensamento filosófico jurídico e político, no sentido de que os serviços públicos devem atender os cidadãos e cidadãs, em conjunto com participação e acesso à justiça e aos órgãos púbicos, como condição de meio para alcançar o propósito de ciência e consciência do interesse e direito do cidadão. Assim, a informação é condição sine qua non para a devida educação para a cidadania, conforme o propósito defendido por Ruffa (1993), o que reforça a sua utilização de modo intelegível para o devido conhecimento dos seus próprios direitos.

Silva (1997), por sua vez, expressa que a palavra informação designa um conjunto de condições e modalidades de difusão ou à disposição para o público, sob forma de elemento de conhecimento, ou de notícia, ou de ideia ou de opinião. Assim, todo fato, acontecimento e situações de interesse geral pode ser também de interesse jurídico, o que direciona então existir o direito de informar e o direito de ser informado, o que vai então corresponder à liberdade de informação ou manifestação de pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão, conforme interesse da coletividade. Portanto, o acesso à informação é um direito constitucional, de caráter individual, seja coletivo, jornalístico ou de exercício profissional.

Bonavides (1997) situa o direito à informação na quarta geração ou gestação de direitos, no decorrer da história dos direitos humanos, que depende da concretização da sociedade abertura para o futuro, de máxima universalidade, no plano de todas as relações de convivência, em dimensão principal, objetiva e axiológica, de irradiar eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico, onde então reside a globalização política com o princípio da legitimidade de se comunicar.

Bobbio (1992) vai destacar o desenvolvimento dos direitos humanos, após a Declaração de 1948, em que direitos se tornaram mais universais e positivos, pois além de proclamados e reconhecidos, devem ser protegidos pelo Estado, e inclusive para novos carecimentos, principalmente, quanto a crescente quantidade e intensidade de informações, o que requer a necessidade de o homem não ser enganado, excitado ou perturbado, e que tem o direito de expressar suas próprias opiniões e o direito à verdade das informações.

Lafer (1988) contrasta o direito à informação em relação ao direito da intimidade, pois ambos os direitos têm integridade moral de ser humano, tanto de liberdade democrática quanto participação adequada, autônoma e igualitária na esfera pública, o que então implica procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão ou não. Portanto, o direito à informação está ligado ao direito de opinião e de expressão.

Vieira (1997) faz uma análise crítica do acesso à informação, quanto a questão da sua subjugação na economia mercadológica, o que deixa a cidadania em segundo plano no seu exercício de direito de acesso, conhecimento, investigação jornalística, busca da verdade e de comunicação entre as pessoas.

3 O ESTUDO DE CASO DO PROJETO "OAB VAI À ESCOLA"

Conforme a cartilha do "Projeto OAB vai à Escola" da Ordem dos Advogados do Brasil, da 57ª Subsecção, de Guarulhos, estado e seccional de São Paulo, do ano de 2015, que de fato, é formada por dezessete membros, cuja presidente é Rosaret Alcaide Claro e a elaboradora da cartilha é Valéria Schneider do Canto.

O projeto OAB vai à Escola é um projeto que visa levar aos jovens do ensino público, que estão no terceiro ano do ensino médio, informações e conhecimento sobre seus direitos e deveres para terem melhor conhecimento do exercício de sua cidadania, pois uma vez conscientes sobre seus direitos e obrigações, terão condições de buscar e concretizar seus direitos consagrados na Constituição Federal e nas leis.

A forma que o projeto se aplica é que a Comissão da OAB vai à Escola, formada por advogados, esses se dispõem, voluntariamente, a entrar em contato com as escolas do ensino público para fazerem palestras nas salas de aulas dos referidos jovens estudantes, tendo o diretor da escola, o coordenador pedagógico do ensino médio e os professores se comprometam durante suas aulas a abrirem o espaço para os referidos advogados palestrarem sobre determinados temas de direito, que são planejados para o tempo necessário para as devidas palestras, para tirar dúvidas, abrindo espaço para as perguntas dos estudantes e informes da OAB enquanto instituição, conforme consentimento da unidade escolar.

O projeto, além de preparar e realizar palestras, incentiva a criação de campanhas da defesa dos direitos, abaixo-assinados com solicitações de políticas públicas para concretização de direitos em órgãos públicos, bem

como incentiva os estudantes a participarem das associações comunitárias ou de bairros para se inserirem na comunidade onde residem para buscar melhorias de condições da localidade.

Logo, o projeto enfatiza a importância da informação útil para proporcionar conhecimento de direito e cidadania, de modo consciente, participativo e até transformador, no sentido de envolver engajamento por parte dos estudantes na comunidade.

A origem do projeto OAB vai à Escola foi decorrente do idealizador Nelson Alexandre da Silva, presidente da OAB Subseção de Guarulhos, o qual teve grande êxito na aceitação e disseminação do projeto com as palestras nas escolas na Diretoria Regional de Ensino de Guarulhos, o que então a OAB Seccional Paulista, também denominada OAB Subseção São Paulo (que abrange todo o estado de São Paulo) fez da ideia se tornar uma comissão do projeto a nível estadual, o que então disseminou nas 231 (duzentas e trinta e uma) subseções do estado. Posteriormente, a OAB Nacional, representada pelo Conselho Federal da OAB, também adotou e disseminou o projeto para todas seccionais (seções) em todo o Brasil, ou seja, em todos os estados. A ideia do projeto é simples, mas que trabalha, intrinsecamente, a informação sobre leis, direitos e deveres, o que em si, provoca insurgir questionamentos dos estudantes e novas ideias para buscar a concretização dos seus próprios direitos e que se cumpram as leis e a Constituição, o que muda a mentalidade de como agir em determinadas situações.

E os principais temas que são palestrados para os jovens estudantes do ensino médio são: Direitos Fundamentais Constitucionais (Artigo 5º da Constituição Federal), Lei sobre as Drogas, Consolidação das Leis Trabalhistas, Alienação Parental, Alimentos, Bullying, Direito Ambiental, Crimes Cibernéticos e Internet Segura, Tributos e Direito do Consumidor, Aborto, Corrupção, Guarda e Reconhecimento de Paternidade, Divórcio, Diversidade Sexual, Estatuto da Criança e do Adolescente, Nova Configuração familiar, Previdência Social, Roubo e Furto e Tribunal do Júri.

Os temas tratados do referido projeto chamam muita a atenção dos jovens estudantes e provoca até mobilizações de campanhas, abaixo-assinados e até concurso de redações sobre o tema a ser sorteado, o que mobiliza, praticamente, quase todas as escolas do ensino público estadual. Por parte da comissão do projeto, é elaborada a cartilha para disseminação de informações e, a cada ano, há reformulação conforme necessidade de atualização e o que está em voga nas situações cotidianas que impactam

configurações no mundo jurídico, o que faz o projeto ser muito importante para o devido desenvolvimento de cidadania para os jovens, que estão terminando o ensino médio e entrando no mercado de trabalho ou vão fazer curso técnico ou curso superior.

E para o projeto ter êxito, é necessário que os advogados palestrantes se preparem e estejam atualizados sobre os temas jurídicos e a realidade provocada pela globalização sócio-política-econômica e cultural no mundo jurídico o que vai de encontro de verificar que há impactos nos costumes nas relações de trabalho, de consumo, em relação ao meio ambiente, ao comércio e empreendimentos.

Constata-se que o projeto "OAB vai à Escola" é uma política pública decorrente da própria OAB, como instituição da sociedade civil e autarquia, que se imbuiu de estimular a cidadania mais consciente e participativa aos estudantes concluintes do Ensino Médio. O referido projeto se caracteriza como modelo da teoria do grupo na abordagem de políticas públicas, no sentido que auxilia estudantes com seus interesses em concretizar seus direitos e que podem proporcionar demandas em relação ao Poder Público, seja na esfera administrativa no Poder Executivo e Legislativo ou jurisdicional e administrativo no Poder Judiciário.

4 OS IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

A globalização trouxe vários reflexos em todos os campos do conhecimento e das atividades humanas, o que veio mudar a realidade de vários povos, várias nações, organizações, empresas e instituições da sociedade civil. Um dos impactos mais perfectíveis no mundo jurídico, diante das mudanças na economia, na sociedade, na política e na cultura, é o pluralismo abrangente de vários sistemas jurídicos estatais e não estatais, como é o caso da Lex Mercatoria no direito do comércio internacional, que também afeta os direitos humanos, logo, o direito à educação, direito a informação, direito do consumidor, direito do trabalhador, direito ambiental e direito tributário. Conforme defende Borges (2012), a globalização faz repensar na forma de aplicar o direito nas relações econômicas que vão afetar de como as informações serão repassadas aos consumidores pelos produtores, fornecedores e comerciantes, e como vão contratar trabalhadores, se terão o devido cuidado para com o meio ambiente e como vão repassar os impostos e demais tributos de determinadas mercadorias.

Outro impacto perceptível, conforme Vieira (1997), é que a globalização provoca uma nova percepção imprescindível a tendência de declínio do Estado nacional, o que o acesso à informação pode provocar uma organização maior de nível internacional da sociedade civil, por suas organizações e instituições, o que poderia provocar uma anarquia global diante do despotismo econômico capitalista imperialista e neoliberal.

Para Carvalho (2013), a autora verifica o impacto da globalização da informação pelo uso de novas tecnologias de informação e comunicação, o que faz o conhecimento ser construído e disseminado, pelo método de educação à distância, o que facilita o crescimento exponencial eletrônico da informação na promoção do desenvolvimento do conhecimento e do saber.

Já para Godoy (2004), o autor sustenta que a informação revela problema de meios de comunicação, no sentido de verificar propósito e valores dos direitos humanos no plano conceitual dos direitos denominados naturais. Há, aí, o retorno da dicotomia do jusnaturalismo e positivismo, que o direito de acesso à informação seja o centro da questão para verificar paradigma e axiologia jurídicos.

Em relação a Formiga (2012), o autor observa que o processo da globalização impacta nos novos meios de comunicação, logo, na informação e no direito de acesso à informação, dentro do contexto da fragilidade estatal nacional e necessidade de internacionalização do direito à informação, o que já tem garantia nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Por sua vez, Guerra (2001) aborda que a globalização afeta, drasticamente, a disseminação da informação pelo meio da Internet e mídias eletrônicas correlatas, no sentido de que características individuais, familiares e culturais sejam afetadas sendo violadas a intimidade e a privacidade, principalmente, de pessoas expostas ao público, o que pode gerar fragilidade de direito de resposta, indenizações ou reparações por danos morais, afetando assim direitos de personalidade, principalmente, quanto à questão da honra e da moral.

Homci (2015) enfatiza o papel das novas mídias informacionais, que são decorrentes do processo de globalização, de influenciam direito e comunicação nas variadas relações jurídicas, o que tem se constatado a facilitação doa acesso à informação, principalmente, dos meios jurídicos, o que é capaz de profundas mudanças socioeconômicas, principalmente,

influenciar a opinião pública, o que provoca produção de sentido e percepção moral, seja de caráter ético, estético e ideológico, pois pode render iniciativas positivas, como o processo virtual, como pode gerar problemas como o crescimento descontrolado de crimes virtuais por causa do tratamento inadequado das informações. Por fim, Lastres e Albagi (1999) defendem que o processo de globalização trouxe impactos econômicos, políticos e sociais, tendo a informação e o conhecimento papeis principais na evolução e desdobramento de forças hegemônicas em nível global, como também, provocaram modificações substantivas nas relações, forma e conteúdo do trabalho informacional, ou seja, nas relações de trabalho e emprego, que gerou agregação de valor e valorização do capital, pois até provocou nova dinâmica política de contestar e desafiar o poder dos Estados-Nações, o que fez insurgir blocos econômicos políticos regionais, organismos multilaterais e grupos transnacionais, o que fez a informação, além de gerar conhecimento, provocou algo a ser controlado sobre o material e intangível diante da realidade das redes de informação e comunicação em nível planetário, o que então provocou novos modelos e instrumentos institucionais, normativos e reguladores na indústria, economia tecnologia e inovação.

As autoras defendem que o impacto da globalização no acesso à informação e ao conhecimento tem as seguintes dimensões: espacial (expansão dos mercados e das relações internacionais de trabalho), social (linha divisória dos capacitados para aprendizagem e inovação e os marginalizados da técnica-produtiva), econômica (organizações mais dinâmicas e competitivas em varia dos segmentos no processo inovador da informação e conhecimento), política-institucional (formatos institucionais e estratégias em relação a nova realidade).

Há uma notória percepção de impacto da globalização no acesso à informação e no direito de informação, conforme exposto pelas autoras acima, de que houve avanços nas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC), com o devido desenvolvimento de integração das informações em nível mundial, o que proporcionou inovar e difundir novas tecnologias, logo, novos conhecimentos e desenvolvimento de pesquisa científica e acadêmica, o que então, também, provocou crescimento de patentes de novos produtos comerciais e industriais de tecnologias de softwares, de bioengenharia, de robótica, da medicina e geradoras e fornecedoras de energias. Nas relações de trabalho, Lastres e Albagi (1999) expõem que surgiu uma nova produtiva determinante denominada

"capital-informação", o que tornou critério para uma nova realidade de empregabilidade, ou seja, um perfil de exigência do capital humano. E da vida social, a globalização impacta as TIC, no sentido de gerar novos anseios e relações consumeristas, o que faz expandir a produção e a circulação de produtos ou mercadorias e a comunicação em si para possíveis prestações de serviços, que só aumentam a cada dia.

Nas demandas de políticas públicas, de acordo com Lastres e Albagi (1999), a globalização traz novos desafios para a informação como: 1) desenvolvimento de novas formas de produção e comercialização de bens e serviços que requer novas questões éticas, políticas, sociais e jurídicas na era da informação e do conhecimento; 2) ascensão de novas forças econômicas, políticas, sociais e culturais de caráter mundial que requer subordinação de políticas e normas nacionais e supranacionais; 3) aprofundamento de delimitação de fronteiras entre economias avançadas e periféricas e seus segmentos sociais e como responder ao novo padrão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese as considerações finais, como conclusão, sobre os impactos da globalização no direito de acesso à informação, o esboço teórico apresenta possibilidades de aprofundamento a respeito das políticas públicas em relação ao tema sobre a informação.

O pluralismo jurídico, as relações econômicas em relação ao meio ambiente, o declínio do Estado nacional, o crescimento exponencial das tecnologias eletrônicas de informação e comunicação, o problema dos meios de comunicação em relação aos direitos humanos, a necessidade de regulamentação da internacionalização do direito à informação em tratados de direitos humanos de modo específico, o cuidado da intimidade, privacidade, honra e moral como direitos e regras jurídicas a limitarem o uso do direito de acesso à informação, a influência do acesso à informação e direito à informação na formação de opinião pública pelos meios midiáticos, o desdobramento de novas forças hegemônicas em escala global nas relações de trabalho e emprego, o desenvolvimento de novos conhecimentos decorrente de informações com pesquisa científica e acadêmica e de novas patentes, a determinante do "capital informação" no capital humano e a necessidade de responder a novas demandas de políticas públicas em relação ao acesso e disseminação da informação para pontuar questões éticas e jurídicas, políticas, normas nacionais e supranacionais e delimitação

de fronteiras entre países desenvolvidos, em desenvolvimento e não desenvolvidos como resposta ao novo padrão do acesso e disseminação da informação são os principais impactos trazidos no presente artigo. O projeto "OAB vai à Escola" vai de encontro em relação aos seguintes impactos da globalização em relação à informação, quando que os voluntários do projeto, os advogados palestrantes, preparam-se para transmitir informações sobre o mundo jurídico aos estudantes secundaristas diante da realidade global, principalmente, quando se trata de Internet e novas tecnologias, que afetam relações sociais que configuram relações jurídicas.

Enfim, o presente artigo suscita desdobramentos sobre o tema da globalização e o direito à informação para novos estudos de caso para debater e formular políticas públicas a respeito deste valioso direito de acesso à informação, direito tão básico e essencial, de caráter de direito humano e fundamental em matéria de constituição, como necessário para adquirir e gerar conhecimento e exercer a cidadania consciente, participativa e plena.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, A. *O direito entre modernidade e globalização: lições filosóficas do direito e do estado.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BACCHI, Olsen Henrique. *O impacto da globalização nas relações sociais e integração na América Latina*. Jus Navigandi. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/2479/o-impactoda-globalizacao-nas-relacoes-sociais-e-integracao-na-america-latina . Acesso em: 20 ago. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, Luiz Cláudio. *Globalização e direito*: Os efeitos da globalização na Teoria Geral do Direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11058&revista_caderno=24. Acesso em: 19 ago. 2016.

CARVALHO, Maria José P. F. *O impacto da globalização da informação e do uso das novas tecnologias como fatores facilitadores do acesso à informação à distância geradores do conhecimento no espaço da imigração portuguesa.* EDICIC. Disponível em: http://www.academia.edu/6753466/Carvalho_MariaJos%C3%A9._O_IMPACTO_DA_GLOBALIZA%C3%87%C3%83O_DA_INFORMA%C3%87%C3%83O_E_DO_USO_DAS_NOVAS_TECNOLOGIAS_COMO_FATORES_FACIL ITADORES_DO_ACESSO_%C3%80_INFORMA%C3%87%C3%83O_%C3%80_DIST%C 3%82NCIA_GERADORES_DO_CONHECIMENTO_NO_ESPA%C3%87O_DA_IMIGRA %C3%87%C3%83O_PORTUGUESA_EDICIC_2013_. Acesso em: 20 ago. 2016.

FORMIGA, Pedro Gonsalves de Alcântara. *Os reflexos da globalização no Direito*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 out. 2012. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=36365_&ver=1363. Acesso em: 20 ago. 2016.

GODOY, A. S. M. *Globalização e Direito no Brasil*. Jus Navigandi. Disponível em http://jus.uol.com.br/revista/texto/5797%3E/globalizacao-e-direito-no-brasil. Acesso em 19 ago. 2016.

GUERRA, Sidney. *Globalização, informação e o direito fundamental à privacidade*. Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea. Ano III, 03.02.01. Disponível em: http://revistazcultural.pacc.ufrj.br/globalizacao-informacao-e-o-direito-fndamental-aprivacidade-de-sidney-guerra/. Acesso em 20 ago. 2016.

HOMCI, Arthur L et al. *Os impactos da informação nas relações sociais*. E-Gov. Portal de Egoverno, inclusão digital e sociedade do conhecimento, abril 2015. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/os-impactos-dainforma%C3%A7%C3%A3o-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-sociais. Acesso em 20 ago. 2016.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASTRES, Helena e ALBAGLI, Sarita (org.). *Informação e Globalização na era do conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

OAB SÃO PAULO. *Comissões. OAB vai à Escola*. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/oab-vai-escola. Acesso em: 3 nov. 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Secção São Paulo. 57ª Subsecção. Guarulhos. Projeto A OAB vai à Escola. Disponível em: http://www.oabguarulhos.org.br/anexos/doc01.pdf. Acesso em 20 ago. 2016.

RUA, Maria das Graças. *Políticas Públicas*. Florianópolis: Departamento de Ciência da Administração/UFSC, 2012.

RUFFA, Ester. *Educação: quem educa o cidadão?* São Paulo: Cortez, 1993.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

POLÍTICAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS NAS COMPRAS E LICITAÇÕES PÚBLICAS, DIANTE DO CENÁRIO GLOBALIZADO

Silvia Cristina Mazaro Fermino*

Marcela Francine Garavello**

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, em todas as esferas governamentais, ao efetuar licitações e contratos, se sujeita aos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade. A satisfação harmonizada destes princípios é orientada pelo interesse público. Assim, podemos dizer que as compras feitas pelos governos, são importantes instrumentos de políticas públicas e desenvolvimento econômico.

Além disso, as compras feitas pelos governos por meio de Licitações Públicas, podem tanto desenvolver a economia sustentável, como proporcionar a competitividade, estimulando os mercados formais, proteção à concorrência, fomento à tecnologia, arrecadação de tributos; incentivando assim, a livre iniciativa, entre outros. Tudo isso corroborado pela Lei 8.666/93 e mais especificamente pela alteração trazida pela Lei 12.349/2011, a qual, entre outros, visa promover o desenvolvimento nacional sustentável.

O presente trabalho pretende demonstrar que adotar procedimentos sustentáveis, ou que visem o desenvolvimento sustentável não quer dizer cerceamento de participação em compras e licitações públicas, mas sim optar pela "proposta mais vantajosa para a administração pública". Lembrando que a proposta mais vantajosa nem sempre é a de menor preço, mas a que atende melhor as condições almejadas pela administração. Pretende-se também demonstrar que diversos órgãos públicos nacionais e internacionais já estão adotando medidas sustentáveis em compras e licitações.

Finalmente, vislumbra-se o incentivo do poder público em adotar medidas, ou seja, políticas públicas, voltadas ao desenvolvimento sustentável, tendo em vista que o mundo clama por mudanças culturais de forma a reverter a atual situação ambiental. Justifica-se essa pesquisa, em razão da visão equivocada que se tem atualmente da adoção de algumas

* Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo-USP-FDRP
** Graduação em Direito pela Universidade Paulista.

medidas de sustentabilidade em processos de compras públicas. Muitas vezes, a adoção de medidas ou pré-requisitos para aquisição de bens ou serviços públicos com características sustentáveis é tida como cerceamento de competitividade, direcionamento licitatório ou falta de economicidade.

Ainda existe certo receio, por parte de órgãos fiscalizadores, em aceitar tais medidas como politicamente corretas, sob o aspecto ambiental. Desta forma, pretende-se demonstrar os benefícios da adoção de tais medidas, bem como o cumprimento da legislação vigente e a urgente necessidade de estimular a reversão ou, pelo menos, a preservação ambiental atual. Para tal demonstração, a pesquisa visa exemplificar casos reais e atuais que funcionam e despertam a visão sustentável da população em geral, bem como das empresas. A metodologia a ser utilizada nesta pesquisa será estudos de natureza histórica, teórica e exemplificação com casos concretos.

Da perspectiva teórica, realizar-se-á uma análise quanto à conceituação de elementos importantes da pesquisa como políticas públicas, cidadania e sustentabilidade.

Quanto à natureza histórica, pretende-se demonstrar a adoção de medidas sustentáveis ao longo do tempo, bem como a atual visão e papel do Poder Público na adoção de medidas sustentáveis. Para isso, pretendemos exemplificar as medidas utilizadas como políticas públicas, por órgãos públicos, de forma a estimular a sustentabilidade.

A pesquisa bibliográfica buscará embasamento teórico em livros e sites voltados à política, economia, ciência política e teoria do Estado, além das bases de dados como: Athena, Periódicos Capes, Domínio Público, Portal da Pesquisa, Scielo, entre outros. A título de exemplificação buscará informações em municípios e outros órgãos públicos envolvidos com a implantação das políticas públicas em sustentabilidade, para demonstrar sua eficácia.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 Políticas Públicas e Cidadania

A Constituição Federal nos assegura direitos sociais fundamentais, os quais são garantidos pelo Estado, como saúde, educação, segurança e meio ambiente. Para que tal dispositivo constitucional seja cumprido, o Estado se vale de políticas públicas, as quais envolvem os três poderes: o Legislativo (cria por meio de leis), o Executivo (planeja e implementa) e

o Judiciário (controla a constitucionalidade). Assim, quando a sociedade apresenta alguns problemas a serem considerados relevantes para a coletividade, o poder público interfere, de forma a mediar a situação, criando condições para tentar sanear os problemas. Daí surge políticas públicas, ou seja, ações ou programas desenvolvidos pelo órgão público direta ou indiretamente, com ou sem participação de outros entes públicos ou privados, de forma a garantir determinado direito de cidadania.

Conforme entendimento de Leonardo Sechi "Uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público" SECHI (2012).

A autora Celina Souza resume políticas públicas como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o "governo em ação" e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente) SOUZA (2006). Desta forma, afere-se que a elaboração de leis ou normas, rotinas administrativas, divulgação, entre outros, são políticas públicas desde que estas atuem de imediato, sem perder de vista o ganho futuro, podendo ser por iniciativa dos Poderes Executivo, ou Legislativo, individualmente ou separadamente, a partir das necessidades e propostas da sociedade, garantindo o direito de cidadania.

Podemos citar como exemplo prático de política pública dentro da administração pública a forma de compra governamental. Tal política pública visa à melhoria organizacional, bem como o resultado de outras políticas como a boa gestão dos bens públicos, de forma a dar transparência e eficiência aos atos administrativos. Ainda nessa ceara, podemos citar a utilização da modalidade de licitação pregão como forma de tornar o processo de compras mais eficiente, competitivo e transparente, além, é claro de buscar o melhor preço. Outro exemplo de política pública nas licitações é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, trazido pela nova redação dada pela Lei 12.349/2010 ao artigo 3º da Lei 8.666/93, o que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal. Sendo assim, as compras públicas sustentáveis são políticas públicas introduzidas no ordenamento jurídico, com fundamento constitucional no artigo 225, caput, dispondo que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Igualmente o artigo 170 da Lei Maior, ao tratar dos princípios da ordem econômica, incluindo a "defesa

do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação".

1.2 Sustentabilidade e Fundamentos Legais

A sustentabilidade é vista como a busca pela harmonização de objetivos sociais, ambientais e econômicos, que chamada de desenvolvimento sustentável, elencando como objetivos da sustentabilidade: 1. Preservação potencial da natureza para a produção de recursos renováveis; 2. Limitação do uso de recursos não renováveis; e respeito e realce para a capacidade de autodepuração dos sistemas naturais. É também um valor, o qual requer a promoção da qualidade de vida, como geração de emprego e renda; desenvolvimento humano e econômico; acesso à educação e informação; possibilidade do exercício da cidadania e democratização dos processos decisórios; promoção do multiculturalismo; superação da desigualdade social e ambiental; bem como o respeito a todas as etnias CANEPA (2007).

Embora o desenvolvimento sustentável seja gerado pela sustentabilidade, um carece da existência do outro. O meio ambiente é reconhecido como um direito de todos e a ele corresponde a Politica Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei Federal nº 6.938, em razão de vários problemas relacionados ao meio ambiente. Várias são as políticas públicas que existem ou poderiam existir para tentar amenizar ou extinguir os problemas que atingem a sociedade, tais como utilizar "compras verdes" por parte da administração pública.

Alguns autores, como Miguel Plata Moreno, defendem a Sustentabilidade como sendo um Princípio Geral do Direito, bem como uma política pública, tendo em vista sua concepção referente aos elementos constitutivos, como a equidade intra e intergeracional e depois os princípios da solidariedade intra e intergeracional. (MORENO, 2010).

Para Ronald Dworkin, princípio é um padrão que deve ser obedecido em virtude de externar uma exigência geral de equidade ou de justiça ou, ainda outra dimensão relativa a moral. Além disso, a observância dos princípios deve estar vinculada a uma melhora na situação econômica, política ou social. (DWORKIN, 2002). Por essa definição, subentende-se que a Sustentabilidade, no entendimento do autor estadunidense, é um Princípio Jurídico. Além de ser um Princípio Geral do Direito, há

autores que sustentam a possibilidade do Princípio da Sustentabilidade ser considerado um princípio constitucional.

Para afirmar que o Princípio da Sustentabilidade é um principio constitucional, o autor Juarez Freitas leva em consideração, inicialmente, o próprio preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, in verbis:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASIL. Constituição (1988).

Embora o preâmbulo constitucional não tenha poder vinculante, nota-se que a intensão do legislador foi, entre outras, a preocupação com o desenvolvimento.

Além do preâmbulo, verifica-se no artigo 3º, inciso III da Carta Magna que vislumbra também a erradicação da pobreza e da marginalização bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

A Constituição federal estabelece, em seu art. 170, VI, como um dos princípios da ordem econômica a defesa do meio ambiente, a qual foi complementada pela Emenda constitucional nº 42 de 2.003, ao prever a possibilidade de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

O artigo 225, caput, da mesma norma máxima, destaca o dever do Estado em preservar o meio ambiente, o que se efetiva com o uso de poder de compra. O inciso IV do mesmo artigo exige estudo prévio de impacto ambiental para toda obra ou atividade causadora de significativa degradação do meio ambiente. Tais previsões constitucionais aliaram-se à Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), para originar o artigo 12 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), o qual dispõe que, nos projetos básico e executivo de obras e serviços, sejam considerados vários requisitos, entre os quais o de impacto ambiental.

Muitas são as políticas públicas voltadas para o meio ambiente, tanto partindo do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo, ou seja,

criação de normas para a própria administração pública em busca de contribuir com a sustentabilidade, como é o caso de sustentabilidade nas licitações e compras públicas.

Algumas normas infraconstitucionais também foram alteradas ou criadas, a fim de incluir critérios de sustentabilidade nas licitações e contratações públicas, tais como:

a) Lei nº 12.187/2009 - Lei de Mudanças climáticas;

b) Lei nº 12.305/2010 - Lei da política Nacional de Resíduos Sólidos;

c) Lei nº 12.349/2010 - alteração do art. 3º da lei 8.666/1993, onde incluiu como finalidade da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

d) Instrução Normativa nº 01/2010 SLTI NPOG e Decreto nº 7.746/2012, que regulamenta o artigo 3º da Lei 8.666/93, estabelecendo critérios, práticas e diretrizes gerais de sustentabilidade nas contratações realizadas pela administração pública federal.

e) Portaria nº 2/2010 da Secretaria de logística e Tecnologia da Informação do ministério do planejamento Orçamento e Gestão que dispõe sobre as especificações padrão de bens de tecnologia da informação no âmbito da Administração pública Federal direta, autárquica e fundacional.

f) Outro instrumento foi a Agenda 21, documento final da Conferência Rio-92, que estabeleceu um plano de ação para o desenvolvimento sustentável, com destaque para o capítulo 4, que, ao tratar das mudanças de padrões de consumo, relacionou várias atividades, tais como o exercício da liderança por meio das aquisições pelos Governos, de modo a aperfeiçoar o aspecto ecológico de suas políticas de aquisição.

Esse conjunto normativo permite que o administrador faça a opção por contratações de bens, serviços e obras que atendam a critérios sustentáveis e reduzam o impacto ambiental frente a outros produtos ou serviços.

1.3 Licitações e compras sustentáveis

Em regulamentação ao artigo 37, XXI da CF, as compras da administração pública são regradas, dentre outras, pela Lei das Licitações, Lei nº 8.666/93, a qual, conforme artigo 3º visa obedecer aos princípios constitucionais. Podemos dizer que a licitação nada mais é do que uma forma de comprar bens e serviços para a Administração, de forma padrão, com eficiência e menor preço para a Administração.

> [ ] procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato DROMI (1975, p.92).

Além dos princípios constitucionais indicados para pautar as licitações, Hely Lopes Meirelles relaciona: procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória (MEIRELLES, 2003).

As compras públicas, bem como as licitações também inovaram como política pública sustentável.

As licitações sustentáveis são, in verbis:

> [ ] uma das políticas públicas para a preservação do meio ambiente. A introdução de critérios de sustentabilidade ambiental nas contratações públicas representa um novo modo de agir do estado que responde a um anseio social de viver com menor impacto no meio ambiente. SANTOS e VILLAC (2015, p. 141).

Neste mesmo sentido, o art. 3º da Lei de Licitações estabelece que "a licitação destina-se a garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável".

Lembrando que a proposta mais vantajosa, não quer dizer a proposta de menor valor, mas aquela que melhor atende o interesse público, ou seja, é aquela que esta de acordo com as especificações técnicas necessárias para sua utilização, escolhida em processo isonômico de livre e ampla competição e por empresa que respeita a proibição constitucional de "trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

Além disso, a melhor proposta deve ser oferecida dentre as empresas que preencham os requisitos de habilitação exigidos, como habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

A política pública da promoção do desenvolvimento nacional sustentável trazida na Lei 8.666/93 permite inclusive considerar fatores

como a geração de emprego e renda, o efeito na arrecadação de tributos e desenvolvimento e inovação tecnológica realizada no país.

Outro Princípio sustentável normatizado é o da Ecoeficiência, trazido no artigo 6º, V da Lei nº 12.305/2010:

> Art. 6º São Princípios da política Nacional de Resíduos Sólidos: (...)
> V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta. BRASIL Lei nº 12.305 (2000).

A Lei 12.349/2011 foi editada com o propósito de modificar o artigo 3º da Lei 8.666/93, que passou a contemplar nos objetivos das licitações públicas, entre outros, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Diante dessa norma, percebe-se que a sustentabilidade ambiental é dever do administrador público nas licitações públicas.

Para garantir cumprimento à legislação licitatória, os editais e demais procedimentos devem atender, além dos demais princípios, ao princípio da sustentabilidade na licitação, como por exemplo, as consequências em matéria de qualificação técnica dos contratados. Embora o princípio da ecoeficiência seja normatizado e o poder discricionário do administrador público em adotar medidas sustentáveis nas compras públicas, a sustentabilidade deve ser aplicada nas licitações sim, mas de forma ponderada, de forma a não se sobrepor aos demais princípios, mas conjuntamente com eles, para evitar polêmica na aplicação dessas medidas. Neste sentido, disposições normativas sobre a utilização, pela Administração, de compras e/ou licitações sustentáveis, já foram objeto de questionamento judicial, motivo pelo qual já existe posicionamento sobre a juridicidade dos critérios de sustentabilidade adotados para a contratação de bens, obras e serviços pelo Poder Público.

Segundo alguns entendimentos, a opção por determinados bens e serviços que atendem aos critérios de sustentabilidade contrariariam o princípio da competitividade, pois muitos desses bens e serviços não são usuais no mercado e são fornecidos por um número reduzido de empresas, o que reduziria a competitividade nas licitações.

Podemos citar como exemplo a compra de papel reciclado, computadores com selos de sustentabilidade, entre outros.

Alega-se nesses casos a falta de economicidade, já que muitos produtos ou serviços sustentáveis possuem custos mais elevados de produção. Além disso, o custo inicialmente maior pode ser compensado pelos benefícios trazidos pelos bens ou serviços sustentáveis, inclusive em termos de economia financeira, tal como ocorre com os eletrodomésticos com selo de eficiência energética, lâmpadas fluorescentes, entre outros, que são inicialmente mais caros, mas que o menor consumo energético compensa com a diminuição do valor das contas de energia.

O TJMG, na Apelação cível nº 1.0024.06.935535-2/2003, decidiu pela plena legalidade da exigência de licenciamento ambiental para a aquisição de bens móveis, fundado justamente na legitimidade do exercício do poder normativo da Administração, cuja ementa diz:

> Apelação cível. Ação anulatória. Decisão de inabilitação em pregão. Exigência de licenciamento ambiental. Dec. nº 44.122/05. Litigância de má-fé. Ausência de comprovação. No exercício de sua competência regulamentar, o Poder Executivo poderá exigir a apresentação de licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação para a aquisição de bens móveis, já que se afigura exigência de qualificação técnica que não implica discriminação injustificada entre os concorrentes, assegura a igualdade de condições entre eles e retrata o cumprimento do dever constitucional de preservação do meio ambiente. A Administração Pública, além de observar a igualdade de condições a todos os concorrentes, também atenderá aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art. 3º da Lei 8.666/93). A aplicação da pena por litigância de má-fé deve ser dada apenas nos casos de induvidosa prática de dolo processual. Recursos conhecidos, mas não providos. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (2003).

Diante das normas vigentes e posicionamento do Tribunal, a adoção de critérios de sustentabilidade para as licitações e contratações públicas atende ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

A questão da economicidade e competitividade é contornada diante das disposições constitucionais sobre a ordem econômica e sobre o meio ambiente.

1.4 Compras públicas sustentáveis no mundo globalizado

Para implantar medidas de incentivo e transformação da consciência da população, por meio de políticas públicas, o poder público, ainda que impositivamente e com muitas barreiras e dificuldades têm contribuído com avanços tecnológicos, participação social, imposição de condutas por meio de normas de responsabilidade social, tanto nacionalmente como internacionalmente.

No que se referem ao consumo, os governos exercem uma grande influência nas questões ambientais, uma vez que possuem um poder de compra considerável.

Autoridades públicas na Europa, por exemplo, têm um poder de compra de 1 trilhão (aproximadamente 15% do produto interno bruto da União Europeia). Deste montante, até 3/4 são utilizados na compra de materiais de consumo e contratação de serviços, e o restante é gasto na licitação de bens de capital (BIDERMAN et al, 2008).

Com esse poder em mãos e com a implementação de políticas de aquisições sustentáveis, os governos são capazes de provocar mudanças que impactam de forma muito positiva o meio ambiente.

As compras ou contratações públicas sustentáveis visam satisfazer as necessidades atuais sem comprometer as futuras gerações.

Com a intenção de incorporar as ações sustentáveis, a Justiça do Trabalho elaborou um Guia de Compras Públicas Sustentáveis, objetivando também auxiliar os agentes envolvidos a adotarem medidas proativas e investigatórias, indicando adoção de normas, regulamentos e boas práticas.

A Justiça do Trabalho, em seu Guia, inseriu diretrizes a serem adotadas nas licitações, aquisições e demais contratações, como por exemplo, a Preferência por produtos de baixo impacto ambiental, não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (Lei 12.305/2010), aquisição de produtos e equipamentos duráveis, reparáveis e que possam ser aperfeiçoados (Portaria MMA 61/2008), observância às normas técnicas elaboradas pela ABNT, nos termos da Lei 4.150/1962, para aferição e garantia da aplicação dos requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança dos materiais utilizados, preferir adquirir produtos constituídos no todo ou em parte por materiais reciclados, atóxicos, biodegradáveis, conforme ABNT NBR 15.448-1 e 15.448-2, as aquisições de bens de informática, como computadores devem observar

os critérios de segurança, compatibilidade eletromagnética e eficiência energética previstos na Portaria Inmetro nº 170/12, mediante também apresentação de certificados emitidos por instituições de confiança do Inmetro, entre outras. Para implantação e utilização desse Guia, a Justiça do Trabalho utilizou-se da elaboração da Resolução nº 103/2012.

É interessante notar que vários países já adotam medidas sustentáveis nos procedimentos de compras e contratações, tais como: Reino Unido, Canadá, Estados Unidos, Países Baixos, Noruega, África do Sul, Japão, Suécia, Áustria, Coreia do Sul e Suíça.

A Coreia do Sul foi um dos primeiros países do mundo a aprovar uma lei federal de licitação sustentável. Para garantir essa política o governo criou um sistema de certificação ambiental e selos verdes para identificar produtos e serviços sustentáveis.

Nos Estados Unidos há regulamentação que estabelece regras de cuidado ao meio ambiente e à cidadania em licitações públicas (a aquisição de materiais reciclados, como o papel, óleos lubrificantes refinados novamente e pneus reaproveitados).

Em 2004 a União Europeia adotou novas normas sobre licitação sustentável e neste mesmo ano, o Brasil recebeu apoio internacional de entidades e organizações para iniciar as práticas e contratações sustentáveis. Isso gerou diversas iniciativas, dentre elas o Projeto Promovendo Compras Públicas Sustentáveis no Brasil, que buscou a promoção de políticas e medidas de compras públicas sustentáveis em projetos piloto em São Paulo e em Minas Gerais.

Vários outros órgãos instituíram políticas públicas, por meio de normatização, para exercitar a sustentabilidade, desde tempos remotos, valendo ressaltar alguns exemplos:

- Estado de São Paulo, por meio de decretos, como o Decreto nº 49.674/2005 - dispõe sobre o controle ambiental de madeira nativa de procedência legal em obras e serviços de engenharia; determina respeito às normas ambientais e de fiscalização na utilização de madeira nativa na contratação de serviços de engenharia.

- Estado de Mato Grosso, com a Lei Complementar nº 27/1999, a qual dispõe sobre a instalação de dispositivos hidráulicos visando o controle e redução de consumo de prédios públicos e comerciais.

- Distrito Federal, com a Lei nº 2.616/2000, que dispõe sobre a utilização de equipamentos economizadores de água nas instalações

hidráulicas e sanitárias dos edifícios públicos e provados destinados ao uso não residencial.

Alguns Municípios também estão caminhando no sentido de adotar medidas sustentáveis nas compras públicas, como é o caso da Câmara Municipal de Jaboticabal.

A Câmara Municipal de Jaboticabal, em uma licitação para aquisição de computadores, solicitou, no termo de referência do edital, que os equipamentos tivessem alguns selos sustentáveis, visando obter equipamentos ambientalmente corretos, bem como a participação de empresas que também tenham essa visão de sustentabilidade.

Ainda há entendimentos de que tais exigências frustram a competitividade, como foi o caso da própria Câmara de Jaboticabal que sofreu questionamento do Ministério Público local.

Mas a medida foi adotada visando, além de seguir o artigo 225 da Constituição Federal, o artigo 3º da Lei 8.666/93, também proporcionar o incentivo de políticas públicas sustentáveis e evitar a aquisição de produtos que sejam fruto de descaminho, ou seja, equipamentos montados com peças adquiridas sem legalidade, pois sabemos que muitas lojas adotam esse procedimento na montagem de microcomputadores.

Os valores referentes à sustentabilidade precisam criar um modelo de desenvolvimento que concilie o econômico com o socioambiental e da necessidade de ações que atenuam as mudanças climáticas provenientes das atividades humanas, bem como o próprio aumento populacional.

1.5 Selos ou Rotulagem Ambiental nas aquisições públicas

A exigência de selos ou certificações nas licitações públicas também pode ser interpretada como uma forma de direcionamento das compras, o que não é permitido pela legislação brasileira. No entanto, alguns órgãos, mediante justificativa fundamentada, pode exigir a apresentação de algumas certificações, prática essa que tem se tornado cada vez mais comum, pois a certificação está relacionada à procedência e ao processo produtivo e a Rotulagem Ambiental, por sua vez, é um mecanismo de comunicação com o mercado sobre os aspectos ambientais do produto ou serviço com o objetivo de diferenciá-lo de outros produtos.

Os selos verdes são definidos pela ISO (International Organization for Standardization) como instrumentos confiáveis e precisos sobre aspectos ambientais.

Podemos citar alguns exemplos de certificações, como:

Forest Stewardship Council (FSC) - A certificação florestal Forest Stewardship Council (FSC), tem o objetivo de atestar que um empreendimento florestal (empresa, produtor ou comunidade), obtém seus produtos de forma ambientalmente correta, socialmente benéfica e economicamente viável.

CERFLOR - O Programa Brasileiro de Certificação Florestal - CERFLOR é gerenciado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro. O programa CERFLOR procura avaliar se as florestas plantadas ou nativas estão sendo manejadas de acordo com os requisitos estabelecidos pelas normas brasileiras, servindo como indicativo de que a matéria-prima e os produtos dela derivados provenham de uma floresta manejada de forma ecologicamente adequada, socialmente justa e economicamente viável.

PROCEL - O Programa Brasileiro de Etiquetagem (PBE) atua principalmente na área de produtos consumidores de energia elétrica. Por meio da adesão voluntária dos fabricantes, ganhou dois importantes parceiros: a Eletrobras, através do Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica - Procel e a Petrobras, através do Programa Nacional da Racionalização do Uso dos Derivados do Petróleo e do Gás Natural - Conpet. O selo PROCEL DE ECONOMIA DE ENERGIA ou simplesmente Selo Procel, foi instituído por Decreto Presidencial em 8 de dezembro de 1993 tem por objetivo orientar o consumidor no ato da compra, indicando os produtos que apresentam os melhores níveis de eficiência energética dentro de cada categoria, proporcionando assim economia na sua conta de energia elétrica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o conteúdo pesquisado, bem como o que foi exposto no trabalho e todas as condições ambientais atuais, vimos que há grande preocupação com o meio ambiente. Por tais motivos buscam-se soluções que garantam sustentabilidade.

Como os órgãos públicos, além de responsáveis por elaborar políticas públicas que garantam a manutenção do direito de cidadania e diante de seu forte poder de compra, tem buscado formular políticas públicas sustentáveis voltadas às compras e licitações governamentais,

como é o caso da alteração do artigo 3º da Lei 8.666/93, dentre outras normas já implantadas.

A ideia de intervir nas compras públicas, de forma a preferir produtos sustentáveis, bem como contratar ou adquirir produtos de empresas que adotam padrões de sustentabilidade dentro do ramo que atuam, é exatamente fomentar o consumo e utilização de bens e serviços que não degradem ou ainda que prejudiquem menos o meio ambiente e/ou social.

Muitas vezes, essas medidas são encaradas como forma de simular competitividade, cercear participação de algumas empresas, não atender ao princípio da economicidade, entre outros.

Ao contrário disso, a intenção é exatamente oposta, ou seja, é estimular que empresas que não possuem qualidade ou padrão sustentável, se adequem no sentido de que em um futuro próximo a maioria das empresas esteja adotando práticas sustentáveis de produção e desenvolvimento naturalmente.

Além disso, a economia é visível a longo prazo e de forma permanente, ao contrário do que se pratica atualmente visando apenas o menor preço. Lembrando que o que deve ser buscado é a proposta que melhor atenda ao interesse público.

Embora a adoção de tais medidas seja difícil e burocrática, em razão da resistência de alguns órgãos públicos, órgãos fiscalizadores e até mesmo das pessoas em geral de mudar comportamentos, a persistência deve ser mantida para que se atinja um bem maior, como podemos observar nos exemplos citados no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2.010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, DF, 02 ago. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação cível nº 1.0024.06.935535-2/003.** Apelantes: Município Montes Claros, adesiv: Riadne Hellen Nery Nobre Rabelo. Apelados: Município Montes Claros, adesiv: Riadne Hellen Nery Nobre Rabelo. Relator: Exmo. Sr. Des. Dídimo Iinocêncio de Paula. Belo Horizonte, 13 de novembro de 2008.

BIDERMAN, Rachel. et al. **Guia de compras públicas sustentáveis**: Uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. GVCES- Centro de Estudos em Sustentabilidade da EAESP, 2008. Disponível em: http://www.gvces.com.br/arquivos/36/Guia-de-compras-publicas-sustentaveis.pdf. Acesso em: 09 set. 2016.

CANEPA, Carla. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Cidades sustentáveis: o município como lócus da sustentabilidade**. Srs Editora, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DROMI, José Roberto. **La Licitación pública**. Buenos Aires: Astrea, 1975.

GORCZEVSKI, Clóvis; TAUCHEN, Gionara. Educar para os Direitos humanos, ou para a cidadania? In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org). **Direitos Humanos, Educação e Cidadania**. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 13.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORENO PLATA, Miguel. **Génesis, evolución y tendências del paradigma del desarrollo sostenible.** Cidade do México: M. Á. Porrúa, 2010.

SANTOS, Murilo Giordan; VILLAC, Teresa. **Licitações e Contratações Públicas Sustentávei**s. Belo Horizonte: Forum. 2015.

SECHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de analise, casos práticos. São Paulo/SP: Cengage Learning, 2012.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

A INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA E SEUS IMPACTOS NO UNIVERSO DO TRABALHO: CRISE ECONÔMICA, DESEMPREGO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Nelma Karla Waideman Fukuoka*
Victor Hugo de Almeida**

INTRODUÇÃO

A economia mundial vem enfrentando uma de suas crises mais graves e prejudicando principalmente os trabalhadores. O desemprego, como fenômeno coletivo que atualmente se mostra, é coetâneo da moderna economia capitalista, apresentando-se como fenômeno estrutural em razão da extrema divisão do trabalho, dos métodos de produção, da distribuição e da acumulação de renda.

No cenário gerado desde então, novos paradigmas são ditados pela ordem econômica mundial favorável aos países centrais e que inexoravelmente se instala em face do atual processo de globalização, refletindo nos países de economia dependente, como o Brasil, os seus efeitos mais perversos, como, por exemplo, o agravamento do desemprego.

No mundo dos fatos, o ordenamento jurídico, de modo geral, tenta contribuir com a recuperação econômica das empresas e incentivar a produção capitalista, sem desconsiderar a posição social dos trabalhadores.

A lógica trazida é a de que devem ocorrer sacrifícios recíprocos aos empregados e ao empregador. Mesmo assim, o ordenamento jurídico pátrio não contempla a dispensa coletiva, inexistindo texto legal que a defina e regulamente. Assim, ainda permanecem os trabalhadores brasileiros à margem de qualquer garantia formal de emprego e sustento, visto inexistirem regras positivas que coíbam a dispensa em massa como artifício empresarial de diminuição de custos em sua produção.

Diante desse panorama, o presente trabalho tem por objetivo geral examinar as consequências jurídicas, sociais e econômicas no mundo do

* Mestranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP/Franca .
** Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Docente na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP/Franca, Graduação e Pós-Graduação. Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, Seção Brasileira da Societé Internacionale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.

trabalho geradas pela internacionalização da economia, principalmente a partir da crise econômica mundial iniciada em 2008. Dentre elas, destaca-se o agravamento do desemprego e a vulnerabilidade a que são submetidos os trabalhadores por todo o globo. Como objetivo específico, visa examinar o papel do Poder Público frente à dispensa coletiva arbitrária, sob o viés da relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consoante ao disposto no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal.

Consideraram-se os mecanismos previstos na legislação laboral brasileira, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários recentes. Como método de procedimento, adotou-se o levantamento de dados por meio da técnica de pesquisa bibliográfica. E, como método de abordagem, adotou-se o método dialético, para a compreensão e a interpretação crítica e aproximada da realidade, partindo do pressuposto de que esta é historicamente superável. A visão dialética deve ser compreendida pelo dinamismo do raciocínio por entre a materialidade histórica, que trata da organização social ao longo da história da humanidade. (LAMY, 2011)

1 CRISE ECONÔMICA E DESEMPREGO

O desemprego, como fenômeno coletivo que atualmente se mostra, é coetâneo da moderna economia capitalista, apresentando-se como fenômeno estrutural em razão da extrema divisão do trabalho, dos métodos de produção, da distribuição e da acumulação de renda (COSTA, 1991). O uso da tecnologia e a exigência de trabalhadores extremamente qualificados, como heranças do modelo toyotista, cria um exército de reserva, pronto para ocupar postos de trabalho, cada vez mais raros, elevando as taxas de desemprego no contexto global (GONÇALVES; KNEIPP, 2013).

Nas palavras de Enoque Ribeiro dos Santos (2006, p. 83):

> É inegável que a globalização da economia e seus efeitos - abertura dos mercados, aumento da concorrência, maior fluidez financeira, transferência de propriedade, novas tecnologias, introdução de novos procedimentos eletrônicos e de informatização, diminuição das margens de benefícios concedidos aos empregados, alteração da política de pessoal - ocasionam maior descentralização das empresas e são responsáveis não apenas pelo recrudescimento do nível de desemprego na economia, como também por transformações profundas no mercado de trabalho.

Neste contexto, é imperioso considerar os fatos políticos, econômicos e sociais decorrentes da globalização econômica, que têm imposto uma revisão crítica do processo judicial. Dentre eles está a crise econômica de 2008 e 2009, que se originou da tendência do mercado financeiro de crescer além do que permitem os recursos da economia real, conforme evidencia Paul Singer (1968, p. 158):

> Desde o seu início está o capitalismo sujeito a crises e, a partir do momento em que ele passou a dominar a economia de várias nações, estas crises adquiriram caráter cíclico e passaram a desempenhar um papel decisivo no que se refere à compreensão crítica do funcionamento do sistema.

Por crise se entende algo eventual, passageiro e esporádico. E os riscos econômicos do empreendimento são sempre do empregador, conforme preleciona o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Assim, pertencendo ao empregador os riscos do negócio, não se pode transferi-los aos empregados, nem mesmo em épocas de acentuadas turbulência. Tais riscos sequer podem afetar os direitos dos trabalhadores, embora possam influenciar a continuidade do contrato de trabalho, caso a empresa encerre suas atividades (MARTINS, 2000).

Apesar disso, os órgãos midiáticos constantemente noticiam reações das empresas à crise através de demissões em massa, corte de custos, fechamento de estabelecimentos, dentre outras medidas extremas.

No entanto, o núcleo de uma crise global não repousa na fria análise mercadológica, mas, sim, num aprofundamento das desigualdades sociais, na equidistância da justiça social e no empobrecimento da classe trabalhadora (SOUTO MAIOR, 2000). Diante dessas inseguranças do mundo do trabalho, o desemprego se mostra como a ponta mais visível desse verdadeiro iceberg (MATTOSO, 1996), de acordo com Jorge Luiz Souto Maior (2000, p. 181):

> O problema do desemprego deve ser tratado com eficiência. Não se pode reduzi-lo a resultado de mera operação matemática: menor custo, menor desemprego, pois que isso representa um engodo, não elimina o problema e, por causa da precarização das relações de trabalho, gera outro problema, qual seja, o aumento do fosso (um verdadeiro abismo) entre ricos e pobres, aumentando a cada dia o número de pobres.

É evidente que a estrutura atual não consegue absorver o desemprego com o necessário equilíbrio, já que a atual lógica global

favorece o desemprego e a diminuição do rendimento daquele que ainda consegue trabalho. Numa análise qualitativa do desemprego, nota-se que os empregos mais qualificados se preservam para os segmentos de renda mais alta, embora em dimensão insuficiente para permitir a contínua mobilidade socioprofissional. O resultado disso se apresenta no "aprofundamento da crise de reprodução social no interior do mercado de trabalho" (ANTUNES, 2011, p. 122), conforme esclarece Ana Paula Tauceda Branco (2007, p. 19):

> É certo que a mencionada crise atingiu, em cheio, a regulação das relações individuais e coletivas de trabalho humano, propondo-lhe mutações, por vezes teratogênicas, em nome da "modernização" de seus fundamentos elementares e " quiçá " das premissas constitucionais vigentes, na medida em que atinge e afeta, violentamente, a proteção de direitos fundamentais constitucionais.

Todavia, para Souto Maior, o consequente achatamento das garantias sociais não se dá em virtude de crise, pois os lucros do capital têm sido cada vez maiores, mas em virtude da concorrência internacional (SOUTO MAIOR, 2000). Por sua vez, a mudança na natureza do trabalho também tem contribuído para a insegurança econômica dos trabalhadores, uma vez que muitos deles já não conseguem encontrar empregos com jornada integral e duração indeterminada (RIFKIN, 1995). Disto, pode-se concluir que o Direito do Trabalho acaba se tornando a seara jurídica mais suscetível às transformações decorrentes do processo de globalização (GODOY, 2003).

2 O DESEMPREGO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Na tradição keynesiana, a discussão conceitual sobre o desemprego se limita a uma análise do desemprego involuntário, isto é, dos que oferecem força de trabalho disponível aos salários vigentes e não encontram aproveitamento. Esse conceito, em seu uso original, liga-se aos períodos de declínio da demanda agregada, principalmente em países capitalistas desenvolvidos, onde esse desemprego tem sido, em grande parte, de caráter cíclico (HOFFMAN, 1980), quando, subitamente, a mão invisível do mercado falha (SINGER, 1968).

O despedimento do obreiro, quando ocorre pela manifestação volitiva lícita do empregador, representa, além dos números, uma profunda significação social, apresentandose como forma de desequilíbrio social.

Por meio dela, os empregados perdem seus empregos involuntariamente, e, consequentemente, o único meio de subsistência. E quando o desemprego perdura, pode haver consequências degradantes para quem se vê obrigado a ficar parado (SINGER, 1968).

A morte da força de trabalho global está sendo interiorizada por milhões de trabalhadores que experimentam sua própria morte individual, diariamente, nas mãos de empregadores que visam exclusivamente ao lucro e nas garras de um governo desinteressado. São aqueles que esperam o bilhete azul e, então, são forçados a trabalhar em jornada parcial mediante salário reduzido ou são empurrados para as filas do seguro-desemprego. A cada nova indignidade, sua confiança e sua autoestima sofrem mais um golpe; tornam-se descartáveis, depois irrelevantes e, finalmente, invisíveis (RIFKIN, 1995).

Porém, considera-se prejudicial, inclusive para a sociedade, que uma parte da população ativa encontre-se durante certo período desempregada, já que na perspectiva macroeconômica o desemprego também implica um alto custo, em razão da produção que poderia ter sido efetivada (MACHÓN MORCILLO; TROSTER, 1994).

Numa análise globalizada, aponta Sérgio Pinto Martins (2000) que a perda de empregos gera uma cadeia de danos, envolvendo o trabalhador (diminuição do padrão de vida para sua família com a perda da renda; sentimento de inutilidade, desprestígio, impotência e rejeição social, podendo ocasionar problemas familiares e doenças; surgimento de problemas sociais, como a criminalidade, por exemplo); a empresa (pode representar a diminuição da produtividade; perda de trabalhadores qualificados, treinados e capacitados; redução do consumo); e também o Governo (aumentos de recursos destinados ao seguro-desemprego, gerando a necessidade do aumento da carga tributária para esse fim; diminuição do número de trabalhadores recolhendo sua parte da contribuição previdenciária, havendo diminuição na arrecadação da citada exação; o desempregado continua usando os benefícios que a saúde pública proporciona, sem estar contribuindo; há queda da produtividade nacional e, consequentemente, do Produto Interno Bruto (PIB); aumento da criminalidade e da miséria em certas regiões; diminuição do crescimento econômico do país).

A partir desse diagnóstico, pode-se concluir que os trabalhadores, além de seres humanos que devem ser respeitados e ter sua dignidade protegida, possuem um alto valor para a economia, pois são, na essência, os consumidores que o capitalismo precisa para se manter vivo. Ou seja, "a

produção necessita do consumidor e necessita, portanto, do trabalhador" (SOUTO MAIOR, 2000, p. 160).

3 A PROTEÇÃO AO EMPREGO E AS DISPENSAS COLETIVAS NO CENÁRIO JUSLABORAL BRASILEIRO

A partir de 1988, o direito à garantia do pleno emprego passou a ser previsto no art. 7º da Constituição, cuja norma estabeleceu ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Pela atual ausência da lei complementar trazida pela norma, o empregador tem, então, um direito potestativo de dispensar o empregado, ao qual este não pode se opor, salvo as exceções contidas na lei e desde que arque com as reparações econômicas pertinentes. Em regra, terá o empregado direito a aviso-prévio, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais, saldo de salários, saque do FGTS, indenização de 40% e direito ao segurodesemprego. Tendo o empregado mais de um ano de prestação laboral para o mesmo empregador, haverá necessidade, também, de assistência perante o sindicato ou a Delegacia Regional do Trabalho (§1º do art. 477 da CLT) (MARTINS, 2012).

Por isso no Brasil as empresas praticam dispensas coletivas imotivadas à semelhança das individuais. Isto é, demitem por simples manifestação unilateral e potestativa de vontade (PANCOTTI, 2009). O espectro protetor do Direito do Trabalho em caso de dispensa coletiva é, no entanto, mais amplo em comparação com as dispensas individuais (MARTINS, 2012), conforme atesta José Antônio Pancotti:

> Esta afirmação sustenta-se nos fundamentos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição da República [...]. Neste espectro de princípios basilares explícitos na Constituição da República encontram-se os fundamentos para sustentar que as dispensas coletivas de trabalhadores por empresas - sejam por inovações tecnológicas, automações, crises econômicas etc., ou por suspensão de estabelecimentos - não são imunes a uma rede de proteção de trabalhadores atingidos, em razão de seus impactos econômicos e sociais. Esta proteção deve ter outros parâmetros além daqueles que o Direito do Trabalho expressamente concede aos trabalhadores que sofrem demissões individuais (PANCOTTI, 2009, p. 57-58).

O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, ainda carece de regulamentação satisfatória e específica de tal fenômeno desde pelo menos a vigência da atual Constituição. Em decorrência disso, a presidente Dilma Rousseff editou, em 6 de julho, a Medida Provisória nº 680/2015, que criou o Plano de Proteção ao Emprego (PPE) e, em 19 de novembro, sancionou a Lei nº 13.189/2015, que o instituiu em definitivo no país. O PPE permite a redução da jornada de trabalho em até 30% de empresas que estejam enfrentando dificuldades financeiras, com diminuição proporcional nos rendimentos dos trabalhadores participantes do programa. Em contrapartida, 50% da perda salarial desses empregados é ressarcida com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador, sendo que o limite para essa compensação é de 65% do valor do maior benefício do Seguro Desemprego.

Pelo Plano, apenas as empresas integrantes ficam proibidas de dispensar arbitrariamente, ou sem justa causa, os empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida, mas somente enquanto vigorar a inscrição no programa e, após seu término, durante o prazo equivalente a um terço do período de adesão. Para Nelson Mannrich,

> O programa é tímido, pois o Governo está mais preocupado com quanto vai ganhar ou perder. É tímido, ainda, se examinados outros instrumentos já em vigor [...]. A própria Constituição, no art. 7º, autoriza redução salarial, mediante negociação coletiva. Porque não os aperfeiçoar? No fundo, a preocupação maior do Governo é com a corrida ao seguro-desemprego, com prejuízos ainda maiores ao já combalido sistema. Em um Estado democrático de direito, preocupado com graves questões sociais como o desemprego, haveria mais espaço para debelar os efeitos deletérios da crise econômica, agindo de forma mais abrangente e enérgica. Basta ver a experiência de outros países, em situações como essas [...]. Como se vê, no lugar da timidez e da excessiva burocracia, poderia o Governo ter mais criatividade e de fato proteger o emprego contra a grave crise que assola nosso país (MANNRICH, 2016, online).

E a ausência de legislação acerca do tema da dispensa arbitrária coletiva já delicado por sua natureza econômica e social o torna ainda mais complexo, trazendo inúmeras questões de difícil equacionamento. A primeira delas refere-se ao próprio conceito de dispensa coletiva (FELTRE, 2012).

De modo geral, é aquela fundada em razões exteriores à relação laboral, sendo decorrentes de motivos estruturais, tecnológicos ou

conjunturais. Disso decorre que, ao contrário do que se pensa, a dispensa coletiva não é forma de dispensa individual plúrima, porque nesta, para cada demitido, pode haver causa diferente e normalmente tem o propósito de substituição do demitido por outro empregado. Na dispensa coletiva, a causa é única e o propósito é a redução do quadro de pessoal da empresa (PANCOTTI, 2009).

Outra questão diz respeito ao procedimento da negociação e ao conteúdo do ajuste coletivo propriamente dito, que abrangem os critérios fixados para a dispensa, de maneira a proibi-la ou a determinar certas providências para sua apuração. Em diversas publicações sobre o assunto, não se é discutida a impossibilidade da dispensa, apenas se busca um meio de evitar a demissão de mais funcionários que o necessário. Muitos também sustentam que, pelo fato de não existir norma expressa a limite, a dispensa coletiva poderia ocorrer "livremente", pois o julgador estaria restrito a decidir nos limites da lei (e lei não existiria) (TEODORO, 2009). Mas, para Orlando Gomes:

> A reorganização da empresa que implique diminuição de seus efetivos deve ser submetida a controle da autoridade administrativa.
> A interessada tem de comunicar, com certa antecedência, o seu projeto de reorganização, informando o número de empregados, com as respectivas qualificações, que sobrarão e a data provável da dispensa coletiva. Não importa que a redução do pessoal decorra de uma reestruturação da empresa ou de fusão de duas sociedades ou incorporação de uma por outra.
> No processamento da dispensa coletiva, a ser autorizada, devem ser levados em conta:
> a) os fatores econômicos peculiares à empresa;
> b) a situação geral de emprego no ramo de atividade e na região interessada.
> Justifica-se a redução do pessoal se a reestruturação é economicamente necessária ou propícia à preservação ou à expansão da empresa, desde que a situação geral do emprego permita a pronta reabsorção dos empregados dispensados. Na França, o órgão administrativo de controle pode opor-se a despedidas em massa suscetíveis de causar grave perturbação na vida econômica de uma localidade, ou distúrbios sociais.
> A intervenção estatal tem sido preconizada até o extremo de pretender-se que dependa de sua aprovação qualquer reestruturação de empresa que implique despedida coletiva e em convenções coletivas de trabalho têm sido introduzidas

> cláusulas que estipulam a proibição de despedir antes de esgotadas outras possibilidades de evitar a dispensa coletiva, como, por exemplo, a redução do horário de trabalho. Contrabalança-se a oposição estatal assegurando-se ao empresário uma indenização em ressarcimento do prejuízo que, nesse caso, sofre em proveito da coletividade, justificando-se esse seu direito na socialização da reparação das conseqüências danosas da ação administrativa.
> É de se exigir, quando menos, uma comunicação à autoridade administrativa do trabalho para pô-la de sobreaviso, não somente para que tome as providências quanto ao desemprego dos futuros dispensados, proporcionando-lhes, se for o caso, subsídios ou encaminhando-os a outros empregos, mas também para fazer sentir aos trabalhadores que serão dispensados a presença do Estado e seu interesse em obviar as respectivas situações de desemprego (GOMES, s.d, online).

O debate jurídico é, assim, tomado pelo debate econômico e com este se confunde. Isto porque o desemprego é um problema, também, da ciência do Direito e não simplesmente da Economia, motivo pelo qual a atividade hermenêutica constitucional é responsável por criar elos entre o espectro da lei e o das aspirações e das necessidades sociais (BRANCO, 2007), conforme elucida Ana Paula Tauceda Branco:

> Desvelada a tendência predominante entre os intérpretes e os aplicadores do Direito Constitucional do Trabalho com relação a tal norma jurídica, dada à sua redação talvez pouco apropriada, no aspecto hermenêutico constitucional, tudo impele a que se entabule uma interpretação não mais subserviente somente aos interesses econômicos que tanto valorizam a suposta ineficácia e a inefetividade de normas relativas aos direitos fundamentais sociotrabalhistas, mas, ao contrário, ousa firmar uma interpretação que, reconhecendo a indubitável força normativa da Carta Constitucional, seja inspirada na conjugação do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio do valor social do trabalho humano em seu desdobramento de Garantia (Relativa) do Emprego, protegendo a relação de emprego contra as dispensas arbitrárias ou sem justa causa ao invés de deixá-las ao arbítrio do interesse econômico e empresarial, fazendo letra morta dessas normas fundamentais através de uma interpretação que não guarda qualquer coerência com o atributo da regra legal em apreço dessa norma de aplicabilidade imediata (BRANCO, 2007, p. 69).

De acordo com José Antônio Pancotti (2009), enquanto se verifica a falta de regramento, a matéria em discussão vem sendo suprida em alguns acordos e convenções coletivas através da introdução de cláusulas que estabelecem os mais variados critérios para a demissão coletiva, inspirados geralmente nos costumes (por exemplo, Plano de Demissão Voluntária - PDV) ou nas diretrizes da Convenção nº 158 da OIT[1].

Também em decorrência da falta de sensibilização do Legislativo, convém realçar, com muito maior propriedade, o papel que tem sido desempenhado pelo exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho, que tem sido muito mais sensível a essas questões, mormente no âmbito de primeiro grau de jurisdição, que, como se sabe, é exercido principalmente pelos Tribunais Regionais do Trabalho (COSTA, 1991). Logo:

> O Poder Normativo da Justiça do Trabalho vem sendo provocado justamente porque, não havendo regras jurídicas no sistema, de alguma maneira os atores sociais se vêem compelidos à criá-las caso a caso. As únicas maneiras de criação de normas jurídicas trabalhistas, além da legislação, são o contrato coletivo de trabalho e a sentença normativa. O conflito coletivo, entretanto, deve ser uma última instância, recorrível se a negociação e a legislação não forem eficientes no caso concreto. Não é salutar deixar que tudo seja resolvido pelo conflito direto ou intermediado de forças (GONÇALVES JÚNIOR, 2007, online)

A partir disso, desde 2009, em julgamento de dissídio coletivo acerca da despedida de mais de 4 mil trabalhadores por uma grande empresa, em face de grave retração econômica, fixou a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho (TST), por maioria dos votos, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. Esse julgamento teve o importante condão de estabelecer a diferenciação jurídica efetiva entre dispensas meramente individuais e dispensas coletivas. Nesse quadro, enfatizou o contingenciamento constitucional dirigido às dispensas massivas, as quais deveriam se submeter à negociação coletiva trabalhista, apta a atenuar os drásticos efeitos sociais e econômicos dessa medida.

[1] Mencionada Convenção veio a estabelecer alternativas de regulamentação para o enfrentamento da crise, com a finalidade de regular o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e estabelecer garantias contra a dispensa individual ou coletiva, disciplinando-as de modo diverso. O documento foi ratificado pela Brasil em 4 de abril de 1995, para vigorar doze meses depois; porém, foi denunciada pouco tempo depois, em 20 de novembro de 1996.

4 O PAPEL DO PODER PÚBLICO

Cabe aqui a reflexão sobre a ordem econômica estabelecida na Constituição de 1988 que, em seu art. 170, optou pelo modelo capitalista de produção, também conhecido como economia de mercado (art. 219), cuja base está na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Porém, a análise dos quatro princípios da ordem econômica previstos no caput do citado art. 170 - valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, conformidade com os ditames da justiça social - apontam no sentido da ampla possibilidade de intervir na economia, e não somente em situações absolutamente excepcionais (MORAES, 2010).

Ademais, as normas jurídicas constitucionais sociotrabalhistas são típicos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores e, via de consequência, verdadeiras cláusulas pétreas, conforme se extrai do parágrafo 4º do art. 60 da CF. Disso advém, naturalmente, a instância da juridicidade e da efetividade plena desses direitos, já que, nessa condição, devem ser tidos e respeitados pelo Poder Público Estatal como direitos equiparáveis aos direitos individuais, no que concerne à sua função precípua e à sua estrutura jurídica no Sistema.

Tal estrutura jurídica sistêmica acolheu esses direitos com destacada importância, tanto por meio das normas originariamente nacionais como em função daquelas estrangeiras que ingressaram pelas portas dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Republicana.

Por esse motivo, tais direitos têm força e poder para serem cobrados quanto à sua concretização por meio do implemento de Políticas Públicas Estatais que os viabilizem em respeito, "especialmente, à Doutrina da Aplicação Progressiva, adotada pelo Brasil e que determina que o máximo de recursos disponíveis seja utilizado para concretizá-los" (BRANCO, 2007, p. 64). Segundo Ana Paula Tauceda Branco:

> Isso é afirmado em consonância com o objetivo de justiça social da República brasileira, pautada na reserva do possível ante o inegável e expresso interesse do Estado brasileiro em prever ou destinar recursos financeiros aptos a concretizarem a busca do pleno emprego. Afinal, trata-se de um princípio estabelecido prioritariamente pelo constituinte originário, na qualidade de objetivo fundamental (incisos I e III do art. 3º) e de finalidade essencial da República, estando, portanto, o Poder Público a ele subordinado e, corolariamente, obrigado

> a efetuar despesas públicas coerentes com as opções políticas e as metas assumidas democraticamente, até que seu fim seja efetivamente alcançado (BRANCO, 2007, p. 64).

Os direitos sociotrabalhistas constituem autênticos direitos fundamentais da pessoa humana no ordenamento jurídico. E é exatamente nessa espécie de direitos que o Estado encontra sua própria razão de ser, motivo pelo qual se deve, a respeito deles, ser defendida sua inquestionável efetividade.

Nessa seara, apesar de a Constituição Federal prever uma série de garantias a esta classe, os fatores políticos atrelados aos econômicos impedem que estes direitos sejam fielmente efetivados. A constitucionalização, advinda com o Estado Social, consubstanciou-se na importante intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito (MORAES, 2010). Logo, também é do Poder Público que a sociedade espera pelas medidas garantidoras de uma vida social de bem estar e justiça.

Todavia, com a intensificação do advento da globalização, houve a implantação do projeto neoliberal. O fim do welfare state e o capital cada vez mais volátil apresentaram para o mundo um novo tipo de Estado, o Estado mínimo; um Estado fiscalizador que não consegue mais dar respostas a muitas questões, dentre elas o desemprego (GONÇALVES, 2013).

E o enfraquecimento dos Estados nacionais leva à existência de uma extensão considerável de zonas que deixam de ser regidas pelas normas do Estado de direito. De um lado, o Estado deixa de exercer funções que são tradicionalmente de sua responsabilidade e, de outro, renuncia a normatizar setores de atividades novos ou se revela incapaz de realizar (ALCOFORADO, 1994). Essa negligência do Poder Público se dá, principalmente, quanto à vigência e a garantia dos direitos econômicos e sociais.

Há de se observar que o valor do trabalho humano tem sido atrelado às possibilidades econômicas e não em correspondência às necessidades humanas. Por mais que sejam negados ou se pretenda enunciá-los como convergentes, titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos (GRAU, 2008). E, quando chamados a dar resposta ao desemprego estrutural, os Estados soberanos tentam atrair o capital, oferecendo para ele benesses como isenção de impostos e redução dos encargos sociais, flexibilizando os direitos dos trabalhadores e quebrando a lógica do Direito protetivo (GONÇALVES, 2013).

Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre capital e trabalho. Essa pretensão de conciliação e composição entre ambos é instrumentalizada através do exercício, pelo Estado, de uma série de funções (GRAU, 2008), inclusive como poder político institucionalizado, intermediando o processo de convivência conflitual inerente à vida em sociedade (JUCÁ, 2000). O direito é a via que a sociedade possui para viver em um sistema contributivo de solidariedade, mas o Estado é o ente garantidor dessa ferramenta (VIALOGO, 2015). Esta ideia vai de encontro ao Estado mínimo neoliberal, de existência e viabilidade reais duvidosas, mais próximas da doutrina marxista clássica do fim do Estado do que de qualquer outro pensamento (JUCÁ, 2000).

Nesse sentido, elucida Jorge Luiz Souto Maior:

> Como efeito desse fenômeno, atualmente, os papéis se invertem. A burguesia que antes defendia o direito, dada a sua concepção dogmático-formalista, que permitia um enorme campo de atuação para a consecução de seus interesses particulares, hoje ataca o direito (de cunho social), exatamente porque esse campo ficou sensivelmente reduzido. Para a burguesia, antes, o que valia era o apego à lei; hoje, o seu desrespeito, a sua desmoralização. O mesmo ocorrendo no que se refere ao Estado. Daí advêm as noções de flexibilização do direito trabalhista, um direito social por excelência, e do Estado mínimo. Aqueles que se beneficiam do direito social deveriam defender a ordem normativa, mas, levados pela ideologia neoliberal, acabam, também, considerando o direito um mal, assim como o Estado (SOUTO MAIOR, 2000, p. 214).

Torna-se cristalino, então, que o papel do Poder Público no Brasil precisa ser submetido a uma verdadeira transformação para se adequar ao mundo dos fatos e ser um verdadeiro instrumento de justiça social, de redistribuição de renda e de inclusão social de largas camadas de trabalhadores que vivem hoje no limbo do desemprego.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da internacionalização da economia, a crise financeira ocorrida em 2008 nos Estados Unidos da América surtiu efeitos avassaladores nos mercados globais. Por consequência lógica, todos estes fatores afetaram a empregabilidade em escala também global, causando

o cotejamento de dispensas coletivas, dignidade dos trabalhadores, preservação de empregos e empresas.

No cenário gerado desde então, principalmente nos últimos anos, o Brasil tem sentido uma piora desse quadro, repercutindo nocivamente no mundo do trabalho. Assim, o assunto se apresenta atual e de especial relevância, na medida em que os novos paradigmas ditados pela ordem econômica mundial se instalam em face do atual processo de globalização, refletindo nos países de economia dependente, como o Brasil, os seus efeitos mais perversos, como, por exemplo, o agravamento do desemprego e a piora na condição de vida dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Fernando. **Globalização**. São Paulo: Nobel, 1997.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. **O continente do labor**. São Paulo: Boitempo, 2011.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão dos princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

COSTA, Orlando Teixeira da. **Direito coletivo do trabalho e crise econômica.** São Paulo: LTr, 1991.

FELTRE, Andrezza Nazareth. **Negociação coletiva como pressuposto para a dispensa em massa**. 2012. 101 f. Dissertação (Mestrado) - FUMEC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.fumec.br/anexos/cursos/mestrado/dissertacoes/completa/andrezza_nazareth_feltr e.pdf. Acesso em: 26 jun. 2016.

GODOY, Arnaldo Moraes. Globalização e Direito: a mundialização do capital e seus efeitos no modelo normativo brasileiro. **Argumentum Revista de Direito**, Marília, v. 3, p. 49-80, 2003. Disponível em: http://www.unimar.br/biblioteca/publicacoes/pos/Direito_vol_03.pdf. Acesso em: 04 set. 2016.

GOMES, Orlando. **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa - Aspectos jurídicos do desemprego tecnológico**. Disponível em: http://blogdopancotti.blogspot.com.br/2012/08/dispensa-coletiva-na-reestruturacaoda.html. Acesso em: 10 jun. 2016.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos; KNEIPP, Bruno Burgarelli Albergaria. Reestruturação produtiva, globalização e neoliberalismo: reflexos o modelo brasileiro e suas consequências na legislação trabalhista. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 121, a. XXXIII, p. 18-30, nov. 2013.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. Demissão coletiva. **Academia Brasileira de Direito**, 3 jan. 2007. Disponível em: http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=869&categoria=Lei%20Pel%C3%83%C2%A9. Acesso em: 16 ago. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

HOFFMAN, Helga. **Desemprego e subemprego no Brasi**l. 2. ed. São Paulo: Ática, 1980.

JUCÁ, Francisco Pedro. Renovação do Direito do Trabalho: abordagem alternativa à flexibilização. São Paulo: LTr, 2000.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MANNRICH, Nelson. **Programa de Proteção ao Emprego** (PPE): timidez e burocracia. Disponível em: http://jota.uol.com.br/programa-de-protecao-ao-emprego-ppe-timidez-eburocracia. Acesso em: 18 jul. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A continuidade do contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MATTOSO, Jorge. Emprego e concorrência desregulada: incertezas e desafios. In: OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de; MATTOSO, Jorge Eduardo Levi. (Orgs.). **Crise e trabalho no Brasil**: Modernidade ou volta ao passado? São Paulo: Scritta, 1996.

MOCHÓN MORCILLO, Francisco; TROSTER, Roberto Luis. **Introdução à economia.** São Paulo: Makron Books, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PANCOTTI, José Antônio. Aspectos jurídicos da dispensa coletiva no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 35, p. 39-67, 2009.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.

SANTOS, **Enoque Ribeiro dos. Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho nos Estados Unidos da América, na União Europeia, no Mercosul e a Experiência Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SINGER, Paul. **Desenvolvimento e crise**. São Paulo: DIFEL, 1968.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Aarão Miranda da. A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6082. Acesso em: 04 set. 2016.

VIALÔGO, Tales Manoel Lima; NEGREIROS, Guilherme Enei Vidal de. A demissão coletiva no direito brasileiro. **Revista JurisFIB**, Bauru, v. III, a. III, dez. 2012. Disponível em: http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1359118566.pdf. Acesso em: 30 out. 2016.

DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA NORMATIVA ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS: CUSTOS, CONTROLE E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Renan Lucas Dutra Urban*

INTRODUÇÃO

A delegação de competência normativa às agências reguladoras implica atribuir a tais entes o poder de decidir não apenas questões factuais, mas também problemas de moralidade política. Esse ponto, apesar de subentendido na discussão sobre o déficit democrático das agências reguladoras e de outras entidades administrativas, dotadas de poder normativo[1] não costuma ser explorado na literatura jurídica.

A afirmação de que a burocracia reguladora também faz escolhas morais fere a leitura tradicional da teoria da separação dos poderes, que não concebe a possibilidade de que outras instituições, senão as político-majoritárias, profiram decisões com conteúdo político. Além disso, destoa da corrente teórica que, ao idealizar as funções de fiscalização e de ordenação das agências, concebe-as como entes politicamente neutros, encarregados de emitir juízos tão somente técnicos acerca dos problemas relativos à regulação.

O objetivo deste trabalho é discutir a possibilidade de que as agências reguladoras corpos burocráticos não majoritários e pouco responsivos à opinião pública façam escolhas valorativas, no contexto do Estado Democrático de Direito. O presente estudo tem a seguinte estrutura. No item 2, analisa-se a atribuição de competência normativa às agências reguladoras como um ato de delegação, ou decisão de segunda ordem. Nesse passo, analisa-se um primeiro problema relacionado à delegação: os custos associados à decisão final. O item 3 aborda o tema do controle das normas editadas pelas agências reguladoras. A partir da ideia de capacidade institucional relativa, discute-se o problema da definição da intensidade do controle sobre a atividade normativa regulatória. No item 4, por fim, investiga-se a legitimidade da burocracia reguladora para

* Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP, Campus de Franca.

[1] No Direito Público brasileiro, a delegação legislativa é objeto de discussão desde o período do Império. Os debates sobre o poder normativo de órgãos da Administração Pública, assim, não se circunscrevem às agências reguladoras, embora tenham se intensificado a partir da criação dessas entidades. Cf. VEIGA DA ROCHA, 2004, p. 175-195.

deliberar sobre direitos fundamentais, na perspectiva da teoria do diálogo entre as instituições.

1 DELEGAÇÃO LEGISLATIVA E CUSTOS

As agências reguladoras independentes surgiram, no Brasil, ao longo da década de 90, no contexto das reformas estruturais por que passou o Estado, visando ao fortalecimento de seu papel regulador da economia. Ao transferir a responsabilidade da provisão direta de determinados serviços de infraestrutura para o setor privado por intermédio da alienação de empresas estatais e de concessões de serviços públicos o Estado brasileiro, seguindo a tendência observada, a partir dos anos 80, no Reino Unido, na Europa Ocidental, na Ásia e na América Latina (PRADO, 2005, p. 125), criou entes de regulação ou lhes conferiu maior autonomia, reforçando os mecanismos de intervenção indireta no domínio econômico.

O advento das agências reguladoras importou uma flexibilização na doutrina clássica de separação dos poderes. Dotadas de autonomia decisória, as agências de regulação exercem uma capacidade normativa de conjuntura, instrumental à sua tarefa de disciplinar atividades econômicas e serviços de relevante interesse social. Paralelamente às instâncias legislativas, assim, apresentam-se como relevantes fóruns de decisão, expedindo normas que inovam a ordem jurídica e restringem diretamente os direitos dos administrados (VEIGA DA ROCHA, 2004, p. 29).

A atribuição de competência normativa à burocracia reguladora pode ser vista como um ato de delegação, isto é, uma decisão de segunda ordem[2] por meio da qual uma instituição o Poder Legislativo busca minimizar os custos[3] associados à resolução de problemas complexos, transferindo o ônus da decisão final para outra instituição a agência de regulação, idealmente capaz de oferecer melhores respostas para tais problemas.

Nesse sentido, pode-se dizer que a delegação de competência normativa às agências visa a um incremento de racionalidade e de

[2] Decisões de segunda ordem são meta-decisões, isto é, decisões sobre como decidir. Como afirmam Sunstein e Ullmann-Margalit (1998, p. 14), tais decisões resultam do reconhecimento de dois fatos: o de que decisões de primeira ordem podem estar erradas e o de que alcançar decisões de primeira ordem corretas pode ser algo extremamente difícil ou custoso

[3] O termo "custos" remete fundamentalmente à ideia de limitação de conhecimento de uma autoridade para solucionar determinado problema. Abrange, de forma simplificadora, duas categorias: os "custos de erro", relacionados ao número e à magnitude dos equívocos cometidos pelo decisor, e os "custos de decisão", concernentes à necessidade de que recursos escassos, como tempo e dinheiro, sejam despendidos na obtenção das informações demandadas para a solução do problema. Cf. SUNSTEIN, 1999, p. 13.

eficiência na regulação, assentando-se, basicamente, em dois pressupostos: o de que o processo legislativo, em razão de seu tempo de maturação e da sua não especialização, é incapaz de atender às demandas conjunturais que emanam dos sistemas econômico e político-burocrático; e o de que as agências reguladoras, em função de sua autonomia reforçada e de sua expertise técnica, estão mais bem capacitadas para solucionar os problemas complexos relacionados a esses sistemas (LOPES, 2008, p. 236-237).

Em termos gerais, a delegação implica, à primeira vista, uma decisão de baixos custos tanto para o delegante cujo trabalho consiste em exportar, para um terceiro, o ônus da decisão final como para o delegado em face de suas melhores condições para resolver certo problema. Nesse sentido, dado o binômio ônus ex ante ônus ex post, a delegação poderia ser classificada como um caso especial de estratégia de segunda ordem do tipo baixo baixo (SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT, 1998, p. 22). Mas, como toda estratégia decisória, também apresenta dificuldades.

A primeira dificuldade relacionada à delegação diz respeito aos custos da decisão final. O ônus de decidir determinado problema pode se mostrar extremamente pesado, à vista das limitações epistêmicas de quem recebe a delegação. Nesse caso, os custos associados à tomada de decisão se elevam, e a delegação se apresenta não como uma decisão de segunda ordem do tipo baixo baixo, mas do tipo baixo alto (SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT, 1998, p. 20).

O controle dos atos normativos regulatórios é a chave para a compreensão desse problema. As agências reguladoras não possuem a última palavra sobre os assuntos relativos à regulação. Como todo ato administrativo geral, os atos normativos regulatórios estão sujeitos a dois tipos de controle: o judicial e o político (SUNDFELD, 2002, p. 26)[4]. O controle exercido pelo Poder Judiciário decorre da regra da inafastabilidade de jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Já o controle político é exercido sobretudo pelo Poder Legislativo, de duas formas: (a) pela edição de decreto legislativo pelo Congresso Nacional,

[4] Outra forma de controle sobre os atos normativos regulatórios é a realizada por atores da sociedade civil, mediante participação nos procedimentos administrativos. As leis que criaram as agências reguladoras preveem diversos mecanismos de participação democrática, como as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos. Sem prejuízo da necessidade de aperfeiçoamento destes mecanismos, a fim de propiciar uma participação mais efetiva dos cidadãos, é certo que eles configuram um importante canal de comunicação entre os atores da sociedade civil e os agentes reguladores, permitindo, em maior ou menor medida, a influência direta daqueles na formação das decisões tomadas por estes. Para uma análise empírica do funcionamento dos mecanismos de participação pública no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), cf. MATTOS, 2006, p. 267-300.

quando tais atos exorbitarem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, nos termos do artigo 49, inciso V, da Constituição Federal; ou (b) pela edição de uma lei em sentido formal, de maneira a limitar a competência da agência reguladora para deliberar sobre a questão legislada.

Qualquer mecanismo de controle tem como objetivo principal corrigir os erros contidos nas decisões controladas. Assim, se determinado ato normativo regulatório veicula um erro, espera-se que a revisão judicial ou legislativa seja capaz de eliminá-lo. A objeção dos custos de erro associados à tomada da decisão final pelas agências, dessa maneira, é enfraquecida pela possibilidade de que os atos normativos regulatórios sejam controlados por outras instituições.

A segunda dificuldade relacionada à delegação, porém, decorre exatamente do controle das decisões finais. Trata-se do problema da assimetria de informações, que, no contexto do controle das normas regulatórias, se traduz - como se discutirá a seguir - nas melhores condições das agências para decidir uma questão, em comparação com as dos órgãos controladores.

2 CONTROLE DOS ATOS NORMATIVOS REGULATÓRIOS E CAPACIDADE INSTITUCIONAL

Os atos normativos regulatórios envolvem, frequentemente, questões técnicas complexas, isto é, problemas cuja compreensão e solução exigem o domínio de conhecimentos científicos não triviais. As condições das agências reguladoras para decidir tais problemas são garantidas por seus dirigentes e quadros de assessoria, detentores, em tese, de um saber técnico especializado e familiarizados com os assuntos atinentes ao setor regulado (VERÍSSIMO, 2002, p. 226).

A complexidade técnica peculiar às normas editadas pelas agências reguladoras suscita a questão das limitações epistêmicas das instituições encarregadas de controlá-las. Ora, se a principal razão para a delegação, enquanto decisão de segunda ordem, são as condições do delegado para formular as melhores respostas para certas questões, então subsiste o problema dos custos associados à tomada de decisão pelo delegante, quando este - ou outro órgão, dotado de recursos equivalentes - é incumbido de controlar e revisar as decisões proferidas por aquele.

Na literatura jurídica, é frequente a menção às limitações dos órgãos judiciais para controlar a atividade normativa das agências reguladoras. Tais limitações decorreriam não apenas da falta de conhecimento técnico especializado dos membros do Poder Judiciário, em geral, para decidir as questões relativas à regulação, mas também da escassez de tempo e de recursos financeiros desses órgãos para buscar e processar as informações necessárias para a tomada de decisão.

Há grande discussão, além disso, acerca do impacto das decisões judiciais sobre a política regulatória. Fala-se, nesse contexto, em elevação do risco de incoerência regulatória, produto de decisões judiciais segmentadas e excessivamente intrusivas. Por exemplo, a interferência dos órgãos judiciais na definição do referencial teórico que orienta as medidas regulatórias alça-os à posição de árbitros de querelas entre teorias e/ou métodos científicos, o que redunda em problemas de déficit de legitimidade tanto do ponto de vista da Ciência como do Direito (SCHUARTZ, 2009, p. 12-13). Porém, mais do que isso, diz-se que tal intervenção prejudica a coerência regulatória, na medida em que incide sobre uma estratégia decisória adotada pela autoridade reguladora como forma de conferir eficiência e racionalidade à sua atuação (JORDÃO, 2016, p. 151-154).

Outra preocupação diz respeito às consequências da atuação judicial para a dinâmica regulatória. As atividades objeto de regulação exigem prestações normativas expeditas, quase imediatas. A lentidão e o formalismo, que tradicionalmente caracterizam os procedimentos judiciais, comprometeriam, dessa maneira, a eficácia das normas regulatórias. Além disso, argumenta-se que a correção ou a redução dos erros associados às decisões normativas das agências reguladoras, por meio da revisão judicial, importa, no limite, a paralisação ou a ossificação da ação regulatória. Nesse sentido, os ônus impostos por decisões judiciais muito exigentes desencorajariam a produção de normas jurídicas pelas agências, dadas as restrições de tempo e de recursos dessas entidades (BREYER, 1986, p. 391-393; JORDÃO, 2016, p. 158-163).

A expertise técnica da burocracia reguladora atua, dessa maneira, como um argumento em favor da adoção de uma postura de deferência pelos órgãos controladores. Todavia, a ideia de que as agências são mais aptas para resolver os problemas relativos à regulação subentendida, como visto, na defesa da alocação de ampla competência normativa para esses entes - veicula uma questão empírica que pode ser testada. Marcos Paulo Veríssimo (2002, p. 225), por exemplo, observa que "[...] as agências

não são propriamente e sempre dirigidas por agentes públicos dotados de especial capacitação técnica para as matérias que se colocam para seu exame". Pelo contrário - prossegue o autor, os órgãos de direção das agências tendem a ser ocupados por não especialistas nas matérias técnicas atinentes à regulação, até como forma de garantir algum pluralismo no âmbito dessas entidades (VERÍSSIMO, 2002, p. 225).

Em termos gerais, a capacidade de uma instituição para decidir determinada questão é sempre relativa, uma vez que suscetível de ser graduada em função das habilidades e limitações concretas das outras instituições também autorizadas a decidi-la[5]. No contexto específico do controle dos atos normativos regulatórios, é possível que um órgão controlador reúna condições de formular respostas apropriadas para determinado problema atinente à regulação, em comparação com aquelas sob as quais a agência atua[6]. A decisão sobre a intensidade do controle de uma medida regulatória, implica uma análise institucional comparativa, isto é, a consideração não apenas da capacidade da agência reguladora para resolver as questões técnicas relacionadas à regulação, mas da capacidade do órgão controlador para resolver as mesmas questões.

Os atos normativos, ademais, não possuem o mesmo grau de complexidade, nem decidem apenas problemas técnicos. Como observa Vermeule (2009, p. 2236), o processo normativo regulatório pressupõe dois estágios, um relacionado a questões sobre fatos e outro relativo a questões sobre valores. As questões sobre fatos envolvem a determinação de relações de causalidade e a realização de predições (prognósticos). Demandam, assim, o recurso às disciplinas científicas pertinentes, fornecedoras das justificativas que suportam a pretensão de veracidade das proposições teóricas e empíricas relacionadas a tais questões. Já as questões sobre valores envolvem escolhas morais, e decorrem da necessidade de que os agentes reguladores, tendo em vista a realização de determinados fins, procedam a uma ponderação entre os princípios ou interesses concorrentes.

Desse modo, a análise institucional comparativa, que orienta a decisão sobre a intensidade do controle, implica não apenas avaliar a capacidade das instituições envolvidas - agência reguladora e órgão controlador - para lidar com as questões factuais decididas pela norma regulatória, mas também a capacidade dessas instituições para lidar com

[5] No mesmo sentido, cf. BRADY, 2009, p. 135 e LIMA, 2012, p. 129.

[6] Nesse ponto, a ideia de capacidade institucional relativa, aqui adotada como premissa, coincide com o argumento das capacidades institucionais, na forma como desenvolvido por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2002) e descrito por Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal (2011).

as questões valorativas solucionados pela norma. Ou seja, ela importa examinar os recursos e os limites concretos das instituições para apreciar tanto os problemas de perícia quanto os de moralidade política subjacentes ao ato controlado[7].

3 BUROCRACIA REGULADORA E DELIBERAÇÃO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A constatação, de certa forma trivial, de que a burocracia reguladora também profere decisões políticas, resolvendo questões morais, suscita um terceiro problema relativo à delegação: o da legitimidade da transferência do ônus da decisão final. Nesse ponto, é frequente a menção a uma ilegitimidade da atividade normativa das agências, seja pela ausência de investidura popular de seus dirigentes, seja por uma vedação genérica, no texto constitucional, de delegação legislativa, seja, ainda, por uma incompatibilidade entre o desempenho de função normativa por tais entidades e a doutrina da separação dos poderes[8].

O problema da legitimidade da delegação de competência normativa às agências reguladoras é geralmente pensado em termos binários: ou bem se considera que a atividade normativa regulatória é democrática ou bem se considera que ela é antidemocrática. A caracterização do ato de delegação como uma decisão de segunda ordem, no entanto, permite visualizar tal problema como uma questão de grau.

Se, como assinalado, a delegação visa à produção de melhores decisões, mediante transferência do ônus de solucionar determinados problemas para um terceiro, idealmente mais bem capacitado para lidar com tais problemas, então é possível considerar que a legitimidade da delegação está também condicionada à qualidade das decisões finais. Nesse sentido, as agências reguladoras, que recebem a delegação do Poder Legislativo, podem ser consideradas tanto mais legítimas para editar normas jurídicas e, por conseguinte, para promover e restringir direitos dos administrados quanto maior for a qualidade de suas decisões.

A defesa substantiva da legitimidade da burocracia reguladora para decidir problemas envolvendo direitos remete, de certa forma, à

[7] Referimo-nos, aqui, a duas funções morais das regras jurídicas, em geral: a de coordenação, correspondente à solução de problemas de incerteza e desacordo sobre questões de moralidade política; e a de perícia, correspondente à solução de problemas de incerteza e desacordo sobre questões factuais. Cf., no ponto, ALEXANDER, 1999, p. 531-536.

[8] A propósito dos argumentos contrários à delegação legislativa, cf. VEIGA DA ROCHA, 2004, p. 12-17; MATTOS, 2006, p. 206-208.

teoria do diálogo institucional, desenvolvida, em suas diferentes vertentes, especialmente pelos autores preocupados em discutir a adequação do controle judicial de constitucionalidade em face do ideal de democracia.

Como visto, as agências reguladoras não possuem a palavra final sobre as matérias relativas à delegação. Os atos normativos regulatórios, na qualidade de atos administrativos, sujeitam-se ao exame de legalidade realizado pelo Poder Judiciário. Além disso, a atribuição de competência normativa a essas autarquias não implica abdicação, pelo Poder Legislativo, da responsabilidade de deliberar sobre as matérias atinentes à delegação. As normas editadas pelas agências, desse modo, também se submetem aos mecanismos legislativos de controle e revisão dos atos normativos.

Apesar disso, a teoria do diálogo institucional, na medida em que pressupõe a falibilidade das instituições e vincula a legitimidade de uma autoridade para decidir questões de moralidade política ao conteúdo das decisões por ela proferidas, oferece uma perspectiva enriquecedora para se compreender a legitimidade democrática da burocracia reguladora para editar normas jurídicas e, como consequência inevitável, para sopesar princípios constitucionais[9]. A teoria do diálogo institucional, na versão desenvolvida por Conrado Hübner Mendes, adota um critério contextual e comparativo de aferição da legitimidade das instituições para deliberar sobre questões de moralidade política: o desempenho deliberativo, regulado pela ideia de razão pública (MENDES, 2008, p. 211-212)[10]. Quanto maior a qualidade do processo de deliberação pública, maior o grau de legitimidade da decisão. Nesses termos, pode-se dizer a legitimidade democrática das agências reguladoras para deliberar sobre direitos fundamentais varia conforme o desempenho deliberativo alcançado por essas entidades.Na moldura das teorias do diálogo, não há lugar para monólogos: as instituições têm responsabilidades deliberativas, estão em constante interlocução, buscam a persuasão e podem desafiar-se

[9] No contexto da ciência política, as teorias do diálogo, em geral, quase sempre se localizam debaixo do amplo arco da democracia deliberativa. A construção teórica da democracia deliberativa é feita por uma literatura vasta e diversificada, sendo muitas as versões de seu conceito. Roberto Gargarella (2006, p. 239), por exemplo, propõe um conceito de democracia deliberativa com base em duas variáveis: a tomada de decisões após um amplo debate coletivo e a possibilidade de participação e intervenção neste processo decisório de todos quantos possam ser afetados pela decisão. Já Joshua Cohen (2005, p. 346) vincula a noção de uma democracia deliberativa ao ideal de justificação. Para ele, o conceito de democracia deliberativa está enraizado na ideia de fundamentação da decisão coletiva, somente levada a efeito no interior de um processo que privilegia a argumentação pública e o intercâmbio de razões entre cidadãos iguais.

[10] Cf., acerca da ideia de razão pública, RAWLS, 2000, p. 262-306.

mutuamente[11]. Daí a relevância da deliberação, que, ao estimular a criação de uma cultura de maior densidade argumentativa, pode levar, ao longo do tempo, à formulação de melhores soluções para os dilemas constitucionais (MENDES, 2008, p. 218-222). O diálogo institucional veicula, assim, um efeito epistêmico positivo, relacionado à redução dos custos de erro associados à tomada de decisão.

A atribuição de competência normativa às agências reguladoras visa ao oferecimento das melhores respostas para os problemas relativos à disciplina de setores econômicos e de serviços de relevante interesse social. A transferência do ônus de decisão para agentes não eleitos, no entanto, suscita o problema da legitimidade democrática (SUNSTEIN; ULLMANN MARGALIT, 1998, p. 24). Neste trabalho, defende-se a ideia de que as agências reguladoras possuem legitimidade para exercer uma capacidade normativa de conjuntura desde que os atos por elas expedidos atendam a determinado parâmetro de correção e eficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As agências reguladoras e os órgãos judiciais e legislativos, em razão de suas características específicas, analisam os problemas que lhes são submetidos por prismas diversos. Desempenham diferentes funções e perseguem distintos objetivos e, por isso, dispõem de diferentes recursos para lidar com certos problemas. Possuem, em suma, distintas competências, indicativas de suas singulares capacidades institucionais. Tanto as agências reguladoras como os órgãos controladores podem recorrer a meios de capacitação para a obtenção das informações necessárias para a tomada de decisão. Um dos meios de capacitação que levam em consideração a expertise de uma instituição em determinado assunto é a interação deliberativa entre os órgãos estatais, ou diálogo institucional. A interlocução entre as instituições, no interior dos procedimentos decisórios ou como reação a determinada decisão, proporciona ao decisor o acesso a informações que não dizem respeito diretamente a sua competência institucional. Além disso, permite que ele perceba as diferentes perspectivas ou pontos de observação existentes acerca do problema a ser solucionado.

No contexto específico do controle dos atos normativos expedidos pelas agências reguladoras, o diálogo pode propiciar o intercâmbio, entre

[11] O reconhecimento da legitimidade para reagir à decisão tomada por uma instituição não resulta em atribuição de poder para desobedecer esta decisão. Cf., no ponto, MENDES, 2008, p. 213.

tais autarquias e os órgãos controladores, tanto dos argumentos empíricos e teóricos relativos aos aspectos factuais da medida regulatória controlada como dos argumentos jurídicos e políticos concernentes às questões valorativas solucionadas pela medida. Tendencialmente, assim, enseja que as eventuais assimetrias de informações existentes entre essas instituições sejam superadas ou diminuídas, mediante aprendizado recíproco.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. "With me, it's all or nuthin"": formalism in law and morality. **University of Chicago Law Review**, n. 66, p. 530-565, 1999.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

BRADY, Alan David Patrick. **A structural, institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998**. 325 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – The London School of Economics and Political Science. Londres, 2009.

BREYER, Stephen. Judicial review of questions of law and policy. **Administrative Law Review**, n. 38, p. 363-398, 1986.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: MATREVERS, Derek; PIKE, Jon (Orgs.). **Debates in contemporary political philosophy**: an anthology. New York: Routledge: Open University, p. 342-360, 2003.

GARGARELLA, Roberto. Should deliberative democrats defend the judicial the judicial enforcement of social rights? In: BESSON, Samantha; MARTÍ, José Luis (orgs.). **Deliberative democracy and its discontents**. Aldershot: Ashgate, p. 233-252, 2006.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. Malheiros e SBDP: São Paulo, 2016.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de princípios, separação dos poderes e segurança jurídica: o conflito entre regra e princípio**. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios jurídicos e regulação**. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil**: eficiência e legitimidade. São Paulo: Singular, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. **Deliberação, separação dos poderes e direitos fundamentais**. 267 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

PRADO, Mariana Mota. **Agências reguladoras, independência e desenho institucional**. Bovespa, Duke Energy, Ipiranga e Instituto Tendências: São Paulo, 2005.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Interdisciplinaridade e adjudicação**: caminhos e descaminhos da ciência do direito. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2174. Acesso em: 18 abr. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second order decisions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 57, p. 1-43, 1998.

SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Must formalism be defended empirically? **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 70, p. 1-42, 1999.

SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna.. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004.

VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral. **A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico**: o déficit democrático da regulação financeira. 204 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

VERMEULE, Adrian. The parliament of the experts. **Duke Law Journal**, n. 8, v. 58, p. 2231-2275, maio 2009.

EIXO 3:

TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO E A TUTEA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO DE NATUREZA ASSISTENCIAL E SUA TUTELA POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ana Cristina Alves de Paula*

Henrique Lima de Almeida**

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa as possibilidades da Ação Civil Pública (ACP) em matéria de benefícios assistenciais, restringindo-se aos aspectos concernentes à Seguridade Social. Com efeito, a utilização da ACP no âmbito do Poder Judiciário brasileiro vem mostrando alguns avanços, isto é, abrindo-se para a inclusão de novas matérias de tutela jurisdicional coletiva (MARCO; SANDRIN, 2011), vez que os direitos de terceira geração têm sido largamente influenciados num contexto internacional que traça um papel decisivo na concepção desses novos direitos. Neste contexto, recentes decisões do STF e do STJ (que admitiram a revisão de benefícios previdenciários e a implementação de políticas públicas de saúde em sede de ACP) são vanguardistas, vez que consideraram a matéria como de direito individual homogêneo por haver relevante interesse social. Essa ampliação se revela fruto de uma interpretação evolutiva dos direitos sociais e tendente à proteção jurisdicional mais efetiva destes que são considerados direitos de cidadania. Todavia, ainda não há precedente nas cortes superiores admitindo ACP no caso do benefício de prestação continuada, o que causa estranheza, pois, é justamente nos casos de benefícios assistenciais que a atuação por meio de substituição processual se faz mais necessária (MARCO; SANDRIN, 2011).

No campo da assistência social, as Ações Civis Públicas não têm prosperado nas cortes superiores até o presente momento, encontrando séria resistência quanto à possibilidade de reconhecimento do direito a um salário mínimo à pessoa com deficiência ou ao idoso carente (MARCO; SANDRIN, 2011).

Inegável é que a proteção dos direitos individuais homogêneos no caso acima citado configura defesa de interesse social relevante, pois o

* Mestranda em Direito – PPGD Unesp Campus Franca
** Mestrando em Direito – PPGD Unesp Campus Franca

benefício de prestação continuada consiste em uma garantia constitucional que independe de contribuição à Seguridade Social. Neste passo, a usual resistência do INSS em cumprir a obrigação que lhe impõe o art. 203, inc. V, da CF/88, implica em flagrante violação aos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência assegurados tanto pelo art. 20 da Lei n.º 8.742/93 quanto pelo art. 4° do Dec. n° 6.214/07, o que enseja a legitimidade ativa do Ministério Público para propor uma ACP na defesa dos interesses indisponíveis das pessoas anteriormente mencionadas.

Por isso, confirmar se determinado direito social de caráter assistencial pode ser reivindicado judicialmente e em que medida o Poder Judiciário pode determinar que os demais poderes estatais promovam esses direitos é questão crucial no funcionamento do constitucionalismo contemporâneo (MARCO; SANDRIN, 2011).

Objetiva-se apresentar alguns aspectos do direito brasileiro que dizem respeito à tutela dos direitos individuais homogêneos no âmbito da Seguridade Social por meio da Ação Civil Pública, aprofundando-se no entendimento do conceito daqueles direitos e das funções e finalidades da ACP. Defender-se-á que cumpre ao Poder Judiciário, por meio do tão conhecido sistema de freios e contrapesos, corrigir a omissão do Poder Executivo e atribuir, no caso concreto, o que foi garantido constitucionalmente no caso específico do benefício de prestação continuada, permitindo que os idosos e pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade e risco social possam manter um padrão mínimo de vida, resguardando a sua dignidade.

Adotar-se-á o método de levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos de periódicos e de demais publicações científicas nacionais pertinentes à temática como principal fonte de embasamento para a presente investigação. Ademais, serão também pesquisadas jurisprudências dos Tribunais Superiores (STF e STJ) e da segunda instância da Justiça Federal.

1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Cristhian Magnus de Marco e Katiane Sandrin lecionam que a justicialização dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos começou a ganhar destaque a partir do momento em que a tutela de tais interesses, por meio de um processo individual, mostrou-se insuficiente (MARCO; SANDRIN, 2011, p. 1). O Código de Processo Civil vigente,

em seu art. 18, expressa que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. A exceção prevista no dispositivo supracitado é a legitimação extraordinária (art. 18, in fine, do CPC), que ocorre quando a lei especialmente concede a faculdade para que alguém, em nome próprio, exerça ação em favor do direito de terceiro(s).

Contudo, a legitimação extraordinária não é suficiente para regular direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, porque o Código de Processo Civil não dispõe de tais mecanismos processuais (MARCO; SANDRIN, 2011, p. 4). Assim, se uma pessoa ou entidade visasse propor uma demanda com o objetivo de tutelar um direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, com base unicamente no Código de Processo Civil, o processo seria forte candidato a ser extinto sem julgamento do mérito, diante da ausência de uma das condições da ação (art. 485, VI, do CPC).

Por isso, a Lei n° 7.347/1985, também denominada Lei da Ação Civil Pública (LACP), regulamentou, por óbvio, a Ação Civil Pública, a qual simboliza um marco para a ampliação do acesso à justiça, vez que abriu a possibilidade de se postular em juízo a tutela dos interesses metaindividuais, entendidos estes como aqueles que transcendem a esfera meramente individual: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (MARCO; SANDRIN, 2011, p. 4). Ela densificou o princípio da economia processual, haja vista sua tendência a evitar decisões contraditórias dos órgãos jurisdicionais para fatos com mesmos pedidos e/ou causa de pedir, viabilizando a proteção coletiva de Direitos (MARCO; SANDRIN, 2011, p. 4). O Código de Defesa do Consumidor tratou de estabelecer um conceito operacional de direitos difusos em seu art. 81, parágrafo único, inc. I:

> Art. 81. A defesa dos interesses e Direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou Direitos Difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato [...].

As características dos direitos difusos consistem na indeterminação do sujeito e na indivisibilidade do objeto (bem jurídico), porque quando se instaura uma ação, para a sua defesa não é possível proteger somente

um indivíduo, sem que a tutela não atinja automaticamente os demais membros de determinada comunidade que se encontram na mesma situação (DINAMARCO, 2001, p. 51-52). De outra forma, os interesses coletivos são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, conforme definição dada também pelo art. 81, parágrafo único, II, in fine, do CDC. Em outras palavras, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, (2009, p. 299) explicam que os direitos coletivos possuem como titular determinado grupo, categoria ou classe de pessoas que estão ligadas entre si ou com violador ou potencial violador do direito, por uma relação jurídica base. Desse modo, os direitos coletivos admitem que haja identificação de um conjunto de pessoas ou um núcleo determinado de sujeitos identificados como titulares do interesse defendido. Por sua vez, os direitos individuais homogêneos são definidos pelo CDC como aqueles decorrentes de uma origem comum (art. 81, parágrafo único, III, in fine, do CDC). O conceito dos mencionados direitos é dado por Pedro da Silva Dinamarco da seguinte forma (2001, p.60):

> Os interesses individuais homogêneos são divisíveis, passíveis de ser atribuídos individual e proporcionalmente a cada um dos indivíduos interessados (que são identificáveis), sendo essa sua grande diferença com os interesses difusos ou coletivos (esses sim indivisíveis). Como já dito, essa indivisibilidade é do objeto do pedido e não da causa de pedir.

Os direitos individuais homogêneos "compreendem os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato" (SIQUEIRA JUNIOR, 2009, p. 453). Em outros termos, os direitos individuais homogêneos são verdadeiros interesses individuais, contudo, são circunstancialmente tratados de forma coletiva, tendo em vista maior efetividade da tutela jurisdicional, o interesse público e também o princípio da economia processual (MARCO; SANDRIN, 2011, p. 8). Aqui os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Mais de um, porque em sendo um só, o direito é individual simples, e determinado porque neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneos, os direitos protegidos são individuais. Mas, note-se: não se trata de litisconsórcio e sim de direito coletivo. Não é o caso de ajuntamento de várias pessoas, com direitos próprios e individuais no polo ativo da demanda, o que se dá no litisconsórcio ativo; quando se trata de direitos

individuais homogêneos, a hipótese é de direito coletivo - o que permitirá, inclusive, o ingresso de ação judicial por parte dos legitimados no art. 82 da lei consumerista (NUNES, 2011, web).

São características dos direitos individuais homogêneos: (a) a determinabilidade dos sujeitos; (b) a origem fática comum; (c) a dispensa da existência de uma relação jurídica-base anterior à lesão, podendo ser ocasionada no próprio ato lesivo; (d) atinja um número de pessoas que justifique a tutela coletiva como mais benéfica do que em relação à ação individual; e (e) a citação de todos os interessados por edital para que intervenham no processo como litisconsortes (art. 94 do CDC) (DINAMARCO, 2001, p. 61).

Pela redação original da LACP, a ação civil pública não poderia ser utilizada na tutela dos interesses individuais homogêneos. Todavia, com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, ampliou-se o campo de atuação para abarcar também os direitos individuais homogêneos, pois, ao estabelecer a competência do Ministério Público, acabou por ampliar as funções institucionais do parquet inicialmente previstas no exaustivo art. 129 da Constituição Federal, que havia permitido expressamente somente a legitimidade para a tutela de interesses difusos e coletivos, excluindo de suas funções institucionais, portanto, os direitos individuais homogêneos.

1.1 Legitimados ativos da Ação Civil Pública

A legitimidade ativa da Ação Civil Pública vem insculpida no art. 5º da Lei n°7.347/1985, alterado pela Lei n°11.448/07:

> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> I - o Ministério Público;
> II - a Defensoria Pública;
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
> V - a associação que, concomitantemente:
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico [...].

O Ministério Público tem como funções precípuas a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, bem como dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tal como disposto no art. 127 da Constituição Federal de 1988. O art. 129, inciso III, da Carta Magna de 1988, atribuiu a ele legitimação ativa para propor a ação civil pública com vistas à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Com a edição do CDC, em 1990, também os direitos individuais homogêneos passaram a ser tutelados pelo Ministério Público (arts. 91 a 100 do CDC). Acrescente-se, ainda, que ao Parquet cabe zelar pelo efetivo respeito aos direitos previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, entre eles o direito ao Benefício de Prestação Continuada, tal como determinado no art. 31 da Lei n.º 8.742/93:

> Art. 31. Cabe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos estabelecidos nesta lei.

Ainda, o art. 6° da Lei Complementar n.º 75/93 preceitua:

> Art. 6°. Compete ao Ministério Público da União: [...] VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: [...]
> a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;
> [...]
> XII - propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos; […]

A Lei nº 10.471/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, estabelece em seu art. 74, inc. I:

> Art. 74. Compete ao Ministério Público:
> I - instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e
> interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

Por fim, o art. 3°, caput, da Lei nº 7.853/89, prevê que:

> Art. 3° As medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal, por associação constituída há mais de 1

> (um) ano, nos termos da lei civil, por autarquia, por empresa pública e por fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência.

Por meio da Ação Civil Pública, o Ministério Público pode em nome próprio e no interesse das vítimas ajuizarem uma única demanda que poderá beneficiar todos os lesados, resultando numa solução mais rápida do conflito e em sensível economia de tempo e dinheiro (ALMEIDA, 2001, p. 97). Todavia, a intervenção ministerial é limitada, levando-se em consideração o interesse a ser tutelado. Sobre isso, é fundamental esclarecer que os interesses podem ser disponíveis, indisponíveis ou de disponibilidade restrita, independentemente de quem seja seu titular (MAZZILLI, 2007, p. 93).

Contudo, a legitimidade ativa de uma instituição não exclui as demais, porque quando se trata de ação civil pública, a legitimidade é concorrente e disjuntiva. Concorrente porque os legitimados ativos (art. 5º da Lei n° 7.347/1985) podem agir em defesa de interesses transindividuais. É disjuntiva porque os co-legitimados não precisam comparecer em litisconsórcio (MAZZILLI, 2007, p. 314). A Constituição de 1988 deixou cristalina essa possibilidade quando estabeleceu que a legitimação do Ministério Público para a ação civil pública não impede a dos demais legitimados, nas mesmas hipóteses (art. 129, § 1º, da CF/1988).

A ação civil pública deve ser utilizada como um instrumento de tutela dos interesses individuais homogêneos socialmente relevantes, não se prestando à tutela de direitos individuais subjetivos, cujos titulares, quando dispuserem de amplas condições sociais e culturais de acesso ao judiciário deverão socorrer- se das vias ordinárias para pleitear os seus interesses (MARCO; SANDRIN, 2011, p. 15).

Cabe destacar o texto da Súmula n° 07 do Conselho Superior do MPSP, que confere legitimidade à atuação de seus membros na defesa dos direitos individuais homogêneos quando se tenha expressão na coletividade, como nas seguintes hipóteses: "a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico".

Enfim, conforme o entendimento de Marcelo da Silva Oliveira, tendo em conta tudo o que já se afirmou, se é por intermédio da causa de

pedir e do pedido que se define a categoria do direito metaindividual e considerando, ainda, que a tutela prestada será sempre alcançada com uma condenação genérica, remontando a fase posterior a apuração individual do dano, o argumento isolado de que o MP não é legitimado para a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, em face da sua divisibilidade e disponibilidade, não pode prosperar, pois, ainda assim, tais direitos, em face da relevância que assumem na sociedade passam a constituir interesses sociais, e por isso coletivos (lato sensu), cuja defesa está afeta às funções institucionais do Parquet (OLIVEIRA, 2002, p. 27).

2 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO DE NATUREZA ASSISTENCIAL E SUA TUTELA POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Após afirmar que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição, a Constituição Federal de 1988 instituiu, no art. 203, inciso V, como um de seus objetivos e como uma garantia constitucional, a efetividade do direito maior de igualdade:

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

Ao estabelecer a garantia de um salário mínimo mensal às pessoas com deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, a Constituição Federal garantiu efetividade ao princípio da isonomia (art. 5º, caput).

Para dar eficácia à norma prevista no art. 203, inc. V, da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei nº 8.742/93, também denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), dispondo sobre a organização da assistência social. Tal norma, em seu art. 20, estabelece que o idoso ou pessoa com deficiência que não tiverem comprovadamente condições de suprir sua própria manutenção ou de tê-la provida por seus familiares tem direito ao recebimento de um salário mínimo mensal.

O Decreto nº 6.214/07, regulamentando o art. 20 da LOAS, previu a concessão de Benefício de Prestação Continuada (BPC) à pessoa com deficiência e ao idoso (maior de 65 anos de idade), brasileiro, nato

ou naturalizado, ou de nacionalidade portuguesa (desde que comprovem, em qualquer dos casos, residência no Brasil), cuja renda per capita do grupo familiar seja inferior a ¼ do salário mínimo vigente na data do requerimento e que comprovem não ter condições de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Pessoa com deficiência é aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Como estipula o art. 20, § 1°, da LOAS, para os fins do benefício assistencial de prestação continuada, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Anote-se que o art. 35 da Lei nº 8.742/93 deixa estreme de dúvidas a legitimidade passiva do INSS, estatuindo que:

> Cabe ao órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social operar os benefícios de prestação continuada de que trata esta Lei, podendo contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma a ser estabelecida em regulamento.

Observe-se que ao INSS caberá a função de operacionalizar a concessão do benefício, conforme depreende-se do parágrafo único do art. 32 do Decreto n.º 1.744/95, tendo inclusive estabelecido normas e procedimentos para a operacionalização do benefício de prestação continuada aos idosos e pessoas com deficiência por meio da Resolução INSS/PR nº 324/95.

Clara é a natureza jurídica dos direitos dos beneficiários da assistência social. São direitos individuais homogêneos, na medida em que, apesar da divisibilidade, há circunstâncias que os une na sua origem: tais como a condição de serem idosos ou pessoas com deficiência e não possuírem renda ou meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por suas famílias.

Consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao Ministério Público é dado promover, via ação coletiva, a defesa de direitos individuais homogêneos, porque tidos como espécie dos direitos coletivos, desde que o seu objeto se revista da necessária relevância social. Nessa linha, possui o Ministério Público Federal legitimidade para a defesa

do mencionado direito socioassistencial, intensificada pela sua repercussão social, conforme preceitua o art. 31 da Lei nº 8.742/93.

Tal repercussão social é manifesta, haja vista, em primeiro lugar, a natureza do dano e o interesse que há no funcionamento do sistema de Assistência Social. Em segundo lugar, pela dimensão ou abrangência do dano, que atinge os idosos e pessoas com deficiência carentes. E, por fim, pelo fato do benefício assistencial ser considerado verba de cunho alimentar que consiste em uma garantia constitucional que independe de contribuição à Seguridade Social.

No REsp 413.986/PR (Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 11.11.2002), o INSS recorreu ao STJ alegando que os direitos previdenciários não são suscetíveis de tutela mediante Ação Civil Pública, por serem individuais homogêneos não caracterizados como relação de consumo. A tese da autarquia foi refutada pelo STJ, constando da ementa:

> RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. O Ministério Público está legitimado a defender Direitos Individuais Homogêneos, quando tais Direitos têm repercussão no interesse público. O exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza. Em verdade, a ação coletiva, ao tempo em que propicia solução uniforme para todos os envolvidos no problema, livra o Poder Judiciário da maior praga que o aflige, a repetição de processos idênticos. Recurso conhecido, mas desprovido.

No tocante à tutela do interesse dos segurados que recebiam benefício de prestação continuada do INSS sem a devida atualização, assentou-se que "sobre as atribuições dos integrantes do Ministério Público, cumpre asseverar que a norma legal abrange toda a amplitude de seus conceitos e interpretá-la com restrições seria contrariar os princípios institucionais que regem esse órgão" (RESP n° 211.019, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 08/05/ 2000, p. 112).

No entanto, há julgados nas cortes superiores que sustentam que o Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação civil pública relativa a benefícios previdenciários, por se tratarem de direitos individuais disponíveis que podem ser renunciados por seu titular e por não se enquadrarem na hipótese de relação de consumo, uma vez que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto

ou serviço como destinatário final, em que não se amolda a situação aqui enfrentada (c.f. REsp 502.744 e RE 472.489).

2.1 Precedentes em matéria de Ação Civil Pública para a proteção do direito ao BPC

No campo da assistência social, as ações civis públicas não têm prosperado no STJ até o momento, encontrando séria resistência quanto à possibilidade de reconhecimento do direito assistência social (art. 203 da CF/1988), especialmente no que diz respeito ao direito a um salário mínimo à pessoa com deficiência ou ao idoso carente. Cite-se como exemplo o julgamento do REsp 661701 SC 2004/0069019-8, de 2009:

> PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LEI 8.742 /93. MODIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS LEGAIS TEXTUALMENTE PREVISTOS PARA A CONCESSÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS. RELAÇÃO DE CONSUMO DESCARACTERIZADA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO DO INSS PROVIDO. 1. O Ministério Público não detém legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública que verse sobre benefícios previdenciários, uma vez que se trata de direitos patrimoniais disponíveis e inexistente relação de consumo. Precedentes. 2. Prejudicado o exame do recurso especial da União. 3. Recurso especial da autarquia provido para declarar a ilegitimidade ativa do Ministério Público [...].

Lamentavelmente, ainda não há precedente no STJ admitindo ação civil pública nesses casos, o que causa estranheza, pois, é justamente nos casos de benefícios assistenciais que a atuação por meio de substituição processual seria mais necessária.

Os TRFs, por sua vez, vêm admitindo ação civil pública para benefícios assistenciais, defendendo ser ela o meio processual legítimo para a tutela de interesses individuais homogêneos em que haja relevante interesse social. Neste sentido, a mais recente jurisprudência:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AGRAVO RETIDO IMPROVIDO. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RETORNO DOS AUTOS AO

RELATOR PARA CONHECIMENTO DO MÉRITO DA APELAÇÃO. - Agravo retido conhecido (art. 523, § 1º do CPC). - O Ministério Público Federal é parte legítima para a propositura de Ação Civil Pública para defesa de direitos individuais indisponíveis. - Agravo retido do INSS improvido. Afastada a arguição de ilegitimidade ativa do MPF. Determinado o encaminhamento dos autos ao Relator para a apreciação do mérito da apelação [...]. (TRF 3ª Região - APELAÇÃO CÍVEL AC 00234977220154039999 SP 0023497-72.2015.4.03.9999).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL FAMILIAR PER CAPITA. ARTIGO 34, § ÚNICO, DA LEI Nº 10.741 /2003. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 580.963. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. 1. No julgamento do RE 580.963/PR, submetido à repercussão geral, o Pretório Excelso, por maioria de votos, reconheceu e declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade, por omissão parcial, do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741 /03 (Estatuto do Idoso). 2. De acordo com os parâmetros fixados pelo STF, no cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS deve ser excluído o valor auferido por idoso com 65 anos ou mais a título de benefício assistencial ou benefício previdenciário de renda mínima, bem como o valor auferido a título de benefício previdenciário por incapacidade ou assistencial em razão de deficiência, independentemente de idade. 3. Presentes a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser mantida a decisão que deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar ao INSS que desconsidere, na análise dos requerimentos de benefício assistencial devido à pessoa com deficiência e ao idoso, o valor decorrente de qualquer benefício assistencial ou previdenciário de renda mínima percebido por idoso e/ou pessoa com deficiência integrante do grupo familiar, independentemente de sua fonte [...]. (TRF 4ª Região - AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 50246522220154040000 5024652-22.2015.404.0000).

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MPF. LEGITIMIDADE ATIVA.

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ADEQUAÇÃO DA UTILIZAÇÃO

DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742 /93.

INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. 1.

Consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao Ministério Público é dado promover, via ação coletiva, a defesa de direitos individuais homogêneos, porque tidos como espécie dos direitos coletivos, desde que o seu objeto se revista da necessária relevância social. 2. Conforme entendimento firmado pelo STJ (REsp nº 1.142.630/PR, Rel. Min. Laurita Vaz), a ação civil pública é considerada instrumento idôneo para a tutela dos direitos de natureza previdenciária. 3. O art. 20 da Lei nº 8.742 /93 não exige, à concessão do benefício de prestação continuada, que a doença ou lesão incapacitante tenha natureza irreversível. Ilegalidade da expressão "irreversíveis" contida no inciso II do artigo 624 da IN 20 INSS/PRES [...]. (TRF 4ª Região - APELAÇÃO CIVEL AC 19536020094047105 RS 0001953-60.2009.404.7105).

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE. RENDA FAMILIAR PER CAPITA. ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI 10.741 /03). 1. Cancelada a Súmula nº 61, em 21.06.2004 (AC 2001.72.08.001834-7, Rel. Des. Nylson Paim de Abreu), pela 3ª Seção desta Corte, a qual trazia o entendimento de que a União Federal deveria figurar no pólo passivo das ações relativas a benefício assistencial. Sendo, então, o INSS o único ente legítimo para responder à demanda, deve a União ser excluída da ação, sendo admitida, contudo, sua intervenção na qualidade de assistente do INSS, recebendo o feito no estado em que se encontra. 2. Consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao Ministério Público é dado promover, via ação coletiva, a defesa de direitos individuais homogêneos, porque tidos como espécie dos direitos coletivos, desde que o seu objeto se revista da necessária relevância social. 3. A melhor interpretação do disposto no artigo 34 da Lei n.º 10.741 /03 (estatuto do idoso) conduz ao entendimento de que conquanto seu parágrafo único se refira especificamente a outro benefício assistencial ao idoso, não há como restringi-lo a tal hipótese, sendo de se aplicá-lo extensiva ou analogicamente quando verificada a existência de benefício assistencial concedido

a familiar deficiente, ou benefício previdenciário de valor mínimo concedido a familiar idoso, seja o postulante idoso ou deficiente. 4. A desconsideração, para fins de apuração da renda familiar per capita, de benefício auferido por pessoa que não é deficiente, ou que tem menos de 65 anos de idade, todavia, extrapola o campo da interpretação pura e simples, adentrando no espaço reservado à criação de norma positiva, o que é vedado, como regra, ao Judiciário (como também extrapolaria, por exemplo, a desconsideração de parcela de benefício superior ao mínimo recebido por familiar, ou, ainda, de renda não decorrente de benefício previdenciário ou assistencial) [...]. (TRF 4ª Região - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREEX 958 SC 2005.72.13.000958-5).

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, CF. ART. 20, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 8.742 /93. DEFICIENTES, IDOSOS ACIMA DE 65 ANOS E PORTADORES DE HIV. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ADEQUAÇÃO DA VIA. - Preliminar de ilegitimidade do Ministério Público Federal para propor a presente ação civil pública rejeitada. A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que "o Ministério Público, ao defender o interesse da coletividade de idosos e portadores de deficiência física favorecidos pelo art. 203, V, da Constituição, possui legitimidade para a propositura de ação civil pública, considerado, sobretudo, o interesse social relevante. Trata-se de direito ligado à seguridade social, que, segundo o disposto no art. 194, caput, da Constituição, 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"(in RE 444.357/PR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, d. 28.10.2009, DJe-211, divulg. 10.11.2009, public. 11.11.2009)- É de ser afastada a alegada ausência de possibilidade jurídica do pedido uma vez que não se pretende através da presente ação civil pública a declaração de inconstitucionalidade da norma in abstrato, pois o que se busca é, exatamente, a proteção do bem jurídico tutelado constitucionalmente - a obtenção do benefício mensal, no valor de um salário mínimo, aos portadores de deficiência, idosos com mais de 65 anos e portadores do vírus do HIV, que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. - O benefício de prestação continuada, de um salário mínimo

mensal, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal e regulamentado pelo art. 20 e parágrafos da Lei nº 8.742 /93, é devido à pessoa portadora de deficiência (sem limite de idade) e ao idoso, com mais de 65 anos, que comprovem não ter condições [...]. (TRF 3ª Região - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREE 4259 SP 2003.61.09.004259-3).

AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVOS REGIMENTAIS. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. IDOSOS E INCAPAZES. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/03.

1. Consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao Ministério Público é dado promover, via ação coletiva, a defesa de direitos individuais homogêneos, porque tidos como espécie dos direitos coletivos, desde que o seu objeto se revista da necessária relevância social. Ademais, dispõe o art. 74, inciso I, da Lei n° 10.741/03, competir ao Ministério Público instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.

2. Despropositada se afigura a interpretação literal e restritiva do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03, segundo a qual somente o benefício concedido a qualquer membro da família nos termos do caput do indigitado dispositivo "não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS". Fere a razoabilidade e, sobretudo, a isonomia, o fato de aquele que contribuiu a vida inteira para a Previdência Social ter seu benefício no valor de um salário mínimo computado no cálculo da renda familiar, ao passo em que excluído do referido cálculo o benefício assistencial percebido pelo idoso que nada verteu para o sistema previdenciário.

3. Ainda que tratando especificamente do idoso, o art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 741/03 não pode deixar de ser aplicado no caso do "incapaz para a vida independente e para o trabalho", porquanto não se pode dizer que economicamente haja qualquer distinção.

> 4. Agravo de instrumento provido. (TRF 4ª Região - AG 200504010227190 - Sexta Turma Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira - DJU 16/11/2005 - pág. 986).

Não merece prosperar a tese que sustenta o cabimento da ação civil pública apenas para a defesa dos interesses difusos e coletivos no sentido estrito. Alinha-se ao entendimento do Min. Dias Toffoli, para quem o direito individual homogêneo (que abrange, entre outros o direito ao BPC), apesar de não ser coletivo em sua essência, mas considerado subespécie de direito coletivo, em face do seu núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos individuais decorrentes de origem comum, deve ter a sua proteção judicial realizada em bloco a fim de obter uma resposta judicial unitária do mega-conflito, bem como evitar a proliferação de ações similares com as consequentes decisões contraditórias, conferindo maior credibilidade ao Poder Judiciário e atendendo ao interesse social relativo à eficiência, celeridade, economia processual e a efetivação do objetivo constitucional fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (TOFFOLI, 2015, web).

Cumpre ao Poder Judiciário, por meio do tão conhecido sistema de freios e contrapesos, corrigir a omissão do Poder Executivo e atribuir, nos casos concretos, o que foi garantido constitucionalmente, sempre tendo em mente que o Benefício de Prestação Continuada servirá para que idosos e pessoas com deficiência possam se manter dignamente por conta própria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indiscutível que os idosos e as pessoas com deficiência enfrentam os mais diversos tipos de discriminação. O benefício de prestação continuada, portanto, mostra-se como uma ferramenta indispensável para assegurar a dignidade dos idosos e pessoas com deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Neste estudo, propôs-se a discussão sobre a possibilidade da tutela dos chamados direitos individuais homogêneos de natureza assistencial em sede de Ação Civil Pública, instrumental conferido a certos co-legitimados (Ministério Público, entes governamentais e políticos ou associações) para a tutela dos interesses metaindividuais.

Assim, vislumbra-se razoável o argumento de que os meios processuais cabíveis para a reivindicação cidadã dos direitos de natureza

assistencial seja ampla e acessível como forma de ajustar o instrumental (dogmática processual) à finalidade (justiça efetiva), evitando ações repetitivas, estimulando a função social do processo e beneficiando segmentos sociais hipossuficientes (OLIVEIRA, 2002).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública:** doutrina e jurisprudência. Prefácio de J. P. Sepúlveda Pertence. São Paulo: Ed. RT, 2001. BRASIL. **Decreto nº 6.214,** de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.742,** de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 01 nov. 2016.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado** MARCO, Cristhian Magnus de. SANDRIN, Katiane. A ação civil pública e a tutela dos direitos individuais homogêneos em matéria de Seguridade Social. **Revista de Direito Brasileira**, 2011. Disponível em: www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/download/55/54. Acesso em: 19 ago. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Rizzatto. **As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI128109,31047-As+acoes+coletivas+e+as+definicoes+de+direitos+difusos+coletivos+e. Acesso em: 01 nov. 2016.

OLIVEIRA, Marcelo da Silva. A ação civil pública e a tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público. **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.**, Brasília, ano 10, vol. 20, p. 113-141, jul./dez. 2002. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/arquivos/20_05.pdf. Acesso em: 19 ago. 2016. Paulo: Ed. RT, 2009. **pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

EIXO 2:

TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO E A CIDADANIA PARTICIPATIVA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O DIREITO INTERNACIONAL E O COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS NO MUNDO GLOBALIZADO: O PROTOCOLO DE PALERMO

Ana Beatriz de Araújo Cerqueira*

Iatã de Almeida Barale**

INTRODUÇÃO

O presente trabalho refere-se a uma pesquisa bibliográfica, cuja temática geral compreende a análise do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (ocorrida em Palermo, no ano 2000) e relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças. A partir de uma análise dos documentos jurídicos que antecederam o Protocolo de Palermo e de dados e pesquisas acerca do tráfico de pessoas no mundo contemporâneo, busca-se compreender como este acordo pode contribuir para mitigar o tráfico de pessoas, contextualizado na sociedade globalizada, que, configurada por meio de intensificados fluxos de informação, capital e indivíduos, acredita-se contribuir para a formação de um ambiente mais profícuo a esse tráfico.

Pretende-se também elucidar a questão da posição ocupada pelos protocolos no Direito Internacional e as barreiras enfrentadas por tal acordo, seu real alcance e sua real combatividade e efetividade jurídica quando posto em questão a aplicação do Protocolo de Palermo no caso brasileiro. No que tange a efetividade, entende-se que a preponderância de questões econômicas no âmbito de acordos internacionais pode significar uma menor possibilidade de efetividade do Protocolo de Palermo. Segundo a Organização das Nações Unidas o tráfico de pessoas é uma "forma de escravidão moderna", que viola inúmeros Direitos Humanos. Tendo em vista esse atentado à dignidade humana, a análise dos instrumentos jurídicos que visam a ele se opor - como é o caso do Protocolo de Palermo - é de suma relevância para a discussão dos Direitos Humanos, influindo em reflexões acerca da efetividade dos modos pelos quais se busca, contemporaneamente, resguardar esses direitos.

* Graduanda em Direito pela FADIR-UFU
** Graduando em Direito pela FADIR-UFU

1 PROTOCOLO DE PALERMO E SEUS ANTECEDENTES

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, também conhecido como Protocolo de Palermo, passou a vigorar internacionalmente em setembro de 2003, sendo promulgado na legislação nacional, por meio do decreto nº 5.017, em março de 2004. O Protocolo de Palermo é o marco jurídico contemporâneo de maior importância no que concerne a problemática da combatividade, da cooperação internacional e da assistência à vítima do tráfico de pessoas internacional. Uma de suas inovações foi apresentar uma definição una acerca do tráfico de pessoas internacional, sendo, então, "o primeiro instrumento global juridicamente vinculante com uma definição consensual sobre o tráfico de pessoas"[1]. Inova também quando da questão da cooperação internacional e da assistência às vítimas de tal crime (conforme já mencionado), e da sua preocupação com a não violação dos direitos humanos.

> O Protocolo vai além da compreensão tradicional do Tráfico (a dimensão penal e de segurança pública), brindando uma perspectiva multidimensional (proteção dos direitos humanos das vítimas - conf. Art. 6.º), ademais de adotar compromissos políticos ( ). O Protocolo de Palermo delineia a extensão e a busca da defensa dos direitos humanos, ao combinar a proteção e assistência integral às vítimas, bem como a necessidade de realizar a prevenção do delito a toda sociedade, como também a persecução, repressão ao crime com vistas de salvaguardar os direitos humanos. (SILVA; GOES, 2013, p. 189)

Antes de adentrarmos aos outros aspectos relativos ao Protocolo de Palermo, faz-se mister tratar, ainda que brevemente, da evolução histórica dos principais instrumentos internacionais que dizem respeito ao tráfico de pessoas, principalmente no que concerne a caracterização do que é tráfico e os sujeitos cuja proteção é compreendida por esses documentos. De acordo com os estudos de Ela Castilho (2007) o marco inicial da normatização internacional acerca do tráfico de pessoas foi o Tratado de Paris de 1814, firmado entre o Estado Francês e a Inglaterra, que tratava do tráfico de negros para a escravidão. Em setembro de 1926, foi assinada em

[1] Segundo informações obtidas no website do Escritório de ligação e parceria no Brasil da United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html. Acesso em 22 out. 2016.

Genebra a Convenção sobre a Escravatura, que foi emendada e reafirmada em Dezembro de 1953, em Nova York, pela Organização das Nações Unidas. Por meio destes documentos, o comércio de escravos foi proibido. Castilho comenta que para:

> os fins dessa Convenção o tráfico de escravos "compreende todo ato de captura, aquisição ou cessão de um indivíduo para vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão por venda ou câmbio de um escravo, adquirido para vendê-lo ou trocá-lo e, em geral, todo ato de comércio ou de transporte de escravos". Por sua vez escravidão é conceituada como "estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercitam os atributos do direito de propriedade ou de alguns deles". (CASTILHO, 2007, p. 10)

Em 1956, a Convenção de Genebra ampliou o foco de sua reprimenda para as práticas análogas à escravidão, obrigando os Estados signatários a criar mecanismos para modificar e coibir tais práticas, fixando "a obrigação de definir como crimes, entre outras, a conduta de transportar ou de tentar transportar escravos de um país a outro, de mutilar ou aplicar castigos, de escravizar alguém ou de incitar alguém a alienar sua liberdade ou de quem esteja sob sua autoridade" (CASTILHO, 2007, p. 10).

Ainda de acordo com o aporte histórico feito por Ela Castilho (2007), a partir de 1904, com o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, a preocupação dos organismos internacionais se distancia da questão do tráfico de escravos negros e migra para a problemática do tráfico de mulheres brancas, principalmente oriundas do leste europeu. Pouco depois, no ano de 1910, em Paris é estabelecida à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, que

> definia o tráfico e o favorecimento à prostituição como o aliciamento, induzimento ou descaminho, ainda que com o seu consentimento, de mulher casada ou solteira menor, para a prostituição. Tratando-se de mulher casada ou solteira maior, a conduta só deveria ser punida se aquelas condutas tivesse sido praticadas "com fraude ou por meio de violências, ameaças, abuso de autoridade, ou qualquer outro meio de constrangimento". Era permitido, porém, aos Estados Partes dar a mesma proteção à mulher casada ou solteira maior independentemente da fraude ou constrangimento. (CASTILHO, 2007, p. 11)

A Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças ocorrida em Genebra, no ano de 1921, modificou a expressão mulheres brancas para mulheres e menores incluindo agora em sua proteção crianças de ambos os sexos. Em 1933, também em Genebra, mais algumas alterações ocorreriam por meio da Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores. Na ocasião, a necessidade do não consentimento para a configuração do tráfico é retirada, obrigando a punição pelo tráfico, independentemente do consentimento da mulher adulta traficada.

Em 1949, uma nova Convenção modificou importantes aspectos no trato da questão, principalmente, em relação à modalidade sexual do tráfico de pessoas. Como principais mudanças pode-se citar: a vítima do crime de tráfico passa a ser qualquer pessoa independente de idade e sexo; são alocadas as bases para a cooperação internacional; e não se faz mais necessária, para a tipificação do crime de tráfico de mulheres, a necessidade de ocorrer entre países diferentes. Essa convenção

> veio valorizar a dignidade e o valor da pessoa humana, como bens afetados pelo tráfico, o qual põe em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade. Vítima pode ser qualquer pessoa, independentemente de sexo e idade. De acordo com o seu artigo 1º, as Partes se comprometem em punir toda pessoa que, para satisfazer às paixões de outrem "aliciar, induzir ou descaminhar, para fins de prostituição, outra pessoa, ainda que com seu consentimento" bem como "explorar a prostituição de outra pessoa, ainda que com seu consentimento". O art. 2º detalha as condutas de manter, dirigir, ou, conscientemente, financiar uma casa de prostituição ou contribuir para esse financiamento; de dar ou tomar de aluguel, total ou parcialmente, um imóvel ou outro local, para fins de prostituição de outrem. (CASTILHO, 2007, p. 11)

Apesar da Convenção de 1949 ter sido, até a confecção do Protocolo de Palermo, o principal documento jurídico que diz respeito ao tráfico de mulheres para a exploração sexual, a mesma foi alvo de inúmeras críticas quanto a sua real eficácia. Entre essas, podemos mencionar que

> ( ) uma das fortes limitações do aludido Convênio foi vincular o Tráfico de mulheres à prostituição, restringindo assim a exploração somente à esfera sexual. ( ) O Convênio de 1949 primou pela repressão à exploração sexual e a condena da prostituição gerando uma forte resistência por parte de

> alguns Estados a sua ratificação. Com efeito, se observa que o mesmo não oferece um enfrentamento ao Tráfico de pessoas que prime pela proteção dos direitos humanos das vítimas, ou mesmo que vise a prevenção do delito que seguia em espiral crescente. (SILVA; GOES, 2013, pp. 187-188)

Após a citada Convenção, alguns outros documentos jurídicos foram produzidos no âmbito internacional, todos contribuindo de alguma forma para chegar-se ao marco jurídico atual acerca da matéria, o Protocolo de Palermo. Porém, as modificações propostas não se fizeram suficientemente relevantes para que aqui sejam abordadas detidamente.

O Protocolo de Palermo (2003) em seu artigo 3º e suas alíneas define o Tráfico de pessoas:

> a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a); c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo; d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos. (BRASIL. Decreto/Lei nº 5.017, de 12 de março de 2004)

Nota-se na definição atual, conforme conferida pelo Protocolo, um caráter de proteção universal, não restringindo-se a questões étnicas ou de gênero, sendo abarcados por sua proteção qualquer ser humano que se encontre nas situações positivados pelo documento. Fazse importante frisar a irrelevância do consentimento concedido pela vítima para a

configuração do tráfico de pessoas e a maior proteção concedida as crianças vítimas do crime.

O Protocolo inova também em conjugar em um só documento três objetivos principais, prevenção, investigação e repressão, primando também pela assistência e proteção das vítimas do tráfico transnacional de pessoas. Preocupações estas de proteção e prevenção positivadas em seu artigo 9º, no que diz respeito as obrigações dos Estados signatários acerca do assunto:

> 1. Os Estados Partes estabelecerão políticas abrangentes, programas e outras medidas para: a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas; e b) Proteger as vítimas de tráfico de pessoas, especialmente as mulheres e as crianças, de nova vitimação. 2. Os Estados Partes envidarão esforços para tomarem medidas tais como pesquisas, campanhas de informação e de difusão através dos órgãos de comunicação, bem como iniciativas sociais e econômicas de forma a prevenir e combater o tráfico de pessoas. 3. As políticas, programas e outras medidas estabelecidas em conformidade com o presente Artigo incluirão, se necessário, a cooperação com organizações não governamentais, outras organizações relevantes e outros elementos da sociedade civil.
>
> 4. Os Estados Partes tomarão ou reforçarão as medidas, inclusive mediante a cooperação bilateral ou multilateral, para reduzir os fatores como a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades que tornam as pessoas, especialmente as mulheres e as crianças, vulneráveis ao tráfico. 5. Os Estados Partes adotarão ou reforçarão as medidas legislativas ou outras, tais como medidas educacionais, sociais ou culturais, inclusive mediante a cooperação bilateral ou multilateral, a fim de desencorajar a procura que fomenta todo o tipo de exploração de pessoas, especialmente de mulheres e crianças, conducentes ao tráfico. (BRASIL. Decreto/Lei nº 5.017, de 12 de março de 2004)

Nota-se que o Protocolo de Palermo pretendeu realizar um trato holístico da problemática, não se restringindo a apenas uma área de atuação, buscando atuar nas diversas facetas do problema, criando diretrizes para a positivação de leis e criação de políticas públicas pelos Estados nacionais.

Acerca de tal fato disserta Cecilia Bijos (2009):

> De acordo com as Nações Unidas, o Protocolo representa uma nova forma de ver a problemática do tráfico de pessoa, pois combina as tradicionais formas de controle para

> investigar e punir os criminosos com medidas para proteger as vítimas. Tentativas anteriores de lidar com o assunto, a partir de uma única perspectiva não foram bem-sucedidas, justamente por não terem esse caráter multidimensional que as Nações Unidas atribuem ao novo instrumento. Como exemplo, cita-se o Acordo para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, de 1904 e as Convenções Internacionais para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, de 1910, para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, de 1921 e para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, de 1933. A preocupação com a prevenção e com a atenção às vítimas, no entanto, ainda não era foco de atenção por parte dos Estados. (BIJOS, 2009, pp. 56-57)

Conforme o exposto, é possível analisar o Protocolo de Palermo como um importante marco jurídico para o combate do tráfico de pessoas, atividade crescente no mundo contemporâneo, mitigando inúmeros direitos humanos, e que se encontra agora delineada e por vezes facilitada pelo mundo globalizado e pelas novas formas tecnológicas da pós-modernidade.

2 TRÁFICO DE PESSOAS NO MUNDO GLOBALIZADO

O Tráfico de pessoas é um crime altamente lucrativo e que coloca em risco direitos humanos fundamentais de indivíduos de todo o globo. Segundo dados do Global Report on Trafficking in Persons 2014, publicado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, contendo dados acerca da questão do tráfico de pessoas referentes principalmente aos anos de 2010 à 2012, 49% das vítimas são mulheres, 21% são crianças do sexo feminino, 18% são homens e 12% são crianças do sexo masculino. Ainda de acordo com dados do mesmo relatório, 53% das vítimas do tráfico de pessoas são exploradas sexualmente, 40% estão em situação de trabalho forçado, 0,3% atendem ao tráfico de órgãos e a porcentagem restante corresponde a outras destinações do tráfico de seres humanos. Em um recorte por gênero, tem-se a grande maioria das mulheres, 79% vítimas de exploração sexual e a maioria dos homens, 83% vítimas de trabalho forçado.

Quanto ao fator das rotas geográficas do tráfico, apenas 34% acontecem dentro das fronteiras de um mesmo país, correspondendo o restante dessas rotas ao tráfico internacional. Acerca da origem das vítimas, principalmente são oriundas da América do Sul, da África Subsaariana, do Sul e Leste da Ásia e do Leste europeu. Os países receptores são

principalmente da América do Norte e Central, da Europa Ocidental e Central, e do Oriente Médio.

Analisando os dados nota-se que a questão do tráfico de pessoas é delineada ainda por uma forte questão social e de gênero, em que na sua maioria mulheres de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento são aliciadas e exploradas sexualmente em países considerados desenvolvidos. Acerca da questão, explana Boaventura de Souza Santos (2009),

Quando pensamos no tráfico de pessoas e no modo como este fenómeno vem ganhando relevância, encontramos, do mesmo modo, fluxos transnacionais que, sem qualquer respeito pela auto-determinação dos sujeitos, cumprem lógicas de acumulação económica. E se é verdade que este fenómeno ilegal, informal e tutelado por organizações criminosas em tudo difere da centralidade da escravatura na formação do sistema mundo, ele não deixa de ter uma inextrincável relação com este. A questão é que, se as práticas de tráfico não são centrais nos mercados globais transnacionais nem no mundo global em que vivemos, como outrora a escravatura o foi, elas alojam-se nas desigualdades e injustiças na distribuição de riqueza promovidas e fomentadas por esse mesmo sistema mundo. É assim que, finda a colonização e a mercadorização legítima de pessoas entre países, são hoje as abissais desigualdades entre Norte e Sul que promovem lógicas clandestinas que conduzem à sub-humanidade. (SANTOS; GOMES; DUARTE, 2009, p. 71)

As análises acerca do Tráfico de pessoas no mundo contemporâneo devem levar em conta fatores antes não presentes. Acredita-se que a sociedade globalizada e seus intensificados fluxos de informação, capital e indivíduos, contribuiu para a conformação de um ambiente mais profícuo a essa prática. Esses fatores, também modificam o modus operandi de toda a engrenagem que perpassa essa modalidade de tráfico. Giovanni Quaglia menciona estimativas de que, em 2007, o lucro dessa atividade atingia um patamar

> em torno de US$ 7 bilhões por ano, graças também às novas tecnologias eletrônicas, que facilitam a expansão de redes do crime, tanto em países em desenvolvimento como nos já desenvolvidos. No continente europeu, o tráfico de mulheres e crianças da Europa Central e do Leste aumentou drasticamente, principalmente a partir da queda do comunismo, no começo da década de 90, no período considerado como a intensificação da globalização. Vale ressaltar que a globalização - o intensificado fluxo de

> informação, capital e pessoas - apresenta oportunidades e riscos. Criouse também um ambiente onde as drogas, o crime e também o tráfico de pessoas podem avançar com mais facilidade (QUAGLIA, 2007, pp. 39-40).

Levando em conta também a "globalização do modelo econômico neoliberal" e seus reflexos como propulsor e facilitador de tal modalidade de tráfico, haveria

> pelo menos três desígnios da globalização neoliberal que, se não promovem o tráfico de seres humanos, pelo menos tornam a sua restrição mais difícil: a criação de uma economia global privatizada, com um controlo estatal residual, em que os mercados locais surgem ligados entre si; a liberalização da troca, com a diluição das fronteiras para a circulação de pessoas, bens e serviços que sirvam a criação do tal mercado global; e a disseminação da produção através de investimento estrangeiro em multinacionais. No que especificamente concerne ao tráfico de mulheres para fins de exploração sexual, estas características levam a que, sob um menor controlo estatal, se desenvolva globalmente uma indústria do sexo, em que um conjunto de pessoas, mulheres, é explorado consecutivamente; isto é facilitado por uma circulação em que as pessoas dos países mais pobres migram para trabalhar nessa indústria, voluntária ou involuntariamente, e as dos países ricos se deslocam para turismo recreativo e sexual fomentado, também, pelo investimento estrangeiro. (SANTOS; GOMES; DUARTE, 2009, p. 72).

Quanto ao papel das novas tecnologias, principalmente da internet e das redes sociais, faz-se mister a referência à sociedade em rede analisada por Manuel Castells (1999). Para ele, a internet tem o poder de transmitir uma imensa gama de símbolos para uma também enorme gama de usuários, sem que esses símbolos passem por centros de controle, diferentemente de outras formas de mídia e comunicação, nas quais se observa esse controle. Nas palavras do autor, "existem milhões de usuários de redes no mundo inteiro, cobrindo todo espectro da comunicação humana, da política e da religião ao sexo e à pesquisa" (CASTELLS, 1999, p. 440). Tais características transformam o ambiente online em um importante meio de aliciamento e de comercialização de pessoas, pois nele pode-se encontrar um imenso catálogo de possíveis vítimas sem a necessidade de estabelecer contato inicial face a face, além da facilidade de, nesse ambiente, criar-se e veicular-se simulacros de realidades que

possam ludibriar as vítimas. Também, serviços de mensagem instantânea e as facilidades da troca online de informações, ressaltando o reduzido, inexistente, ou dificultoso monitoramento desses ambientes, mostram-se bastante profícuos ao desenvolvimento de redes de comunicação a serviço do tráfico de pessoas.

Por fim, deve-se salientar que a problemática do tráfico de pessoas tende a crescer e se modificar tendo em vista as crises financeiras recorrentes e a forma como, a partir da lógica estatal neoliberal, elas contribuem para o desmanche das políticas de bem-estar social, ampliando a população empobrecida e migrante, suscetível ao aliciamento na tentativa de sobreviver, e tendo também em vista a problemática das guerras correlata à pauperização crescente de populações já pobres, como é o caso dos migrantes do norte da África e do Oriente Médio, do Haiti, para citar apenas alguns exemplos, que migram pelo globo em busca de melhores condições de vida e encontram-se mais suscetíveis ao tráfico de pessoas.

3 O PROTOCOLO DE PALERMO E SUA EFETIVIDADE E COMBATIVIDADE: O CASO BRASILEIRO

King (2008) aponta que o Protocolo da ONU acerca do tráfico de pessoas foi um instrumento eficaz, em muito devido a sua natureza de enforcement, isto é, a capacidade que um sistema possui de obrigar que os acordos estabelecidos sejam de fato cumpridos (ZILBERSZTANJN; SZTAJN, 2005, p. 105). Dentre as disposições colocadas no Protocolo de Palermo, destaca-se que os Estados membros devem agir para penalizar o tráfico, proteger as vítimas e garantir às vítimas residência temporária ou permanente no país de destino destas. Ou seja, está inserido no instrumento normativo que, se um Estado se torna membro da Convenção e de seus Protocolos, ele é automaticamente obrigado a criar uma legislação que suporte essas questões em âmbito doméstico.

De acordo com a última edição do Trafficking in Person Report (2016), relatório com periodicidade anual publicado pelo Departamento de Estado do governo norte-americano, que possui o objetivo de verificar como diversos governos ao redor do mundo têm atuado de forma harmônica com as normas globais estabelecidas, o Brasil é um grande país de destino, trânsito e fonte de tráfico humano. Débora Rodrigues do Santos sintetiza a situação brasileira em relação ao tráfico de pessoas:

> O Brasil é um país de origem e destino do tráfico humano, vítimas brasileiras foram encontradas na Suíça, Portugal e Espanha submetidas à exploração sexual, e no Brasil, foram encontradas pessoas do Paraguai, Peru e Haiti submetidas à condição análoga a de escravo. De acordo com a Pesquisa Nacional sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial (PESTRAF) no Brasil, publicada em 2002, existem cerca de 240 rotas de tráfico de pessoas no país sendo que 131 rotas interligam o Brasil ao exterior, com forte concentração na Região Norte, 78 rotas interestaduais e 32 rotas intermunicipais. As rotas são estrategicamente construídas a partir de cidades que estão próximas as (sic.) rodovias, portos e aeroportos, oficiais ou clandestinos, que são pontos de fácil mobilidade. Pode utilizar-se de vias terrestres, aéreas, hidroviárias e marítimas. (SANTOS, 2016, p.28)

O Brasil, apesar de ser uma rota conhecida do tráfico humano para fins de exploração sexual, até o ano 2000 não possuía políticas públicas direcionadas para o enfrentamento desse problema, de forma que o tráfico de seres humanos se mostrava uma atividade lucrativa e de poucas consequências negativas para aqueles que a praticavam. O Protocolo de Palermo aparece como um instrumento que modificou esse cenário.

Em 2000, ano de assinatura do Protocolo, algumas organizações internacionais, em especial a ONU e a OEA, começaram a exercer pressão sobre o governo brasileiro, denunciando violência, abuso e exploração sexual tendo em vista fins comerciais. A adesão do Brasil ao Protocolo de Palermo mostrou-se efetiva em diversos momentos, especialmente um ano após a adesão brasileira, em março de 2005, quando entra em cena a Lei nº 11.10643 que modifica o Código Penal brasileiro, alterando seus artigos 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescentando o artigo 23, de forma que passa a estabelecer penas de três a doze anos em casos de tráfico de pessoas.

Ainda em 2000, a OEA demandou ao governo federal a Pesquisa Sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes Para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil (PESTRAF), que foi coordenada nacionalmente pelo Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes - CECRIA. O estudo, até então inédito, centrou sua atuação em dar visibilidade ao problema e situá-lo com relação à sua dimensão jurídica, às rotas internas e externas, ao perfil da demanda e das redes de favorecimento, e à caracterização das vítimas.

A partir da publicação da pesquisa o país passou a se posicionar de maneira mais incisiva acerca do enfrentamento ao problema. A primeira ação foi introduzir no Plano Plurianual (PPA) de 2004 a 2007 ações específicas sobre o tráfico de pessoas.

Os planos plurianuais são instrumentos previstos pela constituição federal que estabelecem planos de médio prazo que inserem diretrizes, objetivos e metas a serem seguidos pelos governos federais, estaduais e municipais ao longo de um período de quatro anos. Nesse documento são citados direcionamentos quanto ao diagnóstico sobre o tráfico de seres humanos no Brasil e a capacitação de profissionais da rede de atenção às vítimas de tráfico de seres humanos. O relatório ainda aponta dentro de sessão intitulada "promover a redução das desigualdades de gênero", quatro diretrizes, quais sejam: 1. Estímulo ao debate sobre as desigualdades sociais nas questões de gênero; 2. Combate ao trabalho de meninas na condição de empregada doméstica; 3. Combate à violência contra a mulher; e 4. Combate ao tráfico de mulheres e meninas.

Em seguida, no ano de 2006, é aprovado em âmbito federal o Decreto nº5948/2006, a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, que tinha por finalidade estabelecer princípios, diretrizes e ações de prevenção e repressão ao tráfico de pessoas e de atendimento às vítimas, de forma que instituía um Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar uma proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP). A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas cita o Protocolo de Palermo e adota sua definição de tráfico de pessoas, embora Bijos acrescente que:

> [n]o entanto, a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas apresenta alguns problemas notáveis. A Política define o tráfico de pessoas no seu Artigo 2º, fazendo referência direta à definição no Protocolo de Palermo. Entretanto, o parágrafo 7º do mesmo artigo introduz uma diferença significante. Uma vez que a Política Nacional não considera em nenhum momento o consentimento da vítima como relevante, evita qualquer discussão sobre o consentimento, de forma não convencional, não se referindo ao Artigo 3(b) Protocolo de Palermo. A solução brasileira em evitar qualquer discussão sobre o consentimento de facto também ignora a questão do recrutamento através de formas abusivas, que é uma parte essencial da definição de tráfico de pessoas no Protocolo de Palermo. No entanto, esses meios ainda estão todos mencionados na definição da Política

> Nacional referente ao que consiste o tráfico de pessoas. (BIJOS, 2009, p. 70, grifo nosso)

O PNEPT é aprovado em janeiro de 2008 e marca uma nova etapa no combate ao tráfico humano no território brasileiro, de forma que constitui um marco normativo em que se trouxe uma orientação em termos de princípios, diretrizes e ações destinadas à atuação do poder público nessa área. A previsão é de que o plano seria implementado até dois anos após a data de sua publicação.

As mudanças na legislação brasileira posteriores ao Protocolo e relativas à ordem cronológica ainda seguiram-se, de forma que em dezembro de 2006 é instituída a Portaria nº 2.167, acerca da aplicação do Plano de Ação para a Luta contra o Tráfico de Pessoas entre os membros do Mercosul; nessa mesma data, tem-se o Decreto nº 5.948, que aprovava a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Em janeiro de 2008, tem-se o Decreto nº 6.347, que aprova Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas; em agosto de 2009, vem a Portaria SNJ nº 031 que definiu as atribuições dos Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e dos Postos Avançados. Por fim, teve-se o Decreto nº 7.901, de fevereiro de 2013 - aprovando o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Em 2015, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, em parceria com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), divulgou o primeiro balanço do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, de forma que as 115 metas previstas no II PNETP, foram avaliadas em quatro categorias: ótimo, bom, ruim e péssimo, sendo 54 metas consideradas com ótimo progresso, 28 com bom progresso, 12 com um progresso ruim e, somente, duas com péssimo progresso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É ainda importante caracterizar que pelos aspectos de gravidade e globalidade do crime de tráfico de pessoas, uma legislação internacional sincronizada e somada a uma eficiente cooperação torna-se evidentemente efetiva nos âmbitos de prevenção e repressão dessa prática. É dentro desta lógica que insere-se o Protocolo de Palermo, que desponta como o instrumento de maior importância para o combate ao tráfico de pessoas contemporaneamente.

O Protocolo contribui, em especial, por ter como panorama o desenvolvimento de uma perspectiva internacional para a definição e combate ao tráfico humano. Nesse ponto Bijos sintetiza a importância do instrumento internacional, pois,

> apesar da existência de uma variedade de instrumentos internacionais que contêm normas e medidas práticas para combater a exploração de pessoas, especialmente mulheres e crianças, [antes] não existia um instrumento universal que abordava todos os aspectos do tráfico de pessoas. Na falta deste, os direitos humanos internacionalmente reconhecidos daqueles vulneráveis ao tráfico não estavam, até a assinatura do Protocolo, suficientemente protegidos. (BIJOS, 2009, p. 84, grifo nosso)

O tráfico de pessoas é considerado pela Organização das Nações Unidas uma "forma de escravidão moderna". Reduzidos a bens de consumo pecuniários e alienados de seus direitos humanos basilares os indivíduos vítimas dessa forma de violência sofrem uma das penas mais algozes conhecidas na modernidade.

A partir dessa consideração, torna-se evidente a relevância do Protocolo de Palermo para o combate a esse atentado à dignidade humana. Porém, entendemos também que marcos normativos não resolvem todo o problema e que se deve investir no combate das desigualdades sociais e da pobreza, e na garantia dos direitos sociais de todos os indivíduos, para que esses não acabem, por inúmeros motivos (na grande maioria dos casos buscando melhores perspectivas de sobrevivência no mundo regido pelo capital), envolvidos na mercantilização de corpos, assim tornando-se meros objetos de mercado no comércio internacional de pessoas.

REFERÊNCIAS

BIJOS, Cecília. **A insuficiência das ações brasileiras no enfrentamento ao Tráfico internacional de pessoas**. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-100, 2009.

BRASIL. **Decreto/lei nº. 5.017, de 12 de Março de 2014**: Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2004/Decreto/D5015.htm. Acesso em: 22 out. 2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. **Avaliação sobre o progresso do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (II PNETP)**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014

BRASIL. Secretaria Nacional da Justiça. **Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília: Ministério da Justiça. 2008.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade Em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Tráfico de pessoas**: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. In: BRASIL. Marina Pereira Pires Oliveira (Coord.). Política nacional de enfrentamento ao Tráfico de pessoas. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. p. 10-15.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima (Orgs.). **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial** - PESTRAF. Relatório Nacional. Brasil. Brasília: CECRIA, 2002.

KING, L. **International Law and Human Trafficking. Human Rights & Human Welfare**, v. 1, p. 88-103, 2008.

QUAGLIA, Giovanni. Tráfico de Pessoas, um Panorama Histórico e Mundial. In: BRASIL. Marina Pereira Pires Oliveira (Coord.). **Política nacional de enfrentamento ao Tráfico de pessoas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. p. 10-15.

SANTOS, Boaventura de Sousa; GOMES, Conceição; DUARTE; Madalena. **Tráfico de Mulheres em Portugal para fins de exploração sexual**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2009.

SANTOS, Débora Rodrigues dos. **Política nacional brasileira de enfrentamento ao tráfico de pessoas à luz do Protocolo de Palermo**. 2016. 54 f. TCC (Graduação) - Curso de Relações Internacionais, Instituto de Educação Superior de Brasília, Brasília, 2016.

SILVA, Waldimeiry Corrêa da; GOES, Karine Goes e. A realidade multifacetada do Tráfico de Pessoas. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Tráfico de pessoas para exploração sexual**: prostituição e trabalho sexual escravo. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2013.

UNITED STATES OF AMERICA, United States Department of State 2016. **Trafficking in Persons Report**. Disponível em: https://www.state.gov/documents/organization/258876.pdf. Acesso em: 22 de Outubro 2016.

UNODC. **Global Report on Trafficking in Persons 2014**. Viena: United Nations publication, 2014.

ZILBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. **Economia e Direito**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

EL DESARROLLO DE LA COMPETENCIA MULTILINGÜE COMO FORMA DE GARANTIZAR LA CULTURA DE LA PAZ

André Luís Vedovato Amato*

INTRODUCCIÓN

La presente investigación ubicada en el eje temático de Globalización, Ciudadanía y Políticas Públicas busca comprender la importancia de las políticas públicas como forma de garantizar la paz y la comprensión entre los pueblos, habiendo en el desarrollo de la capacidad multilingüe como su principal instrumento, por un abordaje teórico a partir del concepto de ciudadanía global.

Si la competencia multilingüe es una habilidad de comprensión del ser humano, al aprender un nuevo idioma las personas, por una necesidad natural de socialización y comunicación, son compelidas a comprender el mundo de otra manera abandonando las ideas embazadas en prejuicios, orgullos y egoísmos, sustituyéndolas por nuevas ideas de respecto, comprensión y empatía, pues para aprender un idioma es necesario comprender la cultura, y comprendiéndola tornase necesario respéctala, tanto a ella como a los miembros de aquello grupo socio-cultural. Así a partir del cambio valores, actitudes y habilidades es objetivado el respeto mutuo y la coexistencia pacífica (UNESCO, 2015). En suma, el desarrollo de esta competencia permite la educación para la construcción de una sociedad más justas, pacíficas, tolerantes e inclusivas (KI-MOON, UN, 2012).

Proyectos de Políticas Públicas que intentan incentivar el desarrollo del intercambio de estudiantes, además de garantizar un cambio académico, propicia en cambio cultural, es posible, entonces cuestionar si: ¿Políticas Públicas y acciones individuales de intercambio son un instrumento efectivo para el desarrollo de la paz y de la comprensión entre los pueblos en un contexto de ciudadanía global?

Aprender una nueva lengua mientras vives en un país diferente del propio, es una experiencia que permite la comprensión sobre el ser humano de una forma más amplia y compleja. Para aprender una nueva lengua, además de poseer el dominio lingüístico-gramatical, es necesario dominar

* Bacharelando em Direito. **Institución de Investigación:** Laboratório de Prática Jurídica Simulada em Direito Internacional Público e Direito Internacional dos Direitos Humanos - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

y comprender el contexto lingüístico-social. El lingüista estadounidense Noam Chomsky (1965) explica que la competencia lingüística está directamente ligada a la comprensión de las estructuras formales del idioma, no obstante la comprensión meramente formal ignora el lado humano del lenguaje, en virtud de que es necesario comprender al otro, comprender su modo de vida y sus maneras de expresarse, ya que el saber interiorizado es el que permite comunicarse eficazmente en situaciones sociales distintas (RICHARDS, J., J. PLATT & H. WEBER; 1985). Es entonces que, más allá del simple acto comunicativo, existe la necesidad de desarrollar la alteridad, para comprender y en verdad aprender una nueva lengua. Así es cuestionado: ¿Si el desarrollo de la capacidad multilingüe como forma de mejora da la comprensión del ser humano en asumir la situación del otro es un medio efectivo para el avance del concepto de ciudadanía global?

Por medio de una pesquisa exploración doctrinaria, enfocándose en artículos de investigaciones y resultados de programas de resolución de conflictos en el mundo, objetivase comprender el desarrollo de la capacidad multilingüe como medio para garantizar la paz, a través de la comprensión del otro.

A despecho de las consideraciones académicas en contrario, es posible decir: hay una creciente interdependencia e interconectividad entre países en las áreas económica, cultural y social ocurriendo, también, por medio del comercio internacional, las migraciones y las comunicaciones (LEE, W.O.; FOUTS, J.; 2005). El mundo está mucho más dinámico e interdependiente y sus implicaciones conducen a un desarrollo socio-económico más amplio (UNESCO; 2015), no apenas en la perspectiva de las relaciones de países, como también de desarrollo socio-cultural, pues la dinámica e interdependencia se expande para las relaciones personales e interpersonales, en las relaciones familiares, laborales, entre otras.

No se trata de un ordenamiento o definición legal, es una situación fática caracterizada por entender, hacer y relacionarse con otras personas y con el medio ambiente en un periodo tiempo-espacio con base en valores universalistas, a través del respecto a la diversidad y al pluralismo cultural (UNESO;2013). A eso se designa ciudadanía global, que es un cambio paradigmático en la cosmovisión contemporánea de la sociedad occidental.

La competencia multilingüe concibe la empatía o alteridad como necesaria al acto comunicativo, siguiéndole el respeto mutuo, la individualidad y la razón de cada persona, pues genera el sentimiento de pertenecientica a una categoría social más amplia: la humanidad.

Así, generando los medios de respecto cultural e individual de cada cual reflejando una verdadera sociedad global.

Es decir, que tales proyectos y programas políticos son esenciales al desarrollo de una cultura de paz, o sea, un agregado de valores, acciones, tradiciones y comportamientos embazados en el respecto a la vida, al reconocimiento del otro con dignidad y respecto; de la práctica de la cooperación y de la cultura de paz (ONU; 2004).

1 DESARROLLO, CIUDADANIA E CIUDADANIA GLOBAL

La ciudadanía mantiene estrechas relaciones entre la sociedad política y sus miembros, a partir de la Revolución Francesa y la Revolución Americana llegó a ser insertado en el contexto global un nuevo tipo de Estado, llevando consigo los ideales de libertad e igualdad, y aunque tenían un origen burgués ayudó en la búsqueda de la inclusión social. En conformidad con el eje temático considerase:

> "El instituto de la ciudadanía, en su comprensión liberal, se refiere al vínculo de naturaleza jurídica y política entre un individuo y un Estado, que confiere aquel un conjunto de derechos civiles y políticos, dentro cuales el de votar y recibir votos. No obstante, las transformaciones por las cuales pasaran Estado y Sociedad en el pasaje del siglo XIX para el siglo XX inviabilizaran la permanencia de la comprensión exclusivamente liberal de la ciudadanía. En la análisis de Thomas Marshall, la ciudadanía, comprendida como un status concedido a los sujetos, compuerta un principio de igualdad entre todos sus detentores, de manera que su expansión tiene por consecuencia la alteración del padrón de desigualdad social. De acuerdo con este autor, la ciudadanía es composta por tres partes que, por naturaleza, se iban desarrollar sucesivamente: civil (derechos necesarios a la libertad individual), política (derecho de participar en el ejercicio del poder político) y social (derechos que contienen desde el necesario para el mínimo bien estar, hasta el derecho de participar integralmente de la herencia social). La aplicación de este análisis, todavía, debe ser hecha con resalvos cuando se considera la realidad de estados periféricos o semiperiféricos de América Latina (Cf. Wanderley Guilherme dos Santos y José Murilo de Carvalho). Además, la comprensión de la ciudadanía, como nacional por su definición, en el actual contexto de globalización y relativización de los elementos constitutivos del Estado, incluso la soberanía, ya

> no son suficientes ni como herramienta analítica, ni como referencial axiológico. Es necesario, pues, el auxilio de un concepto que permita conocer y actuar sobre la realidad de la participación política y de la concretización de derechos para allá de los límites del Estado y de la nacionalidad. En ese sentido, tiene gran relevancia la idea de ciudadanía cosmopolita, global o mundial."

La UNESCO en su programa de educación para la ciudadanía global considera que ese término refiere se *"*a un sentido de pertenencia a una comunidad más amplia y a una humanidad común. Hace hincapié en la interdependencia política, económica, social y cultural y en las interconexiones entre los niveles local, nacional y mundial" (UNESCO; 2015). Aún más, es un abordaje si se considera la educación para la ciudadanía global en tres dimensiones conceptuales básicas, a saber: la cognitiva, la socioemocional y la conductal. La dimensión cognitiva es caracterizada por *"*la adquisición de conocimientos, comprensión y pensamiento crítico acerca de cuestiones mundiales, regionales, nacionales y locales, así como de las interrelaciones y la interdependencia de diferentes países y grupos de población*"* (UNESCO; 2015; p.15). La Socioemocional es representante del *"*sentido de pertenencia a una humanidad común, compartiendo valores y responsabilidades, empatía, solidaridad y respeto de las diferencias y la diversidad*"* (UNESCO; 2015; p.15). Por su vez, la conductal representa la *"*acción eficaz y responsable en el ámbito local, nacional y mundial con miras a un mundo más pacífico y sostenible*"* (UNESCO; 2015; p.15).

Así para la presente investigación comprehendiese ciudadanía global como un abordaje de comprensión sobre la ciudadanía clásica desarrollando aspectos socioculturales, además de los requisitos formales. ¿Cómo el desarrollo dese abordaje permite el desarrollo de la comprensión del otro? ¿Cuáles influencias que se pueden comprehender por medio del lenguaje?

2 LA COMPETENCIA MULTILINGÜE COMO UNA COMPETENCIA CULTURAL

Cada persona interpreta y comprende el mundo por un medio individual. Una lengua como un conjunto de signos, señales y significantes en su simplicidad es solo uno instrumento de expresión de la manifestación de la razón individual. La lengua expresa un hecho, un acto, lo describe, a partir de una manifestación individual. Se describe algo, no se crea, en ese

sentido la función esencial es la comprensión de aquello que se describió, y no como si lo fuera. Ejemplificase con la definición del sentimiento afectivo, próximo a la melancolía, estimulado por la distancia representado en portugués por la palabra "saudade", adoptada sin cambios por los hispanohablantes, mientras en inglés, por ejemplo, lo más similar seria la expresión "I miss you". A pesar de no haber palabra correspondiente la idea es la misma, ella existe en todos lugares. Así afirmase toda forma e instrumento comunicativo es incompleto en su esencia pues no logra repasar la idea tal cual fuera presentada por su creador. Por más sencilla y clara que sea la transmisión, siempre hay presencia de ruidos comunicativos, que logran dificultar esa comprensión. Todavía, esta comprensión no solo se deriva del lenguaje hablado tradicional. No se olvide; está la existencia de los sordomudos, los autistas, que se comunican por otros medios que no es del lenguaje usual. Además de las dificultades encontradas, muchas veces logra su intento de manifestar su humanidad, su razón. Así se comprende que la capacidad multilingüe es la competencia de cada persona expresarse y comprender la expresión de la razón del otro. Más allá del simple dominio de la estructura de los idiomas, que es función de gramáticos y lingüistas. La competencia multilingüe es una habilidad de expresión, de comprensión de cada cual como ser humano; es un instrumento de desarrollo de humanidad.

En sentido general, por competencia lingüística se entiende el hecho de "saber una lengua", conocimiento que comprende varios componentes: fonológico, sintáctico, semántico, léxico y morfológico. Chomsky (1965) define la competencia lingüística como el sistema de reglas que, interiorizadas por el discente, conforman sus conocimientos verbales (expresión) y le permite entender un número infinito de enunciados lingüísticos (comprensión). Lyons (1969) incorpora otro matiz al hacer referencia a la competencia pragmática, la que define como el conocimiento y la capacidad de utilizar procedimientos no lingüísticos que incluyen las necesidades, las intenciones, los propósitos y las finalidades en el uso de la lengua. A partir de la década de los sesenta, se comienza a distinguir entre competencia lingüística y comunicativa, pasando de una visión estructuralista de la lengua (vista como materia de conocimiento, con énfasis en el aprendizaje de la gramática, de las reglas y estructuras), a una visión comunicativa (como instrumento de uso, con determinados propósitos, intenciones y finalidades).

La idea que mueve este cambio en la forma de comprender la comunicación, es el supuesto de que en el momento de la comunicación no

solo transmitimos una información por medio del código (HENRIQUEZ; NOGUES; MARTIN: 2012). La comunicación humana va más allá de esta definición, ya que en muchas de nuestras interacciones no intercambiamos información solamente, sino que se saluda, agradece, interroga, insulta, lo que implica otros tipos de acciones y comportamientos implícitos. En consecuencia, es posible establecer diferentes finalidades en la comunicación humana, siendo una de ellas la de informar, pero no es la única. Además, el hecho de compartir un mismo código no es un requisito para que dos o más sujetos logren comunicarse con éxito, puedan convivir y lleguen a entenderse (HENRIQUEZ; NOGUES; MARTIN: 2012).

A través del lenguaje, de sus signos (verbales y no verbales), los sujetos deben intentar interpretar eficazmente los símbolos convencionales de un código aprendido. En este contexto, la conclusión a la que se puede llegar es que los hablantes no tienen como única fuente la descodificación para obtener una información: también emplean la inferencia (de cierta información, deducir otra nueva); además, existe una intención comunicativa que espera ser compartida, objetivo que desempeña un papel decisivo en la comunicación y en la relación entre personas de culturas diferentes (HENRIQUEZ; NOGUES; MARTIN: 2012). La incorporación de estos nuevos matices a la teoría comunicativa viene a validar la idea de que en el sistema educativo, los centros educativos no deben centrarse exclusivamente en el aprendizaje de la lengua vehicular de la enseñanza, sino en el aprendizaje de competencias comunicativas globales, partiendo del contexto de la diversidad lingüística que vive el propio alumno y considerándolo en su vertiente de aprendiz de lenguas, como el resto de sus compañeros. Como nociones básicas de un enfoque comunicativo intercultural, Henriquez; Nogués y Martin (2012) al citar Janney y Horst (1992) proponen que el estudiante sea considerado el centro del proceso de enseñanza y aprendizaje y el uso de la lengua tenga, entre otras finalidades, establecer una buena convivencia entre los integrantes de un grupo, lo que lleva a priorizar el proceso de significación sobre la conceptualización; vale decir, que lleguen a entender el porqué de cualquier situación, saber analizarla y valorarla. Esto sería un sujeto competente desde este enfoque (HENRIQUEZ; NOGUES; MARTIN: 2012).

Dentro de las metodologías proponen el diálogo y la interacción, empleando la dinámica de grupos y la motivación. Para estos autores, la competencia comunicativa intercultural conseguiría integrar aspectos cognitivos, axiológicos, afectivos, motivacionales y creativos, como componentes básicos del desarrollo de la personalidad de los aprendices.

Este enfoque pasa de aspectos puramente lingüísticos al desarrollo de competencias más amplias, pues concibe que la lengua se aprende en contextos reales y contextualizados, e intenta mantener una línea de acción en esa dirección, por ejemplo, empleando textos auténticos, variados, reales y verosímiles que sean objeto de comprensión, análisis y que favorezcan una interacción lingüística permanente, a través de acciones de escucha, habla, lectura y escritura.

Un último aspecto que es posible analizar, es el cambio que se ha producido al considerar el desarrollo de la lengua como elemento clave en el desarrollo de la identidad de los hablantes. (HENRIQUEZ; NOGUES; MARTIN: 2012)No se puede entender otra cultura sin tomar conciencia de la propia, esto implica un acto recíproco. Al citar Areizaga (2001), los autores (HENRIQUEZ; NOGUES; MARTIN: 2012) comprehenden que la visión de lengua y comunicación debe recoger la perspectiva histórica que dé cuenta del carácter dinámico de toda la sociedad, así como presentar la pluralidad y complejidad de las redes sociales entre grupos e individuos, que es donde se desarrolla tal identidad. La cultura no se basa en el conocimiento compartido, sino en reglas compartidas de interpretación; por lo tanto, asumir una identidad prestada mediante el aprendizaje de la lengua, a través de una serie de conductas determinadas, no facilitará la consecución de los objetivos educativos que la enseñanza persigue, entre ellos el desarrollo de una verdadera competencia comunicativa intercultural.

Así, identificada la influencia socio-lingüística-psicológica de las estructuras de la lengua, es posible deducir que esa estructura es permeable por relaciones interpersonales, cuestionándose cual sus consecuencias para el desarrollo de la ciudadanía global. Para eso, es necesario recoger a la teoría de abordaje interactiva para resoluciones de conflictos internacionales de Herbert C. Kelman.

3 ABORDAJES INTERACTIVAS PARA RESOLUCIONES DE CONFLICTOS

En los días actuales es posible notar que la intolerancia, o mejor, la falta de comprensión del diferente es el generador de los conflictos, adicionados claro a los interés económicos, militares, entre otros. Todavía al hablar con referidos agentes todos se refieren a sus acciones como medios para atingir la paz social y el desarrollo. Ignorando la presencia de agentes portadores de malas intenciones, hay en general el objetivo de

desarrollo más amplio, el biencomún, así es posible concluir que se trata de un problema de comunicación, la cual las partes hablan y desean la misma cosa, todavía no logran éxito de atingir el objetivo común, pues no comprenden la idea presentada por otra perspectiva sino la suya. Un ejemplo palpable ocurre en Brasil, en el microcosmo universitario, en la cual hay sociedades deportivas académica y sociedad de representación política académica que concurren atención y fondos de los estudiantes. Ambos desean la misma cosa, mayor participación discente, sola que para lograr éxito atacan al otro como enemigos, en lugar de trabajar juntos para el objetivo común.

Si tal situación ocurre en un microcosmo pequeño, es posible que también ocurra afuera en otros tantos micros e macrocosmos existentes. Hay presencia de ruidos comunicativos que impiden la total comprensión de las ideas presentadas, muchos son prejuicios o simple ignorancia del respecto a las diferencias para objetivar un objetivo más grande. De forma resumida hay conflictos pues no hay comunicación, se no ha comunicación, no ha alteridad, sin alteridad no ha respecto, sin respecto la humanidad caminará para su propia destruición.

La competencia multilingüe concibe la empatía o alteridad como necesaria al acto comunicativo, siguiéndole el respeto mutuo, la individualidad y la razón de cada persona, pues genera el sentimiento de pertenecientica a una categoría social más amplia: la humanidad. Así, generando los medios de respecto cultural e individual de cada cual reflejando una verdadera sociedad global.

Herbert C. Kelman (1998) adopta un enfoque para el análisis y resolución de conflictos internacionales y étnicos, anclado en principios psicológicos y sociológicos bajo un modelo práctico-empíricos sobre la influencia social y la interacción grupal. Para el, la identidad nacional y la existente entre dos pueblos que son destinados a vivir juntos en la misma pequeña área debe apuntar hacia el establecimiento de una nueva realidad cooperativa y mutuamente comprehensiva hasta involucrar un proceso continuo de desarrollo hacia esa relación (KELMAN; 1998).

La práctica de solución de problemas interactivos es informadas por un conjunto de suposiciones sobre la naturaleza de internacionales o intercomunales a partir de un análisis socio-psicológico embazados en cincos supuestos generales que abordan la estructura, el proceso, y el contenido de la resolución de problemas (KELMAN; 1998).

Dentro los supuestos abordador por el actor están las relaciones internacionales en su conjunto pro-societales e intersocietales, que no pueden excluir el nivel de comportamiento individual, pues el individuo representa la mayor parte de las unidades de análisis apropiada. (KELMAN; 1998). Así para la efectiva resolución de los conflictos está presente la necesidad de satisfacción de las necesidades de los individuos articulados a través de sus principales grupos de identidad.

No obstante al desarrollar soluciones mutuamente satisfactorias, en conflictos sobre identidad, seguridad y otras necesidades psicológicas necesitase de- puntos de entrada pertinentes a el análisis psicológico (KELMAN; 1998). En el modelo teórico interacciones entre personas pueden influenciar la determinación de resultados positivos, así el autor puede identificar ciertos procesos centrales para la resolución de conflictos, como la empatía, la penetración, el problema creativo, es decir, la solución y el aprendizaje se producen a nivel de la interacción entre los individuos (KELMAN; 1998).

El conflicto internacional debe ser comprehendido no sólo como un fenómeno intergubernamental o interestatal, pero también como un fenómeno intersocietal en la medida en que el conflicto entre dos sociedades, se vuelve importante para examinar lo que sucede dentro cada sociedad, Kelman (1998) alértanos sobre el papel de las divisiones dentro de cada sociedad - es decir, las relaciones intergrupal y intragrupal (KELMAN; 1998). Divisiones internas son limitaciones serias para la búsqueda de la paz pero también proporcionan palancas para el cambio, pues desafían la imagen monolítica del enemigo existente en las partes en conflicto. Así requiere un análisis de la dinámica de la opinión pública en ambos lados como requisito para el consenso.

Si las interacciones intersociales son necesarias para la resolución de conflictos étnicos, pues tratase de una corrección de las relaciones individuales, así, en conformidad con lo presentado en la sección dos es posible teorizar cuanto la aplicación sobre la enseñanza de lenguas, pues necesita de los mismos elementos: empatía, diálogo, conocimiento de las diferencias entre los grupos.

Para Kelman (1998) el conflicto es un proceso interactivo, las necesidades y los temores de las partes involucradas imponen percepción y restricciones cognitivas. La interacción entre las partes en conflicto alienten a cada parte a adoptar una postura, intransigente, amenazador, lo que refuerza la imagen hostil del enemigo y crea profecías auto cumplidas.

La dinámica del conflicto tienden a consolidar sus propias perspectivas sobre justicia; deshumanización del enemigo.

Así como el desarrollo de la capacidad multilingüe, la perspectiva adoptada pelo autor para la solución interactiva de conflictos busca en si el reconocimiento y la ascensión a la perspectiva del otro. Los esfuerzos de resolución de conflictos requieren la promoción de un tipo diferente de capacidad, capaz de invertir conflictos mediante la perspectiva de diferenciación de la imagen del enemigo que contribuye a la resolución del problema. La interacción entre la teoría lingüística, adoptada en la sección dos, puede contribuir al desarrollo de un sistema sin conflictos, pues el lenguaje expresa en ideas, gestos y acciones generan un compromiso de reciprocidad caracterizase así un cambio del énfasis de la política del poder (KELMAN; 1998).

En la metodología presentada por Kelman exige la participación de un tercero en la comunicación entre partes, destacándose que el tercero no esta involucrado en la relación conflictuosa. La finalidad buscada es la creación de una atmósfera, donde el establecimiento de normas propicie a la libre manifestación y un debate abierto, en el que las partes se dirigen entre sí con el fin de comprender su diferentes perspectivas (KELMAN; 1998). General y resumidamente es decir tratase de desarrollar el concepto de alteridad en las partes involucradas en un conflicto.

Para la metodología adoptada la resolución de conflictos requiere una gama más amplia de procesos de influencia, es necesario ampliar y refinar estrategias basadas en las promesas y los incentivos positivos que satisfagan las necesidades de ambas partes. Una llave Elemento en este proceso es mutuo seguridades. En los conflictos existenciales las partes pueden negociar entre si reduciendo los temores de ambas partes (KELMAN; 1998). Así como en el desarrollo de la capacidad multilingüe que busca el conocimiento de las necesidades culturales del otro y su reconocimiento, llevando a un desarrollo de la ciudadanía global.

De la misma forma que el proceso de aprendizaje de una nueva cultura, la discusión analítica ayuda a las partes a penetrar la perspectiva del otro y comprender sus necesidades, miedos, prioridades y restricciones (KELMAN; 1998). Una vez que ambas las partes se han entendidos y reconocidos, son alentados a participar de ese proceso conjunto de desarrollo de la alteridad, es decir, del reconocimiento del otro como sujeto de derechos.

Para Kelman (1998) esta concepción ampliada sobre los procesos de influencia en una relación se basa en un fenómeno dinámico, marcado por la ocurrencia y posibilidad de cambio de mentalidad y concepciones. Tales esfuerzos de resolución de conflictos se orientan, por lo tanto, a descubrir posibilidades de cambio, identificando condiciones para el cambio y resistencia al cambio favoreciendo una actitud optimista de identificación y reconocimiento del otro. El mismo ocurre en el desarrollo del concepto de ciudadanía global, traspasado por los principios de la teoría lingüística en relación a la capacidad multilingüe.

CONCLUSIÓN

Por todo el expuesto es posible comprender que el desarrollo de la capacidad multilingüe conduce a un sentimiento de percibirse parte integrante de una comunidad: la humanidad. Con el progreso tecnológico y de las comunicaciones hubo una interconexión platanaria única en la historia de la humanidad. Se vive en una sociedad totalmente interconectada en la cual toda acción produce una consecuencia, independiente donde se encuentre. El globo está más interconectado, las distancias otrora lejos; hoy, cerca.

A despecho de las consideraciones académicas en contrario, es posible decir: hay una creciente interdependencia e interconectividad entre países en las áreas económica, cultural y social ocurriendo, también, por medio del comercio internacional, las migraciones y las comunicaciones (UNESCO; 2014). El mundo está mucho más dinámico e interdependiente y sus implicaciones conducen a un desarrollo socio-económico más amplio (UNESCO; 2015), no apenas en la perspectiva de las relaciones de países, como también de desarrollo sociocultural, pues la dinámica e interdependencia se expande para las relaciones personales e interpersonales, en las relaciones familiares, laborales, entre otras.

La enseñaza de un nuevo idioma pasa por los procesos de aprendizaje y por la construcción de una identidad sociocultural de significación. Comprender una nueva cultura es esencial para el aprendizaje de lenguas, asi como para el desarrollo del concepto de ciudadanía global. Así programas que permiten el cambio cultural son instrumentos eficaces in abstrato como formas de garantizar la comprensión cultural y evitar conflictos o resolver los ya existentes. Así al adoptar la metodología de solución interactiva de conflictos y aplicarla dentro de sus posibilidades

y limitaciones al abordaje de la ciudadanía global, tenemos un proceso de formación cultural, o intercultural efectiva con resultados esperados positivos cuanto a concientización de una nueva sociedad global que se presenta en eso siglo.

REFERÊNCIAS

CHOMSKY, N. (1965). **Aspects of the Theory of Syntax**. Cambridge, Massachusetts: M.I.T. Press. (Trad. Port. de E. Raposo J. Meireles, 1975. Aspectos da Teoria da Sintaxe. Coimbra: Arménio Amado).

RICHARDS, J., J. PLATT & H. WEBER (1985). **Longman Dictionary of Applied Linguistics**. Harlow: Longman.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo. Martins Fontes. 2007.

KI-MOON, Ban. **Secretário General**. GEFI - UN. 26 de Setiembre de 2012.

LEE, W.O.; FOUTS, J. **Education for social citizenship**. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2005.

UNESCO. **Educação para a cidadania global**. Brasilia/Brasil. 2015.

UNESCO. **Global Citizenship education**: an emerging perspective: outcome document of the Technical Consultation on Global Citizenship Education. Paris, 2013.

SANHUEZA HENRÍQUEZ, Susan; PAUKNER NOGUÉS, Fraño; SAN MARTÍN, Víctor; FRIZ CARRILLO, Miguel **Dimensiones de la competencia comunicativa intercultural (CCI) y sus implicaciones para la práctica educativa** Revista Folios, núm. 36, juliodiciembre, 2012, pp. 131-151 Universidad Pedagógica Nacional Bogotá, Colombia. Disponível em: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=345932039008. Acesso em: 18 out. 2016.

BAR-TAL, Daniel. **From Intractable Conflict through Conflict Resolution to Reconciliation**: Psychological Analysis. In *Political Psychology*, Vol. 21, No. 2 (Jun., 2000), pp. 351. International Society of Political Psychology. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/3791795. Acesso em: 15 out. 2016.

KELMAN, Helbert C. **Interactive Problem Solving: An Approach to Conflict Resolution and Its Application in the Middle East**. In *Political Science and Politics*, Vol. 31, No. 2 (Jun., 1998), pp. 190-198. American Political Science Association. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/420249. Acesso em: 15 out. 2016.

CONTROLE SOCIAL E EXERCÍCIO DA ACCOUNTABILITY VERTICAL NA INFRAESTRUTURA: AMPLIAÇÃO, CRIAÇÃO E FORTALECIMENTO DE ARRANJOS PARTICIPATIVOS*

José Augusto Marques de Souza*

INTRODUÇÃO

Na teoria política contemporânea talvez seja consenso o fato de que o regime democrático representou um dos ideais mais importantes alcançados no século XX. Grandes acontecimentos como as duas guerras mundiais, bem como a emergência dos dois regimes totalitários e outros autoritários, demonstraram a necessidade de se investir em um modelo que privilegiasse as liberdades dos cidadãos. Nesse sentido, a constituição da democracia se dá a partir da lógica liberal, segundo o qual "o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato de administração pública e a sociedade como o sistema, estruturado em termos de uma economia de mercado". (HABERMAS, 1995, p. 39). Além disso, para este projeto democrático o êxito do processo de formação da opinião e da vontade política na esfera pública estaria ligado ao assentimento dos cidadãos a pessoas e programas (HABERMAS, 1995).

A democracia liberal, ou modelo hegemônico acabou sendo construído ao longo do século XX, principalmente no pós-segunda guerra quando se passou a analisar e propor quais seriam as condições estruturais da democracia (AVRITZER; SANTOS, 2003, p. 01). Entretanto, embora tal modelo vigorasse em grande parte dos países do Norte, no Sul, devido à "terceira onda de democratização" ocorrida na segunda metade do século passado, modelos contra-hegemônicos foram surgindo, inovando em relação à democracia liberal e elitista.

Nestes países, no Brasil inclusive, notou-se a necessidade de se pensar em uma nova constituição da gramática social (AVRITZER; SANTOS, 2003), com o intuito de permitir que públicos plurais participassem diretamente da política, ampliando a participação destes atores do campo eleitoral para o campo deliberativo. Nesse momento de reinvenção das práticas democráticas, o Brasil foi um dos exemplos em

* Discente do 8º período do Curso de Direito da Universidade José do Rosário Velano - UNIFENAS.

que esta ação logrou maiores êxitos. Leonardo Avritzer (2016) mostra que a nova Constituição da República, promulgada em 1988, permitiu que grupos plurais participassem da elaboração e proposição de emendas populares (2016, p. 51), no sentido de permitir que a voz destes grupos fosse ouvida por toda a sociedade.

Mas, mesmo havendo esta abertura à pluralidade, ficou claro que áreas como saúde e assistência social foram privilegiadas em detrimento de outras, como a infraestrutura. Esta última, sofreu uma defasagem no tocante à existência formal de arranjos participativos que exercessem um controle social sobre as obras públicas (AVRITZER, 2016).

Assim, diante da evidente constatação de que ainda existem poucos trabalhos que mobilizam esta área da participação, é preciso ir mais a fundo, lembrando do que escreveu Adrian Lavalle (2011, p. 38): "a participação não apenas fortaleceria a formação de identidades políticas amplas, mas contribuiria para a legitimação de instituições políticas." Por fim, advoga-se que a institucionalização de arranjos participativos no setor da infraestrutura, bem como o fortalecimento dos já existentes, que ainda são muito escassos, é elemento fundamental para aumentar a chamada intensidade democrática brasileira, caso contrário a promessa não hegemônica adotada por esta democracia estaria longe de ser plenamente alcançada.

É relevante observar que a importância do presente trabalho reside no fato de que hoje talvez seja consenso o fato de que as práticas participativas são extremamente positivas à democracia. Entretanto, mesmo os arranjos existentes podem conter problemas de diversas ordens. Torna-se importante fazer um balanço dos arranjos existentes confrontando-os com a área da infraestrutura, que ainda é carente de modelos, a fim de se observar em que grau se encontra a intensidade democrática do Brasil, e, além disso, se a inexistência de arranjos na área citada representa um déficit democrático.

Ressalta-se, ainda, que o principal recurso metodológico utilizado foi a análise bibliográfica dos autores que trabalharam o tema 'participação', 'accountability' e 'qualidade democrática', a fim de buscar na literatura disponível razões para a inexistência de arranjos em matéria de infraestrutura. Cumpre destacar que os relatórios de pesquisa disponibilizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)

forneceram uma base de dados já sistematizada, dispensando em um primeiro momento um levantamento mais detalhado.

1 A DEMOCRACIA LIBERAL-HEGEMÔNICA NO SÉCULO XX

Para a teoria política contemporânea, o acontecimento mais importante do ponto de vista social e político no século XX foi a emergência da democracia. De fato, este século atravessou caminhos tortuosos para que se chegasse a um consenso democrático nos países ocidentais. Avritzer e Santos (2003) deixam claro que neste período turbulento a questão democrática esteve em intensa disputa. Em razão disso, dois debates surgiram. O primeiro dizia respeito à desejabilidade do regime democrático, enquanto o segundo girava em torno das condições estruturais deste regime.

A partir do final da segunda guerra mundial, o modelo hegemônico com base nos dois debates surgidos no entre-guerras vigorou nas democracias contemporâneas. Nos países do Norte observou-se a institucionalização do modelo hegemônico de democracia, melhor representado pela ideia de uma democracia liberal, nas palavras de Luis Felipe Miguel (2014), privilegiando um procedimento que visava exclusivamente a tomada de decisões por uma minoria escolhida por meio das eleições.

Autores como Joseph Schumpeter, Anthony Downs, Samuel Huntington, Norberto Bobbio, Robert Dahl, dentre outros, apontariam, a partir da segunda metade do século XX, elementos que poderiam ser entendidos como estruturantes da concepção hegemônica. Os principais elementos dessa concepção seriam a tão apontada contradição entre mobilização e institucionalização (Huntington, 1969; Germani, 1971); a valorização positiva da apatia política (Downs, 1956), uma idéia muito salientada por Schumpeter para quem o cidadão comum não tinha capacidade ou interesse político senão para escolher os líderes a quem incumbiria tomar as decisões (1942: 269); a concentração do debate democrático na questão dos desenhos eleitorais das democracias (Lijphart, 1984); o tratamento do pluralismo como forma de incorporação partidária e disputa entre as elites (Dahl, 1956; 1971) e a solução minimalista ao problema da participação pela via da discussão das escalas e da complexidade (Bobbio, 1986; Dahl, 1991). (AVRITZER; SANTOS, 2003, p. 02).

O que fica nítido a partir da proposição destes autores, é o fato de que na democracia liberal, essencialmente representativa e muito pouco

participativa, vigoraria a ideia de um conceito minimalista, tal como proposto por Schumpeter. Nas palavras do autor, "o método democrático é aquele acordo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão através de uma luta competitiva pelos votos da população". (SCHUMPETER, 1984, p. 336).

Esta redução ao procedimentalismo minimalista representa bem a concepção hegemônica da democracia, justamente por supor que "a solução elitista para o debate democrático, com a consequente sobrevalorização do papel dos mecanismos de representação, poderia tornar-se hegemônica sem que estes últimos precisassem se combinar com mecanismos societários de participação" (MANIN apud AVRITZER et.al., 2003, p. 03).

Obviamente, transparece a noção de que o procedimentalismo hegemônico privilegia os processos pré-constitutivos de poder, i.e., a democracia é pensada sob um ideal anti-normativo e realista sobre o qual se erige o fortalecimento do seu viés representativo e eleitoral, fazendo com que a participação da sociedade seja apenas dirigida a escolher qual elite política será a vencedora naquele momento, para que sejam implementadas agendas decididas exclusivamente no interior da burocracia do Estado.

2 MODELOS CONTRA-HEGEMÔNICOS NA SEGUNDA METADE DO SÉC. XX

Ainda no século XX, após o sucesso institucional experimentado pelo modelo liberal, surgem concepções não-hegemônicas no cenário da democracia. Isso talvez deixe bem claro a disputa sobre o sentido da democracia, ocorrido no século XX e apontado por Miguel (2014). Ao passo que o modelo hegemônico favoreceu fortemente o elitismo democrático, a concepção não-hegemônica se preocupou muito mais com a participação da sociedade nas decisões da agenda política.

A leitura que o modelo não-hegemônico passou a fazer da democracia na segunda metade do século XX priorizou a noção de que a democracia seria uma gramática de organização e da interação entre Estado e sociedade. Como mostram Avritzer e Santos (2003):

> O reconhecimento da pluralidade humana dá−se não apenas a partir da suspensão da ideia de bem comum, tal como propõem Schumpeter, Downs e Bobbio, mas a partir de dois critérios distintos: a ênfase na criação de uma nova gramática social e cultural e o entendimento da inovação social articulada com a inovação institucional, isto é, com

> a procura de uma nova institucionalidade da democracia. (AVRITZER; SANTOS, 2003, p. 08)

A ideia é a de inserir a pluralidade na agenda democrática, possibilitando o exercício de uma política mais plural visando uma nova configuração da gramática social preexistente. Para tanto, ou melhor, para que se atinja uma política plural, é fundamental que se tenha o assentimento dos atores em processos racionais de discussão e deliberação. Esta descrição representa o chamado princípio D, proposto por Habermas, e para o qual "apenas são válidas aquelas normas-ações com as quais todas as pessoas possam concordar como participantes de um discurso racional." (HABERMAS apud AVRITZER, 2000, p. 39). A inferência que se faz disso é a de que o procedimentalismo democrático sofreu uma reviravolta, deixando de ser uma forma de autorização de governos e passando a ser uma forma de exercício coletivo do poder político, calcado em um processo que seja livre e que haja a apresentação de razões entre iguais.

A nova leitura da sociedade proposta pelo modelo contra hegemônico, indiretamente propôs uma nova articulação entre a democracia representativa e a democracia participativa, no sentido de que, "os grupos mais vulneráveis socialmente, os sectores sociais menos favorecidos e as etnias minoritárias não conseguem que os seus interesses sejam representados no sistema político com a mesma facilidade dos sectores maioritários ou economicamente mais prósperos." (AVRITZER; SANTOS, 2003, p. 11). Nesse sentido, os países do Sul, durante a chamada "terceira onda de democratização", desempenharam um importante papel na interação entre as democracias representativa e participativa, lançando uma nova hipótese de construção democrática, mais voltada ao social, resgatando, em certa medida, os fundamentos do welfare state.

3 CONTRA HEGEMONIA E O CASO BRASILEIRO

Avritzer e Santos (2003) argumentam que a reinvenção da democracia participativa nos países do Sul esteve diretamente ligada ao recente processo de democratização pelo qual estes passaram. Tal processo fez com que a nova configuração do Estado, que no caso brasileiro transitou do autoritário ao democrático, implicou no questionamento de uma gramática social pautada na exclusão, optando por instaurar uma alternativa mais inclusiva aos públicos minoritários que antes não tinham voz.

O Brasil, seguindo a "terceira onda de democratização" foi um dos países que lidou diretamente com a questão da participação. Após o fim do regime autoritário, com o início dos trabalhos da Assembleia Constituinte, começou a ser inaugurado uma nova forma procedimental da democracia representativa. O professor Leonardo Avritzer (2016) em lançamento recente cita que "a Constituição de 1988 - com os artigos sobre soberania (artigo 1º), participação direta (artigo 14) e os capítulos sobre as políticas sociais participativas - foi o ponto de partida na direção da participação social no Brasil." (AVRITZER, 2016, p. 52).

Isto somente foi possível tendo-se em vista que a Constituinte se preocupou em permitir a elaboração de emendas populares, contando com a participação direta de movimentos sociais ligados à saúde e reforma urbana, bem como outros atores como a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).

Como segundo momento de aprofundamento democrático e proposição de práticas participativas (AVRITZER, 2016), pode-se citar o importante papel desempenhado pelo Partido dos Trabalhadores no anos noventa, instituindo a nível local formas de participação, tanto na área de saúde quanto na área orçamentária, que é o caso do orçamento participativo (OP), talvez um dos maiores êxitos em termos de participação política institucionalizada. Além disso, com a conquista do governo federal pelo PT, as práticas participativas que ocorriam somente a nível local passaram a ser ampliadas a nível nacional, fortalecendo a sinergia entre o partido e os processos de participação social.

> De um lado, é possível notar o uso intensivo da participação nas políticas sociais, que começa no nível local em cidades como São Paulo, Porto Alegre e Belo Horizonte e alcança o nível nacional no começo do governo Lula. De outro, nota-se uma ausência quase integral da participação na área da infraestrutura. Esta não foi uma arena privilegiada pelos movimentos sociais dos anos 1990, devido ao apagão de investimentos no setor provocado pela crise da dívida externa no período que precedeu a democratização brasileira." (AVRITZER, 2016, p.51).

A falta de atenção ao setor da infraestrutura durante a democratização fez com que poucas regras fossem direcionadas a este. Talvez a normatização mais expressiva seja a da lei nº 8.666 de 1993, a chamada Lei de Licitações, que impõe certas regras e certos controles internos à Administração Pública no sentido de estabelecer um modus

operandi de obras públicas e aquisições de bens.

Junto à falta de atenção a este setor, pode-se aliar a ideia de que embora a democratização brasileira tenha representado uma inserção de elementos participativos (não-hegemônicos) no interior da nova democracia, subsistiram resquícios hegemônicos e minimalistas que contaminaram a recuperação democrática no caso brasileiro. Talvez isto fique mais evidente quando se analisa a própria Administração Pública, que desde a época do Império é gerida sob a concepção burocratizada, que por sua vez acaba privilegiando um certo patrimonialismo excessivo.

Em termos de arranjos participativos, a infraestrutura, enquanto setor responsável pela implementação de obras públicas, não dispôs de quase nenhuma empiria. As audiências públicas talvez sejam uma das formas de participação mais utilizadas para esta área, mas que ainda assim não atingem de fato o seu objetivo.

Face a isso, no que se refere ao controle social das obras públicas, é preciso que alguns misticismos sejam deixados de lado:

> O acompanhamento de obras públicas é, geralmente, visto como uma atividade técnica e complexa, mais apropriada para ser executada pelos gestores públicos, e na qual ainda há certas resistências burocráticas a uma maior participação do cidadão. Apesar da complexidade técnica, é fundamental discutir e propor alternativas para que haja uma maior diminuição de processos de corrupção, devido à vigilância mais próxima da sociedade, e pode também aumentar a eficiência na gestão dessas obras, haja vista que o acompanhamento mais próximo da sociedade pressiona o gestor público a atuar com mais zelo e cuidado. (PAIVA, 2015, p. 89).

De fato não existem no Brasil participativo hoje grandes intervenções da sociedade civil no tocante ao controle e fiscalização de obras públicas, talvez o principal motivo seja o apontado acima, isto é, a sociedade civil impõe uma barreira estrutural a si mesma, considerando o conhecimento técnico como pressuposto para a participação.

Preliminarmente, pode-se dizer que isto não é verdade. Como maior exemplo disso, Paiva (2015) cita em seu artigo o Movimento João Pessoa Que Queremos (JPQQ), as mobilizações populares decorrentes das obras da Copa do Mundo de futebol, a Comissão de Acompanhamento de Obra (CAO) do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) dentre

outros que a nível local, propuseram grandes avanços no que tange ao controle da infraestrutura diretamente pela sociedade civil desprovida de conhecimentos técnicos.

4 IMBRÓGLIO PARTICIPATIVO: ALCANCE DO CONTROLE SOCIAL E DA ACCOUNTABILITY VERTICAL

É evidente que elementos do modelo hegemônico ainda estão presentes na democracia participativa brasileira, fazendo com que o controle social da infraestrutura e, consequentemente, das obras públicas seja deficiente. Face à isso, a tese defendida pelo presente projeto de pesquisa é a de que o fortalecimento da participação como um todo, principalmente nas áreas mais deficientes como a infraestrutura, é elemento sine qua non, de ampliação da concepção não hegemônica, fazendo com que seja possível defender a ideia de que sem a proposição de arranjos participativos que favoreçam esta área, a democracia brasileira ainda se encontrará em baixa intensidade, tendo-se em vista que a infraestrutura é uma das mais importantes áreas em desenvolvimento no país.

Para tanto, é preciso que surjam arranjos preocupados em exercer o controle social nesta área, mesmo que a nível local, para que posteriormente isto seja ampliado ao nível nacional. Além disso, constitui um caractere muito importante o fortalecimento de arranjos já existentes, como os que serão apresentados em sequência, desmistificando a ideia de que o controle de obras públicas cabe somente aos detentores de conhecimento técnico, e por sua vez reafirmando a tese de que a ampliação de arranjos participativos para esta área em particular é condição chave para que haja um improvement na intensidade democrática no caso brasileiro.

5 LEVANTAMENTO EMPÍRICO

Recentemente o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em parceria com a Secretaria da Presidência, lançou um relatório de pesquisa[1] em que foram feitos balanços empíricos dos Conselhos Nacionais, bem como do perfil dos conselheiros que atuam dentro deles.

In verbis, o relatório traz a metodologia da seguinte forma:

[1] O relatório de pesquisa lançado em 2013 trabalhou em conjunto com a Secretaria da Presidência e Ministérios correlatos a fim de fazer um levantamento empírico detalhado sobre a participação no Brasil. Para tanto, foram analisados dezessete conselhos nacionais preocupados com políticas públicas. Dentre os analisados, destacamos neste trabalho os que representam maior relação com a área da infraestrutura.

> Foi realizado amplo *survey* com conselheiros de 21 conselhos e três comissões nacionais ligados a diversos ministérios e secretarias do governo federal. Para buscar entender os conselhos nacionais, a pesquisa foi orientada por três questões-chave: i) Quem participa dos conselhos nacionais? ii) Quem estes participantes dizem representar e como são estabelecidas as relações de representação? iii) Qual a percepção dos participantes quanto à efetividade destes espaços no que concerne a sua capacidade de se organizar e influenciar diferentes esferas? Este relatório busca responder a estas perguntas a partir da apresentação e análise dos dados recolhidos. (IPEA, 2013, p.10)

Para tanto, o survey considerou três conselhos em particular como eminentemente de infraestrutura. São eles o Concidades (Conselho das Cidades), CNRH (Conselho Nacional de Recursos Hídricos) e o Conama (Conselho Nacional do Meio Ambiente).

Cabe lembrar que, conforme apontado durante este artigo, não existe no Brasil de hoje um arranjo que trabalhe exclusivamente com a matéria da infraestrutura. Por isso, ao trazer estes conselhos supracitados como tal, revela-se mais forte ainda a dificuldade prática enfrentada pela infraestrutura. Observa-se (Tabela 1) que em termos de quantidade, os três conselhos acima citados estão dentro de uma média razoável.

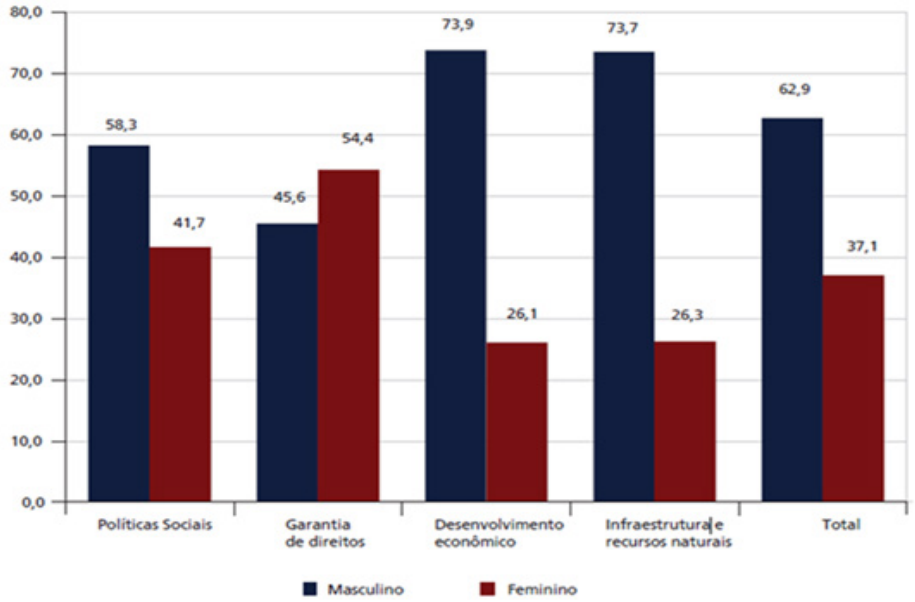
Tabela 1: Proporção de conselheiros participantes da pesquisa por área de política do conselho em que atuam:

Área temática	Conselhos	Número de conselheiros	Conselheiros (%)
Políticas sociais	CNPS, CNPC, CNAS, CNS, Conade, Conaeti, Conanda, CONASP, Conjuve, CNDI, Consea, CDDPH	331	43,2
Garantia de direitos	CNCD/LGBT, CNDM, CNPCT, CNPI, CNPIR	115	15,0
Desenvolvimento econômico	CNES, CNT, Conape, CONDRAF	140	18,3
Infraestrutura e recursos naturais	Concidades, CNRH, Conama	181	23,6
Total		**767**	**100**

Fonte: Conselhos Nacionais: perfil e atuação dos conselheiros. Relatório de pesquisa. IPEA, 2013

Entretanto, a participação de homens e mulheres nos conselhos tidos como de infraestrutura fica em segundo lugar no critério desigualdade (Tabela 2):

Tabela 2: Distribuição dos conselheiros por sexo segundo a área temática do conselho (Em %):



Fonte: Conselhos Nacionais: perfil e atuação dos conselheiros. Relatório de pesquisa. IPEA, 2013.

Se for considerada a participação segundo o critério raça/cor, novamente os conselhos analisados incorrem na falta de pluralidade (Tabela 3):

Tabela 3: Distribuição dos conselheiros por raça/cor segundo o tipo do conselho (Em %):

Área temática	Branca	Preta	Amarela	Parda	Indígena	**Total**
Políticas sociais	67	10,5	1,9	18,8	1,9	**100**
Garantia de direitos	38,9	35,4	0,9	13,3	11,5	**100**
Desenvolvimento econômico	71,9	11,1	1,5	14,1	1,5	**100**
Infraestrutura e recursos naturais	77,5	6,9	0,0	13,9	1,7	**100**
Total	**66,0**	**13,6**	**1,2**	**16,0**	**3,2**	**100** **n = 745**

Fonte: Conselhos Nacionais: perfil e atuação dos conselheiros. Relatório de pesquisa. IPEA, 2013.

Quanto ao nível de escolaridade dos participantes (Tabela 4), a hegemonia de graduados e pós-graduados é bem clara.

Tabela 4: Distribuição dos conselheiros por nível de escolaridade segundo o tipo de conselho (Em %):

Área temática	Ensino Fundamental	Ensino Médio	Superior incompleto	Superior completo	Pós-graduação	Total
Políticas sociais	2,1	6,6	7,9	27,5	25,4	100
Garantia de direitos	4,3	14,8	12,2	24,3	18,3	100
Desenvolvimento econômico	2,9	10,8	7,9	30,2	18,7	100
Infraestrutura e recursos naturais	0,0	6,1	3,3	23,9	22,2	100
Total	**2,1**	**8,5**	**7,5**	**26,7**	**55,2**	**100 n = 765**

Fonte: Conselhos Nacionais: perfil e atuação dos conselheiros. Relatório de pesquisa. IPEA, 2013.

Segundo o critério renda (Tabela 5), prevalece a participação daqueles que percebem vencimentos superiores à R$4.000,00, o que está acima da média da população brasileira em geral.

Tabela 5: Distribuição dos conselheiros por renda familiar mensal segundo o tipo de conselho:

Área temática	Abaixo de R$ 500	De R$ 501 a R$ 1.500	De R$ 1.501 a R$ 2.500	De R$ 2.501 a R$ 4.000	De R$ 4.001 a R$ 8.000	De R$ 8.001 a R$ 12.000	Acima de R$ 12.000	Total
Políticas sociais	0,3	5,3	8,0	14,9	28,2	20,1	23,2	100
Garantia de direitos	7,9	16,7	7,9	17,5	28,9	8,8	12,3	100
Desenvolvimento econômico	2,2	6,0	7,5	13,4	26,1	14,2	30,6	100
Infraestrutura e recursos naturais	0,6	3,3	5,5	9,9	21,0	26,0	33,7	100
Total	**1,9**	**6,6**	**7,3**	**13,8**	**26,2**	**18,8**	**25,4**	**100 n = 752**

Fonte: Conselhos Nacionais: perfil e atuação dos conselheiros. Relatório de pesquisa. IPEA, 2013

Por fim, e não menos importante, traz-se à evidência a percepção dos conselheiros no tocante à influência do conselho sobre a agenda do Congresso Nacional (Tabela 6):

Tabela 6: Avaliação da influência do conselho sobra a agenda do Congresso Nacional segundo área temática dos conselhos (Em %):

Área temática	Muito significativa	Significativa	Pouco significativa	Não tem influência	Total
Políticas sociais	3,9	31,4	53,6	11,1	100
Garantia de direitos	15,5	34	39,2	11,3	100
Desenvolvimento econômico	0,9	29,5	57,1	12,5	100
Infraestrutura e recursos naturais	4,6	27,7	55,5	12,1	100
Total	**5,2**	**30,5**	**52,6**	**11,6**	**100 n = 688**

Fonte: Conselhos Nacionais: perfil e atuação dos conselheiros. Relatório de pesquisa. IPEA, 2013.

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas, portanto, de que a superação do modelo liberal-hegemônico de democracia represente uma das causas de maior sucesso institucional para uma democracia, principalmente em se tratando da variável "intensidade democrática" (AVRITZER; SANTOS, 2003). A razão desta afirmação, sinteticamente, reside no argumento de que tanto o Direito como a Política, e neste último entenda-se a questão democrática como central, precisam acompanhar as novas complexidades da sociedade civil. Portanto, não seria de menor importância dizer que a transição de um procedimentalismo minimalista à um modelo mais inclusivo e plural representa um avanço inigualável.

Mais importante ainda é trazer esta análise para a situação brasileira, dada a expressividade deste país em matéria de interação entre representação e participação. Assim, por mais razoável que seja apontar o sucesso institucional, é preciso evidenciar as deficiências e os problemas deste modelo.

Nesse sentido, o trabalhou buscou um recorte em que se identificou uma deficiência – a infraestrutura – tentando compreender em quais cenários e de que forma esta deficiência se mostrou determinante na qualidade democrática. O resultado observado foi que, fazendo um breve balanço dos arranjos existentes, constatou-se que as áreas legisladas (saúde e assistência social, por exemplo) estavam em posição privilegiada no tocante à institucionalização de arranjos participativos. Talvez esta variável (diplomas legais específicos) seja determinante para a sedimentação.

Outra questão observada, foi que nos exíguos arranjos participativos na área da infraestrutura parece haver uma predominância de conselheiros diplomados (Tabela 4), i.e., majoritariamente participam pessoas que possuem ensino superior completo e pós-graduação. Além disso, vê-se na Tabela 5 que a maioria possui renda mensal per capita maior do que a média da população brasileira. O maior problema em relação a estes dois elementos é o fato, já apontado por Rodrigo Paiva (2015), de haver uma percepção de que seja necessário conhecimentos técnicos para poder participar das deliberações sobre a infraestrutura, o que não é verdade. Se assim o fosse, a participação/deliberação nestes conselhos estaria acontecendo aos moldes liberais-elitistas-hegemônicos.

Pode-se, ainda, apontar os problemas de representatividade. Vê-se nas Tabelas 2 e 3 que a predominância de homens é muito maior do

que de mulheres, bem como a participação de brancos é excessivamente superior à de pretos, amarelos, pardos e indígenas. Isso em termos de inclusão de uma nova gramática social (AVRITZER; SANTOS, 2003) é um erro participativo, já que a pluralidade é fundamento da própria dinâmica participativa.

Aponta-se, ainda, a percepção, conforme a Tabela 6, de que para os a maioria dos participantes dos dados conselhos de infraestrutura, a influências das diretrizes no Congresso Nacional é pouco significativa. O problema aqui está na dificuldade existente no tocante à interação entre representação e participação. Se não há influência das diretrizes deliberadas dentro dos conselhos no Parlamento, a própria existência do Conselho fica comprometida.

Buscou-se trazer com este trabalho uma breve síntese da construção democrática ao longo do século XX, mostrando que a democracia ainda não tinha atingido todas as condições de desejabilidade. Diante disso, foi apresentada a alternativa ao modelo liberal-hegemônico, como forma de superar o procedimentalismo minimalista, valorizando verdadeiros enxertos participativos no método democrático.

Mas, mesmo no momento da valorização e inserção de uma nova gramática social no seio democrático, imbróglios surgiram. E por imbróglio entenda-se a falta de arranjos na área da infraestrutura. Diz-se desta forma porque se há a opção por um modelo contra-hegemônico, importante é que ele seja atingido em sua totalidade. Por fim, é de suma importância a valorização dos arranjos na área da infraestrutura, tanto em relação ao fortalecimento dos já existentes, quanto em relação à criação dos que ainda são distantes. Talvez a melhor solução para o aumento do controle social e da *accountability* vertical, como o nome deste trabalho sugere, seja a valorização da educação política, pois somente assim a sociedade civil organizada e preocupada em levar as suas demandas ao conhecimento do Parlamento por meio de um canal mais direto verá sentido em participar[2].

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. Impasses da democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

[2] Vale lembrar que não era objetivo deste trabalho analisar a efetividade ou não das instituições participativas expostas. A variável aqui observada foi somente a "intensidade democrática", revelando-se um trabalho mais normativo do que propriamente empírico.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. Lua Nova, São Paulo, n.50, p. 25-47, 2000.

AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. 2003. Disponível em: http://www.eurozine.com/pdf/2003-11-03-santos-pt.pdf. Acesso em: 22 jun. 2016.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Revista Lua Nova, n º 36, 1995, p. 39-53.

IPEA. Conselhos Nacionais: Perfil e atuação dos conselheiros. Relatório de Pesquisa. Brasília: 2013.

LAVALLE, Adrian Gurza. Participação: valor, utilidade, efeitos e causa. In: PIRES, Roberto Rocha C. (org.). Efetividade das Instituições participativas no Brasil: Estratégias de avaliação. Diálogos para o desenvolvimento. Brasília: IPEA, 2011.

MIGUEL, Luis Felipe. Democracia e Representação: territórios em disputa. São Paulo: Editora UNESP, 2014.

O'DONNEL, Guilhermo. Delegative democracy. Journal of Democracy, v.5, n.1, p. 55-69, jan. 1994. National Endowement for Democracy and The Johns Hopkins University Press. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicaçoes/11566.pdf. Acesso em: 22 jun. 2016.

PAIVA, Rodrigo. O controle social de obras públicas: estratégias para estimular e viabilizar o seu exercício. In: SOARES, Leonardo Barros; MARTINS, Priscila Zanandrez (orgs.), Por uma sociedade mais transparente: participação e controle social no Brasil. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH/UFMG, 2015.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO POLÍTICA: FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS NO BRASIL, NO MÉXICO E NA ESPANHA

Sofia Bertolini Martinelli*

INTRODUÇÃO

Tanto o conceito de políticas públicas quanto de corrupção é multifacetado, mas guardam em comum sua remissão ao Poder Público, ao governo. No tocante ao primeiro, as políticas públicas são consideradas produto da atuação do Estado[2], na medida em que vislumbradas como atividades por ele desenvolvidas, diretamente ou indiretamente, com intuitos específicos[3]. Igualmente, embora subsista um conceito popular de corrupção, geralmente baseado no desvio de funções públicas para fins privados[4], em verdade, não há um conceito único e unânime de corrupção, existindo categorizações conforme as perspectivas adotadas em específico[5].

* Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, FDRP-USP

1 "No entanto definições de políticas públicas, mesmo as minimalistas, guiam o nosso olhar para o locus onde os embates em torno de interesses, preferências e idéias se desenvolvem, isto é, os governos". SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul.-dez. 2006, p .25.

2 "No entanto definições de políticas públicas, mesmo as minimalistas, guiam o nosso olhar para o locus onde os embates em torno de interesses, preferências e idéias se desenvolvem, isto é, os governos". SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul.-dez. 2006, p .25.

3 Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como "o que o governo escolhe fazer ou não fazer". A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz. SOUZA, Celina. Políticas públicas... op. cit., p. 24.

4 "The decisive role of the state is also reflected in most definitions of corruption. Corruption is conventionally understood, and referred to, as the private wealthseeking behaviour of someone who represents the state and the public authority, or as the misuse of public goods by public officials for private ends. AMUNDSEN, Inge. Political corruption: an introduction to the issues. *Chr. Michelsen Institute.* 1999, p. 2.

5 Nesse sentido: "Corruption is understood as everything from the paying of bribes to civil servants in return for some favour and the theft of public purses, to a wide range of dubious economic and political practices in which politicians and bureaucrats enrich themselves and any abusive use of public power to a personal end. Besides, corruption is in itself a many-faceted phenomenon and the concept of corruption contains too many connotations to be analytically functional without a closer definition. The forms of

Buscando especificar o conceito de corrupção política, Inge Amundsen a vincula ao envolvimento de um tomador de decisões políticas[6], que se utiliza de poder político para manter seu poder, status ou riqueza[7]. A corrupção política ocorre nos níveis superiores do Estado e provoca repercussões políticas, causando não somente a má alocação de recursos, mas também alterações no modo de tomada de decisões[8]. Em suma, a corrupção política consiste na manipulação das instituições políticas e das regras procedimentais, de maneira a influenciar as instituições de governo e o sistema político, o que, frequentemente, conduz ao enfraquecimento institucional[9]. Sob essa perspectiva, vários são os estudos que buscam dimensionar os efeitos da corrupção sobre os regimes democráticos, especialmente no âmbito dos partidos políticos, em que a corrupção política e institucional manifesta-se por meio do financiamento de campanhas eleitorais. Philip Nichols, por exemplo, em abordagem sobre a corrupção relacionada ao financiamento de campanhas eleitorais no contexto norte-americano, destaca como principais efeitos da corrupção: a. dano à relação entre eleitor e seus representantes; b. distorção da economia e c. desconfiança em relação ao governo por aqueles a que ele deveria servir[10]. Ainda segundo o autor, ao agir sob influência de suborno,

corruption are diverse in terms of who are the actors, initiators and profiteers, how it is done, and to what extent it is practiced". AMUNDSEN, Inge. Political corruption... op. cit., p. 1-3. Por essa razão, será considerado, para os fins do presente artigo, o conceito de corrupção política, haja vista serem os partidos políticos considerados instituições essenciais à democracia. Vide art. 14, da Constituição Federal.

6 "In the definition shared by most political scientists, political corruption is any transaction between private and public sector actors through which collective goods are illegitimately converted into private-regarding payoffs (Heidenheimer et. al. 1993:6). This definition does not, however, distinguish clearly between political and bureaucratic corruption. It establishes the necessary involvement of the state and state agents in corruption, without any notion as to the level of authority where corruption takes place. In a more strict definition, political corruption involves political decision-makers". AMUNDSEN, Inge. Political corruption... op. cit., p. 3

7 AMUNDSEN, Inge. Political corruption... op. cit., p. 3.

8 AMUNDSEN, Inge. Political corruption... op. cit., p. 3.

9 "Political corruption not only leads to the misallocation of resources, but it also affects the manner in which decisions are made. Political corruption is the manipulation of the political institutions and the rules of procedure, and therefore it influences the institutions of government and the political system, and it frequently leads to institutional decay. Political corruption is therefore something more than a deviation from formal and written legal norms, from professional codes of ethics and court rulings. Political corruption is when laws and regulations are more or less systematically abused by the rulers, side-stepped, ignored, or even tailored to fit their interests". AMUNDSEN, Inge. Political corruption... op. cit., p. 3.

10 Corruption in the United States legislature risks at least three types of injury to the polity: damage to the connection between electors and representatives, distortion of the economy, and distrust of government by those whom government should serve". NICHOLS, Philip

os legisladores desfiguram as características da democracia e ferem os princípios da representação popular[11]

Essa conexão entre o financiamento eleitoral e a corrupção política evidencia-se em escândalos de corrupção envolvendo o financiamento de partidos políticos dos três países objetos da presente análise: o Petrolão (2014), no Brasil, o caso Gürtel (2013), na Espanha e o Pemexgate (2001), no México. Tais circunstâncias inspiram ações governamentais no sentido de reformar as legislações referentes ao financiamento político, para aperfeiçoá-las no intuito de coibir práticas de financiamento ilegal. No presente artigo, serão apresentadas as legislações brasileira, mexicana e espanhola, no tocante aos partidos políticos e seu financiamento, ressaltando-se as semelhanças e diferenças entre os três países, a fim de analisar como as opções legislativas de cada um deles impactam as políticas públicas de prevenção à corrupção.

1 BRASIL

Em retrospectiva histórica sobre o financiamento dos partidos políticos no Brasil, Bruno Speck relata que a expressa proibição ao financiamento dos partidos políticos por empresas ocorreu no período de ditadura militar[12]. Antes de 1995, o financiamento de campanhas eleitorais no Brasil era exclusivamente público, com regramento dado pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos editada em 1971 (Lei 5.682/71, art. 91, IV). Os mecanismos de publicidade e de fiscalização então vigentes eram marcados pela ausência de transparência e parca prestação de contas[13].

M. The perverse effect of campaign contribution limits: reducing the allowable amounts increases the likelihood of corruption in the federal legislature. 2011. p. 5.

[11] When a legislator has been bribed, that legislator no longer acts in response to the legislator's constituency; instead the legislator acts in response to a bribe. Bribery therefore destroys the connection between the representative and the constituency". NICHOLS, Philip M. The perverse effect of campaign contribution limits… op. cit., p. 5.

[12] Mesmo com essa função limitada das eleições, o governo militar aplicou regras mais densas para o financiamento de partidos. Em 1971, proibia doações de empresas aos partidos políticos e, em 1974, vetou que partidos e candidatos comprassem espaço publicitário no rádio ou na TV". SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. In: BIASON, Rita de Cássia (org.): Temas de corrupção política no Brasil, São Paulo: Balão Editorial, 2012, p. 52. Nesse mesmo texto, a partir da página 50, o autor traça um panorama sobre a evolução do sistema eleitoral no Brasil desde o período imperial. Para os fins da presente pesquisa, interessa somente o período histórico mais recente (pós-ditadura militar) e as modificações mais relevantes ocorridas até os dias atuais

[13] "Antes do período de reformas nos anos 1990, os partidos prestavam contas de forma sumária sobre suas finanças. Ademais, a informação ficava limitada à justiça eleitoral. O acesso público não estava previsto em lei". SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político... op. cit., p. 55.

Após os escândalos de corrupção do governo Collor, o tema recebeu nova disciplina legal, a fim de contemplar a possibilidade de doações a partidos políticos por pessoas jurídicas[14]. Com esse intuito foram editadas a Lei nº 9.096/95, conhecida por Lei dos Partidos Políticos, relacionada às atividades partidárias ditas regulares, isto é, excluindo-se as eleições, e a Lei nº 9.504/97, relativa às campanhas eleitorais[15]. Na primeira, ao tratar do Fundo Partidário, o art. 38 (e incisos) estabelecia, entre outras formas de composição, a possibilidade de doações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como as dotações orçamentárias da União. O art. 39, caput reafirmava tal possibilidade, determinando, em seu parágrafo primeiro, a necessidade de demonstração dos valores recebidos. A Lei 9.504/96, por sua vez, previa em seu art. 81 os limites legais às contribuições privadas. No tocante às pessoas jurídicas, os parágrafos primeiro a terceiro do referido artigo fixavam o limite de dois por cento do seu faturamento bruto anual, sob pena de multa e proibição de contratar com a administração pública

[14] A referida proibição permaneceu inquestionada o Governo Collor, vide manifestação do Ministro Gilmar Mendes durante o julgamento da ADI 6450: "[...] até há pouco, no país, até 1993, ministro Celso, dominava entre nós a proibição de financiamento pelas empresas e veio, então, o malfadado episódio do impeachment presidencial e a CPI PC Farias. E, a partir daí, houve consenso no sentido de regular a doação para que nós não façamos uma interpretação ablativa da história. É preciso colocar isso no contexto geral. Veja: até 93, era proibido a Procurador-Geral. E estamos falando como se tivéssemos esquecido essa história. E ontem, e anteontem? Era proibida a doação de pessoas jurídicas e se entendeu que era importante regular, por conta da necessidade de transparência; era o que se dizia". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.650. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF de 2016. Portal STF. Brasília, 24 fev. 2016.

[15] "A despeito da proibição formal do financiamento empresarial, os recursos para cobrir os gastos crescentes nas campanhas eram provenientes do setor privado - de fato o único ator capaz de suprir a demanda dos candidatos e partidos políticos por recursos para custear as campanhas. Em função do escândalo Collor-PC, citado anteriormente e outros subsequentes como o caso Paubrasil (2003), envolvendo o financiamento da campanha para governador de Paulo Maluf ", o debate no país voltou-se para a busca de um novo modelo de financiamento. A partir de 1993, o Congresso aprovou várias mudanças substanciais na formatação do financiamento de partidos e eleições que finalmente foram consolidadas na nova lei dos partidos políticos (1995) e na lei eleitoral (1997). [...] Reagindo aos escândalos citados, o legislador brasileiro modificou radicalmente as regras de financiamento para doações do setor privado, liberando doações políticas por empresas privadas. Algumas limitações preexistentes, pontuais a pessoas jurídicas, foram mantidas. Assim, o legislador manteve os vetos a sindicatos e organizações representando o setor privado, bem como a entidades estrangeiras e empresas que dependem de licenças ou permissões do Estado ou recebem recursos do Poder Público. Posteriormente, seriam proibidas doações por entidades beneficentes e religiosas, de utilidade pública, esportivas que recebam recursos públicos, entre outros. A marca importante, no entanto, é o abandono da proibição de doações empresariais. A liberação das doações de empresas pelo legislador foi ampla, por não introduzir nenhum teto absoluto para as contribuições do setor privado para o processo eleitoral em geral, nem para as doações para candidatos específicos". SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político... op. cit., p. 52-53.

pelo prazo de cinco anos. Como salienta Speck, a despeito da legalização das doações privadas, o sistema permaneceu eminentemente o mesmo, no sentido de manter uma ampla autonomia para os partidos quanto sua própria regulação[16].

Quanto à fiscalização, tornaram-se obrigatórias as prestações de contas anuais e eleitorais, sendo essas últimas registradas pelo Tribunal Superior Eleitoral em meio eletrônico, de maneira que seu acesso tornou-se público e integral[17]. O mesmo, entretanto, não foi estabelecido com relação às demais contas dos partidos[18]. Em 2015, em meio a diversos escândalos de corrupção envolvendo instituições partidárias e seus representantes, a legislação até então vigente passou a ser discutida, no sentido de dar início uma reforma política, cujos objetivos, entre outros, seriam a redução dos custos das campanhas eleitorais e a modificação de seu sistema de financiamento, em especial no tocante às contribuições privadas, realizadas por pessoas jurídicas.

Nesse contexto, a inconstitucionalidade das doações realizadas por pessoas jurídicas foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que deu provimento à Ação Direito de Inconstitucionalidade 4.650 por oito votos a três. A proposta de alteração do sistema fundamentou-se, entre outros argumentos (princípio da isonomia, por exemplo), em questões relativas à corrupção[19]. Segundo o Ministro Relator Luiz Fux, a corrupção política e institucional provocou certo distanciamento entre a sociedade e os

[16] "Quanto ao limite de gastos para os candidatos, não houve modificações significativas. O legislador não estabeleceu um teto para os gastos em campanha, medida que tornaria a competição eleitoral mais equitativa. Os parlamentares deram continuidade a um sistema de autorregulação herdado do passado, em que os próprios partidos definiriam tetos para as campanhas de seus candidatos. Em relação aos recursos privados, não há nenhum mecanismo tornando as campanhas equilibradas em função dos recursos disponíveis". SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político... op. cit., p. 54.

[17] "As mudanças introduzidas pelo legislador durante os anos 1990 e sua regulamentação pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) mudariam radicalmente o quadro. Com as novas regras, tanto os partidos como os candidatos deveriam prestar contas sobre sua contabilidade anual e eleitoral. A nova legislação recebeu um aperfeiçoamento significativo com as sucessivas regulações pelo TSE, que padronizou e informatizou as prestações de contas, permitindo maior agilidade na fiscalização e maior acesso público às informações. Desde 2002, há registros eletrônicos completos e publicamente acessíveis sobre doações e gastos nas eleições". SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político... op. cit., p. 54

[18] SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político... op. cit., p. 56

[19] "Segundo a justificativa do projeto, [...] a proposta do financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais inspira-se na necessidade de redução dos gastos nessas campanhas, que vêm crescendo exponencialmente no país, bem como na necessidade de pôr fim à utilização de recursos não contabilizados, oriundos do chamado "caixa 2"". ORZARI, Octavio. O financiamento público exclusivo de campanhas e listas partidárias preordenadas: o projeto de lei do senado nº 268/2011 e a PEC Nº 43/2011. Revista Eletrônica EJE, Ano II, nº 5, ago./set. 2012. p. 24.

representantes por ela eleitos[20], vez que o modelo de financiamento eleitoral seria marcado pela influência do poder econômico[21], como decorrência do fato que as doações por pessoas jurídicas conduziriam à plutocratização da política nacional, causando desequilíbrio das competições eleitorais[22].

O tema também foi discutido no Poder Legislativo, no qual tramitou o Projeto de Lei do Senado nº 268/2011, vetado pela presidente Dilma, cujo intuito seria o de (r)estabelecer o financiamento exclusivamente público das campanhas eleitorais[23]. Após as diversas discussões, foi editada a Lei nº 13.165, de 2015, que alterou as Leis nº 9.504/97, 9.096/95, e o Código Eleitoral[24]. Atualmente, portanto, o regramento dos partidos políticos no Brasil é dado pelas Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97, ambas alteradas pela Lei nº 13.165/15, a qual que entre outras alterações, vedou a possibilidade de doações eleitorais por pessoas jurídicas. A opção legislativa manteve o sistema misto de financiamento de campanhas eleitorais, visto que mantidas as doações por pessoas físicas, no limite de dez por cento dos

[20] "Existe verdadeiramente uma crise de representatividade no país, colocando em lados opostos os cidadãos, que a cada dia se tornam mais céticos em relação aos agentes eleitos, e os membros da classe política, que, não raro, privilegiam interesses particulares em detrimento do interesse público. E tal distanciamento compromete, com o passar do tempo, o adequado funcionamento das instituições". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.650. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF de 2016. Portal STF. Brasília, 24 fev. 2016. p. 24.

[21] "Ciente desse desafio, um dos pontos centrais da Reforma Política é precisamente o do financiamento de campanhas eleitorais. Nos últimos anos, verificou-se uma crescente influência do poder econômico sobre o processo político, como decorrência do aumento nos gastos de candidatos e de partidos políticos durante a competição eleitoral". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.650... op. cit., p. 25.

[22] "Ocorre que a excessiva penetração do poder econômico no processo político compromete esse estado ideal de coisas na medida em que privilegia alguns poucos candidatos - que possuem ligações com os grandes doadores - em detrimento dos demais. Trata-se de um arranjo que desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, consequentemente, na formação dos quadros representativos". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.650... op. cit., p. 53.

[23] Houve também proposta de Reforma Política, com alteração do financiamento de campanhas eleitorais no PL 2679/2003 ["Dispõe sobre as pesquisas eleitorais, o voto de legenda em listas partidárias preordenadas, a instituição de federações partidárias, o funcionamento parlamentar, a propaganda eleitoral, o financiamento de campanha e as coligações partidárias, alterando a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições)"], ainda em trâmite na Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=147024 . Acesso em: 04 jun. 2016.

[24] Para uma análise das mudanças trazidas pela Lei nº 13,165/15, ler: WALDSCHMIDT, Hardy. Breves notas sobre a minirreforma eleitoral de 2015. 30 p. Disponível em: http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ms-breves-notas-sobre-a-minirreforma-eleitoral-de-20151449677024470. Acesso em: 01 ago. 2016.

rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição (art. 23, §1º, da Lei nº 9.504/97).

A nova Lei também estabeleceu tetos de gastos para as campanhas eleitorais. Nas eleições para os cargos do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito), os limites serão definidos com base nos gastos declarados para os respectivos cargos, na eleição imediatamente anterior à promulgação da Lei, sendo que, para o primeiro turno das eleições, o limite será de: i) setenta por cento do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve apenas um turno; ii) cinquenta por cento do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve dois turnos; enquanto que, para o segundo turno, o limite de gastos corresponderá a trinta por cento desses valores. Com relação às campanhas para o Poder Legislativo (Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador) o teto de gastos equivale a setenta por cento do maior gasto contratado na mesma circunscrição para o respectivo cargo na eleição imediatamente anterior à publicação da Lei. Por fim, no tocante às eleições municipais, para os Municípios de até dez mil eleitores, fixou-se como limite de gastos o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para Prefeito, e R$ 10.000,00 (dez mil reais) para Vereador, ou aqueles já mencionados, se for maior.

Os deveres referentes à gestão de recursos e à prestação de contas também sofreram modificações. Com relação os valores recebidos, a Lei exige sejam depositados em conta exclusiva para os fins eleitorais, sendo obrigatória a identificação de seu doador, sob pena de devolução ou transferência para conta do Tesouro Nacional[25]. Quanto à transparência, a divulgação eletrônica dos valores recebidos, com identificação de seu doador, deverá ocorrer em até 72 horas, assim como, em 15 de setembro, quando deve ser apresentado relatório discriminativo de receitas e despesas.

Saliente-se, entretanto, que o não cumprimento das previsões relativas à transparência não implica qualquer tipo de sanção ao candidato26, inexistindo, igualmente, alterações quanto a eventuais

[25] "Salvo nos casos de candidatura para prefeito e vereador em municípios onde não haja agência bancária ou posto de atendimento bancário, toda a movimentação financeira da campanha deve transitar por conta bancária específica, a ser encerrada no final do ano da eleição, transferindo o saldo existente para a conta do partido e informando o fato à Justiça Eleitoral. O partido ou candidato que receber recursos provenientes de fontes vedadas ou de origem não identificada deverá proceder à devolução dos valores recebidos ou, não sendo possível a identificação da fonte, transferi-los para a conta única do Tesouro Nacional". WALDSCHMIDT, Hardy. Breves notas sobre... op. cit., p. 7.

[26] "Segundo a nova lei, os partidos políticos, as coligações e os candidatos estão obrigados, durante as campanhas eleitorais, a divulgar no site da Justiça Eleitoral os recursos em dinheiro recebidos para financiamento de sua campanha eleitoral, em até 72 horas de seu

punições ao financiamento ilegal, que não é tipificado como crime no Brasil, onde a responsabilidade penal de pessoas jurídicas somente é adotada para crimes ambientais.

2 ESPANHA

Na Espanha, a primeira normativa aplicável ao financiamento partidário é anterior à própria regulamentação dos partidos políticos, trata-se da Ley 47/1977, que concedeu recursos financeiros de origem estatal às agremiações políticas[27]. Com a realização das eleições, e formação do Congresso Constituinte, os partidos políticos foram regulamentados pela Lei de Partidos Políticos de 1978 (Ley 54/1978), que precedeu a Constituição promulgada nesse mesmo ano, cujo art. 6º estabeleceu a função dos partidos políticos, consagrando-os como elementos essenciais da democracia e da representação popular. Posteriormente, a Ley 54/1978 foi revogada pela Ley Orgánica 6/2002, a qual sofreu alterações em 2015 (artigos 3º, 8º, 9º bis, 10º, 12 bis e na disposição adicional quarta).

O financiamento dos partidos políticos também foi tratado pela Ley 54/1978, a qual fixou a destinação de recursos estatais aos partidos políticos[28], cuja insuficiência provocou alterações no sentido de permitir

recebimento e, no dia 15 de setembro, relatório discriminando as transferências do Fundo Partidário, os recursos em dinheiro e os estimáveis em dinheiro recebidos, bem como os gastos realizados, devendo indicar, nos dois prazos supra, os nomes, o CPF ou CNPJ dos doadores e os respectivos valores doados [...] Com a minirreforma eleitoral de 2015 o legislador mais uma vez regulamenta esse tema, agora sim exigindo a divulgação na internet em até 72 horas do nome dos doadores e 9 valores. Porém, ainda não foi desta vez que atentou para a importância de se estabelecer uma sanção para a hipótese de não cumprimento da norma.". WALDSCHMIDT, Hardy. Breves notas sobre... op. cit., p. 8-9.

[27] "La primera Ley que otorgó financiamiento público en España a los partidos políticos tuvo su origen en el año de 1976 con el resurgimiento del sistema democrático. Al ser una sociedad carente de cultura de partidos políticos, gestada en el Estado autocrático, se presentaron varios problemas. Aunque, conviene precisar que existía una gran inequidad en el apoyo de grupos empresariales hacia los partidos generando contiendas electorales inequitativas. Por tal motivo, se instituyeron mediante el Real Decreto-Ley 20/1977, de marzo de 1977, los subsidios públicos para gastos electorales, que posteriormente se transformaron en financiamiento público permanente para los partidos políticos" MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral en España y México: evolución, vigencia y mecanismos de erradicación del fenómeno de la corrupción política. Sufragio: Revista especializada en Derecho Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, Instituto Prisciliano Sánchez, nº 10, dez.-mai., 2013. p. 146.

[28] "En 1977 tuvo lugar el primer proceso electoral de la naciente democracia, de la cual surgió el Congreso Constituyente que fijó como objetivo principal la elaboración de la Constitución. Se elaboró la Ley de Partidos Políticos, reafirmando que en los Presupuestos Generales del Estado, se consignarían cantidades necesarias para subvencionar anualmente gastos ordinarios". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara

as doações de natureza privada, sem que houvesse qualquer normativa que as regulasse[29]. Somente em 1985, após denúncias de corrupção política decorrente do financiamento privado, foi elaborada a Ley Orgánica del Régimen Electoral General[30], a qual estabeleceu um sistema de financiamento predominantemente público, por meio do aumento das subvenções estatais, e da limitação das contribuições de pessoas físicas e jurídicas[31]. Atrelada à busca de preponderância do financiamento público perante o privado, tem-se a criação da Ley Orgánica 3/1987, que foi revogada em 2007, pela Ley Orgánica 8/2007, a qual, por sua vez, sofreu modificações em 2012 (Ley Orgánica 5/2012) e em 2015 (Ley Orgánica 3/2015).

Atualmente, portanto, os partidos políticos são regulamentados pela Ley 6/2002 (com última alteração pela Ley Orgánica 3/2015) e seu financiamento, pela Ley Orgánica 8/2007 (também alterada pela Ley Orgánica 3/2015).

Sobre o financiamento partidário, a princípio, a Ley Orgánica 8/2007 estabeleceu o sistema misto de financiamento, com possibilidade de realização de contribuições privadas por pessoas jurídicas, desde que estas não realizassem contratos com administração pública, não fossem empresas públicas e não excedessem limites razoáveis e realistas[32] (tal

E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit. p. 146.

[29] MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral… op. cit. p. 146.

[30] "Este sistema se utilizó en todos los procesos electorales celebrados desde 1977 a 1985, años durante los cuales, no se registraron incidentes que pudiesen ocasionar desconfianza en el sistema de financiamiento, no obstante, a partir de 1982, como consecuencia de la aparición ante la opinión pública de diversos casos en los que algunos partidos políticos recibieron dinero de particulares, con la contraprestación de asignaciones en las regiones donde gobernaban, de concesiones o contratos, se generó una reforma a la normativa del financiamiento de partidos, que se consolidó en el año de 1985, con la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en adelante LOREG)". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit. p. 146.

[31] "la mejor forma de erradicar estos problemas, sería estableciendo un sistema de financiamiento predominantemente público, lo que se materializó, como medida inicial, con el incremento de la subvención que el Estado otorgaba a los partidos por actividad electoral y con la imposición dentro de la LOREG, de límites a las contribuciones de personas físicas y jurídicas". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit., p. 146-147.

[32] "La financiación de los partidos políticos tiene que corresponder a un sistema mixto que recoja, por una parte, las aportaciones de la ciudadanía y, de otra, los recursos procedentes de los poderes públicos en proporción a su representatividad como medio de garantía de la independencia del sistema, pero también de su suficiencia. Las aportaciones privadas han de proceder de personas físicas o jurídicas que no contraten con las administraciones públicas, ser públicas y no exceder de límites razonables y realistas. [ ] Lo que se trata es, por tanto, abordar de forma realista la financiación de los partidos políticos a fin de que tanto el Estado, a través de subvenciones públicas, como los particulares, sean militantes, adheridos o simpatizantes, contribuyan a su mantenimiento como instrumento básico de

regra, entretanto, como se verá a seguir, foi alterada em 2015). O art. 2º da mesma lei especifica os tipos de recursos a serem destinados ao partido político, segundo sua fonte (pública ou privada) e sua destinação (gastos eleitorais, de funcionamento, para realização de propagadas, etc.). Com relação aos aportes públicos, o art. 3º prevê a obrigação de publicidade, tanto do valor transferido como de seu destinatário. Relativamente às doações privadas, previstas no art. 4º, exige-se que sejam depositas em contas bancárias exclusivas para tal fim, com obrigatoriedade de comunicação, pela instituição de crédito, ao Tribunal de Contas, os valores que nelas ingressarem. Além disso, tais doações devem especificar a data de sua realização, o montante doado, bem como o nome e documento de identidade do doador, sob pena de sua transferência ao Tesouro Nacional, em caso de impossibilidade de identificação do doador. A impossibilidade de realização de doações anônimas é reforçada pelo art. 5º (com redação alterada pela Ley Orgánica 3/2015), que também veda o recebimento de doações finalísticas ou revogáveis, bem como procedentes de pessoas jurídicas ou sem personalidade jurídica. O mesmo artigo também fixa os limites das doações privadas a cinquenta mil euros por ano.

Quanto ao tema de fiscalização e controle, tratado no Título V da lei, são previstas três formas de controle: interno (art. 15), externo (art. 16) e parlamentar (art. 16 bis). O controle parlamentar é realizado por uma comissão específica, voltada às relações com o Tribunal de Contas, o qual é responsável pelo controle externo. O dispositivo prevê a obrigatoriedade de que implantação de um sistema de controle interno, que garanta a adequada intervenção e contabilidade de todos os atos e documentos dos quais derivem direitos e obrigações de conteúdo econômico, conforme seus estatutos, sendo que o relatório resultante dessa auditoria acompanhará a documentação remetida ao Tribunal de Contas[33]. A ausência de um sistema de controle interno é considerada infração de natureza grave, nos termos do art. 17, da lei, sujeita a multa de dez mil a cinquenta mil euros, conforme o art. 17 bis, dos, c.

---

formación de la voluntad popular y de representación política, posibilitando los máximos niveles de transparencia y publicidad y regulando mecanismos de control que impiden la desviación de sus funciones". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit. p. 147.

[33] Com redação dada pela Ley Orgánica 5/2012: "Artículo 15. Control interno. Los partidos políticos deberán prever un sistema de control interno que garantice la adecuada intervención y contabilización de todos los actos y documentos de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico, conforme a sus estatutos. El informe resultante de esta auditoría acompañará a la documentación a rendir al Tribunal de Cuentas."

Com relação a esta última previsão, subsistem críticas à aplicação da penalidade de multa, considerando sua baixa eficácia preventiva, ante a predominância dos aportes públicos em termos de financiamento. Igualmente, muito embora o Código Penal espanhol tenha sido recentemente alterado para incorporar a responsabilidade penal de pessoas jurídica, em seu art. 31 bis, não há tipificação do crime de financiamento ilegal.

3 MÉXICO

O tratamento constitucional dos partidos políticos no México remonta ao ano de 1977, quando a Constituição os reconheceu como entidades de interesse público, sendo necessária legislação que determinasse seus direitos e deveres[34]. A previsão de seu financiamento foi primeiramente tratada em 1987, quando se estabeleceu o repasse público, baseado no número de votos obtidos pelo partido[35]. Em 1990, houve uma ampliação do financiamento público, que passou a contemplar a atividade eleitoral, as atividades gerais como entidades de interesse público, a sub-rogação do Estado em contribuições que os legisladores deveriam realizar para sustentação de seus partidos, e atividades específicas como entidades de interesse público, mantendo a abordagem dupla, proporcional ao número de votos e assentos[36]. Com relação ao financiamento privado, as primeiras regras foram criadas em 1993 (quando também foram reformadas as normas sobre financiamento público)[37] e previam: a obrigatoriedade de realização

[34] Em 1977, a Constituição Mexicana foi alterada por meio de um decreto, que reformou e adicionou os artículos 6º., 41, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 93, 97 e 115. Tal decreto teve por objeto a reforma político-eleitoral e, entre outras disposições, reconheceu os partidos políticos como entidades de interesse público. Vide: Sumario de reformas a la Constituición Política de los Estados Unidos Mexicanos, en orden cronológico, p. 21. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario/CPEUM_sumario_crono.pdf Acesso em: 07 jul. 2016. Nesse mesmo sentido: "En el año de 1977 se estableció en la CPEUM, la existencia e importancia de los partidos políticos, reconociéndoles como entidades de interés público. Esto tuvo un gran impacto en la legislación, y por tanto, se estableció un catálogo de derechos y obligaciones para los partidos políticos". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit. p. 147.

[35] MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral… op. cit. p. 147.

[36] "Con la reforma constitucional y legal de 1990 se ampliaron los conceptos de financiamiento público: a) Por actividad electoral; b) Por actividades generales como entidades de interés público; c) Por subrogación del Estado de las contribuciones que los legisladores habrían de aportar para el sostenimiento de sus partidos, y d) Por actividades específicas como entidades de interés público, manteniendo el criterio dual, proporcional al número de votos y escaños". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit. p. 147.

[37] Em termos constitucionais, houve um decreto de reforma, que alterou os artigos

de relatórios, pelos partidos, sobre receitas e gastos; o limite de doações anônimas em até 10% do montante recebido a título de financiamento público; os limites de até 1%, para doações realizadas por pessoas físicas, e de até 5%, para as provenientes de pessoas jurídicas, relativamente ao valor total de financiamento público concedido a todos os partidos; limites para gastos a título de campanha eleitoral[38].

Em 1996, houve outra reforma eleitoral que modificou aspectos quanto ao financiamento dos partidos políticos, tornando o financiamento público predominante sobre o privado e especificou fontes legítimas e ilegítimas de doações, limites de gastos, mecanismos de fiscalização[39]. Uma nova reforma constitucional, em 2007, fixou uma divisão plena entre as duas fontes de financiamento e deu enfoque a uma melhor regulação dos recursos por meio de fiscalização[40]. Mais recentemente, no ano de 2014, o México passou por uma nova reforma político eleitoral, da qual resultaram três novas normativas, a *Ley General de Instituciones y Procedimientos*

41, 54, 56, 60, 63, 74 e 100, da Constituição Mexicana, que estabeleceu de forma expressa que a lei infraconstitucional regularia o financiamento dos partidos políticos e suas campanhas eleitorais. Nesse mesmo sentido: "Hasta 1993, no se establecían reglas respecto del financiamiento privado ni topes de gastos de campaña, y mucho menos sanciones. Con la reforma de 1993, se establecieron disposiciones que regulaban el financiamiento público y privado, prohibiéndose el financiamiento proveniente de los Poderes Federales, Estados o Ayuntamientos. Además, se prohibieron las aportaciones de entidades públicas, extranjeros, Ministros de culto y de empresas mercantiles". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit., p. 147-148.

[38] "En esta reforma se determinó que las aportaciones privadas no serían deducibles de impuestos, obligando a los partidos a presentar informes respecto de sus ingresos y egresos. Las aportaciones anónimas se permitían hasta un monto total equivalente al 10% de lo recibido por financiamiento público; se fijaron límites a las aportaciones individuales y de personas morales, en 1% y 5%, respectivamente, del monto total del financiamiento público otorgado a todos los partidos. Finalmente se establecieron reglas para fijar topes a los gastos de campaña, siendo atribución del Instituto Federal Electoral el determinarlos; la imposición de sanciones estaba a cargo del entonces Tribunal Federal Electoral". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit., p. 148.

[39] "Con la reforma electoral de 1996, se pactó un marco normativo en la Constitución y en la Ley sobre las condiciones de la competencia, que incluyó, un financiamiento público predominante frente al privado, especificación de fuentes legitimas y limites de donaciones, exclusión de dinero de determinados orígenes, topes de gastos de campaña, régimen de fiscalización, mecanismos de equidad de competencia, independencia y autonomía de los partidos, transparencia financiera en contiendas políticas, entre otros". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit. p. 148.

[40] MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral… op. cit., p. 148.

Electorales, a Ley General de Partidos Políticos e a Ley General en Materia de Delitos Electorales[41].

Atualmente, o art. 41, II, da CPEUM, trata do financiamento político mexicano, fixando-se o sistema misto, com disposição expressa a respeito da predominância das contribuições públicas sobre as privadas. O artigo discrimina expressamente a destinação dos recursos de origem estatal às atividades ordinárias permanentes[42], aos gastos de campanhas eleitorais[43] e às atividades específicas[44], sendo distribuídas proporcional ou igualitariamente, conforme as determinações do art. 51, da Ley General de Partidos Políticos - LGPP[45]. Quanto ao financiamento privado, encontra previsão no art. 53 da mesma lei[46], prevê seja: por militância; de simpatizantes; autofinanciamento; e por rendimentos financeiros, fundos e fideicomissos. O financiamento por militância decorre do pagamento das taxas de filiação partidária pagas pelos membros do partido e seu limite anual corresponde a dois por cento do financiamento público total concedido para atividades ordinárias e de pré-campanha no mesmo ano (art. 56, 2 "a", da LGPP).

O financiamento por simpatizantes corresponde às doações livre e voluntárias realizadas por pessoas físicas, cujo limite individual anual é de meio por cento do gasto máximo para eleição presidencial imediatamente anterior (art. 56, 2, "d") e, durante os processos eleitorais, de dez por cento do gasto máximo na eleição presidencial anterior (art. 56, 2, "c").

41 Para maiores informações, ler: MÉXICO. INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. Reforma político electoral 2014: Información que debes conocer. 2014. Disponível em: http://www.ine.mx/archivos2/CDD/Reforma_Electoral2014/normatividad_legislacion.html. Acesso em: 09 set. 2016.

42 "[ ] no sólo durante la época de elecciones realizan actividades, sino también durante los períodos de dos años que transcurren entre procesos electorales federales, pues desarrollan una serie de eventos de difusión, capacitación, educación, investigación del fenómeno político-electoral, entre otros. Esto, con la intención de contribuir al desarrollo de la cultura democrática [ ]". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit., p. 157.

43 "[ ] son todos aquellos egresos que se utilizan para la promoción y difusión de los candidatos, aspirantes a cargos de elección popular, así como a las actividades relativas a la obtención del voto". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit., p. 157.

44 "{ } actividades de educación y capacitación política, investigación sociopolítica, así como las tareas editoriales de los partidos políticos". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit., p. 157.

45 Anteriormente, a normativa que regulava a distribuição dos recursos públicos era o Código Federal de de Instituciones y Procedimientos Electorales " COFIPE, cf. MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit., p. 157-158, que foi revogado em 2014, pelo decreto que criou a Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

46 O tema era previsto no art. 77, §11, incisos "b" a "e", do COFIPE.

O autofinanciamento consiste nos valores obtidos pelo próprio partido em decorrência de suas atividades promocionais. Por fim, o financiamento por rendimento financeiro refere-se ao retorno financeiro obtido pela exploração do próprio patrimônio[47]. O art. 54 estabelece as vedações legais ao financiamento partidário, entre as quais se elencam as doações realizadas por pessoas jurídicas (art. 54, 1, "f")[48], sendo igualmente vedadas as doações anônimas, nos termos do art. 55, 1, da mesma lei.

A fiscalização quanto à origem dos recursos destinados aos partidos políticos foi constitucionalmente prevista em 1996. As agremiações partidárias prestavam contas à Comisión de Fiscalización do Consejo General del IFE por suas atividades ordinárias e por seus gastos em campanhas eleitorais, sob pena de multa, redução do financiamento público ou a perda de registro. Esse sistema foi bastante criticado quanto à incapacidade investigativa da Comissão e da margem de discricionariedade cabível na aplicação das sanções[49]. Atualmente, as prestações de contas englobam todos os tipos de financiamento (público e privado) e devem ocorrer trimestral e anualmente, além daquelas referentes à pré-campanha[50]. Além disso, os partidos políticos também são destinatários da Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública[51], a qual prevê a publicidade de seu financiamento, inclusive de origem privada, nos termos do art. 76, IX.

Com relação à responsabilidade penal[52], o art. 11, do Código Penal Federal - CPF mexicano determina que, a critério do juiz, as pessoas jurídicas podem sofrer as sanções de suspensão ou dissolução por crimes cometidos em seu interior, caso sua estrutura houver sido utilizada para cometimento do crime. O art. 11 bis, do mesmo Código apresenta um rol de delitos passíveis de serem cometidos por pessoas jurídicas, entre os quais não se menciona o financiamento ilegal de partidos políticos, bem como as sanções que lhes são imponíveis: suspensão de atividades de seis meses a seis anos; fechamento de estabelecimentos pelo prazo de seis meses a seis anos; proibição de realizar atividades em cujo exercício foi

[47] MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral… op. cit., p. 159.

[48] A vedação já era prevista pelo art. 77, 2, "g", do COFIPE.

[49] MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral… op. cit., p. 160.

[50] MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral… op. cit., p. 161.

[51] Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf. Acesso em: 21 set. 2016.

[52] As pessoas jurídicas também estão sujeitas a penalidades administrativas, nos termos da Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas.

cometido o delito; inabilitação para participar de contratações públicas; intervenção judicial. Também recentemente, houve a publicação do Código Nacional de Procedimientos Penales - CNPP[53], legislação na qual se passou a prever procedimentos no tocante aos crimes cometidos por pessoas jurídicas, ao especificar, por exemplo, sua responsabilidade autônoma em relação à de seus representantes e administradores (art. 421), as consequências jurídicas que lhes são aplicáveis (art. 422). Relativamente às sanções, dispõe o art. 11 bis do CPF a possibilidade de redução de pena em até um quarto caso a pessoa jurídica contasse com um órgão de controle permanente, responsável pela verificação de sua conformidade com as normativas aplicáveis, de modo a promover políticas internas de prevenção ao cometimento de delitos, e promovesse a reparação do dano provocado pelo crime.

4 ANÁLISE COMPARATIVA

Com relação às semelhanças, os três países analisados sofreram escândalos de corrupção envolvendo relacionados ao financiamento de campanhas eleitorais, por meio de doações irregulares realizadas por empresas privadas aos partidos políticos. Igualmente, nos três países, o sistema de financiamento dos partidos políticos é misto, isto é, as entidades partidárias recebem tanto aportes governamentais quanto doações privadas.

Os sistemas, entretanto, diferenciam-se quanto aos deveres de transparência em relação aos valores provenientes de doações privadas, bem como ao limite destas. Quanto às prestações de contas relativamente a tais valores, deverá ocorrer em dois momentos distintos: em até 72 horas de sua realização e em 15 de setembro. Entretanto, subsiste qualquer tipo de sanção ao candidato pelo incumprimento de tais deveres. No México, há previsão expressa no art. 41, da Constituição quanto à prevalência do financiamento público sobre o privado[54] e a transparência, isto é, a necessidade de publicidade dos valores recebidos, abrange qualquer tipo de financiamento eleitoral, seja ele público ou privado[55].

[53] Alteração publicada em 5 de março de 2014, no Diario Oficial de la Federación

[54] "Tal y como se desprende del artículo 41 Constitucional, se colige que existen en el sistema político electoral mexicano, únicamente dos tipos de financiamiento: público y privado. La fracción II, del citado artículo de la CPEUM, contundentemente declara que el financiamiento público debe imperar sobre el privado". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit. p. 156.

[55] "Dentro del sistema de fiscalización actual los partidos políticos tienen la obligación de presentar ante esta unidad los informes del origen y monto de los ingresos que

Na Espanha, o financiamento dos partidos políticos é regulado pela Ley Orgánica 8/2007, a qual prevê o sistema misto de financiamento, com vedação às doações realizadas por pessoas jurídicas. Particularidade da legislação espanhola é a previsão de implementação de programas de controle interno, a fim de prevenir infrações às obrigações impostas às entidades partidárias. Por outro lado, os deveres de prestação de contas dos partidos são regulados pela Ley 19/2013, a qual determina a obrigatoriedade de transparência no tocante às subvenções públicas somente, excluindo, portanto, as doações de natureza privada, as quais são justamente as que podem gerar risco de corrupção[56].

CONCLUSÕES

Se por um lado as recentes modificações legislativas em cada um dos países analisados quanto ao financiamento de partidos políticos pode sinalizar a existência de uma política pública de prevenção à corrupção política, por outro, tais alterações mostram-se insuficientes, ante a constatação de elementos que sinalizam a inefetividade de suas prescrições. Nesse sentido, destaca-se o fato de que o financiamento ilegal, principal crime a ser imputado aos partidos políticos, não é um tipo penal autônomo, sendo que, no Brasil, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas se restringe ao direito ambiental. Na Espanha, país que prevê a implementação obrigatória de programas de compliance partidário, a pena por descumprimento de tal prescrição é a multa, sanção cuja eficácia é contestável, ante a predominância do financiamento público partidário. Por outro lado, no México, as sanções previstas para pessoas jurídicas mostram-se de duvidosa aplicação aos partidos políticos. Isso porque, em um contexto democrático, no qual os partidos políticos apresentam

reciban por cualquier modalidad de financiamiento: Informes trimestrales, anuales y de precampaña". MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral op. cit., p. 160-161.

[56] "Por lo que se refiere a la financiación privada, los grandes problemas de transparencia se han planteado en relación con las donaciones de particulares o empresas a los partidos y de las condonaciones de crédito por parte de las entidades financieras, por el riesgo cierto de que a través de estas aportaciones se produzca la captación de la voluntad de los partidos políticos y se genere corrupción ligada a la financiación irregular. El caso Bárcenas apunta claramente en esa dirección. El problema está en que son precisamente estas aportaciones tan "sospechosas" las que no resulta obligatorio hacer transparentes según la Ley 19/2013 que como vemos se centra solo en las aportaciones de carácter público, vía subvenciones". NUEZ, Elisa de la. Partidos políticos y transparencia. In: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel (Org.). Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-la Mancha, 2014, p. 172-173.

funções públicas e essenciais à democracia, a imposição de sanções de suspensão ou proibição de atividades, por exemplo, não parece a mais adequada. No Brasil, a mini-reforma eleitoral de 2015, embora tenha fixado limites de gastos para campanhas eleitorais, pouco afetou os partidos nesse sentido, tendo em vista o parâmetro adotado para estabelecimento do teto. Igualmente, a ausência de sanções pelo incumprimento pelos candidatos de suas obrigações de transparência também é um indicativo da baixa efetividade da norma. Em síntese, embora os escândalos de corrupção provoquem mobilizações legislativas no sentido de aprimorar o sistema de financiamento eleitoral, as reformas legais não correspondem a genuínas políticas públicas de prevenção a corrupção política, ante a ausência de coerência entre as prescrições legais e a necessária transparência para sua efetividade.

REFERÊNCIAS

AMUNDSEN, Inge. Political corruption: an introduction to the issues. Chr. Michelsen Institute. 1999,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.650. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF de 2016. Portal STF. Brasília, 24 fev. 2016. p. 24.

MYERS GALLARDO, Alfonso FAJURI VALDEZ, Sara E.. El sistema de financiamiento electoral en España y México: evolución, vigencia y mecanismos de erradicación del fenómeno de la corrupción política. Sufragio: Revista especializada en Derecho Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, Instituto Prisciliano Sánchez, nº 10, dez.-mai., 2013.

NICHOLS, Philip M. The perverse effect of campaign contribution limits: reducing the allowable amounts increases the likelihood of corruption in the federal legislature. 2011.

NUEZ, Elisa de la. Partidos políticos y transparencia. In: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel (Org.). Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-la Mancha, 2014.

ORZARI, Octavio. O financiamento público exclusivo de campanhas e listas partidárias preordenadas: o projeto de lei do senado nº 268/2011 e a PEC Nº 43/2011. Revista Eletrônica EJE, Ano II, nº 5, ago./set. 2012. p. 24-27. Disponível em: http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-revista-eletronica-da-eje-ano-2-numero5. Acesso em: 07 set. 2015.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul.-dez. 2006.

SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. In: BIASON, Rita de Cássia (org.): Temas de corrupção política no Brasil, São Paulo: Balão Editorial, 2012, p. 49-97.

WALDSCHMIDT, Hardy. Breves notas sobre a minirreforma eleitoral de 2015. 30 p. Disponível em: http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ms-breves-notas-sobrea-minirreforma-eleitoral-de-2015-1449677024470. Acesso em: 01 ago. 2016.