

Publicações da Escola da AGU

DIREITO E SOCIEDADE III - POLÍTICAS PÚBLICAS, URBANISMO E JUDICIALIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

volume 11 - n. 04 - Brasília-DF, out./dez. 2019

ISSN-2525-3298

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 11	n. 04	p. 1-172	out./dez. 2019
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Renato de Lima França

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Renato de Lima França	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vlândia Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor
Adriana Maia Venturini	Coordenadora-Geral de Ensino
Roberto Ribeiro dos Santos	Coordenador-Geral Administrativo substituto

EDITOR RESPONSÁVEL

Danilo Barbosa de Sant'anna

COORDENADOR

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho

CONSELHO EDITORIAL

Marcelo da Costa Pinto Neves
Gustavo Adolfo Zavala Slehiman
Maurício Palma Resende
Diogo Palau Flores dos Santos

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores não expressando as posições oficiais da AGU ou da República Federativa do Brasil.

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação.....	5
O Direito Administrativo no Século XXI, o Direito à Boa Administração e a Luta Contra a Má Administração <i>Administrative Law in the XX Century, Right to Good Administration and Fight Against Maladministration</i> <i>Juli Ponce Solé</i>	7
Propriedade, Mercados e Planejamento Urbano: uma contribuição ao Direito Econômico e às Relações Internacionais <i>Property, Market and Urban Planning: a contribution to the Economic Law and International Relations</i> <i>Wellington Migliari</i>	23
Moradia para a População em Situação de Rua: direito, mercadoria ou negação de existência? <i>Housing for the Homeless People: right, commodity or denial of existence?</i> <i>Ana Paula Santos Diniz</i>	55
Direito e Análise de Política Pública: contextos, conteúdos e desafios em tempos de crise <i>Public Policy Analysis And Law: Context, Content And Challenges In Crisis Times</i> <i>Ana Claudia Farranha</i>	67
Mirando ao Revés as Políticas Públicas: os desenvolvimentos de uma abordagem crítica e reflexiva para o estudo das políticas públicas <i>Mirada ao Revés Approach: developments of a critical and reflective approach to the study of public policies</i> <i>Rosana de Freitas Boullosa</i>	89
Políticas de Acesso à Informação: considerações sobre o contexto institucional na Administração Pública <i>Access to Information Policies: reflections about the institutional context in Public Administration</i> <i>Murilo Borsio Bataglia</i>	107
Por uma Desjudicialização da Política Pública de Saúde no Brasil: uma análise a partir do Supremo Tribunal Federal <i>For a Disjudicialization of Public Health Policy in Brazil: an analysis from the Federal Supreme Court</i> <i>Jarbas Ricardo Almeida Cunha</i>	123

Análise da Experiência Brasileira com a ADC: a natureza e a teleologia da ação a partir dos dados estatísticos do STF

Analysis of the Brazilian experience with ADC: nature and teleology of the action based on Supreme Court statistical data

Alexandre Walmott Borges

Sérgio Augusto Lima Marinho

Mariana Lima Menegaz139

A Atuação da Advocacia-Geral da União Perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 3239/DF) em Defesa da Juridicidade das Terras Ocupadas por Remanescentes das Comunidades dos Quilombolas

The action of the Federal Attorney(AGU) Beside of the Supreme Court (ADI 3239/DF) in Defense of the Juridicity of the Lands Occupied by Remainig of the Quilombolas Communities

Rodrigo Araújo Ribeiro.....155

Apresentação

O volume que muito oportunamente as Publicações da Escola da AGU traz aos seus leitores com a presente coletânea de textos representa a concretização de um projeto de que participaram diversos membros da Advocacia Pública federal, instituições universitárias de significativo reconhecimento público por suas contribuições acadêmicas na área do direito e da Escola da Advocacia-Geral da União, que mobilizou imprescindível apoio à realização do Seminário Direito e Sociedade III, ocorrido na Sede da EAGU em Brasília, no mês de setembro de 2018.

A interdependência entre a produção científica de qualidade e o comprometimento com a geração de resultados socialmente úteis tem sido o principal objetivo do grupo de acadêmicos e membros da AGU que desde o ano de 2015 têm promovido o Seminário. Criado a partir de uma iniciativa conjunta e intensa dedicação de integrantes do Instituto Transjus, da Universidade de Barcelona, e discentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, o Direito e Sociedade tem sido capaz de articular a declarada interdisciplinaridade de seus projetos de pesquisa com o reforço do diálogo com instituições públicas e governamentais, além dos movimentos da sociedade civil. Essa foi a característica que fez da iniciativa singela de estudantes de programas de pós-graduação daquelas duas universidades alcançar o êxito do projeto, que chegou à sua quarta edição em 2019, novamente com o incentivo da EAGU.

Na presente publicação, o leitor encontrará trabalhos que refletem essa interdisciplinaridade e a preocupação com a repercussão das discussões acadêmicas sobre o cotidiano e ações dos agentes públicos envolvidos na formulação e acompanhamento de políticas públicas, como é o caso dos membros da Advocacia-Geral da União. Entre os temas tratados, ganham destaque os problemas da implementação e eficiências das políticas públicas, questões relacionadas ao urbanismo e promoção dos direitos fundamentais e o grau de judicialização na Administração Pública.

Questões sobre boas práticas da Administração e as mudanças nos parâmetros da governança no plano global; os mecanismos de regulação da propriedade e sua função social; os métodos de concepção e avaliação de políticas públicas; os direitos de acesso à informação e o dever de transparência do poder público, e o papel das instituições do sistema de

justiça na efetivação do direito à saúde e na promoção da cidadania nas comunidades quilombolas, são discutidos por uma dedicada equipe de articulistas, entre professores, pesquisadores e membros da Advocacia-Geral da União.

Seguramente, a publicação servirá como um importante ponto de partida para outras discussões que tenham o potencial de renovar as práticas institucionais dos diversos órgãos – governamentais ou não, que tenham a incumbência de tratar desses problemas, que exigem sempre um olhar crítico e reflexivo sobre as diversas formas de entrelaçamento entre o direito e as políticas públicas. Por isso, não é exagero afirmar que, mais uma vez, a Escola da AGU, que ao longo dos seus dezoito anos tem perseguido o fortalecimento das oportunidades de qualificação técnica e profissional dos membros e servidores da Advocacia-Geral da União, traz ao público uma relevante contribuição ao aperfeiçoamento da atuação do Estado brasileiro.

Barcelona, 30 de novembro de 2019.

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho
Procurador Federal
Doutor em Direito, Estado e Constituição pela UnB
Ex-Coordenador da EAGU no Distrito Federal

O DIREITO ADMINISTRATIVO NO SÉCULO XXI, O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO E A LUTA CONTRA A MÁ ADMINISTRAÇÃO

ADMINISTRATIVE LAW IN THE XX CENTURY, RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION AND FIGHT AGAINST MALADMINISTRATION

Juli Ponce Solé

Doutor em Direito e professor catedrático de Direito Administrativo, Facultat de Dret, Universitat de Barcelona. Diretor do Institut de Recerca TransJus (2016-2019) e vice-decano de Relações Internacionais (2008-2012) pela mesma instituição. Membro do European Group of Public Law.

SUMÁRIO: Introdução: bom governo e boa administração na História, Arte, Filosofia... e no Direito Público com seus paradigmas existentes; 1 Direito Administrativo, má administração e corrupção; 2 Por um novo paradigma. 3 Concretude do bom governo e da boa administração; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: Este estudo analisa os paradigmas que marcam o conceito de discricionariedade na Espanha desde a segunda metade do século XX, passando a mostrar suas limitações em relação à má administração e corrupção para propor um novo paradigma. O trabalho mostra as diferenças entre o bom governo e a boa administração, já configurada esta como um direito materializado, com obrigações correlativas estabelecidas por regras e jurisprudência. Por fim, o estudo se debruça brevemente sobre os diferentes mecanismos legais que estão sendo usados em nível internacional para promover o direito à boa administração e especificar suas obrigações legais correlacionadas.

PALAVRAS-CHAVE: Bom Governo. Direito à Boa Administração. Má Administração. Corrupção. Ética.

ABSTRACT: The study deals with paradigms which have built the concept of discretionary powers during the 20th century and shows its limitations in relation to maladministration and corruption. It promotes also a new understanding of the administrative law in relation to the discretion of public powers. In addition, the work highlights the differences between good government and good administration which is considered a right by legal rules and case law. Finally, the study analyzes briefly the legal mechanisms used in the international level to promote the right to good administration.

KEYWORDS: Good Government. Right to a Good Administration. Maladministration. Corruption. Ethics.

INTRODUÇÃO: BOM GOVERNO E BOA ADMINISTRAÇÃO NA HISTÓRIA, ARTE, FILOSOFIA... E NO DIREITO PÚBLICO COM SEUS PARADIGMAS EXISTENTES

A existência de um bom governo e uma boa administração se configura enquanto preocupação humana que tem suas raízes na noite dos tempos, possivelmente desde que existam comunidades onde alguém (um chefe de uma tribo ou um pequeno rei) exerce um poder, ou seja, lugar que exista uma autoridade pública (BONINA; DIANA, 2012). Essa preocupação milenar, por estar enraizada na vida humana, transcende o Direito e a Ciência Política e tem sido objeto de atenção tanto na Filosofia quanto nas Artes.

Na tradição filosófica, a ideia de que os governantes estavam sujeitos a um “dever de bom governo” já é encontrada em vários autores clássicos (Sólon, com seu poema “Eunomia”, Platão, Sócrates, Aristóteles ou Cícero, por exemplo), que, com várias nuances, expressaram sua convicção de que os governantes deveriam buscar a felicidade de todos os seus governados, e não de poucos, ordenando para tal fim o que convinha (DE ASÍS ROIG, 1991, p. 269). Quanto à arte, os afrescos de Ambrogio Lorenzetti do século XIV sobre “il buon governo” no Palazzo Pubblico de Siena, Itália, nos mostram tal preocupação, assim como, por exemplo, mais recentemente, o mural de Diego Rivera, de 1924, sobre “Bom Governo”, Universidade de Chapingo, Cidade do México, confirma a atemporalidade dessa inquietude.

No que diz respeito aos pensadores que refletiram sobre a coisa pública, por influência do Iluminismo, Pufendorf apontou para a existência de deveres do soberano já no século XVIII, que consistiam em cumprir as máximas da Ciência do Governo (PUFENDORF, 1734, p. 415-418). Já Alexander Hamilton, em seu artigo 76 do volume O Federalista, um dos trabalhos mais relevantes no campo da análise do poder público, destacou que “la verdadera prueba de un buen gobierno es su aptitud y tendencia a producir una buena administración” (MADISON; HAMILTON; JAY, 2009). No entanto, todas essas abordagens ainda se exercitavam baseadas em princípios com alto grau de abstração, ao mesmo tempo que, apropriadamente, também se apoiavam no Direito Natural, porém sem base em normas legais. É somente no século XIX que vários autores passam a destacar que a Administração deve agir não apenas sem violar o sistema jurídico, mas também deve atuar de forma apropriada, isto é, de acordo com as “regras da boa administração”, às quais a Posada Herrera (1978, p. 52) se referia: “todo lo que tienda a destruir el principio de la sociedad y a detener la marcha de su progreso, será contrario a las reglas de buena administración”. Na doutrina francesa, nas palavras de Hauriou (1893, p. 83): *L’Administration ne doit pas se*

borner à être correcte et respectueuse de la légalité; elle doit s’efforcer d’être habile”; idéia que o jurista francês desenvolveria ao longo de várias obras, insistindo na concepção de “administration bonne”, se bem que desde uma perspectiva da moralidade administrativa, estando, portanto, livre da existência de deveres ou obrigações legais autênticas (HAURIUO, 1929, p. 7). No entanto, é apenas no final do século XX, e princípios do século XXI, que as noções de bom governo e boa administração passam da metafísica à técnica jurídica concreta para usar a expressão gráfica de Garcia de Enterría (1962, p. 161) sobre o papel do direito público moderno como resultado dos trabalhos de doutrina, jurisprudência e inúmeras normas legais como veremos a seguir.

Nesse sentido, Cassese (2009, p. 1037) refere-se ao século XXI como o século da boa administração, que não era uma preocupação predominante no passado. O direito público que emergiu das revoluções liberais do século XIX, em especial o francês, contava com o princípio da legalidade e do direito como manifestação da vontade popular, princípio que, como apontou García de Enterría, foi inspirado na física newtoniana e na crença da existência de certas e imutáveis leis do universo (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2011, p. 22-23). É dessa tradução da física para o direito que o ideal da doutrina iusplucista se identifica com a existência de poderes regulados e a eliminação da discricionariedade, considerada pelo menos um “cavalo de Tróia” no Estado de direito, na expressão de Huber, citado por García de Enterría (1962, p. 167). Assim, o comportamento administrativo deve ser verdadeiro e previsível, consistindo na mera aplicação automática de regras preexistentes. Mas, dada a impossibilidade de eliminar o poder discricionário, a doutrina reconheceu, como mal inevitável, a discricionariedade e procedeu brilhantemente para limitá-la por meio de sua identificação e o possível controle judicial dos elementos regulados e da violação dos princípios gerais do Direito.

Na Espanha, por exemplo, tal tarefa se levou adiante magistralmente pelo professor García de Enterría, sobretudo, a partir de uma importante conferência na Faculdade de Direito, Universidad de Barcelona, em março de 1962. Tema que no mesmo ano se publicou na Revista de Administración Pública e, posteriormente, na sua versão em livro (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962), constituindo-se, dessa forma, obra de grande êxito e influência, que a doutrina em língua hispânica exaltou e reconheceu como uma das obras mais influentes da história do Direito Público (MUÑOZ MACHADO, 2009). Considera-se, desse modo, “un ensayo muy influyente”, enquanto que Carreras (2013) refere-se à sua “célebre conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona”, a qual ele frequentou e que eu enquanto autor do presente texto “comprendí muy pouco”, mas

que comprendia estar “socavando las bases de la dictadura y sentando los principios de un Estado de Derecho”.

Assim, para utilizar a terminologia de Kuhn (1981), em relação à ciência, a luta contra imunidades de poder no século XX marca os paradigmas do direito administrativo espanhol, com grande influência na América Latina, e também os moldes do desenvolvimento de outros países europeus. Contudo, apesar dessa inegável qualidade e influência limitantes, tais avanços fizeram com que o direito administrativo atingisse seu ápice, mas, ao mesmo tempo, estabelecessem limitações ao próprio Direito; colocando-o ainda em uma camisa de força epistemológica e metodológica e, portanto, em nossa opinião, causando uma crise de identidade nas últimas décadas. Entendemos que tal condição será reforçada em novos paradigmas como demonstraremos. De fato, embora esses desdobramentos doutrinários estabelecessem brilhantemente uma ciência normal, na qual a doutrina espanhola se baseava, a educação universitária e o treinamento dos operadores do Direito, especialmente dos juízes encarregados de controlar a administração, produziu, simultaneamente, uma indiferença no Direito quanto às potestades discricionárias.¹

Portanto, ao comprovar-se juridicamente o respeito aos elementos regulados por lei e a não-violação – visão negativa, então – dos princípios gerais do Direito, logo, tornou-se necessária uma análise do núcleo da decisão discricionária baseada em critérios não legais (econômicos, artísticos etc.). Algo que o direito administrativo não tinha que lidar, uma vez que não era controlável judicialmente e uma possível intervenção judicial nesse núcleo implicaria uma violação do princípio da separação de poderes ou do chamado governo dos juízes. Contudo, ao nosso ver, existe nesses casos uma identificação entre o papel do direito administrativo e o controle judicial da administração com a qual não podemos concordar. O Direito Administrativo sói ser um pouco mais amplo e diferente do mero controle judicial das decisões administrativas, sem ignorar a importância de seu controle em um Estado de Direito (PONCE, 2014a). Como, por definição, os juízes não podem assumir o núcleo do exercício do poder discricionário, o Direito Administrativo e sua doutrina de especialistas em Direito Administrativo, voltada ao controle judicial da Administração, não se atentou ao desenvolvimento de mecanismos jurídicos não judiciais que buscassem melhorar o exercício do poder

1 Define-se, assim, a discricionariedade enquanto: “libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962, p. 174-179); na jurisprudência, sentença do Supremo Tribunal espanhol, 1 de junho de 1987, assinala-se que a discricionariedade é a: “potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o conveniencia, que la ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo”.

administrativo. Contudo, nas últimas décadas, as diferentes anomalias na ciência do Direito Administrativo, cada vez mais impotentes para influenciar o comportamento público e cada vez mais encurraladas em favor da reação criminal, devem nos fazer refletir sobre a crise de indiferença da Direito ante o poder discricionário e a necessidade de complementar os paradigmas existentes neste século XXI, mostrando o interesse que o próprio Direito deve ter nesse núcleo discricionário.

1 DIREITO ADMINISTRATIVO, MÁ ADMINISTRAÇÃO E CORRUPÇÃO

Como Klitgaard (1988) destaca, a corrupção depende do monopólio do uso do poder, somando-se à existência da discricionariedade, sem rendição de contas, por isso, um Direito Administrativo baseado em novos paradigmas deve abandonar a diferença quanto ao uso da discricionariedade e se interessar por promovê-la juntamente com participação e transparência além de orientar-se pelo exercício do poder discricionário como algo necessário em direção ao que se define por um bom governo e boa administração. Sendo C (corrupção) = M (monopólio) + D (discricionariedade) – A (accountability), então, reduzir o logro da corrupção quanto avançar no sentido do bom governo e da boa administração requer como alternativa a seguinte equação que propomos: D (reduzindo-a onde for possível, embora aceitando seu papel) + B (deveres e obrigações jurídicas de bom governo e boa administração) + T (transparência) + P (participação); por conseguinte, a transparência e a participação se tornam elementos importantes para prevenir a corrupção bem como lograr o bom governo e a boa administração enquanto objetivo último de todo poder em conformidade, inclusive, com uma sentença do Supremo Tribunal espanhol de 30 de abril de 2012 na qual se relaciona o acesso a arquivos e registros à boa administração. De acordo com o artigo 15 do Tratado de Funcionamento da União Europeia: “A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura”.

Definitivamente, consideramos que a vocação do Direito Administrativo do século XXI, dispondo do conhecido trabalho de Nieto (1975), deve ser prevenir as ilegalidades administrativas, controlá-las e contribuir para orientar a atividade pública em decisões mais adequadas possíveis a serviço do interesse geral. É preciso, para tanto, passar da mera luta contra as imunidades do poder a uma autêntica batalha por um bom governo e boa administração de modo a garantir o direito dos cidadãos e evitar o fracasso dos países (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, MUNGIU-PIPPIDI, 2015).

2 POR UM NOVO PARADIGMA

Como argumentamos, os paradigmas dominantes no Direito Administrativo clássico europeu reproduziram essa suposta diferença quanto ao núcleo do poder discricionário. Por tradição, se concentraram apenas na decisão final adotada, o ato administrativo, especialmente, e não no modo como se exercia a potestade discricionária administrativa, isto é, o procedimento administrativo conforme observado usualmente na doutrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1978, pp. 256-257). Desviou-se, assim, historicamente, do ideal do poder administrativo regulado e do julgamento como modelo de referência para o ato administrativo, sendo este debate traduzido em língua espanhola pela primeira vez em 1935 (MERKEL, 1980, p. 190), e exercendo, dessa forma, influência significativa na Espanha e resto do país. A Europa, como destaca Isaac (1968, p. 101), por conseguinte, tentou construir uma lei administrativa baseada na certeza, algo que nos remete novamente à imagem da física newtoniana inspiradora do Iluminismo e, por último, do direito administrativo que emergiu com ele. A decisão administrativa, como a sentença, portanto, deveria ser o resultado da aplicação automática da norma e a administração pública a boca que pronuncia as palavras da lei na expressão, encaminhada ao juiz, de Montesquieu (1906).² Por tais razões que defendemos fortemente um novo paradigma no Direito Administrativo do século XXI: o modelo da boa governança e da boa administração. A boa gestão pública é, e também deve ser, um tópico de reflexão seja para a doutrina administrativa, legislador ou mesmo controle judicial, como veremos. Além disso, não há diferença entre o bom direito público de gestão e a administração pública. Para tanto, em colaboração com outras ciências, é necessário modificar sua epistemologia e sua metodologia, sem perder seu rigor técnico-jurídico, e contribuir com ela a fim de prevenir a corrupção e promover as melhores políticas públicas possíveis.

Essa necessidade de um novo paradigma já foi identificada pela doutrina em nível internacional tanto pelo legislador quanto pela jurisprudência, que, lentamente, em diferentes países, parece avançar na construção e desenvolvimento de um modelo mais atualizado como indica a OCDE (2010) por meio do conceito de *new public management* sendo, agora, o momento da qualidade na gestão pública. Por outro lado, vários julgamentos da Suprema Corte espanhola aceitam essa abordagem, como o de 7 de outubro de 1999, perguntando-se sobre o exercício do poder discricionário: “en un Estado de derecho puede admitirse la existencia ‘a priori’ de algo ‘indiferente jurídicamente’”; ou a sentença de 26 de fevereiro

² Texto de 1747, edição em língua espanhola de 1906.

de 1990 indicando de que modo o Direito Administrativo “ya no aspira sólo a la defensa del ciudadano frente a las injerencias indebidas de los poderes públicos, sino a conseguir una Administración prestadora eficaz de servicios públicos”. A falsa indiferença do Direito ante o exercício do poder discricionário e a aspiração à boa governança e à boa administração tiveram sua articulação técnica nas últimas décadas com o surgimento de princípios legais da boa governança e do direito à boa administração, tendo estes estabelecido obrigações legais para o poder executivo conforme veremos adiante. Em essência, o direito a uma boa administração, implica a necessidade de análise e consideração diligente com a devida atenção aos fatos e interesses relevantes em decisões.

3 CONCRETUDE DO BOM GOVERNO E DA BOA ADMINISTRAÇÃO

A ideia do bom governo se refere à maneira pela qual uma parte do poder executivo, o governo, desempenha suas funções, enquanto a boa administração se refere à maneira pela qual o poder executivo realiza suas tarefas administrativas, sendo os conceitos de má administração (negligente) e corrupção (má administração dolosa) seus opostos. Nesse sentido, então, bom governo e boa administração são noções diferentes de boa governança, pois são mais restritas e concretas e não incluem atores privados. Distinguem-se pela função específica a que se referem, embora, às vezes, boa governança e bom governo são usados de forma intercambiável, dependendo do contexto e da língua como vemos, por exemplo, em *good governance* e *good government* (ADDINK, 2014, p. 23).

Na Constituição Espanhola de 1978 (CE), por exemplo, existem tanto princípios relacionados ao bom governo quanto à boa administração. No que diz respeito ao primeiro, a interdição da arbitrariedade, art. 9.3 CE, que exige racionalidade e justificativa nas decisões; depois, o princípio da não-discriminação, art. 14 CE; também a busca da igualdade material, 9.2 CE; o princípio da proporcionalidade e, portanto, da ação não-desproporcional que se deriva da jurisprudência do art. 1º em que estão presentes os conhecidos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *strictu sensu* ou o gasto público equitativo, eficiente e ao menor preço, art. 31.2 CE. Por outro lado, várias leis sobre o bom governo, começando pela Lei Espanhola 19/2013, além daquelas aprovadas pelas Comunidades Autônomas, bem como outros regulamentos (por exemplo, a Lei Espanhola 3/2015, de 30 de março, regulando o exercício do alto cargo da Administração Geral do Estado e seus equivalentes em cada região) estabelecendo deveres legais específicos de bom governo. Definitivamente, de todas essas leis, pode-se concluir que os governos, no desempenho de suas funções, têm,

portanto, obrigações legais de não violar princípios constitucionais de modo a cumprir deveres positivos – racionalidade, justificativa, igualdade (material), perseguição do interesse geral, geração de alternativas e seleção da menos restritiva aos direitos dos cidadãos, equilíbrio custo-benefício, eficiência, economia, equidade – que emanam da não-violação dos princípios legais, da perseguição do interesse geral com objetividade (permitindo controlar de partida qualquer desvio de poder ou ainda impedi-lo por meio do subprincípio de adequação do princípio da proporcionalidade, etc.), do cumprimento dos deveres positivos derivados (por exemplo, ação diligente, prevista na jurisprudência e na Lei Espanhola 19/2013 ademais da legislação das Comunidades Autônomas), do respeito aos elementos regulamentados e aos direitos fundamentais (conforme explicado no art. 2 da Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Existe ainda a possibilidade de desenhos institucionais e processuais para garantir o bom governo, como analisaremos mais adiante, pois isso, como vimos, não é indiferente ao Direito. Os membros do governo devem servir ao interesse geral (Lei Espanhola 19/2013, por exemplo) com objetividade (de acordo com a Lei Espanhola 3/2015, de 30 de março, que regulamenta o exercício da alta posição da Administração Geral do Estado, ressaltando-se, no preâmbulo e nos artigos 3 ou 11, conflitos de interesse e abstenção).

Quanto aos princípios da boa administração, estes não são desconhecidos no escopo do chamado Direito Administrativo Global,³ em conexão com o devido processo legal, nem nos Estados Unidos, nos quais, embora não seja comum nessa tradição legal referir-se a esse direito. A verdade é que a doutrina jurisprudencial de *hard look*, também conhecida como *reasoned decision making*, amplamente usada pela jurisprudência, mostra como no moderno Direito Público dos Estados Unidos “el énfasis en la revisión de la arbitrariedad se ha movido hacia el escrutinio de la calidad del razonamiento administrativo” (LEVIN; GELLHORN, 2007, p. 103) sendo exatamente o caso na esfera espanhola e em outros países.

Da mesma forma, como já apontado, o direito a uma boa administração pode ser encontrado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em vários estatutos autônomos espanhóis recentes – como o Estatuto Autônomo catalão de 2006, art. 30), na Lei Catalã 19/2014, sobre transparência, acesso à informação e boa governança, que, apesar de seu título, se refere à boa administração também no seu Título V ou na Lei galega 1/2015, de 1º de abril, garantindo a qualidade dos

3 Ter presente a Organização Mundial do Comércio e seu Apellate body, que resolveu o caso *Schrimp products* (produtos de camarões), em 1998, concluindo que os Estados Unidos não tinham proporcionado a nenhum dos Estados, cujas exportações de camarões estavam proibidas mediante regulações administrativas internas, garantias básicas de um procedimento administrativo, como a oportunidade de ser ouvido, ou alegar contra as supostas infrações cometidas (WTO, 2001).

serviços públicos e boa administração, para citar apenas duas das mais recentes. Ainda referindo-se à boa governança, há jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos,⁴ do Tribunal de Justiça da União Europeia (MANCILLA i MUNTADA, 2014)⁵ e do Supremo Tribunal espanhol, por exemplo, com uma sentença de 15 Outubro de 2010, referente à motivação e à boa administração, e outra de 20 de novembro de 2013, autêntico caso de liderança, exigindo a motivação de atos políticos ou governamentais de acordo com Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (2014), ou ainda uma decisão de 30 de janeiro de 2012, referindo-se à motivação e à boa administração.

Referências à boa administração também existem em outras Constituições, por exemplo, o art. 97 da carta italiana, sobre o buon andamento,⁶ e leis de vários países europeus.⁷ A relevância do direito a uma boa administração também não passou despercebida pela doutrina, legislação e jurisprudência ibero-americanas. Moscarrello (2013) ressalta sua importância para o caso argentino e Freitas (2014) para o brasileiro. O Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo promoveu o Código Ibero-americano de Bom Governo de 2006 como soft law e a Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos en relación con la Administración Pública de 2013 contém inúmeras citações quanto à boa administração. No campo legislativo, a República Dominicana, por exemplo, incluiu enquanto matéria o direito à boa administração na Lei 107-3. Por fim, a jurisprudência ibero-americana também fez alusões ao conceito, implicitamente, como no caso da Costa Rica;⁸ explicitamente,

4 Ver ainda as decisões *Cazja versus Polonia*, de 2 de octubre de 2012; *Rysovsky versus Ucrania*, de 20 de octubre de 2011; bem como *Öneryildiz versus Turquía*, de 30 de noviembre de 2004.

5 Ver a sentença do Tribunal General da União Europeia de 29 de abril de 2015, T-217/11, *Quarta Sala, Claire Staelen versus Ombudsman da União Europeia*, com uma interessante descrição da obrigação jurídica da devida diligência que implica tal direito.

6 Dois exemplos se sobressaltam da abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional Italiano sobre este preceito: a) Sentenza N° 172, 2005: "... atteso che le esigenze di trasparenza e di credibilità della pubblica amministrazione sono direttamente correlate al principio costituzionale di buon andamento degli uffici"; b) Sentenza N. 262, 1997 "... che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico".

7 Ver Agência Sueca para a Gestão Pública (STATSKONTORET, 2005).

8 A Constituição da Costa Rica, ainda que não utilize a expressão boa administração, inclui em seus artigos 139.4 e 140.8 referências a "la buena marcha del gobierno" e "el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas". Destaca-se o trabalho da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justicia da Costa Rica, que empregou diversos princípios constitucionais sobre "la buena marcha del gobierno" e "el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas", para outorgar amparo em casos em que a saúde de um cidadão estava em risco por falta de atenção médica. Ver sentenças de 13 de julho de 2004, Res: 2004-07352 ou de 5 de agosto de 2005, Res: 2005-010292.

como no caso do Tribunal Constitucional Dominicano⁹ e Peruano¹⁰ ou no caso do Conselho de Estado da Colômbia.¹¹

4 CONCLUSÕES

Como vimos, o interesse sobre bom governo e boa administração passou da jurisprudência, onde nasceu originalmente, para as normas, tal como se verifica no exemplo do artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou na presença da matéria em sistemas legais latino-americanos cuja tendência deve se firmar nos próximos anos na região. No caso brasileiro, é importante consultar a monografia do professor Freitas (2014) sobre o direito à boa administração pública.

Acreditamos que, após uma primeira fase que já foi superada, em que os apelos à boa administração foram muito genéricos, há muito tempo estamos em uma nova fase muito mais pragmática e concreta, na qual doutrina, legislador e jurisprudência interagem e contribuem para articular técnicas concretas a fim de tornar a boa administração uma realidade e controlar a má administração. Portanto, é essencial conhecer e citar que a jurisprudência e as técnicas legais específicas utilizadas e evitar meras abordagens retóricas. Nesse sentido, o direito a uma boa administração não é algo vinculado a uma ética moral ou ética que esteja além do Direito. Faz parte dele, requer uma gestão da qualidade e se abre à possibilidade de reagir juridicamente contra a má administração seja esta de natureza culposa ou dolosa nos casos de corrupção. Por outro lado, o direito à boa administração não é apenas um guarda-chuva que se limita a abranger um conjunto de princípios e direitos relacionados a procedimentos administrativos justos ou adequados.

Entendemos que, no futuro, o conceito técnico e concreto de boa administração terá um impacto gradual em diferentes parcelas do Direito Administrativo do século XXI. Exemplo disso é o que já observamos no campo do desenvolvimento de atividades materiais ou técnicas em relação ao papel do Direito e à informalidade; ou ainda o relevante destaque para a motivação e o devido processo, ou mesmo na importância dos processos e na contestação independente deles, na presunção ou não de decisões administrativas acertadas, na adoção de medidas cautelares, na reavaliação dos vícios “formais” relacionados ao procedimento defeituoso, na necessária

9 Ver a sentença do Tribunal Constitucional 0032/14.

10 Ver a sentença sobre caso Grimaldo Chong, Expediente 2235-2004-AA, do Tribunal Constitucional del Perú.

11 Conselho do Estado, decisão da Sala Contencioso Administrativo, seção terceira, de 10 de novembro de 2005, conselheiro na sustentação oral Alier Eduardo Hernández Enríquez.

ponderação diligente da soft law e daquelas reclamações pertinentes à administração pública apresentadas por cidadãos cuja finalidade é o exercício do poder sancionador ou padrões legais a serem definidos na apreciação da responsabilidade patrimonial e administrativa.

Já se podem verificar algumas técnicas legais comuns para garantir boa governança e boa administração. Este não é o momento ou o lugar para analisar tais técnicas, devido à falta de espaço para fazê-lo, embora apontemos algumas delas como a precisão do conceito jurídico indeterminado de boa administração, com possível inspiração no progresso do direito privado em relação à boa governança corporativa, las Cartas de Servicio e as Citizen's Charters. Há ainda os códigos de conduta ou ética, a denominada infraestrutura ética de país para país pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), regulamentação de conflitos de interesse – abstenção, desqualificação, incompatibilidades, revolving doors ou pantouflage. Mencionamos também o devido procedimento administrativo e a motivação adequada, incluindo critérios não legais usados em decisões, ademais da regulamentação do papel dos lobbies ou lobistas e o que se costuma chamar de legislative foot-print, a figura do whistleblower, a responsabilidade patrimonial e a má administração, a melhor regulação sendo esta uma questão de grande peso – better ou smart regulation, na terminologia entre países, tão importante na economia de uma nação e, por exemplo, no âmbito dos países membros, ou aqueles que aspiram fazer parte, da OCDE – além de tantas outras técnicas.

No futuro, as linhas de pesquisa para a prevenção da corrupção e o fortalecimento do bom governo e boa administração devem, em nossa opinião, desenvolver melhores desenhos institucionais e processuais, como os já mencionados anteriormente, com o aprofundamento de tais trabalhos nesse campo baseados em novas contribuições que uma visão interdisciplinar pode gerar. Nesse sentido, o aperfeiçoamento jurídico quer nos regulamentos quer no controle judicial deve apoiar-se em contribuições provenientes da economia, ciência política, psicologia e outras ciências. Assim, parece inevitável a melhora nos instrumentos de medição não apenas da corrupção, mas do bom governo e boa administração com a criação de indicadores específicos.¹² Por outro lado, a neurociência e a psicologia, além da economia comportamental, estão oferecendo análises interessantes sobre vieses, heurísticas e reações cerebrais em determinadas situações (KAHNEMAN, 2012). Esse conhecimento acumulado fundamentado na capacidade de persuasão já se traduziu, por exemplo, em uma técnica de intervenção pública conhecida nudging ou “cutucada” (PONCE, 2014b).

¹² Quanto à qualidade regulatória, ainda que com um viés bem evidente em prol da menor intervenção pública possível, ver os índices criados pelo Banco Mundial (WORLD BANK, 1996-2018).

Ressalta-se ainda que pesquisas se encontram em andamento sobre a maneira como a persuasão no cérebro humano se dá manipulando o ambiente físico do nosso entorno. Tal conceito é denominado na literatura de *ambient accountability* (ZINNNBAUER, 2012).

Sem dúvida, uma visão de Direito moderno e aberto a novos paradigmas pode ser enriquecida sem perder sua personalidade e sua função. Por um lado, construída por todas essas contribuições favoráveis a um desenho institucional de incentivos e, por outro, geradora de desincentivos que impeçam a má administração e a corrupção a fim de promover a boa governança e a boa administração. Embora o poder discricionário não se confunde com a arbitrariedade, paradigma já firmemente estabelecido “discrecionalidad no es arbitrariedad” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1991, p. 105), a sentença do Supremo Tribunal de 29 de maio de 2006, apelo137/2005 reforça que “discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos antagónicos”. Contudo, resta dar um passo adiante e estabelecer a ideia extraindo-se as consequências práticas apropriadas a ela de que o poder discricionário deve dar lugar a uma boa administração juridicamente qualificada. Como já foi feito, a propósito, em países como França e Estados Unidos, e principia a jurisprudência espanhola, onde há décadas cortes supremas têm estabelecido padrões de controle que consideram arbitrário não apenas a não razoabilidade como a não motivação, mas também indiligência nas aquisições de fatos e de interesses relevantes (AUBY; PERRAUD, 2013, p. 22-29). Em relação à evolução gradual da jurisprudência de nosso próprio Supremo Tribunal espanhol, que, embora tímido e ainda longe dos exemplos fornecidos, já está caminhando para um padrão de controle mais exigente (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2015). Uma animadora agenda de pesquisa e melhoria prática de nossos sistemas jurídicos, com o intuito de aumentar a qualidade do comportamento do público, portanto, se desvenda diante de nossos olhos e de mãos dadas com o conceito jurídico de boa administração. Confiemos que, como juristas, estaremos à altura deste desafio que nosso século nos traz.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James Alan. *Why nations fail*. Nova Iorque: Crown Business, 2012.

AUBY, Jean-Bernard; PERRAUD, Thomas. (Eds.). *Regulatory Impact Assesment*. Sevilla: Global Law Press, 2013.

BONINA, Nicolás; DIANA, Nicolás. *La deconstrucción del Derecho administrativo*. Ciudad de México: Editorial Novum, 2012.

CASSESE, Sabino. Il diritto a la buona amministrazione. *European Review of Public Law*, Atenas, v. 21, n. 3, p. 1037-1048, 2009.

DE ASÍS ROIG, Rafael. *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Madrid: CEC, 1991.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. (1991). *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Pamplona: Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto. *Revista de Administración Pública*, Madrid, v. 1, n. 194, p. 209-225, maio/ago. 2014.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental a boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Algunas reflexiones sobre el derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo), *Revista de Administración Pública, Madrid*, v. 1, n. 85, p. 241-259, 1978.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, Madrid, v. 1, n. 38, p. 159-205, 1962.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Madrid: Thompson Reuters, Aranzadi-Civitas, 2011.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. 2. ed. Paris: L. Larose & Forcel, 1893.

HAURIOU, Maurice. Prólogo. In: FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, Recaredo. *El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del Derecho Español)*. Madrid: V. Suárez, 1929.

ISAAC, Guy. *La procédure administrative non contentieuse*. Paris: Librairie Generales de Droit et Jurisprudence, 1968.

KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio*. Barcelona: Editorial Debate, 2014.

KLITGAARD, Robert. *Controlling corruption*. Berkeley: University of California Press, 1988.

KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1981.

LEVIN, Ronald; GELLHORN, Ernest. *Administrative law and process in a nutshell*. St. Paul: Thompson West, 2007.

MANCILLA i MUNTADA, Francesc. *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració: la governança i el bon govern*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2014.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *El federalista. Recull de textos escrits a favor de la nova Constitució, segons l'ha acordada la Convenció federal el 17 de setembre de 1787*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2009.

MERKL, Adolf. *Tratado general de derecho administrativo*. Ciudad de Mexico: Editorial Nacional, 1980.

MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906.

MOSCARIELLO, Agustín. *El principio de la buena administración. El Derecho Serie Especial Administrativo*. Disponible em: <<http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/el-principio-de-la-buena-administracion/>>. Acceso em: 6 set. 2019.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *Corruption: good governance powers innovation*. Nature, Londres, v. 518, n. 7539, p. 295-297, 2015.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Libros esenciales para entender el derecho administrativo y el derecho público general. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 1, p. 1-7, 2009.

NIETO, Alejandro. La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, v. 1, n. 76, p. 9-30, 1975.

OCDE. Public Administration after «*New Public Management*», 2010. Disponible em: <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/public-administration-after-new-public-management_9789264086449-en>. Acceso em: 6 set. 2019.

PONCE SOLÉ, Juli. Ciencias sociales, derecho administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Madrid, v. 1, n. 11, p. 23-42, jan./jun. 2014a.

_____. Nudging, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales. *Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, p. 191-216, fev. 2014b.

POSADA HERRERA, José. *Lecciones de administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1978.

PUFENDORF, Samuel. *Le droit de la nature et des gens*. Amsterdã: Chez Gerard Kuyper, 1706.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 1, p. 1-46, jan. 2015.

STATSKONTORET. Principles of Good Administration in the Member States of the European Union, 2005. Disponível em: <<http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2019.

WORLD BANK. *Worldwide Governance Indicators*, 1996-2018. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/>>. Acesso em: 8 set. 2019.

WTO. *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, 2001. Disponível em: <http://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

ZINNBAUER, Dieter. *'Ambient accountability'-fighting corruption when and where it happens*, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2168063>>. Acesso em: 07 set. 2019

PROPRIEDADE, MERCADOS E PLANEJAMENTO URBANO: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DIREITO ECONÔMICO E ÀS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

*PROPERTY, MARKET AND URBAN PLANNING: A
CONTRIBUTION TO THE ECONOMIC LAW AND
INTERNATIONAL RELATIONS*

Wellington Migliari

*Doutor em Direito e Ciência Política, Facultat de Dret, Universitat de Barcelona (UB),
e mestre em Estudos Internacionais pela mesma instituição. Graduação em Relações
Internacionais, IRI/USP. Membro do Institut de Recerca TransJus (UB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Propriedade, limites e funções; 2 Regimes internacionais e planejamento urbano; 3 Mercado de moradias: tradable or not tradable?; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O desenvolvimento humano de uma sociedade no longo prazo depende de muitos fatores. No entanto, são, sem dúvida, os mercados da construção e o regime de propriedade de cada país, sobretudo, a questão fundiária urbana, os fatores determinantes nesse processo. No Brasil e na América Latina, a função social da propriedade pode desempenhar um papel significativo para tornar mais efetivo o direito à moradia e o acesso à propriedade, superando inclusive o grande abismo de classe que ainda é uma realidade na região. Tal princípio constitucional é orientador da ordem econômica de várias nações latino-americanas e deve coexistir com outros preceitos fundamentais inclusive sob a perspectiva da ordem econômica. O presente artigo tem por objetivo refletir sobre o peso dos mercados nacionais na construção de cidades e apontar o quão importante é um projeto urbano de desenvolvimento menos dependente de importações. Para isso, percorremos algumas cartas constitucionais latino-americanas que sustentem uma argumentação comparada em defesa do acesso mais democrático à propriedade e indagamos se a moradia, nas seções posteriores, é objeto de um regime internacional ou se de fato se constitui como mercadoria não comercializável internacionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Função Social da Propriedade. Novo Desenvolvimentismo. Regime Internacional Urbano. Direito à Cidade.

ABSTRACT: The human development of a society in the long run depends on many factors. However, it is undoubtedly the construction markets and the ownership regime of each country, especially the urban land use, the determining factors in this process. In Brazil and Latin America, the social function of property may play a significant role to make more effective the right to housing and the access to property bridging the great abyss of class yet a reality in the region. Such constitutional principle has been guiding the economic order of various Latin American nations and must coexist with other fundamental precepts including the economic order perspective. This article aims to reflect on the weight of national markets in the construction of cities and to point out how important a less import-dependent urban development project is. Eventually, we go through some Latin American constitutional charters that support a comparative argument in defense of more democratic access to property and examine in the subsequent sections of our text whether housing is the object of an international regime or is in fact constituted as an internationally non-tradable commodity.

KEYWORDS: Public Policies. Social Function of Property. New Developmentalism. Urban International Regime. The Right to the City.

INTRODUÇÃO

O presente artigo debate a questão do direito de propriedade a partir de três facetas. A primeira delas se refere aos limites constitucionais e à função social da propriedade que procuro mostrar ser não apenas particularidades jurídicas brasileiras, mas, sobretudo, realidades em muitas constituições latino-americanas. Embora desafiadora, essa lógica histórico-social parece ser comum no que diz respeito ao uso do solo e a direitos fundamentais em muitos países da América Central e do Sul. Em outras palavras, a função social da propriedade não é propriamente um limitador esvaziado de sentido e pouco empático aos proprietários. Ela estabelece harmonia entre as demais normas constitucionais como, por exemplo, acesso à moradia digna, política urbana e combate às desigualdades.

A outra face do debate está intimamente combinada com o planejamento urbano e a efetivação de direitos. Dois desafios que se encontram coadunados no documento O futuro que queremos, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável de 2012, também conhecida como Rio + 20. A propriedade e o controle da terra são centrais nesse processo, pois podem ou não determinar, de forma mais ou menos justa, modos de vida nas urbes, distribuição de riqueza e preservação dos recursos naturais às gerações futuras. É o que sugiro, a partir da Nova Agenda Urbana, conjuntamente com os valores ambientais da Rio + 20, ser um regime internacional para o planejamento das cidades e sua construção. Trata-se de um conjunto de princípios e normas entre governos, nascido no seio do Programa Habitat, Nações Unidas, que busca gerar sinergias entre direitos fundamentais, desenvolvimento econômico e dignidade humana em contexto urbano. O processo decisório, a participação da sociedade civil e a não dependência de tecnologias são algumas das marcas desse suposto regime internacional urbano. A Declaração de Quito sobre Cidades e Aglomerados Urbanos Sustentáveis para Todos de 2016 e o Marco de Evaluación de la Normativa em Materia de Planeamiento Urbano de 2018 cristalizam nosso entendimento nesse sentido amplo consenso no âmbito regional e internacional.

A última faceta proposta é sobre a produção das cidades e como a moradia, dependente de bens e conhecimento no seu entorno, pode exercer um papel fundamental no comércio internacional da região latino-americana. A provocação se detém na dúvida de ser realmente o mercado da moradia tradable or not tradable? Tentamos mostrar como o planejamento urbano e manufaturas, indústrias e serviços de alto valor agregado em Cingapura e Hong Kong desfaz esse senso comum. Embora não garantam em seus sistemas constitucionais a função social da propriedade, no caso

cingapurense nem mesmo o direito de propriedade é explicitamente uma norma fundamental, a moradia é pensada no modelo de terras públicas. Muito longe de ser um sistema de propriedade e planejamento baseado em reservas de mercado, o uso do solo destinado à habitação e à construção da infraestrutura urbana são ferramentas estratégicas. Possui como finalidade a oferta imóveis de alta qualidade, seja para compra ou aluguel social, a famílias e indivíduos com níveis de salário incompatíveis com o mercado privado. Assim, esse artigo é não apenas uma contribuição ao direito econômico, por relações claras entre mercados domésticos, soberania e comércio internacional com aspectos jurídicos, mas às Relações Internacionais por meio do direito constitucional comparado latino-americano, da ideia-força de efetivação de direitos humanos no jus cogens internacional e de reflexões pertinentes à economia política no papel do desenvolvimento econômico.

1 PROPRIEDADE, LIMITES E FUNÇÕES NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO LATINO-AMERICANO

A propriedade na Constituição Federal brasileira de 1988 está limitada por sua função social, art. 5, XXIII. Isso quer dizer que ela não conforma um direito absoluto, nem seu proprietário está livre de obrigações. Mesmo quando pessoa jurídica, empresas e iniciativa privada devem respeitar os princípios sustentadores da ordem econômica em uma sequência lógico-organizativa em favor da sociedade como um todo como se observa no art. 170 da Constituição brasileira. São a “soberania”, a “propriedade privada”, a “função social da propriedade”, a “defesa do meio ambiente” e a “redução das desigualdades regionais” que, entre outras prerrogativas constitucionais, devem harmonizar-se na construção da ordem econômica do país. E o que isso quer dizer? Que o desenvolvimento econômico não pode abalar ou ferir princípios fundamentais sobre os quais se assentam outros direitos constitucionais. Nem a pretexto do exercício da soberania, nem com o falso alibi de desenvolver economicamente a nação, poderá o Estado brasileiro atentar contra a dignidade humana ao organizar seu sistema de propriedade bem como sua ordem econômica.

Muito se fala a respeito da função social da propriedade na Constituição de Weimar (1919). Ocorre que encontramos pouco antes nos debates da Constituinte mexicana, antecessores da Constituição do México (1917), alguns dos limites para restringir o poder absoluto do sistema de propriedade. Pastor Rouaix afirma que: “Claro está que el ejercicio del derecho de propiedad no es absoluto: y que así como en el pasado ha sufrido modalidades, es

susceptible de admitir otras en el porvenir”. Essa é a percepção que entende a importância de se limitar o poder econômico, continua o parlamentar à época, por analogia e correlações entre cláusulas fundamentais, como a liberdade e a igualdade a todos os cidadãos, por exemplo, constatando que: “[...] el deber que tiene el Estado de conservar la libertad igual de todos los asociados; deber que no podría cumplir sin el derecho correlativo [correlação entre direitos e as limitações a seu exercício absoluto] (Rouaix, 1917, p. 29). Mesmo antes da Constituinte de Querétaro (1916-17), México, León Duguit (1920), por analogia, já havia proferido na Argentina, ocasião de conferências sobre direitos fundamentais e contrato social, que, assim como para o exercício das liberdades fundamentais e o direito à vida, os eventos da Revolução Francesa (1789) demonstraram uma série de limites e funções de preceitos basilares que deveriam ser harmônicos à ordem política, social e econômica. As ideias de Duguit se espalharam na América Latina durante todo século XX (PASQUALE, 2014, p. 99).

Quanto ao período pós-1945, observa-se que o instituto da função social ganhou terreno. A Constituição da Argentina (1949), art. 38, limitou o uso absoluto do direito de propriedade por meio da função social: “La propiedad privada tiene una función social y, em consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común”. Além disso, há clara referência à fiscalização do direito de propriedade com o desenvolvimento da terra e sua distribuição a favor dos interesses das comunidades agrárias: “Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad”. O artigo reforça a noção dos deveres do Estado e os define, especificamente, no âmbito da produção familiar, portanto, não latifundiária, para que venha a ser o território composto por propriedades produtivas: “y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva”. Já na Carta Maior argentina de 1994, quando houve discordância sobre a inexistência de o Estado garantir a função ou o interesse social, foi a Lei 23.054 de 1984, art. 21.1, que dirimiu dúvidas quanto à exaustão aparente contida no texto constitucional promulgado posteriormente. A recuperação da norma positivada anteriormente não somente reafirmou ao Congresso Nacional o poder e o dever de deliberar sobre a matéria “La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”, mas, sobretudo, estabeleceu vínculos supranacionais com direitos fundamentais não absolutos tal como vemos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Entretanto, o desenvolvimento econômico e a garantia do direito de propriedade estão em outros textos constitucionais filiados a uma ordem internacional mais complexa.

No caso uruguaio, em seu art. 32, a propriedade, princípio assentado no desenvolvimento econômico e trabalho, deve ser limitado ao interesse geral. No entanto, no art. 6 do mesmo texto constitucional de 1967, existe um dispositivo indicador de que qualquer controvérsia sobre a matéria deverá ser resolvida de forma integradora seja por arbitragem ou solução pacífica sem ferir o ordenamento jurídico internacional sendo a República do Uruguai também parte da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Se seguimos buscando fatores conexos e limitantes ao direito de propriedade, veremos que na Constituição Política da República do Chile de 1980, art. 24, a propriedade também deve cumprir sua função social de acordo com os limites que sejam estabelecidos por lei. Há um aspecto interessante que influencia de forma mais harmoniosa o sistema de propriedade e o desenvolvimento econômico no texto constitucional chileno. Em seu art. 115, Capítulo sobre Gobierno y Administración Regional, é tarefa tanto do governo quanto da administração interior do Estado observar “como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo”. Assim, a ordem econômica e o desenvolvimento territorial devem coexistir na justiça distributiva tal como explicita o dispositivo constitucional.

Aspectos harmonizadores e integradores, casos uruguaio e chileno, se contrastados com o texto constitucional brasileiro, nos remete a algumas reflexões sobre desigualdades socioeconômicas intimamente ligadas ao sistema de propriedade. A Constituição Federal de 1988 do Brasil, em seu art. 3, III, e art. 170, VII, ao afirmar, enquanto princípios amplos, o objetivo de reduzir as desigualdades regionais relativiza a riqueza sem combater a concentração de renda. Pode soar um debate semântico “harmonia”, “equidade” e “redução de desigualdades”, muito embora nos pareça algo diverso. Os sentidos que obrigam o Estado brasileiro a atuar na matéria podem ser atendidos sem que sejam necessariamente as regiões relativamente mais iguais no longo prazo. Um estado mais pobre da federação pode crescer, por exemplo, a um ritmo maior se comparado àqueles mais ricos sem que estes deixem de concentrar riqueza, induzir mais recursos federais nas obras de infraestrutura, saneamento básico e, conseqüentemente, níveis de urbanização. O critério de redução das desigualdades regionais é ponderado inclusive por peso demográfico. O art. 165 da Constituição Federal de 1988, em seu § 7º, sobre as leis orçamentárias anuais, que são previstas no § 5o, I e II deste mesmo artigo, determina que o executivo exerça suas funções de forma compatível com os planos plurianuais na redução das desigualdades inter-regionais segundo critério populacional. Contudo, é muito difícil para não dizer impossível que as cinco regiões brasileiras, que já apresentavam suas tendências

demográficas de tamanho e preponderância relativa antes de 1988, quando foi promulgada a constituição vigente, sejam iguais com um sistema de propriedade produtor de desigualdades (FURTADO, 2005). Os dados continuam validando essa percepção de contrastes, ainda que dispositivos legais tenham aparecido ulteriormente a fim de combater a desarmonia entre municípios rurais pobres, por exemplo, e cidades ricas assim como a persistente iniquidade mesmo dentro de regiões metropolitanas do país.

E há como buscar alguma lógica jurídica sobre, por exemplo, o desenfreado agronegócio com superprodução de commodities fora do âmbito normativo interno?

Na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia (2008), art. 56, I, lemos: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social”. O sistema jurídico constitucional boliviano também avança, por exemplo, em matéria de competência agroambiental, art. 186; recursos hídricos, art. 373, II; e propriedade agrária, art. 397, I e II. No art. 13, IV, encontramos que a interpretação de direitos e deveres constitucionais será balizada por convenções e tratados internacionais que, eventualmente, foram ou sejam ratificados pelo Estado da Bolívia. Embora existam contrastes socioeconômicos abissais e dados históricos sobre a estrutural concentração de renda nos países da América Latina, seus textos constitucionais parecem amparar um uso mais equilibrado entre a propriedade privada, sua função econômica e social. A materialização dessa sequência lógico-jurídica se daria pela defesa do próprio acesso à terra enquanto direito humano.

A Carta Maior paraguaia de 1992, art. 109 afirma que: “Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos”. Além disso, o interesse social se põe como limitador ao sistema de propriedade se for aplicado com justa e prévia indenização: “se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social”. A inovação está no consenso de que os latifúndios improdutivos não serão objeto de qualquer compensação nos termos da lei. Novidade que facilita a fiscalização de terras já que tributos e ordem econômica não devem servir a hiatos de produção no campo. Com relação aos povos indígenas, art. 64, estes possuem o direito à propriedade comunitária e não poderão ser tais terras embargadas, divididas, transferidas ou prescritas. Muito menos arrendadas, suscetíveis de obrigações contratuais nem tributadas. Sobre o caso brasileiro no Supremo Tribunal Federal, na contramão da ficção interpretativa criada com o que se entende por marco temporal versus marco atemporal, ainda que aparentemente tese vencida, seria interessante observar o conteúdo histórico de violência tornado invisível pela tecnicidade sobre efetivação

ou não dos direitos dos povos indígenas (CUNHA; BARBOSA, 2018). Esse conflito, contudo, só revela a outra face da desigualdade no país em relação à ocupação territorial e aos assentamentos humanos.

Questões que pareciam já terem sido dirimidas, mas que, todavia, conformam objetos de dúvidas. Evidenciam, sobretudo, por outro lado, o conservadorismo das instituições do Estado brasileiro quando se trata de terras coletivas ou comunidades, pois tais direitos acabam sendo entendidos como antagônicos à propriedade privada ou ao desenvolvimento histórico-econômico.

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999 garante o direito de propriedade em seu art. 115 e o submete as contribuições, restrições e obrigações que a lei venha estabelecer. Assim como na constituição paraguaia, os povos e comunidades indígenas venezuelanos estão protegidos pelo art. 119 “[...] su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan”. Contudo, o texto venezuelano supera o conceito de demarcação territorial. Cita o desenvolvimento e a garantia às formas de vida dos povos autóctones cuja participação o poder executivo deverá considerar para: “demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras”. Ao materializar o conceito de propriedade coletiva de terras em ato formal, sendo estes territórios “inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles”. Em seu art. 307, a Constituição Bolivariana da Venezuela define ainda o regime latifundiário improdutivo como contrário ao interesse social. Agravar impostos e impor tributos a tais propriedades ociosas é responsabilidade do Estado, pois é intuito da carta maior transformar tais posses em unidades produtivas ou, na impossibilidade de tal tarefa, entregá-las àqueles de vocação agrícola familiar, sobretudo, como sujeitos de direito: “campesinos o campesinas y demás productores o productoras agropecuarios tienen derecho a la propiedad de la tierra”. Questões de gênero também aparecem na redação do artigo associadas à incumbência de o Estado garantir e proteger formas associativas e particulares ao promover a produção agrícola além de velar pela “ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola para asegurar su potencial agroalimentario”. O tema da sustentabilidade se orienta, sobretudo, conforme o art. 308, com resguardo e incentivos à pequena e média indústria, cooperativas, bancos de depósito, empresa familiar, microempresas e qualquer outra forma de associação comunitária para o trabalho, poupança e consumo sob o regime jurídico de propriedade coletiva.

A Constituição Política da Colômbia de 1991 define que a propriedade “é” uma função social com obrigações em seu art. 58. Ademais, como tal, “é” inerente ao sistema de propriedade uma “função ecológica”. Outro dado interessante é de cunho textual, isto é, afirmam-se o direito de propriedade e outros direitos fundamentais pela negação: “[...] Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Outro aspecto interessante é a previsão de conflito na letra do documento máximo da nação colombiana que diz quando a aplicação de uma lei positiva, por motivos de utilidade pública e interesse social: “resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. O art. 64 defende a propriedade familiar na figura jurídica de “propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa” além de associá-la a outros direitos fundamentais como educação, saúde, moradia e previdência.

Das cartas constitucionais analisadas, a Constituição da República do Equador de 2008 parece ser a mais progressiva. Os aspectos centrais que estruturam o sistema de propriedade, em sequência lógica literal, são moradia, propriedade, habitat, espaços públicos, cultura e equilíbrio urbanos, cidade, direito à cidade, gestão democrática, função social e ambiental da propriedade e da cidade. O que isso quer dizer? Basicamente que, conforme o art. 31, o exercício do direito de propriedade se orienta pelo direito à cidade e exercício da cidadania: “Art. 31. – [...] El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía”. Quanto ao tema étnico filiado às terras comunais, comunidades, povos e nacionalidade indígenas, o art. 57, inciso quarto, explicita o compromisso de o Estado equatoriano conservar “la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos”. Portanto, reconhece o dispositivo constitucional qualquer assentamento territorial comunitário como propriedade. Algo que pode nos ajudar a desfazer possíveis confusões jurídicas em falsas hierarquias de preceitos fundamentais. Além disso, o mesmo artigo filia o direito das comunas, comunidades, povos e nacionalidade indígenas a uma ordem internacional sendo os “pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” enquanto orientadores dos direitos coletivos nacionais. Talvez, fosse interessante acrescentar que a ampliação do conteúdo material dos direitos fundamentais também ocorre pela efetiva associação de sistemas constitucionais a um jus cogens internacional.

O art. 60 define o aspecto étnico da propriedade coletiva em povos ancestrais, indígenas, afroecuatorianos e montubios.

No caso da função social do direito de propriedade e sua responsabilidade ambiental no conjunto da sociedade, o art. 66 da Constituição da República do Equador inclui o direito de acesso à propriedade por meio de políticas públicas. É extremamente inovadora essa redação, pois determina que os governos tratem os limites do sistema de propriedade como política pública de acesso a um direito fundamental. A construção de moradias, por exemplo, não pode resultar em custos sociais negativos contrários a outros direitos. Obras de saneamento básico e de transporte, se forem tratadas enquanto políticas públicas, deverão estar também em harmonia com a função social da propriedade tanto em sua dimensão ambiental quanto ao desenvolvimento humano. Aliás, no art. 321, o sistema de propriedade é reconhecido como juridicamente plural. Não se limita à propriedade pública ou privada, mas se estende às formas: “comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”. Com relação à igualdade de gênero, o art. 324 explicita que o Estado: “garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal”. Seguramente, esse dispositivo constitucional é imprescindível para a efetivação dos direitos humanos e da Agenda 2030, Nações Unidas, no cumprimento sumário dos Pontos 5, 11 e 13 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

2 REGIMES INTERNACIONAIS E PLANEJAMENTO URBANO

Conforme visto na seção anterior, a função social da propriedade é matéria presente em vários ordenamentos constitucionais latino-americanos. O ponto cardinal de nossa discussão de aqui para diante decorre do argumento jurídico de que os assentamentos urbanos devem ser protegidos por normas fundamentais e, conseqüentemente, a moradia digna e sua dimensão internacional na construção de cidades por um corolário de direitos humanos. Entretanto, tal como veremos, é indispensável ressaltar alguns elementos concernentes aos processos de urbanização discutidos entre países e que tipos de atores são indispensáveis a um planejamento urbano desde uma perspectiva global. Esse esforço de uma comunidade de nações, também motivada pelo direito doméstico de seus respectivos Estados e interesses, em torno do modo como os assentamentos humanos se dão, de preferência mais sustentáveis e cada vez menos dependentes de importações, se ajustam ao que entendemos ser um regime internacional do planejamento urbano. É importante, como premissa para o debate,

então, indicar alguns dos principais agentes e elementos constituidores dessa espécie de conjunto das diretrizes orientadoras urbanas.

Levy, Young e Zuern (1994, p. 6), por exemplo, sublinham que a constituição de regimes internacionais pode ser verificada no momento que operadores tanto de dentro quanto de fora do poder político, instituições e governos se debruçam sobre um determinado tópico de interesse a vários países. Visão diferente da percepção institucional de Krasner (1982), pois princípios, normas, regras e procedimentos decisórios não parecem estar tão abertos incluindo, por exemplo, sociedade civil e ações coletivas como um todo. Diferente de Levy, Young e Zuern, Stephen D. Krasner descreve a política internacional como diminuidora, por meio da maior seletividade de seus pares e exclusividade no processo decisório, da atuação de redes transnacionais quando são elas, mormente, suscetíveis a ações coletivas e locais. No caso do regime internacional do planejamento urbano, por ser o direito de propriedade indissociável da realidade local e atomizador de conflitos relacionados a aspectos econômicos, tanto o nível local quanto grupos de pessoas afetadas se sobressaem nessa agenda internacional. Contudo, esses dois supostos impeditivos, intimamente ligados ao direito de propriedade e a grupos localizados, não são difíceis a constituição, por exemplo, de regimes econômicos e financeiros. Aliás, os Estados inclusive se esforçam na construção de vínculos de confiança entre diferentes setores das finanças globais e nacionais, troca de informação entre esses demandantes além de redesenhar políticas institucionais com atores específicos para superar desafios, muitas vezes, com recursos públicos em causa privada (HALE; HELD, 2011). A análise de programas provenientes de organizações internacionais pode nos esclarecer de forma mais apropriada a questão.

No caso do Programa Habitat, criado pelas Nações Unidas e dedicado ao desenvolvimento urbano, é muito difícil de isolá-lo das questões ligadas à terra e ao meio ambiente. Isso por razão de as cidades dependerem tanto dos recursos naturais quanto serem afetadas pelo regime de propriedade vigente de país para país. No caso latino-americano, essa realidade se agrava, pois quase sempre se associa à ordem internacional econômica por meio da produção de commodities. Entretanto, é preciso esclarecer dois pontos. O primeiro deles se refere ao tema do desenvolvimento sustentável e a participação da sociedade civil no momento em que ela aponta para a ausência de políticas públicas em saneamento básico, por exemplo, e segurança. Parte dessa tensão advém de uma percepção de propriedade desconexa de outros direitos básicos e que incita bancos, construtores e empresas de seguros. Outro se circunscreve nos excedentes de capital gerados pelo comércio internacional e investimentos diretos estrangeiros

que, na maior parte das vezes quando revertidos em atividades da indústria da construção, estimulam práticas especulativas irmanadas com projetos urbanos cujos retornos são costumeiramente de fácil rentabilidade. Nesse momento, as ações coletivas pelo direito à cidade, portanto, podem intervir para deter esses fenômenos globais comuns nos países periféricos. A especulação imobiliária e as desigualdades quase sempre têm origens, por exemplo, no desenho jurídico e institucional de sistemas de propriedades quando, em geral, são estruturados por critérios quase que puramente especulativos (ROLNIK, 2016; SEN, 1992, p. 102-116). Dessa forma, examinar se o planejamento urbano, enquanto possível regime, cede espaço a um sistema de propriedade que seja mais democrático e inclusivo baseado na função social da propriedade é também avaliar se ele fortalece ou enfraquece a distribuição de riqueza e oportunidades na construção das cidades.

Quanto à primeira questão, sobre ser desenvolvimento sustentável mais participativo, o trigésimo terceiro ponto do texto final da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (2012), Rio + 20, A/CONF.216/L.1, define, enquanto premissa estratégica, o princípio democrático a partir de conceitos como boa governança e império da lei: “We acknowledge that democracy, good governance and the rule of law, at the national and international levels, as well as an enabling environment, are essential for sustainable development”. Adiciona-se também à ideia de sustentabilidade a noção de um crescimento econômico que se mostre inclusivo, erradicador da pobreza e protetor do meio ambiente: “social development, environmental protection and the eradication of poverty and hunger. We reaffirm that to achieve our sustainable development goals we need institutions at all levels that are effective, transparent, accountable and democratic”.

Esses objetivos, no septuagésimo sexto ponto do mesmo documento, deverão, necessariamente, se apoiar na maior abertura dos processos decisórios em diversos níveis políticos incluindo organizações internacionais: “We recognize that effective governance at the local, subnational, national, regional and global levels representing the voices and interests of all is critical for advancing sustainable development”.

Nos pontos octogésimo sétimo e oitavo do documento final da Rio + 20, aparece um conjunto de recomendações aos países desenvolvidos que, a princípio, refutam de modo crítico o modelo de dois níveis nos regimes internacionais (PUTNAM, 1988). Sustenta-se também, nesses dois fragmentos, a necessidade de que haja práticas coordenadas de boa governança entre os estados e, sobretudo, com maior protagonismo dos países em desenvolvimento nos processos decisórios e estabelecimento de

normas: “We reaffirm the importance of broadening and strengthening the participation of developing countries in international economic decision-making and norm setting”. E, como forma de combate ao desenvolvimento e comércio desiguais, o ponto nonagésimo segundo explicita que os países ricos devem assumir o compromisso de facilitar a maior participação das nações mais pobres no processo de tomada de decisão das políticas monetárias em instituições internacionais: “and in this regard, take note of recent important decisions on reform of the governance structures, quotas and voting rights of the Bretton Woods institutions”. No que tange às reformas institucionais dos regimes financeiros internacionais, sem ignorar o desenvolvimento sustentável, mormente, com o intuito de ainda corrigir as distorções participativas desses fóruns intergovernamentais, onde sempre tiveram maior preponderância os países ricos, o documento reconhece a legitimidade de se elevar a presença decisória dos Estados economicamente mais vulneráveis: “better reflecting current realities and enhancing the voice and participation of developing countries, and reiterate the importance of the reform of the governance of those institutions in order to deliver more effective, credible, accountable and legitimate institutions”.

Contudo, “voz” e “participação” têm sido cada vez mais construídas por agências e atuações da sociedade civil à medida que também a política externa dessas nações mais pobres se tornaram vulneráveis a contestações legítimas de sociedades que passaram a ser mais democráticas ou mesmo novas democracias.

O segundo ponto a ser respondido é sobre a função social da propriedade, planejamento urbano e especulação imobiliária. A Resolução A/RES/71/256, que deu forma a Nova Agenda Urbana, nascida da Declaração de Quito sobre Cidades e Aglomerados Urbanos Sustentáveis para Todos, consolida os princípios de desenvolvimento sustentável e participação política em diferentes níveis envolvendo proprietários, administração pública e sociedade civil. O centésimo trigésimo sétimo ponto da Nova Agenda Urbana aponta que as nações participantes promoverão: “best practices to capture and share the increase in land and property value generated as a result of urban development processes infrastructure projects and public investments”. Portanto, nos países partícipes desse regime internacional, terra e propriedade, ao gerarem riqueza, terão que servir à distribuição de tais excedentes inerentes aos processos de desenvolvimento urbano. Projetos de infraestrutura carregam em si, enquanto obras urbanas de governos financiadas por impostos, uma dívida redistributiva com a sociedade. Isso ocorre porque os investimentos públicos incrementam o valor do entorno da propriedade privada e, inevitavelmente, ela própria. Essa

é o entendimento sobre o qual se constrói a função social da propriedade. Trata-se de um entendimento participativo enquanto direito fundamental e princípio de ordem econômica desestimulando, no longo prazo, mecanismos de acumulação de capital concentradores renda e aprofundadores de desigualdades. Além disso, é preciso acrescentar que instrumentos de tributação progressivos, sobre esses excedentes especulativos imobiliários, incentivam a redistribuição da riqueza proveniente grandes obras públicas: “Measures such as gains-related fiscal policies could be put in place, as appropriate, to prevent its solely private capture, as well as land and real estate speculation”. Dessa forma, ainda segundo o documento, é preciso evidenciar e reforçar as pontes existentes, quase sempre despercebidas pela opinião pública, entre sistemas fiscais e planejamento urbano: “We will reinforce the link between fiscal systems and urban planning, as well as urban management tools, including land market regulations”. No entanto, é tarefa também da cidadania, que tais fundos recolhidos, financiadores da construção de equipamentos e espaços públicos nas cidades, não ameacem os princípios de sustentabilidade nem recaiam em padrões puramente de consumo: “We will work to ensure that efforts to generate land-based finance do not result in unsustainable land use and consumption”.

Keohane (1989, p. 174), sobre regimes internacionais, entende que as instituições nas quais participam diversos países, apresentam enorme potencial facilitador no que diz respeito à cooperação. Se aplicada essa percepção aos temas globais sobre a moradia e as cidades, ela pode nos auxiliar em duas esferas interdependentes. O planejamento urbano e a necessidade de se refletir sobre a menor dependência de serviços e conhecimentos importados muitas vezes estimulados por códigos de edificação. E por que os Estados teriam interesse em um regime internacional do planejamento urbano? O processo de rápida urbanização nas últimas décadas afeta quer países desenvolvidos quer aqueles em vias de desenvolvimento. Peter M. Haas (2009), ao se referir a uma comunidade epistêmica, esforçando-se pela proteção da camada de ozônio, cita o modo como as economias centrais têm sido convencidas a mudar suas políticas industriais e tecnologias em favor da proteção do meio ambiente. São razões de cunho produtivo que, sem dúvida, transformam e influenciam o consumo de milhões de pessoas. Entretanto, como as corporações e empresas multinacionais também possuem interesses, não menos que os Estados, pois o custo social de depredação dos recursos naturais fora dos territórios do mundo desenvolvido, acompanhado por processos não sustentáveis de urbanização, passa a ser um impeditivo de crescimento para essas próprias economias mais competitivas no comércio internacional.

Conforme Sprinz e Helm (1999), a efetivação de qualquer regime internacional depende de condicionantes e formas de medição para que sejam reconhecidos enquanto tal. Em um modelo que mede as emissões totais de um país, as autoras incluem atores políticos, custos ambientais e um fator de impacto regional que se relaciona aos processos produtivos industriais nas cidades. Os níveis de urbanização, apoiados em saneamento básico, técnicas de construção e infraestrutura urbana sustentável, por exemplo, derivam de mercados estratégicos nos países ricos e do impacto positivo do ponto de vista econômico que esses bens exercem sobre suas economias domésticas. Não é somente isso. Os regimes de comércio internacional, entre regiões mais pobres e ricas, exercem enorme influência na infraestrutura, transporte e geração de energia de forma transversal. No entanto, são as balanças comerciais das nações do mundo desenvolvido que absorvem a riqueza dessas transações comerciais relacionadas ao desenvolvimento urbano.

E o que fazer? Ao analisarmos o documento Marco de Evaluación de la Normativa em Materia de Planeamiento Urbano de 2018, enquanto guia orientador do Programa Habitat III no marco da Nova Agenda Urbana, Nações Unidas, observamos o quão relevante é o conteúdo local sustentado por empresas nacionais para os sistemas de propriedade e construção das cidades.

Por um lado, esse seria o primeiro apertar de mãos envolvendo governos, técnicos, arquitetos, urbanistas, construtores e sociedade civil cuja razão de ser é a sustentação da iniciativa público-privada empresarial. O Marco de Evaluación de la Normativa em Materia de Planeamiento Urbano, por outro lado, também alerta para os efeitos negativos da indevida transposição de padrões de edificação vigentes nos países desenvolvidos às nações sem indústrias locais já que: “aumenta a menudo la dependencia de los países en desarrollo hacia los materiales de construcción industrializados y las técnicas de diseño importados”. Trata-se, portanto, de evitar os altos custos de implementação de normas, projetos de urbanização ou transporte, por exemplo, além da autoconstrução informal. Na falta de sinergias entre a produção de moradias, planejamento urbano sustentável e indústria nacional, ainda conforme o documento, verifica-se que a ocupação territorial, portanto, diminui a possibilidade de efetivar direitos ao mesmo tempo que eleva a desigualdade nas zonas periféricas. Normas muito rígidas e inalcançáveis também resultam em obstáculos mais difíceis de serem superados no longo prazo, pois distanciam uma indústria de materiais locais que poderia se adequar de maneira mais apropriada econômica, social e ambientalmente: “Los códigos de edificación deben reflejar la realidad social y las posibilidades materiales de la sociedad en la que se

van a aplicar” (UN HABITAT, 2018). Além da dependência de técnicas e materiais importados, somada ela a constantes desequilíbrios nos saldos de balança de conta corrente, existe ainda a preocupação com os níveis de emissão de gases de efeito estufa e as pegadas de carbono que aumentam os custos nos regimes de comércio internacional.

Sendo assim, um regime de planejamento urbano para a América Latina pode promover industrialização, conhecimento aplicado à solução de problemas de infraestrutura e moradias de alto nível adaptadas a materiais locais.

3 MERCADO DE MORADIAS: TRADABLE OR NOT TRADABLE?

É, por definição, a moradia um bem que não pode ser comercializado internacionalmente. Inimaginável pensar casas sendo importadas ou exportadas em grandes cargueiros. No entanto, conforme indicamos na seção anterior, insumos, técnicas e materiais estrangeiros imprescindíveis ao setor da construção, são inevitavelmente importados quanto maior for sua complexidade. Produtos, bens, tecnologias e informações inexistentes no país ou que o Brasil produz com inferior qualidade, que aumentam sua participação no mercado doméstico brasileiro em momentos de expansão de crédito direcionado à casa própria e do gasto público em infraestrutura urbana. Componentes eletroeletrônicos, resistências, resinas, solventes, máquinas de corte, de solda, cabos, polímeros, louças, como diversas outras manufaturas, soem entrar no mercado nacional e latino-americano assentado em mercados imobiliários cuja concentração de renda é enorme entre seus compradores. Quanto aos projetos de infraestrutura urbana, cidades mais iluminadas, seguras, pavimentadas, dotadas de alternativas para a mobilidade urbana e saneamento básico, por exemplo, recorrem à importação de tecnologias para prover seus habitantes. Se pensamos no transporte coletivo subterrâneo ou de superfície, além de gigantescas máquinas de perfurações alugadas de países desenvolvidos, toda a técnica de monitoramento por programas computadorizados, geração de energia, câmeras etc e esses materiais em si são estrangeiros. Esses custos de manufaturas ou bens industrializados fora do Brasil e América Latina, muitas vezes, com alto valor agregado e direitos de propriedade intelectual, produzem sistemas de habitação e cidades dependentes.

Como forma de demonstrar essa problemática que envolve regimes internacionais, comércio e planejamento urbano, inicialmente, selecionamos alguns dados. A ABRAMAT (Associação Brasileira da Indústria de Materiais de Construção) registrou déficit na balança de pagamentos entre

o período de 2011 e 2017. O setor da construção apenas se recuperou no exercício do ano de 2018, quando também o crédito imobiliário diminuiu para pessoa jurídica e se manteve para indivíduos e famílias com rendas mais altas (DIEESE, 2018). O acumulado da série histórica deficitária na balança pagamentos foi, então, de 52 bilhões de reais. São os recursos que poderiam ser alocados, por exemplo, em programas de desenvolvimento de tecnologias e novos materiais domésticos em projetos de construção de moradia e equipamentos urbanos envolvendo empresas, construtoras, prefeituras, universidades e tantos outros institutos de ciência básica aplicada. Com maior valor agregado, tais iniciativas seriam capazes de induzir sinergias ainda para fundos de investimento e crédito habitacionais. O estudo da ABRAMAT revela ainda que, se fossem somados esses gastos às exportações da série histórica analisada, o volume de capital somente ligados ao setor da construção civil residencial atingiria algo em torno de 70 bilhões de reais. O dado relevante nessa proposta é auxiliar uma reflexão sobre a possibilidade de a indústria brasileira expandir mercados seja em nível regional quanto internacional. Seguramente, elemento crucial para o comércio ao mesmo tempo que gera autonomia nas políticas públicas de planejamento urbano.

Com relação à infraestrutura urbana, selecionamos números do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) para o período de uma década. Investimentos dirigidos a obras de saneamento básico, transporte e energia coordenados com habitação, modernização de portos e aeroportos, que ainda estão distantes de criar cidades cujo grau de efetivação de direitos fundamentais seja notável. Entre 2007 e 2017, os valores empenhados, no eixo infraestrutura social e urbana, aproximaram-se da ordem de 210 bilhões de reais sobre uma cifra de 396 bilhões (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2018, p. 2). Isto é, aproximadamente, 53% dos recursos do PAC se aplicaram em áreas estratégicas por diferentes ministérios que, sem dúvida, seguem dependentes de tecnologias, manufaturas e bens industrializados importados. Somente na modalidade “Cidades”, na série histórica referida, 134 bilhões (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2018, p. 3); Minha Casa, Minha Vida, números próximos aos 93 bilhões; metrô de Belo Horizonte, Fortaleza e Recife, respectivamente, em torno de 250, 841 e 760 milhões. Em saneamento básico, para o mesmo interregno, investimentos que superaram 13 bilhões (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2018, p. 4). E como alguns países, conforme a proporção dos investimentos em infraestrutura urbana aumenta, absorvem o impacto quase que inevitável da especulação imobiliária e escapa da concentração de riqueza em bolsões urbanos beneficiários quase que exclusivamente da valorização do preço do metro quadrado por meio de obras públicas no entorno?

Empresas municipais construtoras, cooperativas, conselhos e subsídios nacionais que realizam seus projetos em terras públicas se combinam com arranjos cambiais, tributários e conteúdo de indústria local. Os países nórdicos aprenderam ao longo do século XX que é com capital maiormente doméstico que se protege a produção de moradia e as cidades de fluxos instáveis de investimentos externos ou ataques especulativos (MAGNUSSON, 2008; ÅHRÉN, 1987). Os programas de crédito subsidiado para a habitação nos Estados Unidos já demonstravam no final dos anos de 1980 maior solidez na relação geração de emprego, autonomia produtiva e moradia (GRIGSBY, 1990).

Há de se considerar ainda que, se não na entrada inevitavelmente na saída de capitais, por meio de restrições a investimentos diretos estrangeiros, os países nórdicos e da Europa do norte, tributam progressivamente a renda de ativos imobiliários, remessa de lucros, grandes fortunas originadas por compra ou venda de propriedade, lucros e dividendos de empresas de infraestrutura urbana, heranças, renda de aluguéis de imóveis de alto padrão etc. Tudo que se distancia da produção local, do investimento combinado ao capital nacional e da inovação tecnológica menos dependente possível, deve sofrer desestímulos.

Os estudos de Amsden (2004) apontam para a necessidade de se associar os projetos de modernização da indústria às transformações no sistema de propriedade: “[...] modern Indonesian industry could not and did not arise ex nihilo, and that the changes underpinning a rise in commerce and a loosening of traditional agrarian ties were necessary for economic growth [...]” (AMSDEN, 2004, p. 107).

Portanto, para a autora, é preciso entender que nenhuma proposta de desenvolvimento de longo prazo se faz de maneira autônoma se não dissociar sua produção agrária e, por conseguinte, seu sistema de propriedade privada do mercado internacional.

No caso brasileiro e latino-americano, a função social da propriedade, como visto anteriormente, pode sofisticar modelos produtivos e indústria nacional voltados para as cidades e infraestrutura urbana se baseada em um regime internacional urbano menos dependente. Contudo, isso não é suficiente. É extremamente importante também forjar mecanismos de transmissão que tenham um efeito duplo, isto é, redirecionem os excedentes do consumo das famílias e indivíduos pelo aumento da renda real a setores de investimentos produtivos. Para tanto, qualquer política de taxa de juros pode ser desenhada de modo que, seja qual for o aumento do nível de poupança no Brasil, poupar ou investir em fundos de produção de moradia ou infraestrutura urbana seja de longe mais atrativo. Mecanismos de transmissão parecidos a estes podem financiar, por exemplo, a pesquisa

e inovação que atraíam os atuais rentistas em vislumbrar no longo prazo retornos de capital associado à produção de bens nacionais. Isso não inibe as importações no curto prazo, embora saibamos que o Brasil e a América Latina incorrem na prática de financiar seu consumo de maior valor agregado com a exportação de commodities e, por isso, pode deixar a falsa impressão de que nosso subdesenvolvimento não tem saída pela modernização fundiária nacional. É o que Bresser-Pereira (2016, p. 7) descreve do ponto de vista da apreciação da moeda brasileira no longo prazo e que acaba por impedir a atividade industrial nacional. Ao contrário dos monetaristas, o economista e pensador brasileiro tem um olho nos preços macroeconômicos, entre eles, taxa de câmbio, juros e lucros; e outro na doença holandesa. A função social da propriedade pode contribuir para o debate do planejamento urbano apoiado no novo desenvolvimentismo e incrementar estamina argumentativa que dignifique mais a vida de milhões de latino-americanos.

No que diz respeito às correlações entre mercado interno, sistema de propriedade e inflação, Rangel (1986) identifica no latifúndio exportador, ainda hoje preponderante no Brasil e América Latina, formas de dependência e conflitos de ordem internacional originados na demanda internacional que podem nos ajudar a entender a propriedade no Brasil em seus aspectos históricos e econômicos: [...] o latifúndio, nas condições concretas do mundo de hoje, ainda mais do que a burguesia industrial, tende a chocar-se economicamente com o imperialismo, exigindo deste um mercado estável e crescente, quanto às quantidades e aos preços, para os seus produtos” (RANGEL, 1986, p. 148). Dito de outro modo, em um dado momento ou outro, todos os preços sensíveis ao câmbio, seja por meio das importações ou exportações, passariam de uma forma ou outra pelo sistema de propriedade. Isso faz com que grandes exportadores de produtos agrícolas pressionem governos por compensações contínuas no nível nacional, com taxas de juros menores de longo prazo ou mesmo créditos subsidiados suplementares dadas as intempéries inevitáveis da natureza. Essa relação que, a princípio, seria estritamente uma crise na balança de pagamentos, então, transforma-se em problema político doméstico e também de natureza urbana.

Relação pendular em que a exigências do mercado doméstico de commodities deslocam a força-peso de seus custos de produção para aquelas linhas de crédito associadas aos setores tanto da construção de infraestrutura quanto de moradias. Em geral, os bancos públicos, acompanhados pelo capital privado, recalculam compensações com taxas de juros mais altas nas cidades para compensarem suas “perdas” no campo. Essa carestia tende a ser repassada para as terras urbanas, suas propriedades

e os investimentos de infraestrutura, pois o crédito nacional, ainda que espécie e com produtos diversos, tem sua remuneração de longo prazo concentrada nos setores do agronegócio de tipo exportação, gasto público em infraestrutura e habitação. Essa relação de dependência se agrava por razão de a propriedade privada ter característica inelástica e, no contexto latino-americano, de existir grande concentração de renda nas cidades.

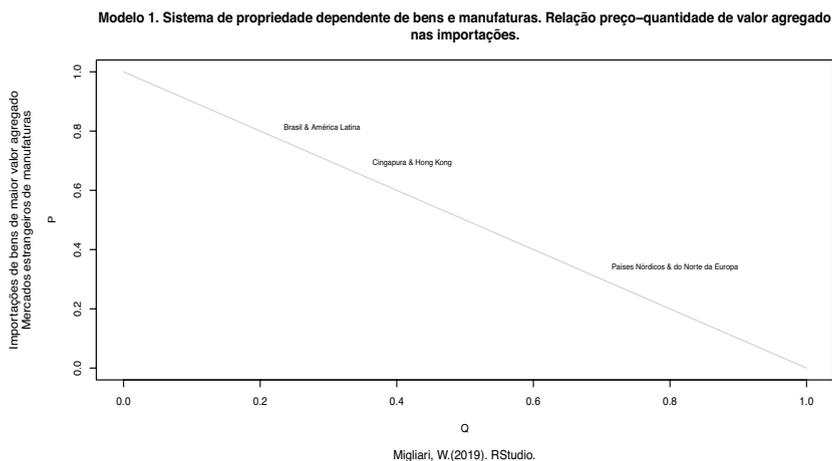
O comportamento do mercado de propriedade é inelástico, isto é, depende da quantidade de capital e crédito imobiliário disponível, assim como tantos outros procedimentos entre proposta de compra ou aluguel e assinatura de contratos, para que a demanda e oferta gerem seus ajustes. Mas o que ocorre em países com grande concentração de renda? Os casos do Brasil e da América Latina são bem ilustrativos. O fato de poucos indivíduos e famílias terem enorme poupança, não dificilmente combinada com heranças de imóveis milionários, e a existência de enorme instabilidade política arrincoam os mais abastados nas formas tradicionais de posse de títulos. O direito de propriedade é um deles. Outro é o direito dos contratos que garante o pagamento de juros na rolagem da dívida pública e, tal como vimos, íntimos das obras urbanas e crédito no setor da construção imobiliária. No entanto, se nos determos ao exame do que ocorre nos países europeus e, atualmente, dos tigres asiáticos, veremos que essa dinâmica se altera. Nesses países, a oferta de moradia à classe trabalhadora é plural e ao mesmo tempo limitada. Combina entraves jurídicos e cláusulas tributárias seja para aluguéis, compra ou venda para que cada indivíduo tenha um lar e não propriedades. Além disso, a elevada qualidade dos materiais, projetos arquitetônicos, equipamentos e planejamento urbano, mais as facilidades no acesso ao crédito bancário, acabam atraindo diversos estratos da classe média para essas habitações de caráter social. Podemos observar historicamente que as duas grandes variáveis determinantes do êxito do sistema de propriedade desses países são o pleno emprego, em alguma medida, fortemente associado ao setor da construção e infraestrutura, e as políticas monetárias adequadas acompanhadas de baixa tributação sobre imóveis de primeira residência. Em suma, um equilíbrio difícil. *Pari passu* das oportunidades trabalho, as valorizações salariais em termos reais, ou ao menos em níveis que não se deterioreem no longo prazo, também são definidoras do êxito de cidades com enorme infraestrutura e do acesso à moradia digna para grande parte da classe média e trabalhadora.

Por que é importante filiar o planejamento urbano ao desenvolvimento da indústria nacional? Sock-Yong Phang e Matthias Helble (2016, p. 11) reuniram informações da Housing Development Board (HDB) entre os anos 1960-1980, sendo esta uma entidade governamental responsável pelas

hipotecas em Cingapura. Os pesquisadores mostraram que a combinação do fator renda com restrições contratuais de compra, venda e aluguel foram essenciais para o controle de preços no mercado imobiliário: “During this period of general shortage, there was policy concern that HDB dwellings should not become a vehicle for speculation by allowing the price subsidies to be capitalized on a secondary market”. A proporção do estoque de moradia em Cingapura se divide em quase 80% do total de imóveis para o setor público e o setor privado responde pelo restante. Algo parecido ocorre em Hong Kong que, hoje, tem algo próximo de 45% do solo urbano destinado à residências sociais enquanto as demais propriedades nas mãos de privados (TRANSPORT AND HOUSING BUREAU, 2018). Esses dois mercados são excelentes exemplos de acompanhamento também das dinâmicas demográficas, porque dosam seus mercados de modo que o Estado sempre tenha uma quantidade suficiente de propriedades públicas capaz de promover níveis estáveis de preços. O que explica a tamanha adesão de indivíduos e famílias de rendas tão diversas? A qualidade dos imóveis e as condições de acesso à moradia que, no longo prazo, mantêm o valor real dos salários, isto é, estabilidade no nível de poupança de seus cidadãos. Os equipamentos urbanos seguem os padrões de qualidade das casas no entorno. Todo o setor da construção, moradia e infraestrutura, nos dois casos, tende a ser composto por soluções domésticas em materiais, indústria de transformação, manufaturas e serviços.

Para os casos latino-americano e brasileiro, propomos um modelo que transponha o instituto jurídico constitucional da função social da propriedade para uma curva de bens e serviços locais. É, basicamente, uma aproximação das noções do novo desenvolvimentismo a um instituto jurídico constitucional presente no contexto regional e que, no longo prazo, também se ajusta ao regime do planejamento urbano. Assim, no Modelo 1, encontraremos uma relação entre importações e exportações em que o valor agregado dos bens comercializáveis localmente é considerado em preço e quantidade. Cingapura, Hong Kong, países nórdicos e outros da Europa do Norte, por exemplo, com moradia pública, manufaturas e serviços localmente produzidos, associam as tecnologias sobretudo nacionais aos setores da construção e infraestrutura a fim de lograrem preços de aluguéis e prestações de hipotecas mais baixos e atrativos tanto para a classe trabalhadora quanto média. Assim, à medida que nos movemos sobre a curva, as importações de maior preço, ainda que em quantidades menores, se concentram no Brasil e América Latina. Já os países nórdicos e Europa setentrional, importam mais matérias-primas enquanto suas economias domésticas são, sobretudo, de algo valor agregado desde de máquinas pesadas a materiais ou serviços mais refinados.

MODELO 1. FUNÇÃO SOCIAL DO SISTEMA DE PROPRIEDADE DEPENDENTE. BENS E MANUFATURAS DE MAIOR VALOR AGREGADO NAS IMPORTAÇÕES



Migliari, W. (2019). Elaboração RStudio.

O Modelo 1 também apresenta um caso intermediário que preferimos detalhar um pouco mais. Hong Kong tem se destacado nos setores da construção e infraestrutura urbana, arquitetura, engenharia e estudos topográficos. São grandes exportadores de serviços e conhecimento nessas áreas.

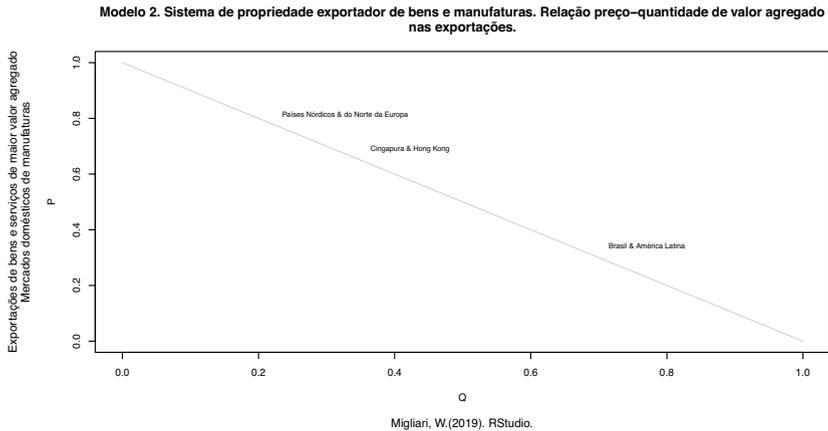
Esse êxito, em grande parte, se deve aos seus programas de planejamento urbano, construção de moradias e infraestrutura com investimentos em pesquisas sobre materiais, tecnologias de produtos de maior qualidade a baixo custo, organização de dados sobre as dinâmicas das cidades e meio ambiente. É muito similar ao caso de Cingapura em que seus maiores portfólios são seus próprios exemplos de espaços dinâmicos, cada vez mais equânimes entre diferentes zonas e com distribuição de riqueza por meio de moradia digna. E não apenas isso. Em 2017, a Hong Kong Housing Authority constatou que o preço médio do aluguel social foi de HK\$1.880,00 – dólares de Hong Kong. Conforme dados do Banco Mundial, para o mesmo ano, pode-se verificar que a renda per capita em valores correntes ficou em torno de HK\$46.000,00. Na média, a moradia consome metade da renda das famílias e indivíduos. Contudo, esses valores de aluguéis podem variar de HK\$346 a HK\$4.690,00 com critérios

compensatórios e distributivos favoráveis às faixas de menor renda. Portanto, ainda que um sistema de habitação com problemas a serem superados na média, conseguiu formar sinergias entre moradia, desenvolvimento urbano e distribuição de renda se analisamos os critérios de acesso à moradia nessa Região Administrada por Pequim.

A soma de mercados locais de bens, serviços e crédito destinados a construção civil urbana e residencial com a exportação desses mesmos produtos e informações, cada vez mais com maior valor agregado, resulta na posição intermediária dessas duas experiências asiáticas na curva do Modelo 1. Passemos a uma síntese desse debate e, por fim, ao Modelo 2.

Os determinantes que concentram as importações de maior valor agregado nos países desenvolvidos estão relacionados não apenas com matérias-primas provenientes dos países em desenvolvimento ou daquelas nações desenvolvidas mais pobres. Cimento, ferragens, pedras e polímeros mais básicos são próprios de sistemas de propriedade mais tradicionais, menos democráticos, altamente especulativos e, quase sempre, com conteúdo prático da função social que o direito de propriedade deve resguardar. Nesse ponto, é importante ressaltar que mesmo sem dispositivos jurídicos explícitos, o crédito produtivo desses países deve se alocar na indústria local e no conhecimento aplicado. Fundos por essência urbanos. Essa é sem dúvida a informação mais estratégica no debate sobre o regime internacional do planejamento urbano. Por outro lado, as nações menos ricas são grandes importadoras de técnicas de edificação, materiais de alto valor agregado, máquinas pesadas usadas no setor da construção e infraestrutura das cidades, manufaturas de acabamento de moradias e paisagismo de áreas públicas ou privadas, aquecedores, ares-condicionados, iluminação, cabos de fibra ótica, telefonia, circuito fechado de câmeras etc. Por isso, o Modelo 1 torna evidente o quanto os níveis de dependência de bens ou manufaturas importados com maior valor agregado também indicam grau de interesse social no sistema de propriedade. Esses patamares mensurados no comércio internacional, que apontamos e denominamos função social do sistema de propriedade, estão intimamente relacionados às estratégias de construção de casas e cidades na corrida pelo desenvolvimento.

MODELO 2. FUNÇÃO SOCIAL DO SISTEMA DE PROPRIEDADE AUTÔNOMO. BENS E MANUFATURAS DE MAIOR VALOR AGREGADO NAS EXPORTAÇÕES.



Migliari, W. (2019). Elaboração RStudio.

Por outro lado, o Modelo 2 expressa a autonomia dos países desenvolvidos ou em estágios de desenvolvimento mais avançados quanto às importações. Em outras palavras, o Brasil e a América Latina são grandes exportadores de matérias-primas e bens mais básicos com baixo valor agregado incluindo compras de produtos e tecnologias destinadas à construção e infraestrutura urbanas. Isso impede a industrialização local, pois, em valores brutos, ferragens e cimento precisam ser produzidos em quantidades gigantescas para equilíbrio das contas correntes tal como vemos nos dados da ABRAMAT sobre o perfil da cadeia do setor da construção. Outro quesito que eleva a dependência das cidades é o sistema de propriedade cujos subsídios ao crédito e redução de custos, que poderiam ser aplicados em planejamento urbano, competem com as demandas da agricultura exportadora e investimentos em infraestrutura para o escoamento de minérios. A prática ainda implica altos custos ambientais e níveis de contaminação por meio de partículas ou resíduos tóxicos que se dispersam no ar, água ou mesmo com os descuidos de operação no processamento e transporte dessas matérias-primas.

4 CONCLUSÕES

Esse texto foi elaborado com a intenção de ser mais provocador que apontar defeitos ou desarranjos teóricos sobre propriedade, planejamento urbano e comércio internacional. É uma tentativa de mostrar que o desenvolvimento não se dá nem por coincidência tampouco pela fortuna. Sem universalização do saneamento básico, aquisição de terras pelo poder público e infraestrutura urbana com conteúdo local, teremos apenas soluções táticas de curto-prazo sem chegarmos tão cedo ao status de uma nação com cidades e metrópoles estrategicamente desenvolvidas. Temos suficientemente amadurecida a base jurídica assentada no direito à cidade para a nossa tão esperada revolução urbana e efetivação de inúmeros princípios fundamentais (FERNANDES, 2007). Contudo, é preciso internalizar as demandas populares por moradia nos projetos nacionais e atendê-las com iniciativas inovadoras envolvendo a classe trabalhadora mais pobre no processo decisório gerando emprego e renda. Se não aceitarmos um dos argumentos da Nova Agenda Urbana, de que a moradia é um direito de conexão com outros direitos, provavelmente, continuaremos dominados por um modelo de construção do espaço cuja cidadania recai em pensamentos abstratos de difícil consenso (LEFEBVRE, 2013). Ou ainda, perpetuaremos cegamente um modelo de propriedade na América Latina e Brasil que, ao fim e ao cabo, é agroexportador de monoculturas e minérios dependentes de salários deprimidos além de mercados externos altamente voláteis. Isso se agrava, pois o custo ambiental levará décadas ou talvez séculos para ser superado.

A primeira conclusão prática proposta, portanto, deriva da relação terras urbanas públicas versus propriedade privada. À medida que essa proporção favorece, quase que de modo absoluto, poucos proprietários privados passam a exercer monopólios ou oligopólios na oferta de empreendimentos. Essa concentração da oferta com preços artificialmente inflacionados, especulação imobiliária, contraria qualquer projeto não dependente de nação. Portanto, precisamos de mais empresas públicas municipais, com balanços transparentes e atualizados de forma simplificada, sem que recaiam no extremo de reservas de mercado com mesas excludentes no processo decisório. Em nível local, no caso brasileiro, as operações consorciadas, no Estatuto da Cidade, são uma porta de entrada para uma indústria pujante e local pautada nesse texto legal tão precioso ao desenvolvimento de nossas cidades.¹

¹ Ver os artigos 32 a 34 do Estatuto das Cidades, Lei Federal 10.257/2001; ou mesmo, a outorga onerosa entre os artigos 20 a 31 do mesmo dispositivo legal.

Outra proposta conclusiva é a criação de empresas públicas de arquitetura, engenharia e paisagismo urbano para a construção e infraestrutura das cidades. Isso inclui a autoconstrução que é dado inegável da realidade brasileira e latino-americana. Contudo, sendo essas iniciativas públicas ou público-privadas, deverão se ater a propósitos estratégicos baseados na produção local, no compromisso de aumentar o valor agregado de seus bens e serviços bem como na expansão de mercados domésticos. O Brasil e a América Latina, conforme mostramos na seção sobre propriedade, limites e funções, têm arcabouço jurídico-constitucional que sustente tais iniciativas. Não nos esqueçamos que a função social da propriedade possui respaldo na ordem econômica e isso nos motiva a entender habitação, infraestrutura urbana e planejamento urbano enquanto missão de desenvolvimento estratégico. Os casos de Cingapura e Hong Kong podem nos inspirar nessa tarefa árdua e repleta de adversidades, mas que, seguramente, nos dará coragem e desprenderá nossa imaginação. Hoje, com certa distância histórica, é possível ver que o Sudeste Asiático tomou consciência da necessidade de se eliminarem os resquícios do neocolonialismo incrustados no sistema de propriedade como pré-requisito para o desenvolvimento humano, isto é, teriam que transformar seus sistemas de propriedades de modo que a ênfase produtiva fosse urbana. O fato de eles terem transformado a terra também em capital público, isto é, reservas de solo para moradias sociais, fez com que esses casos dependessem da riqueza de suas sociedades e não de mercados estrangeiros. Nada nos impede de encontrarmos nosso próprio caminho.

Uma terceira proposta tem a ver com a criação de um regime preferencial sul-americano de criação, cooperação e transferência de conhecimento em favor de empresas públicas municipais. Com um período de carência, esse mercado regional poderá ser inicialmente competitivo em todas as áreas, mas, com o passar dos anos, por exemplo, quanto aos investimentos diretos estrangeiros, não poderão comprar ativos de terras públicas entre eles por razões óbvias de soberania nacional. Depois de esse mesmo período de carência, os valores investidos poderiam se converter automaticamente em créditos para o consumo daqueles produtos, bens e serviços gerados pelas cidades no contexto latino-americano. O objetivo desse regime internacional latino-americano é intercambiar tecnologias e técnicas de construção com a criação de mercados locais, redução de custos marginais e ganhos de escala em diversos setores de suas economias. O valor intangível dos desenhos e particularidades criativas dos empreendimentos é um fator valioso para a diversidade do setor da construção na região. O fator da dependência se transformaria, nesse modelo, pouco a pouco, em autonomia relativa uma vez que a América Latina pode desenhar

institucionalmente cooperação de infraestrutura urbana, transporte de passageiros e cargas, ferrovias e hidrovias.

Constatação última e valiosa, mas não menos importante, provém da inspiração gerada pelo novo desenvolvimentismo. Ao propor um modelo de propriedade com terras e empresas públicas urbanas, o que fazer com os agroexportadores e extratores de minérios no Brasil? Os mecanismos de transmissão, que ofereçam retornos maiores aos setores de compra de terrenos, construção e infraestrutura urbanas destinados à moradia social, são uma alternativa. O Governo Federal, por meio do Tesouro, caso não opte pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pode complementar os aportes dessas futuras empresas municipais. A remuneração aos investidores privados, então, com valores pré-fixados na revenda dos ativos, ocorre à medida que os imóveis forem vendidos. Outro ponto importante, tal como vemos em Cingapura e Hong Kong, é a compra de terras públicas. Ela põe uma trava na lógica de acumulação e especulação urbana, pois, ainda que construtoras disputem novos solos e isso ocasione uma subida inicial de preços, não poderão competir com o setor público na compra de áreas para novos empreendimentos por muito tempo. É, por isso, provável que, com retornos marginais mais moderados no longo prazo advindos dessas empresas municipais com recursos federais, especuladores, rentistas e exportadores tendam a resguardar sua riqueza em papéis desse novo planejamento urbano que é sobretudo estável dada a nossa enorme demanda por moradias e cidades mais adequadas. Essas mesmas empresas, que não puderam competir com a compra de solo urbano, todavia, devem ter incentivos e ser reintroduzidas nesse novo desenho da função social da propriedade no Brasil. Esses investimentos, antes especulativos e concentrados nos mercados da habitação, engenharia de infraestrutura urbana ou commodities, poderão distribuir seus fundos em pesquisa aplicada e local que envolva, entre outros setores, o consumo das famílias, paisagismo, design de interior e produção de móveis, máquinas de corte e perfuração inclusive de grande porte, tubos, fios condutores, circuitos de câmaras de segurança, polímeros, energia solar, células de produção de alimentos em contexto urbano etc. As universidades, institutos de pesquisa, fundações e bancos, públicos ou privados, precisam estar preparados para esse desafio. Sem sinergias que tornem efetivos nossos planos diretores e de integração regional, invenção e fabricação de materiais de alto padrão, que sejam produtores de escala nos segmentos da moradia e construção de infraestrutura urbana, nosso direito econômico estará fadado a reproduzir a dependência em suas ideias e, nas Relações Internacionais, nos distanciarmos cada vez mais da América Latina.

REFERÊNCIAS

ABRAMAT. *Perfil da cadeia 2017*. Disponível em: <<http://www.abramat.org.br>>. Acesso em: 2 ago. de 2019.

ÅHRÉN, Per. *Housing subsidies in the Nordic countries*. Scandinavian Housing and Planning Research, Uppsala, v. 4, n. 1, p. 17-37, nov. 1987.

AMSDEN, A. H. *The rise of the “rest”: challenges to the West from late industrializing economies*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos. Models of developmental state. *Working Paper, FGV São Paulo School of Economics*, São Paulo, v. 1, n. 426, p. 1-21, set. 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The access of individuals to international justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CENSUS AND STATISTICS DEPARTMENT. 2016 Population by Census. Gini coefficient by household size, 2006, 2011 and 2016. Disponível em: <<https://www.censtatd.gov.hk>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, n. 1, oct. de 1960, p. 1-44.

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Orgs.). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Unesp, 2018.

DIEESE. *Análise de evolução do crédito no período recente 2014–2017*. Nota técnica 193, abril 2018. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. 2. ed. Madrid: Francisco Beltrán S. A., 1920.

EICHENGREEN, Barry. A brave new monetary world. In: *Globalizing capital: a history of the international monetary system*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

FERNANDES, Edésio. Constructing the ‘right to the city’ in Brazil. *Social Legal Studies*, Califórnia, v. 16, n. 2, 2007.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

GRIGSBY, William. Housing finance and subsidies in the United States. *Urban Studies, Glasgow*, v. 27, n. 6, p. 831-845, 1990.

HAAS, Peter M. *Banning chlorofluorocarbons: epistemic community efforts to protect stratospheric ozone*. Cambridge, International Organization, v. 46, n. 1, inverno de 1992.

HONG KONG TRADE DEVELOPMENT COUNCIL. *Real estate and construction services industry in Hong Kong*. 2019. Disponível em: <<http://hong-kong-economy-research.hktdc.com/business-news/article/Hong-Kong-Industry-Profiles/Real-Estate-and-Construction-Services-Industry-in-Hong-Kong/hkip/en/1/1X000000/1X003UNV.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

HONG KONG HOUSING AUTHORITY (2016/2017). *Building for the community. Fostering harmony*. Disponível em: <<https://www.housingauthority.gov.hk>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

INGRAM, J.C. *Economic change in Thailand, 1850–1970*. Stanford: Stanford University Press, 1971.

KEOHANE, Robert (1989). *International institutions and state power*. Boulder, CO: Westview Press.

KRASNER, Stephen David. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. *International Organization*, v. 36, n. 2, mar. de 1982.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEFEBVRE, Henri. *La producción del espacio*. Madrid: Capitán Swing, 2013.

LEVY, Marc. A.; YOUNG, Oran R.; ZUERN, Michael. The study of international regimes. *IIASA Working Paper*, Laxemburg, v. 93, n. 113, nov. de 1994, p. 1-55.

MAGNUSSON, Lena; TURNER, Bengt. Municipal housing companies in Sweden – social by default. *Housing, Theory and Society*, Londres, v. 25, n. 4, p. 275-296, dez. 2008.

MIAGUSKO, Edson. *Movimentos de moradia e sem-teto em São Paulo*. São Paulo: Alameda, 2012.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Orçamento anual de 2018. Programa de Aceleração do Crescimento. Relatório mensal dezembro*. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

MUNHOZ, Dércio Garcia. Internacionalização da economia e dependência política: o caso brasileiro. In: SARAIVA, José Flávio Sombra; CERVO, Amado Luís. *O crescimento das relações internacionais no Brasil*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais. p. 197-230.

O'BRIAN, Robert; WILLIAMS, Marc. *Global political economy: evolution and dynamics*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2010.

PASQUALE, Maria Florencia. *La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica*. Historia Constitucional, Madrid, v. 1, n. 15, p. 93-111, mai. 2014.

PHANG, Sock-Yong; HELBLE, Matthias. Housing Policies in Singapore. *ADB Working Paper Series*, Cingapura, v. 1, n. 559, p. 1-27, mar. de 2016.

PREBISCH, Raúl. Five stages in my thinking on development. In: MEIER, Gerald; SEERS, Dudley. (Eds.), *Pioneers in development*. World Bank: Washington, D.C., 1984, p. 173-204.

PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. *International Organization*, Cambridge, v. 42, n. 3, p. 427-460, jul./ago. 1988.

RANGEL, Ignácio. *A inflação brasileira*. São Paulo: Bial, 1986.

REINHART, Carmen M.; ROGOFF, Kenneth. S. *This time is different: eight centuries of financial folly*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e a moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2016.

ROUAIX, Pastor. *1874-1950 Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*. México, D. F.: Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios históricos de las Revoluciones de México, 2016.

SCANLON, Kathlee; WHITEHEAD, Christine. *Social housing in Europe*. London: LSE, 2007.

SEN, Amartya. *Inequality reexamined*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

SPRINZ, Detlef; HELM, Carsten. *The effect of global environmental regimes: a measurement concept*. *International Political Science Review*, Londres, v. 20, n. 4, out. de 1999, p. 359–369.

TOMUSCHAT, Christian. *Human rights: between idealism and realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003

TRANSPORT AND HOUSING BUREAU. *Housing in figures 2018*. Disponível em: <<https://www.thb.gov.hk/eng/psp/publications/housing/HIF2018.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

UN HABITAT. *Marco de Evaluación de la Normativa en Materia de Planeamiento Urbano, 2018*. Disponível em: <www.unhabitat.org>. Acesso em: 20 jul. 2019.

WORLD BANK. *Medium and high-tech Industry (including construction) (% manufacturing value added)*. Disponível em: <<https://data.worldbank.org>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

MORADIA PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: DIREITO, MERCADORIA OU NEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA?

*HOUSING FOR THE HOMELESS PEOPLE: RIGHT,
COMMODITY OR DENIAL OF EXISTENCE?*

Ana Paula Santos Diniz

*Doutoranda em Filosofia pela Universidade de Barcelona, Departamento de Cidadania
e Direitos Humanos. Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna.*

Professora na Universidade Estadual de Minas Gerais, Unidade Cláudio, MG

SUMÁRIO: Introdução; 1 A população em situação de rua e o direito fundamental à moradia; 2 A moradia como mercadoria; 3 A moradia como negação de existência da população em situação de rua; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o direito à moradia para a população em situação de rua. O objetivo consiste em analisar a questão da moradia como condicionante para o reconhecimento de existência desse grupo populacional enquanto sujeito de direitos, perpassando criticamente pela compreensão da moradia como direito e mercadoria. Esta problemática foi pensada devido ao processo de invisibilização que as pessoas em situação de rua estão submetidas, tanto perante a sociedade, o mercado e o poder público. A delimitação temporal é a atual conjuntura político-econômica neoliberal na qual predomina o capitalismo financeiro. A pesquisa considerou as políticas públicas de habitação em vigor no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: População em Situação de Rua. Direito. Moradia. Existência. Invisibilização. Capital Financeiro.

ABSTRACT: This article deals with the right to housing for the homeless population. The objective is to analyze the issue of housing as a condition for recognizing the existence of this population group as a subject of rights, passing through the understanding of housing as a right and commodity. This problem was thought due to the process of invisibility that homeless people are subjected to, that is to say, society, market and government. The temporal delimitation is the current neoliberal political-economic conjuncture, in which financial capitalism predominates. The research focused on the study of public housing policies current in Brazil.

KEYWORDS: Homeless. Right. Home. Existence. Invisibility. Financial Capital.

INTRODUÇÃO

O tema central deste artigo “Moradia para a população em situação de rua: direito, mercadoria ou negação de existência?” se justifica devido ao processo de invisibilização desse grupo populacional perante a sociedade, o mercado e o poder público; à ausência de políticas públicas habitacionais efetivas; ao condicionamento de se ter uma moradia padrão para ser reconhecido enquanto sujeito de direitos, num contexto agravado pelo capital financeiro, pelo neoliberalismo que estimula o crescimento da desigualdade, precariedade e exclusão social.

A moradia vem sendo tratada e percebida como mercadoria, principalmente diante da atual crise econômica, política e ética pela qual vem passando as sociedades capitalistas ocidentais, em especial, depois de 2008, nos Estados Unidos, na Europa e na América do Sul. A percepção da moradia como mercadoria pode ser compreendida devido à influência da indústria cultural, que atua como fator na formação da consciência coletiva, da sociedade de massa. Essa influência não considera as necessidades humanas, individuais e coletivas, mas, o lucro do mercado de consumo, das forças homogeneizantes, constituídas por poucas grandes empresas multinacionais, dentre elas os bancos e as construtoras do ramo da engenharia civil. Para esse grupo de empresas, a cidade é vista como mercadoria, diferente da ideia cidadã de cidade como direito.

Neste contexto, o direito fundamental social à moradia não se efetiva, o que compromete, também, a efetivação de outros direitos fundamentais, como a vida, a saúde, a privacidade, a intimidade, a integridade psicofísica e moral, uma vez que o sujeito busca na moradia um lugar de segurança, proteção, sossego, referência, reconhecimento.

É a partir desta perspectiva que a moradia para a população em situação de rua será abordada, buscando compreender se a sua ausência contribui para o não reconhecimento do sujeito enquanto titular de direitos.

Importa ressaltar que, neste estudo, a moradia se refere ao acesso ao que se denomina de casa ou unidade habitacional em que os moradores utilizam de forma independente e autônoma. A moradia distingue-se dos serviços de abrigo ligados à Assistência Social, como albergues, centros de acolhida ou mesmo repúblicas, nos quais não oferecem condições de autonomia.

1 A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

A população em situação de rua é caracterizada, dentre outros elementos, pela ausência de moradia convencional regular, pelo uso de

logradouros públicos e áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que a moradia é um direito fundamental social (BRASIL, 2019)¹ e que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República brasileira (BRASIL, 2019).²

Entende-se que a moradia enquanto direito constitucional e garantia da dignidade da pessoa humana deve oferecer segurança da posse; disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; economicidade; habitabilidade; acessibilidade; localização; adequação cultural. Ao conceituar moradia digna e adequada são esses também os sete elementos adotados e reconhecidos universalmente pela ONU, constantes do Comentário Geral nº 4 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quais sejam:

segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças; disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo; economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes; habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural, proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde; acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levadas em conta; localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas; adequação cultural: a moradia não é

1 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). (BRASIL, 2019)

2 A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2019)

adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural. (BRASIL, 2013, p. 13).

Atualmente, no Brasil, *mais de 100 mil pessoas se encontram em situação de rua*³, enquanto que, somente em Belo Horizonte, são mais de sete mil.⁴

Perceba-se, então, que mais de 100 mil pessoas, no Brasil, não têm o direito constitucional à moradia efetivado e que a promoção de sua dignidade está comprometida.

Em que pese a Lei nº 11.124/2005 (BRASIL, 2005) se apresentar como um importante instrumento para implementação da Política Nacional de Habitação, prevendo a elaboração do Plano Nacional de Habitação (PlanHab), realizado em 2009 pelo Ministério das Cidades, sendo considerado um pacto nacional pela moradia digna, não atende às necessidades da população em situação de rua. No documento é formulada uma estratégia de longo prazo, estruturada em quatro eixos: financiamento e subsídio; política urbana e fundiária; arranjos institucionais e cadeia produtiva da construção civil; que estão articulados a fim de universalizar o acesso à moradia digna para a população brasileira. Ressalte-se que, neste ano, o Ministério das Cidades junto com o Ministério da Integração Nacional foi fundido, resultando no Ministério do Desenvolvimento Regional (BRASIL, 2019), o que representa um retrocesso para a política habitacional, pois havia sido criado para combater as desigualdades sociais, transformando as cidades em espaços mais humanizados, aproximando o governo federal da discussão sobre a política urbana e o destino das cidades, o que contemplava uma antiga reivindicação dos movimentos sociais de luta pela reforma urbana.

Os fatores que contribuem para uma pessoa se encontrar em situação de rua são de diversas naturezas, como político, cultural, social, pessoal, familiar, econômico. No tocante ao fator pessoal e econômico, pode-se exemplificar a falta de condições para pagar um aluguel ou para

3 O Brasil não conta com dados oficiais sobre a população em situação de rua. Esses são dados disponibilizados por 1.924 municípios via Censo do Sistema Único de Assistência Social (Censo Suas). Com base nessas informações, realizou-se um modelo linear generalizado, com a variável de resposta assumindo uma distribuição de Poisson, considerando o tamanho da população municipal como variável de exposição ao fenômeno, ou offset, para estimar a população em situação de rua para as demais municipalidades brasileiras. O modelo teórico considera variáveis de crescimento demográfico, centralidade e dinamismo urbano, vulnerabilidade social e serviços voltados à população de rua, bem como o número de pessoas em situação de rua cadastradas no Cadastro Único para Programas Sociais do governo federal (Cadastro Único). Estima-se que existiam, em 2015, 101.854 pessoas em situação de rua no Brasil. (NATALINO, 2016).

4 Dado fornecido por Samuel Rodrigues, liderança do Movimento Nacional da População de Rua e membro do Fórum Nacional de População em Situação de Rua, por meio de entrevista concedida à autora, em 02 de setembro de 2019. O Cadastro Único da Assistência Social (Cecad) consta 4.553 nesta situação na capital mineira. Esta diferença se deve ao fato de que o Cecad é formado somente por aquelas pessoas que se autodeclararam nesta situação e utilizam algum tipo de programa social. (BELO HORIZONTE, 2019)

comprar a casa própria devido ao alto custo em relação ao salário mínimo, devido ao desemprego, instabilidade na renda familiar e/ou dificuldade de comprovação de renda quando esta advém do trabalho informal.

Nesse sentido, desaparece a possibilidade da moradia enquanto direito garantido constitucionalmente. Ela passa a se apresentar como mercadoria acessível àqueles que podem pagar, seja na modalidade posse ou propriedade.

A população em situação de rua encontra vários obstáculos no dia a dia em virtude da ausência de comprovante de endereço, tais como, processo seletivo para uma vaga de emprego, marcação de consultas, procedimentos e exames médicos, matrícula em escola. Por este espectro, pode-se perceber a importância de se ter um lugar para fixar residência e como a moradia influencia diretamente na efetivação de outros acessos a direitos.

2 A MORADIA COMO MERCADORIA

Para além das questões financeiras de ordem pessoal que dificulta a aquisição da casa própria, deve-se ressaltar o fator político e cultural que contribuem significativamente para este quadro social.

Com lastro neoliberal, a moradia vem sendo tratada e percebida como mercadoria, deixando de ser um bem de uso para ser um capital fixo. Segundo Chomsky:

O neoliberalismo, sim, é de fato o “capitalismo sem luvas”, ele representa uma época em que as forças empresariais são maiores, mais agressivas e se defrontam com uma oposição menos organizada do que nunca. Nesse ambiente político elas tratam de normatizar o seu poder político em todas as frentes possíveis, razão pela qual fica cada vez mais difícil contestá-las, tornando complicada – no limite da impossibilidade – a simples existência de forças extra mercado, não comerciais e democráticas. (CHOMSKY, 2002. p.4).

Esta percepção ficou evidente, principalmente, com a atual crise econômica, política e ética pela qual vem passando as sociedades capitalistas ocidentais, em especial, depois de 2008, nos Estados Unidos, na Europa e na América do Sul. Esse processo de financeirização da moradia, que é a percepção da moradia como mercadoria, se deve à influência da indústria cultural, que atua como fator na formação da consciência coletiva, da sociedade de massa. Essa influência não considera as necessidades humanas, individuais e coletivas, mas, o lucro do mercado de consumo, das forças homogeneizantes, constituídas por poucas grandes empresas multinacionais,

dentre elas os bancos e as construtoras do ramo da engenharia civil. Para esse grupo de empresas, a cidade é vista como mercadoria, diferente da ideia cidadã de cidade como direito. Houve uma imposição da cidade comercial em detrimento da cidade política.

Nesta perspectiva, o direito de habitar a cidade fica comprometido, bem como o uso e gozo democrático e qualitativo de todo o espaço urbano. Assim, além da moradia, a qualidade da vida urbana também virou uma mercadoria acessível somente a quem pode pagar. Os bancos e construtoras, autorizados pela cultura do simulacro, promovem campanhas publicitárias fomentando a realização do “sonho da casa própria”⁵, o que estimula um grupo de pessoas vulnerabilizadas pelo capitalismo financeiro a contraírem dívidas que vão comprometer todo o seu orçamento e subsistência.

Marx explica que o capitalismo:

Ocasiona uma acumulação de miséria correspondente à acumulação de capital. Portanto, a acumulação de riqueza num polo é, ao mesmo tempo, a acumulação de miséria, o suplício do trabalho, a escravidão, a ignorância, a brutalização e a degradação moral no polo oposto. (MARX, 2013, p. 721)

Para Pál Pelbart citando Brian Massumio “capitalismo é a captura do futuro para a produção de mais-valia quantificável. O capitalismo consiste no processo de converter a mais-valia qualitativa da vida em mais-valia quantificável». (PÁL PERLBART, 2017, p. 259)

Assim, tem-se que a moradia como mercadoria transformou-se na moral do mundo contemporâneo financeirizado, deixando de ser um direito garantido constitucionalmente.

3 A MORADIA COMO NEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

A ausência de moradia digna e adequada leva as pessoas a se organizarem conforme as suas possibilidades, criando diferentes estratégias de (sobre) vivência, as quais se mostram contrárias ao que é tido por

5 A construção do ideário da casa própria como maneira exclusiva de se garantir o acesso à moradia data da década de 1940, quando consolidou-se um tripé importante para o reforço da visão patrimonialista da sociedade brasileira moderna. Após a Lei de Terras de 1850, a instituição do sistema de vendas à prestação, e a criação das Carteiras Prediais dos Institutos de Aposentadoria e Previdência (IAPs), fatos ocorridos entre 1937 e 1938, ano da regulamentação das transações imobiliárias via Lei Federal n. 58, que trata dos loteamentos populares, surge a Lei do Inquilinato. [...] Data desta época a explosão da produção da casa própria associada à expansão das fronteiras urbanas, em um crescimento orientado pelo Estado para as classes de renda mais abastadas, por meio das companhias loteadoras, e completamente à margem de qualquer ação pública para os mais pobres. Inicia-se também, e intimamente associado a essa lógica, o processo de favelização, dos loteamentos clandestinos e da autoconstrução. (BALBIN, 2015, pp. 9-10).

convencional, ao que é imposto pela cultura hegemônica no que diz respeito ao uso do espaço público e privado:

É consenso entre estudiosos que crises econômicas graves e prolongadas estimulam o aumento da população sem emprego e moradia disposta a ocupar calçadas, viadutos e praças. Especialmente quando há muita gente abaixo da linha da pobreza e as políticas de assistência e promoção social são inexistentes ou falhas. (SASSE, 2019).

Desigualdade, pobreza, exclusão produzem diversos modos de viver, produzem modos inexistentes de existir:

No âmbito da precarização do trabalho e da vida a partir dos anos 1990, por exemplo, se de um lado fica evidente a que ponto essas condições resultam das injunções perversas do neoliberalismo, com a vulnerabilidade que dele decorre, de outro, ao mesmo tempo, se vão criando formas de sociabilidade e de cuidado coletivo, de ativismo e de amizade que redesenham os modos de vida em comum propostos por jovens precarizados em várias partes do globo. (PÁL PELBART, 2017, p. 259).

A população em situação de rua está na contramão da sociedade de mercado e das cidades para o mercado, uma vez que desobedece a lógica do consumo, da especulação imobiliária, questionando o direito à cidade⁶, o uso e gozo democrático e qualitativo de todo o espaço urbano e, principalmente, o mito da casa própria: “O mito da casa própria, ‘que transforma objetiva e subjetivamente o indivíduo, acoplado à propriedade privada, esse elemento crucial das relações sociais capitalistas’ [...]” (BALBIN, 2015, p. 11).

A ausência de dados precisos sobre a população em situação de rua, como a sua exclusão do Censo Demográfico, revela um processo de invisibilização, de ocultação de sujeitos, de não reconhecimento de existência: “Na ausência de averiguações confiáveis sobre quantos são e como vivem esses brasileiros, torna-se mais difícil elaborar e implementar medidas que os devolvam à plena cidadania” (SASSE, 2019).

Para a ex-senadora Regina Sousa (PT-PI), que presidiu a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado, a inclusão da população de rua no Censo 2020, mesmo que ainda seja só

6 O direito à cidade (não à cidade arcaica mas à vida urbana, à centralidade renovada, aos locais de encontro e de trocas, aos ritmos de vida e empregos do tempo que permitem o uso pleno e inteiro desses momentos e locais etc.). A proclamação e a realização da vida urbana como reino do uso (da troca e do encontro separados do valor de troca) exigem o domínio do econômico (do valor de troca, do mercado e da mercadoria). (LEFEBVRE, 2010. p. 139).

uma parcela, seria uma vitória: “Como pensar políticas para essas pessoas, se elas não existem perante ao país?” (SASSE, 2019).

Sobre o processo de invisibilização, Rancière explica a partir da ideia do “erro de contagem”:

O que os “clássicos” nos ensinam é antes de mais nada o seguinte: a política não se ocupa dos vínculos entre os indivíduos, nem das relações entre os indivíduos e a comunidade, ela é da alçada de uma contagem das “partes” da comunidade, contagem que é sempre uma falsa contagem, uma dupla contagem ou um erro na contagem. [...] Pois ele enxerga o que estes esqueceram: o erro de cálculo da democracia, que em última instância é apenas o erro de cálculo fundador da política. (RANCIÈRE, 1996, pp. 20-21; 23)

Em que pese haver esse processo de invisibilização que torna a população em situação de rua inexistente, elas existem, isto porque: “Eis como David Lapoujade apreende esse exemplo: Pode-se duvidar da realidade de certas existências, mas não dos fatos, pois eles têm uma eficácia, eles mudam algo no modo de existência dos seres.” (PÁL PELBART, 2017, p. 252). Sendo assim, mesmo que seja considerada uma existência vulnerabilizada, deve-se reconhecê-la como existência e lhe garantir direitos, a fim de compreender seus anseios, desejos e necessidades. Tanto porque, os modos de existir devem ser analisados à luz de cada sujeito que os constrói, pois, há “modo de existência feito de esquivas, de linhas de errância, de teias invisíveis (sua alma), no limiar da invisibilidade social e de todos os cânones que determinam o que merece viver ou ser visto” [...] (PÁL PELBART, 2017, p. 259)

As estratégias de (sobre) vivência da população em situação de rua são reveladas e encobertas nas cidades que estão em disputas, disputas dos modos de (in) existência na cidade.

4 CONCLUSÃO

A propriedade privada tem um lugar muito importante no sistema neoliberal. A partir do momento em que a pessoa fixa domicílio, apresenta comprovante de endereço, ela já se vê apta a integrar a sociedade, seja para se candidatar a uma vaga de emprego ou requerer a prestação de um serviço público, como saúde e educação. Então, perceba que, ter uma casa representa uma ou a primeira condição de existir socialmente. Entretanto, não deveria ser assim, não deveria ser a única forma de acesso para outros direitos e garantias, porque a existência não pode e não está condicionada ao poder aquisitivo. A existência é fato incondicionado.

Enquanto a classe dominante tenta imperar seus hábitos e modos de vivência, tantos outros surgem, lateral e frontalmente, com diferentes modalidades de se agregar, de trabalhar, de criar sentido de (sobre) viver e existir.

Neste contexto de pluralidade existencial, onde predomina a ideia binária de sujeitos – produtor e consumidor, é preciso abordar aquele modo de vida ocultado, negado, que é o modo como (sobre) vive a população em situação de rua. É necessário compreender e reconhecer a sua existência sem condicionantes, é necessário permitir a instauração de sua existência.

REFERÊNCIAS

BALBIN, Renato. *Serviço de moradia social ou locação social: alternativas à política habitacional*. Brasília, 2015, p. 11. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2134.pdf>. Acesso em: 10 set. de 2019.

BELO HORIZONTE. *Cadastro único da assistência social (Cecad)*, 2019. Disponível em: <<https://prefeitura.pbh.gov.br/smasac/assistencia-social/cadastro-unico>>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

_____. *Decreto n. 9.666, de 2 de janeiro de 2019*. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57633285. Acesso em: 10 de set. de 2019.

_____. *Lei n. 11.124, de 16 de Junho De 2005*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11124.htm. Acesso em: 10 de set. de 2019.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direito à moradia adequada*. Brasília, 2013, p. 13. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225430POR.pdf>>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e a ordem global*. Bertrand Brasil. 2002.

LEFEBVRE, Henri. *O Direito à cidade*. 1. ed. São Paulo: Moraes, 2010.

MARX, Karl. O capital. *Crítica da economia política*: Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. *Estimativa da população em situação de rua no Brasil*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28819>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

PÁL PELBART, Peter. *O avesso do niilismo — cartografias do esgotamento*. São Paulo: n. 1 Edições. 2. ed. 2017.

RANCIÈRE, Jacques. *O Desentendimento: política e filosofia*. 34. ed. São Paulo: 1996.

SASSE, Cintia; OLIVEIRA, Nelson. *Pessoas em situação de rua*. Invisível nas estatísticas, população de rua demanda políticas públicas integradas. Especial Cidadania. Ed. 660, 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/especial-cidadania-populacao-em-situacao-de-rua>>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

DIREITO E ANÁLISE DE POLÍTICA PÚBLICA: CONTEXTOS, CONTEÚDOS E DESAFIOS EM TEMPOS DE CRISE

PUBLIC POLICY ANALYSIS AND LAW: CONTEXT, CONTENT AND CHALLENGES IN CRISIS TIMES

Ana Cláudia Farranha

Doutora em Ciências Sociais pela Unicamp. Professora da Faculdade de Direito da UnB e do Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD). Coordenadora do GEOPP (Grupo de Estudos Observatório de Políticas Públicas)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Categorias de análise: elementos teóricos para organizar o estudo; 2 Como fazer uma análise jurídico-política das políticas públicas: aspectos metodológicos; 3 Estudos de casos e aplicação da metodologia apresentada; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Esse texto reflete aspectos que buscam identificar os nexos entre efetivação do direito e a construção de políticas públicas. Tem como pergunta central: De que maneira estudos sobre Políticas Públicas possibilitam uma melhor compreensão da efetivação do Direito? Para tanto, parte-se de categorias que são utilizadas na análise em políticas públicas (Políticas Públicas - conceito, Análise de Política Pública, Controle Social e Participação, Acesso à Informação) para identificar como os aspectos do desenho institucional influenciam na efetivação dos direitos e das transformações da ordem jurídica. Por outro lado, ele, também apresenta alguns dos estudos de casos feitos pelo Observatório de Políticas Públicas (GEOPP – PPGD/UnB), bem como descreve a metodologia para análise destes e conclui apontando os desafios de interpretação de contextos e conteúdos em tempos de crise.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Políticas Públicas. Contexto. Conteúdo. Desafios.

ABSTRACT: This paper seeks to identify the links between enforcement of the law and the public policies process. It has central question: How the Public Policies studies enable a better understanding of the achievement of the law. It use the different categories of analysis in public policy (Public Policies - concept, Public Policy Analysis, Social Control and Participation, Access to Information) to identify how institutional design is important for effectiveness of Fundamental Rights. In other side, it presents some case in the public policy analysis from Public Policy Observatory (GEOPP/PPGD – UnB) and discusses some topics about methodology for case studies and in the end the conclusion examines the challenges for interpretation of context and content in crisis times.

KEYWORDS: Law. Public Policy. Context. Content. Challenges.

INTRODUÇÃO

Discutir o papel das Políticas Públicas e os efeitos do seu desenvolvimento tem sido um dos temas caros que vem interpelando os estudos na área jurídica. Assim, vê-se com clareza a intersecção de temas e problemas de pesquisas, os quais auxiliam a discussão que envolve as transformações do direito na ordem política, econômica e social. Nesse aspecto, a questão relevante sobre a qual esse texto se debruça é: De que maneira estudos sobre Políticas Públicas possibilitam uma melhor compreensão da efetivação do Direito?

Não se trata de uma resposta fácil e parte do trabalho do Observatório de Políticas Públicas (GEOPP/FD/PPGD) tem se voltado para isso. Assim, esse texto apresenta algumas categorias de análise que podem auxiliar no aprofundamento da questão levantada, bem como aponta aspectos metodológicos que envolvem o estudo e, aponta alguns exemplos de casos estudados com base nos aspectos definidos como teórico-analíticos. Por fim, a conclusão busca apontar alguns desafios de interpretação de contextos e conteúdos em tempos de crise.

1 CATEGORIAS DE ANÁLISE: ELEMENTOS TEÓRICOS PARA ORGANIZAR O ESTUDO

O estudo do Direito e da Análise da Política Pública vem se mostrando desafiador para os pesquisadores do campo jurídico, pois uma das tarefas que se coloca é a que se refere a compreensão da política pública nas suas múltiplas interações disciplinares. Seria ela apenas um imperativo do mundo jurídico? Seria ela um amontoado de decisões que ocorrem no marco do contexto burocrático? Seria ela sempre (e eternamente) um problema de agenda. Buscando trazer pistas que auxiliem na resposta à questão, buscou-se desenvolver uma tipologia que denomina-se de “categorias de análise” e que auxilia a compreender as características que estão presentes em diferentes políticas públicas e como tais categorias (que poderiam também ser chamadas de conceitos) são úteis para o estudo do campo transdisciplinar que se coloca diante de um analista. Assim, aponta-se a seguir algumas das categorias que foram escolhidas para compreensão de leis que dão origem a diferentes casos de estudo em políticas públicas:

- a) *Categoria 1 : Políticas Públicas.* Entende-se por Políticas Públicas um conjunto de ações que possibilitam a tomada de decisão sobre uma determinada questão política. Trata-se de um campo de estudos que envolve diversos conhecimentos e toma como

referência principal as análises vindas da Ciência Política. Assim, Souza (2006, p. 22), aponta alguns caminhos do campo em estudo:

O pressuposto analítico que regeu a constituição e consolidação dos estudos sobre políticas públicas é o de que, em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes. A trajetória da disciplina, que nasce como subárea da ciência política, abre o terceiro e grande caminho trilhado pela ciência política norte-americana no que se refere ao estudo do mundo político. O primeiro, seguindo a tradição de Madison, cético da natureza humana, focalizava o estudo das instituições, consideradas fundamentais pra limitar a tirania e as paixões inerentes à natureza humana. O segundo caminho seguiu a tradição de Paine e Tocqueville, que viam nas organizações locais a virtude cívica para promover o “bom” governo. O terceiro caminho foi o das políticas públicas como ramo da ciência política para entender como os governos optam por determinadas ações.

Na mesma linha de compreensão, os estudos desenvolvidos por Howlett, Ramesh e Perl (2013), acrescem a ideia de ciclo de políticas públicas, a perspectiva de subsistemas. Assim, cada programa ou ação governamental, corresponde a um ambiente institucional que desenvolve regras e parâmetros próprios, os quais permitem uma leitura singular acerca da interpretação do desenvolvimento da política pública (p.11-12). Nesse aspecto, não basta somente a existência da norma para dar sustentação a intervenção governamental, mas, é importante uma compreensão que assinale os elementos políticos (formação da agenda, processo decisório, formulação) e os aspectos que analisam as condições para o desenvolvimento desta intervenção (instrumentos de implementação, governança em múltiplos níveis, instrumentos de avaliação), ampliando o escopo da análise jurídica e conectando-a com as perspectivas multidisciplinares da análise em política pública.

Para explicar melhor o argumento acima, retoma-se as considerações de Bucci (2013), a formulação que a autora apresenta é a compreensão da política pública na sua dimensão institucional. Partindo das teses de Santi Romano, aponta que o “direito não é redutível à norma”. Expõe que o direito “compreende também a entidade que põe a norma; essa é a tese fundamental”. Apresenta-nos a ideia de que direito é instituição:

A instituição é expressão da objetividade do direito, um de seus aspectos formais distintivos, que consagra a despersonalização do

poder. Expressando a “consciência social objetiva”, estabelece a regra, transcendendo o indivíduo, e se constitui numa esfera de unificação de interesses individuais, quando as relações entre os indivíduos enfrentam divergências e restrições (Bucci, 2013, p. 211)

Em sendo o Direito instituição, a política pública não se confunde com a pura e simples efetividade da norma. Cabe destacar que, compreendendo a dimensão complexa e multidisciplinar da política pública, a autora propõe um quadro referencial de análise (2016) no qual a distinção de papéis institucionais, orçamentos, responsabilidades e competências, agentes governamentais e não governamentais, entre outras dimensões se colocam como importantes para uma análise de política pública.

Com base nessas considerações e buscando construir um quadro analítico que possibilite analisar políticas públicas definidas em legislação infra constitucional, algumas questões se colocam como relevantes: a) como as decisões foram tomadas em torno da mencionada lei?; b) quais os grupos de pressão/movimentos sociais/atores sociais estiveram envolvidos nesse processo?; c) qual o desenho legislativo do diploma legal?; e, e) como esse desenho vem sendo incorporado pelos órgãos públicos?

- b) *Categoria 2: Análise de Políticas Públicas.* Essa é uma categoria que articula a dimensão da implementação e da avaliação das políticas públicas, buscando ir além dos modelos clássicos de formulação de políticas públicas e procurando compreender em que contextos específicos se desenvolvem ações que derivam de uma multiplicidade de possibilidades. Assim, Lejano (2012), destaca que a política pode ser compreendida como várias metáforas, destacando:

Por exemplo, geralmente nos referimos à política como se fosse uma receita médica ou algum tipo de receita social que possa ser levada para uma cozinha e usada para criar um resultado desejado. Outra analogia ainda é a da política como um mapa que nos diz, em meio a infinitas possibilidades qual o caminho ideal a sociedade deve escolher. Uma versão modernista deste tipo de metáfora é comparar a política com um telescópio, com o especialista político como Galileu, vasculhando o universo em busca de seu segredo. A política é a resposta para o enigma da esfinge. [...] A ideia de análise, o ato de buscar dentro do universo de possibilidades pelo verdadeiro e eterno, escondida em toda sua complexidade. (p. 11)

O uso teórico analítico desta categoria é compreender os contextos institucionais para além da sua normatividade, do seu desenho de concepção, mas trata-se de entender que lógicas e opções são feitas no desenvolvimento da política pública. Como soluções tão iguais são aplicadas em contextos tão diferentes e produzem arranjos políticos, muitas vezes, completamente diversos dos que foram propostos.

Essa categoria permite dialogar com diferentes aspectos normativos e a sua efetividade, a saber: o marco regulatório, a ação dos atores sociais em torno da construção da política, os instrumentos jurídicos utilizados para implementação (modelos de delegação, convênios, contratos, parcerias público-privado) e as possibilidades de avaliação que o desenvolvimento da análise possibilita, considerando-se as políticas/programas públicos.

- c) *Categoria de análise 3: Controle e participação social.* Essa categoria assinala que muitas das demandas acerca da efetivação do Direito têm como elemento articulador a participação popular no processo de elaboração da política pública. Tal exigência se constitui como uma possibilidade de ampliação dos consensos em torno de demandas apresentadas na arena política. Por outro lado, a interpretação do processo de participação pode ser feita no sentido de proporcionar maior controle da ação governamental por parte do cidadão e dos movimentos sociais organizados.

Percebe-se que um dos traços fundamentais da ação dos movimentos sociais é a ênfase na ampla participação política como forma de questionar uma perspectiva centralizadora de exercício do poder. Como consequência, as ações participativas passam a ser valorizadas, requerendo uma atuação mais direta dos sujeitos nas questões públicas.

Trata-se, assim, de buscar a democratização dos mais diversos espaços políticos e sociais: o partido, o sindicato, a sociedade e a própria gestão do Estado. Um exemplo importante que resulta desse processo é a institucionalidade de conselhos de políticas públicas, que no Brasil se consolida com o advento da Constituição Federal, e as experiências de orçamento popular que vem sendo objeto de discussão na literatura sobre o tema (Avritzer, 2003; Santos, 2002; Tataçiba, 2002, Dagnino, 2000 & 2002). Neste sentido, a investigação que essa categoria de análise proporciona refere-se a forma como leis e normas (portarias, resoluções, instruções normativas) são elaborados e em que medida a participação como instrumento de formulação e decisão gera maior possibilidade de

compreender as transformações no Direito e no desenvolvimento da política pública¹.

Como decorrência desta perspectiva, surge a noção de *espaço público*, que permite pensar os espaços de desenvolvimento da política pública, como espaços de crítica e de construção de novos direitos, os quais apontam novas formas de fazer a política pública. A análise proposta por Nancy Frase (1993) discorre sobre o argumento de Habermas acerca da esfera pública, propondo pensar essa esfera numa perspectiva de multiplicidade, proporcionando uma ampliação da democracia, para além da esfera pública oficial.

Segundo a autora, as múltiplas esferas públicas sempre existiram e, em sociedades altamente estratificadas estas esferas funcionam como o canal de voz daqueles que estão excluídos. Trata-se de “subaltern counterpublics” (contra-públicos subalternos) (p.14), os quais desempenham duas funções nas sociedades estratificadas: “funcionam como espaço que reagrupa atores e lança as bases para que se crie o terreno capaz de absorver uma esfera pública mais extensa.” (p. 15)

Com esse argumento, Fraser destaca em que medida a existência de esferas públicas não oficiais proporcionam uma ampliação da democracia. Para tanto, ela assinala que a multiplicidade de esferas não implica na consequente democratização da sociedade. Uma etapa que se faz necessária à ampliação da democracia, é a forma como as demandas tornam-se demandas comuns e se expressam enquanto interesses públicos. Para que isto ocorra, é fundamental que a esfera pública expresse um espaço de respeito às diferenças que recortam o tecido social e de expressão das mesmas, em que cada ator social se reconheça enquanto portador de direitos. A dimensão dos pactos, negociações são aspectos importantes que possibilitam relacionar essa categoria com os elementos da análise de contexto desenvolvidos na categoria 2.

- d) *Categoria de análise 4: Acesso à informação.* A menção a essa categoria refere-se a compreensão do acesso à informação como um elemento importante no desenvolvimento da política pública. Assim, saber como uma política pública foi construída, como está sendo implementada, quais os procedimentos de avaliação, qual a sua execução orçamentária, como se operam as relações contratuais em torno desta política são questões

¹ Quando essa conferência foi proferida (setembro de 2018) não havia ainda sido editado o Decreto 9.759 de 11 de abril de 2019 que extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Para efeito do novo desenho sobre as dinâmicas da participação está em elaboração novo texto sobre a temática. Para conhecer brevemente sobre o tema olhar Midlej Silva, 2019.

que complementam o referencial teórico analítico, baseado nas categorias de análise apontadas.

Do ponto de vista analítico, a reforma do Estado, resultante no Brasil da implementação das idéias contidas no *New Government* inglês, trouxe uma série de novos paradigmas para pensar a gestão do Estado. Dentre as ferramentas importadas e resignificadas na experiência brasileira a ideia de transparência e *accountability* são alguns dos exemplos dessa novidade. A materialização dessas noções resulta em um tipo de interação articulado a partir da internet, em que a informação deve estar disponibilizada em portais governamentais, com objetivo de dar visibilidade às ações governamentais e criando elementos que possibilitem o controle social por parte do cidadão dessas ações (*accountability*). A difusão de portais eletrônicos e formas de interação entre sociedade e Estado, com a mediação da internet tem sido denominado na literatura de *governo eletrônico* (Jóia e Cavalcante Neto, 2004; Chain, 2004; Moraes, 2004; Ruediger, 2002; Prado, 2004).

Pinho (2008), destacando as dimensões dessas esferas aponta que trata-se diferentes formas pelas quais o governo se dirige aos diferentes atores: *business-to-government*; *government-to-business*; *citizen-to-government*; *government-to-citizen*; *government-to-investor*; *investor-to-government*; *government-to-government*. Sendo assim, escolhe compreender aspectos dessas relações a partir da modalidade *government-to-citizen*, destacando a sua dimensão ampliada e, buscando compreender como os processos de informação articulam uma leitura do Direito, a partir de novos formatos de interação social e política.

Com o objetivo de apontar mais claramente ao leitor o sentido de cada uma das categorias desenvolvidas acima, apresenta-se a seguir um quadro referencia destas categorias e seus desdobramentos na pesquisa em Direito e Análise de Política Pública.

QUADRO 1 – CATEGORIAS DE ANÁLISE E SEUS DESDOBRAMENTOS INVESTIGATIVOS

Categoria de análise	Desdobramento investigativo
Políticas Públicas	Compreender como as decisões foram tomadas em torno da mencionada lei; Identificar quais os grupos de pressão/movimentos sociais/atores sociais estiveram envolvidos nesse processo; Identificar qual o desenho legislativo do diploma legal; e Compreender como esse desenho vem sendo incorporado pelos órgãos públicos?

Análise de Políticas Públicas	Identificar diferentes aspectos normativos e a sua efetividade, a saber: o marco regulatório, a ação dos atores sociais em torno da construção da política, os instrumentos jurídicos utilizados para implementação (modelos de delegação, convênios, contratos, parcerias público-privado) Mapear as possibilidades de avaliação que o desenvolvimento da análise possibilita, considerando políticas/programas públicos.
Controle e participação social	Compreender as possibilidades de ampliação dos consensos em torno de demandas apresentadas na arena política. Possibilitar a interpretação do processo de participação como medida de maior controle da ação governamental por parte do cidadão e dos movimentos sociais organizados.
Acesso à informação	Identificar como uma política pública foi construída, como está sendo implementada, quais os procedimentos de avaliação, qual a sua execução orçamentária, como se operam as relações contratuais em torno desta política, a partir da análise da informação governamental.

Elaboração Própria

2 COMO FAZER UMA ANÁLISE JURÍDICO-POLÍTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS METODOLÓGICOS

Considerando-se o escopo analítico apresentado a partir das categorias desenvolvidas no item anterior, esse tópico busca apontar como é possível construir essa uma abordagem que destaque elementos históricos e políticos do contexto no qual uma política pública se desenvolve.

Para tanto, é importante considerar a dimensão territorial para o desenvolvimento de uma determinada política, analisando aspectos culturais, identitários, de gênero e raça. Privilegia-se, assim, abordagens construtivistas em que a análise da efetivação do direito, a partir da compreensão da política pública, seja interpretada como um processo em transmutação que enseja diferentes posicionamento e requer consensos – sempre pontuais e passíveis de mudanças – considerando-se a força dos sujeitos sociais que atuam em determinada realidade, seus recursos de poder, a ação empreendida e o resultado desta ação.

Sob essa perspectiva, o desafio metodológico consiste em aprofundar pesquisas no campo das políticas públicas, tendo como ponto de partida marcos normativos. Observa-se que não se trata de uma novidade em sentido estrito, mas, trata-se de aprofundar a discussão sobre uso de metodologias

com ancoragem no campo das políticas públicas, na abordagem dos temas relacionados a implementação e efetivação de direitos públicos (da ordem das garantias fundamentais) no Brasil.

Em trabalhos anteriores a esse, pode-se destacar a metodologia desenvolvida por Coutinho (2013) em que o autor destaca quatro versões possíveis para compreender o papel do direito nas políticas públicas. São elas: a) o direito como objetivo; b) o direito como arranjo institucional; c) o direito como vocalizador de demanda; d) o direito como ferramenta política. Nestas versões, o desafio que o autor coloca é o de que

Sua utilidade precisa ser testada empiricamente, o que, por sua vez, suscita importantes desafios aos juristas brasileiros, cuja formação tem negligenciado, tanto a importância da reflexão jurídica sobre as políticas públicas e, mais ainda, a construção de habilidades e métodos de investigação (p.2-3)

Partindo do ponto de vista metodológico que considera uma perspectiva de análise que cruze os campos de Direito e Análise de Políticas Públicas, utiliza-se a pesquisa empírica, baseando-a em estudos de casos, os quais possibilitam a aplicação das categorias de análise e os desdobramentos já descritos acima (item três deste texto)

O uso do estudo de caso é útil para a análise proposta, pois permite empregar as perguntas que foram levantadas na parte da justificativa e permite conhecer mais detalhadamente o desenvolvimento de uma política pública, considerando seus aspectos multidisciplinares, ou seja: os elementos políticos, os elementos jurídicos, os elementos administrativos e sua articulação, principalmente, na forma como os atores envolvidos na política tratam com as questões no contexto institucional.

A literatura sobre os estudos de caso define o estudo de caso como um método importante para compreensão da realidade empírica que se apresenta ao pesquisador. O estudo de caso é uma das muitas maneiras de fazer pesquisa em ciências sociais e segundo Yin (2005) é uma investigação empírica que examina um fenômeno contemporâneo dentro do contexto da vida real, especialmente quando os limites entre este fenômeno e o contexto não estão claramente definidos. Desta forma, o estudo de caso é a investigação que analisa uma situação tecnicamente única em que:

Haverá muito mais variáveis de interesse do que pontos de dados, e, como resultado, baseia-se em várias fontes de evidências, com os dados precisando convergir em um formato de triângulo, e, como outro resultado, beneficia-se do desenvolvimento prévio de proposições teóricas para conduzir a coleta e a análise de dados (YIN, 2005, p.33).

Assim, a escolha de um caso requer o exame de alguns passos importantes para que análise se constitua. Voltando a Yin (2005), os passos podem ser assim descritos:

- a) Identificação da validade do constructo: estabelecer medidas operacionais corretas para os conceitos que estão sob estudo.
- b) Estabelecer a Validade interna (apenas para estudos explanatórios ou causais, e não para estudos descritivos ou exploratórios): estabelecer uma relação causal, por meio da qual são mostradas certas condições que levem a outras condições, como diferenciada de relações espúrias.
- c) Estabelecer a validade externa: estabelecer o domínio ao qual as descobertas de um estudo podem ser generalizadas.
- d) Identificar a confiabilidade: demonstrar que as operações de um estudo - como os procedimentos de coleta de dados - podem ser repetidas, apresentando os mesmos resultados. (p. 56)

Considerando esses passos, os casos apresentados nesse texto resultam de pesquisas que utilizam técnicas de análise documental, entrevistas e observação do contexto em que a política se desenvolve. Assim, o percurso desenhado segue o mapeamento da legislação que institui e desenvolve uma determinada política, identificando uma matriz de modulação. Na sequência cabe destacar o percurso histórico de construção da política e a escolha de qual fase do ciclo (formulação, implementação ou avaliação) será examinada. Completa-se o processo de coleta de dados com as entrevistas feitas com gestores e usuários do sistema. Essa junção de ferramentas, é também compreendida pela literatura como triangulação dos dados. (MYNAIO, 2005).

Para a autora, a triangulação consiste em:

Pode-se compreender avaliação por triangulação de métodos como expressão de uma dinâmica de investigação e de trabalho que integra a análise das estruturas, dos processos e dos resultados, a compreensão das relações envolvidas na implementação das ações e a visão que os atores diferenciados constroem sobre todo o projeto: seu desenvolvimento, as relações hierárquicas e técnicas, fazendo dele um construto (SCHUTZ, 1982) específico (MINAYO, 2005, p.29).

Esse conceito permite trabalhar com as diversas informações coletadas ao longo da pesquisa, em contextos específicos, sendo confrontados elementos achados em documentos e outras análises, as

quais auxiliam na compreensão jurídico-política da construção de um programa/política determinado. Deve-se ressaltar que embora haja inúmeros artigos publicados na área jurídica sobre o tema políticas públicas, muitos são descritivos e baseiam-se em aspectos normativos (“dever ser”) sem adentrar no tema do contexto institucional em que tais políticas foram construídas.

Por fim, outro elemento metodológico a ser destacado é a possibilidade de comparabilidade que o método permite. Assim, retomando, a Yin (2005), tem-se o conceito de casos múltiplos. Nesse caso, cabe ao pesquisador/a uma decisão que possibilite enfrentar os desafios que a dimensão da comparabilidade impõe. Desvendando esses desafios Yin (2005), aponta as seguintes considerações:

Em algumas áreas, os estudos de casos múltiplos foram considerados uma “metodologia” diferente dos estudos de caso único. Por exemplo, a antropologia e a ciência política desenvolveram um conjunto de fundamentos lógicos para se realizar estudos de caso único e um segundo conjunto para se realizar o que se está chamando de estudos “comparativos” (ou de casos múltiplos) (veja Eckstein, 1975; George, 1979). A partir da perspectiva deste livro, entretanto, a escolha entre projetos de caso único ou de casos múltiplos permanece dentro da mesma estrutura metodológica - e nenhuma distinção muito ampla é feita entre o assim chamado estudo de caso clássico (isto é, único) e estudos de casos múltiplos. A escolha é considerada uma escolha de projeto de pesquisa, com as duas sendo incluídas no âmbito da estrutura do estudo de caso. (p.68)

Esse desenho metodológico nos leva a seguinte pergunta: de que maneira estudos sobre Políticas Públicas possibilitam uma melhor compreensão da efetivação do Direito, fornecendo elementos da realidade para auxiliar operadores do direito na compreensão do tema?

Na busca de uma resposta preliminar, destacamos alguns dos trabalhos desenvolvidos pelo Observatório de Políticas Públicas (GEOPP/FD/UnB)

3 ESTUDOS DE CASOS E APLICAÇÃO DA METODOLOGIA APRESENTADA

Com base nas considerações desenvolvidas até aqui, apresentamos alguns estudos de caso em que as categorias de análise e a metodologia apresentada foram aplicadas. Tratam-se de trabalhos desenvolvidos no Programa de Pós Graduação em Transporte (linha de pesquisa

Gestão e Planejamento) e Direito (Linha de pesquisa Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação), no período de 2015 a 2019. A menção a eles se dá com a apresentação do título do trabalho e um breve resumo com foco na metodologia.

Caso 1: A Nova Lei dos Portos e os Modelos de Concessões e de Agências Reguladoras: mecanismos para a garantia do interesse público

Autor: Conrado Frezza

O objetivo desta pesquisa era discutir se a legislação sobre exploração de portos, em vigor a partir de 2013, no Brasil estabelecia mecanismos para a efetivação do interesse público e se colocava como um facilitador para prestação do serviço portuário, que é pela Constituição brasileira, um serviço público. Os resultados da pesquisa assinalaram que a legislação estudada estava em harmonia com as regras de exploração dos modelos de concessões e de agências reguladoras, embora o setor portuário possua características bem particulares.

Identificou-se que o novo marco legal se constitui como alternativa viável para a harmonização do conflito existente entre as perspectivas do público e do privado na exploração dos portos brasileiros, apesar dos desafios a serem enfrentados para o seu aperfeiçoamento. A pesquisa foi de caráter qualitativo, o método de abordagem foi o indutivo e a técnica para obtenção de dados foi a pesquisa bibliográfica, com base em documentação indireta. Foram consultados documentos e bancos de dados oficiais, bem como foram realizadas entrevistas semiestruturadas a atores chave do setor portuário, por meio de amostragem intencional. (Frezza, 2016)

Caso 2: Lei de Acesso à Informação –Lei nº 12.527, de 2011 e seus desafios.
Autor: Maria Eduarda Cintra

A pesquisa buscou identificar como os órgãos da Administração Pública Federal, no Brasil implementam a normativa estabelecida na lei e no Decreto nº 7.724, de 2012. O objetivo da dissertação era identificar se as ações governamentais criadas a partir da Lei têm concretizado o direito de acesso à informação no país. (Cintra, 2016)

Sob essa perspectiva, o trabalho valeu-se dos seguintes dados:

- 1) Coleta junto aos 38 órgãos do Poder Executivo Federal (Ministérios e Órgãos com status de ministérios), utilizando critérios e parâmetros estabelecidos pelos diplomas legais para o acesso à informação
- 2) Coleta feita, a partir dos Relatórios e Sistematizações formuladas pela Controladoria Geral da União (órgão responsável pela fiscalização do cumprimento da LAI)
- 3) Coleta feita, a partir da metodologia de monitoramento feita pela Organização não Governamental Artigo 19 (sob ótica da transparência ativa e passiva).

A pesquisa foi composta, também, pelos dados obtidos por meio das entrevistas que foram feitas com gestores responsáveis pelo monitoramento das ações propostas pela Lei e por seu Decreto, bem como com atores envolvidos na elaboração da Lei e do Decreto. Do ponto de vista teórico, a ideia de formação de agenda e janela de oportunidades, presentes em Kingdon (1984) foi utilizada para demonstrar como o tema acesso à informação entrou na agenda governamental, no último período (2011) e proporcionou a normatização de uma garantia constitucional (art. 5º, XXXIII). A pesquisa teve como aspecto inovador, do ponto de vista metodológico, a utilização dos marcos legais, os quais trazem prescrições para implementação da matéria. Nesse caso, a pesquisa usou o recurso do pedido de acesso à informação para verificar como cada órgão cumpria aspectos da normatização relativa a implementação. Também foram usados a observação de sites e plataformas em que o governo federal divulga dados da sua ação. A conclusão mostra três aspectos que relacionam-se com os elementos institucionais do tema, a saber: a) articulação interna (entre os diversos Ministérios e órgãos governamentais envolvidos na política); b) compreensão, por parte dos órgãos, de responsabilidade pela política pública de acesso à informação; c) necessidade de tradução da informação. Essas são conclusões que uma leitura somente jurídica das normativas não permitira concluir. Poder ser fá apontar a responsabilização do gestor, mas, compreender o que se passa no âmbito institucional, quais gargalos e quais correções de rota são necessárias, não somente na lei e decreto, mas, principalmente na execução da política parecer ser o terreno a ser explorado, possível somente se há por parte dos juristas a compreensão de um conteúdo que diga respeito a farta literatura, nacional e internacional, sobre a análise de políticas públicas.

Caso 3: Direito à água e políticas públicas: Análise da normatividade e as políticas públicas sobre o abastecimento de água no Brasil e na Colômbia

Autor: Catalina Gutierrez

O trabalho teve como objetivo analisar como o direito à água é garantido pelo Estado brasileiro e colombiano, através de um estudo comparado dos instrumentos jurídicos e políticos desenvolvidos pelos países, com fim de materializar o direito à água e responder à problemática de desabastecimento da água à população. Da mesma forma, estudou-se como se dá a implementação dos instrumentos jurídicos internacionais de proteção ao direito à água no Brasil e na Colômbia, assim como também se examinou como se dá a implementação das políticas públicas de abastecimento de água, o PLANSAB no Brasil e o “Plan de desarrollo del sector de acueducto y alcantarillado” e a “Política para el suministro de agua potable y saneamiento básico en la zona rural” na Colômbia, com o propósito de verificar se respondem de maneira eficaz e suficiente à normativa existente e à garantia do direito à água. Para atingir os objetivos previstos, adotou-se uma metodologia de pesquisa de tipo descritivo qualitativo comparativo, utilizando técnicas de levantamento bibliográfico e situacional, e análise secundária de dados. Estudaram-se conceitos de Estado Social de Direito, administração pública, governança da água, políticas públicas e eficácia, junto com o estudo estrutural das políticas públicas escolhidas, e dos dados secundários achados da avaliação do setor do saneamento e abastecimento de água potável e das respectivas políticas públicas examinadas. Finalmente, como resultado da pesquisa obteve-se a confirmação do reconhecimento do direito à água como direito humano fundamental pela normatividade internacional.

Após o estudo comparativo das políticas públicas escolhidas, conseguiu-se estabelecer que as mesmas respondem em princípio adequadamente aos lineamentos jurídicos gerais da garantia do direito à água, assim como também que cada Estado está apresentando esforços pela materialização do direito, no cumprimento de suas obrigações como Estados Sociais de Direito, e no desenvolvimento da governança da água, especialmente na estruturação de políticas públicas que procuram solucionar a problemática do desabastecimento de água potável. Não obstante, em relação com a implementação das políticas públicas analisadas, elas apresentam dificuldades enquanto a realização de seus objetivos de maneira eficaz, pois não tem cumprido ainda totalmente as metas de abastecimento de água a população, e no caso colombiano mais que no caso da política pública brasileira, não tem uma forma clara e efetiva de verificação, avaliação e monitoramento da política, nem uma melhor organização democrática-participativa da população nos diferentes estágios da política pública. Por conseguinte, é preciso que os Estados façam um maior enfoque pelos Estados na elaboração de mecanismos e dados que permitam corroborar como a política criada está sendo implementada adequadamente, se a problemática que lhe deu origem foi solucionada e se os direitos fundamentais estão sendo efetivados.

Caso 4: Acesso à informação e corrupção: investigando o contexto institucional da CGU -

Autor: Murilo Bataglia

Esta dissertação teve por finalidade verificar a correlação entre as categorias “corrupção” e “acesso à informação”. Para tanto, apresentou o seguinte problema: em que medida o acesso à informação promove o enfrentamento da corrupção? No intuito de encontrar respostas, primeiramente fez-se descrição dos conceitos de corrupção e do acesso à informação, por meio de revisão bibliográfica, verificando abordagens e a influência de convenções internacionais sobre tais temáticas no ordenamento jurídico brasileiro. Em termos de corrupção, verificaram-se: sua definição, o contexto de convenções internacionais (OEA, OCDE e ONU), os elementos e agentes envolvidos na corrupção pública, causas e consequências. No tocante ao direito de acesso, também se analisaram suas definições, seu vínculo com a transparência, a perspectiva de ser um direito fundamental, bem como o contexto internacional das declarações de direitos humanos (DUDH, PSJCR). Além disso, buscou-se compreender tal relação por meio da atuação da Controladoria-Geral da União (CGU). Trata-se de órgão escolhido por monitorar e implementar ações de enfrentamento da corrupção e de efetivação do direito de acesso à informação no âmbito do Poder Executivo Federal. Assim, para compreender essa dinâmica, munuiu-se da análise de contexto institucional, ou seja, da configuração e estrutura bem como do conjunto de funções e responsabilidades atribuídas à CGU, por meio de leis e decretos, desde sua criação até a atualidade (perfazendo suas modificações estruturais e de atribuições ao longo dos governos: de FHC, Lula, Dilma, Temer e Bolsonaro). Nesse sentido, verificaram-se quais as responsabilidades conferidas à CGU pela Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n. 12.527/2011) e pelo Decreto n. 7.724/2012. Além disso, partindo-se desse conjunto de responsabilidades e competências, e tendo o escopo de cruzar tais análises do direito de acesso como instrumento de enfrentamento da corrupção, analisaram-se os pedidos de acesso à informação que continham a palavra “corrupção” (no recorte temporal feito entre 2015 a 2017). Desse modo, soma-se a seguinte questão: o que revelariam tais pedidos de acesso? Por fim, também se utilizou da técnica de entrevista, coletando dados acerca das experiências e impressões de servidores que atuam ou atuaram na implementação desse direito de acesso pela CGU. Portanto, essa pesquisa possui um caráter predominantemente empírico, exploratório e qualitativo. O pressuposto deste estudo foi que o direito de acesso à informação promove diretamente um enfrentamento da corrupção. No entanto, pelas constatações, triangulação e análise de dados, averiguou-se que essa correlação não é direta. A CGU possui um papel fundamental de agência anticorrupção, atuando em suas diversas frentes (em uma visão holística desse fenômeno: desde prevenção até a punição). No entanto, quando se enquadra o direito de acesso como instrumento preventivo da corrupção, existem condicionantes que intermedeiam esse vínculo (suspeitas prévias, conhecimento do sistema de pedido de acesso, comunicação entre os órgãos, institucionalidade participativa de entidades, dentre outros). Além disso, demonstrou-se uma perspectiva de que o direito de acesso à informação não se restringe à prevenção da corrupção, envolvendo também reafirmação de direitos, governança, participação e controle social.

Caso 5: Os esquecimentos da memória: o tombamento do patrimônio cultural quilombola e a formulação de uma política pública.

Autor: Paulo Soares

Os esquecimentos da memória: o tombamento do patrimônio cultural quilombola e a formulação de uma política pública. Trata-se de pesquisa que abordou as possibilidades de formulação de uma política pública de tombamento (proteção) voltada especificamente para a proteção dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, conforme prevê o art. 216, §5º, da CF. O trabalho foi organizado em quatro eixos temáticos a respeito do processo de construção de direitos, a saber: a) negação, no qual apresenta os quilombos como um fenômeno insurgente da Modernidade e do colonialismo brasileiro e relaciona a situação dos processos de tombamento dos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, em trâmite junto ao IPHAN, como uma consequência da noção embranquecida de patrimônio; b) luta, em que trata da ação dos quilombos para se inserirem na narrativa do Estado-Nação, em um processo de disputas e negociações pela identidade nacional, que culminou com a Constituição de 1988; c) reconhecimento, o qual relaciona o processo de reconhecimento de exemplos da patrimonialidade negra como formas ressignificadoras de conceitos jurídicos clássicos, a exemplo do tombamento; d) inclusão, abordando as (re)existências das comunidades quilombolas às formas homogeneizantes do Estado Nacional e o fenômeno político e administrativo da “não decisão”, discutindo, ainda, as possibilidades de formulação de políticas patrimoniais inclusivas e antirracistas que afirmem a contemporaneidade das identidades quilombolas. Como conclusão, sugeriu a necessidade do campo da patrimonialidade quilombola ser melhor desenvolvido, nomeando-se novas categorias, a partir de diálogos com as comunidades, o que proporcionará a possibilidade de formulação de novos direitos, os quais podem impactar na da formulação de políticas públicas patrimoniais, para as comunidades quilombolas, considerando o dispositivo contido no art. 216, § 5º da Constituição. Nesse aspecto é importante considerar a uma polifonia patrimonial que corresponda, no plano fático, ao respeito e à proteção dos patrimônios materiais ou imateriais que tenham significação efetiva para os diversos grupos que compõem a sociedade brasileira, sendo necessárias políticas públicas sobre patrimônio específicas para a população quilombola. Nesse ponto, a pesquisa propôs a conciliação entre as propostas de políticas públicas para a preservação do patrimônio e as comunidades quilombolas, as quais necessariamente devem ser ouvidas.

Esses casos são alguns dos estudos em que se buscou aplicar tanto as categorias de análise e quanto a metodologia descrita nos itens anteriores. Entretanto, cabe uma questão que merece ser enfrentada à luz da problemática que o Seminário Direito e Sociedade III ensejou: qual o desafio do estudo da política pública e do direito em tempos de crise?

4 CONCLUSÃO

Tradicionalmente, os pesquisadores que se lançam na perspectiva de compreender/analisar o direito e as políticas públicas deparam-se com o desafio de ir além de uma dimensão normativa exclusivamente e adentram um campo multidisciplinar que requer aportes teóricos combinados com estudos da ciência política, da administração pública e do direito. Nesse contexto, usar o ferramental teórico destas disciplinas é um importante desafio, entretanto outro que parece se descortinar aos olhos dos pesquisadores/analistas é como interpretar tais instrumentos face às disputas por significados e sentidos. Em outras palavras, será que somente uma abordagem multidisciplinar é capaz de auxiliar na leitura de contextos em paradigmas clássicos do Estado Liberal (democracia, liberdades, separação entre Estado e Igreja, preservação da vida) parecem ameaçados?

Uma resposta bastante provisória é não, e tal assertiva, enseja a inclusão de novos aspectos metodológicos na proposta apresentada nesse texto². Entretanto, cabe à guisa de conclusão, apontar que compõe a análise de políticas públicas, também, um exame acerca do plano argumentativo que essa políticas são desenhadas. Nesse sentido, as análises pós- positivistas (FISCHER, 1998) buscam assinalar que é importante compreender a dimensão institucional também compreendendo que discursos embasam o desenho de leis, normas e instrumentos. Nesse sentido, é significativo identificar qual a relação entre valores e normas como produtores de um sistema. A pergunta, nesse caso, é como desenhos de políticas públicas são impactados pelos discursos, ideias e crenças que fundamentam propostas de solução de problemas. Como as pesquisas em Políticas Públicas mudam a agenda legislativa, a agenda do Executivo e, tocam no sistema de justiça e garantia de direitos? Trata-se de um conhecimento baseado na empiria produzido por trabalhos do campo de estudos ou cabe também analisar os discursos que formatam e dão forma às políticas públicas.

Discutindo aspectos das políticas para igualdade racial e examinando o sentido do institucionalismo, Silva (2019, p.46)

² Essa discussão encontra-se em fase de estudo e elaboração.

o institucionalismo discursivo baseia-se na “lógica da comunicação”. É a comunicação entre os atores, na formulação das propostas ou em sua divulgação, e a interação que fundamentam a visão de que muitos fenômenos não podem ser explicados apenas com os elementos dos outros institucionalismos, que, via de regra, colocam as ideias como antecedentes ou motivadores para interesses, práticas e cultura.

Assim, parece que organizar pesquisas sobre políticas públicas e direito em tempo de crise reporta a compreender que sentidos de direitos estão em disputa. Nesse caso, a normatividade (como expressão de ideias e valores) ganha também um sentido político que, definitivamente, pode ou não ampliar as garantias contidas nos pactos constitucionais.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander; MARQUETTI, Adalmir. *A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo*. Cortez Editora, 2003.

BATAGLIA, Murilo Borsio. *Acesso à informação e corrupção: investigando o contexto institucional da CGU*. 2019. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/35400>>. Acesso em: 09 out. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. Saraiva, 2000.

CHAHIN, Ali et al. *E-gov.br — a próxima revolução brasileira: eficiência, qualidade e democracia, o governo eletrônico no Brasil e no mundo*. Governo eletrônico no mundo. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

CINTRA, Maria Eduarda Ribeiro. *Lei de Acesso à Informação no Brasil: sua implementação e seus desafios*. 2016. 302 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/22544>>. Acesso em: 09 out. 2019.

COUTINHO, Diogo R. *O direito nas políticas públicas. A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, espaços públicos e a construção democrática no Brasil: limites e possibilidades. In: DAGNINO, Evelina (Org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 34

_____. Cultura, cidadania e democracia. DAGNINO et all (org.). *Cultura e Política nos movimentos sociais latino-americanos: novas leituras*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

DE SOUZA MINAYO, Maria Cecília; DE ASSIS, Simone Gonçalves; DE SOUZA, Edinilsa Ramos. *Avaliação por triangulação de métodos: abordagem de programas sociais*. SciELO-Editora FIOCRUZ, 2005.

FISCHER, Frank. Beyond empiricism: policy inquiry in post positivist perspective. *Policy studies journal*, v. 26, n. 1, p. 129-146, 1998.

FRASER, N. *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. BRUCE, R (Org), *The Phantom Public Sphere*, Univ. of Minnesota Pres, 1993.

FREZZA, Conrado da Silveira. *A nova Lei dos Portos e os modelos de concessões e de agências reguladoras: mecanismos para a garantia do interesse público*. Dissertação (Mestrado em Transportes)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20033>>. Acesso: em 09 out. 2019

GUTIERREZ GONGORA, Catalina María. *Derecho al agua y políticas públicas: análisis de la normatividad y políticas públicas sobre el abastecimiento de agua en Brasil y Colombia*. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/32051>>. Acesso em: 09 out. 2019.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas—uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 304, 2013.

JOIA, Luiz Antonio; CAVALCANTE NETO, Aristides Andrade. *Fatores críticos de sucesso na construção de processos government-to-government*. Salvador. Organizações & Sociedade, v. 11, n. 29, jan./abr. 2004.

KINGDON, John. *Agendas, alternatives and public choices*. Boston: Little, Brown, 1984.

LEJANO, Raul P. *Parâmetros para análise de políticas: a fusão de texto e contexto*. Campinas: Arte Escrita Editora, 2012.

MIDDLEJ E SILVA S. Participation in Public Policy: Brazil. In: Farazmand A. (eds) *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*. Springer, Cham Tati, 2019.

MORAES, Leonardo Nogueira de. *Proposta de ferramenta de análise multicritério de apoio à gestão municipal da mobilidade urbana*. Dissertação (Mestrado em Transportes)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/24216>>. Acesso em: 09 out. 2019.

MORAES, P. B. *Cidade, comunicação e tecnologia da informação: uma análise de portais governamentais brasileiros*. 2004. Dissertação (Mestrado) — Facom/UFBA, Salvador.

PINHO, J.A.G. Investigando portais de governo eletrônico de estados no Brasil: muita tecnologia, pouca democracia. *Revista de Administração Pública –RAP*, Rio de Janeiro 42(3):471-93, maio/jun. 2008, p.471-493. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n3/a03v42n3.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

PRADO, O. *Governo eletrônico e transparência: a publicização das contas públicas das capitais brasileiras*. 2004. Dissertação (Mestrado) — Eaesp/FGV, São Paulo.

RUEDIGER, M. A. Governo eletrônico e democracia — uma análise preliminar dos impactos e potencialidades na gestão pública. *Organizações & Sociedade*, v. 9, n. 25, set./dez. 2002.

SANTOS, B.S. (org.) *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SILVA, T.D. *Mudança institucional, discurso e instituições: Políticas Públicas de Igualdade Racial no Governo Federal de 2000 a 2014*. Brasília. PPGA/UnB. 243p. (Tese de Doutorado), 2019.

SOARES PEREIRA, P. F. *Os esquecimentos da memória: o tombamento do patrimônio cultural quilombola e a formulação de uma política pública*. Brasília. PPGD/UnB. 350 p. (Tese de Doutorado), 2019.

SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

TATAGIBA, Luciana. *Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, p. 47-103, 2002.

YIN, Robert K. *Estudo de Caso: Planejamento e Métodos*. Bookman editora, 2015.

MIRANDO AO REVÉS AS POLÍTICAS PÚBLICAS: OS DESENVOLVIMENTOS DE UMA ABORDAGEM CRÍTICA E REFLEXIVA PARA O ESTUDO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

MIRADA AO REVÉS APPROACH: DEVELOPMENTS OF A CRITICAL AND REFLECTIVE APPROACH TO THE STUDY OF PUBLIC POLICIES

Rosana de Freitas Boullosa

Doutora em Políticas Públicas pela Università IUAV di Venezia, na Itália, Professora associada do Departamento de Administração da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Bolsista de produtividade DT do CNPq, Editora da Revista NAU Social e Coordenadora nacional na Escola Livre em Gestão Social

SUMÁRIO: Introdução; 1 Por um novo modelo normativo crítico e situado; 2 A dimensão das disputas entre quadros de valor ativos; 3 A dimensão da implicação como reflexividade pública em ação; 4 Do choque entre racionalidades para a compreensividade pública das racionalidades múltiplas; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Neste artigo avança-se na compreensão da abordagem da Mirada ao Revés, compreendendo as políticas públicas como fluxos axiológicos de uma multiatorialidade ativada em experiências públicas que se organizam contextos de governo de problemas considerados de pública relevância ou em contextos de preservação de bens públicos. Estruturado em quatro partes, além desta introdutória, o artigo apresenta em sua segunda parte a estrutura normativa mais geral da proposta, para nas seguintes, desenvolver mais em específico suas três dimensões de entrada, concluindo com algumas reflexões sobre a relação entres tais dimensões e os principais desafios que podem ser encontrados nos planos analítico, metodológico e deontológico de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Mirada ao Revés. Estudos Críticos. Pragmatismo. Reflexividade Pública. Multiatorialidade.

ABSTRACT: This article advances the understanding of Mirada ao Revés approach, understanding public policies as axiological flows of a multi-activity activated in public experiences that organize contexts of government of problems considered of public relevance or in contexts of preservation of public goods. Structured in four parts, in addition to this introductory, the article presents in its second part the more general normative structure of the proposal, in order to further develop its three input dimensions more specifically, concluding with some reflections on the relationship between these dimensions and the main challenges that can be found in the analytical, methodological and deontological research plans.

KEYWORDS: Mirada ao Revés. Estudos Críticos. Pragmatismo. Reflexividade Pública. Multiatorialidade.

INTRODUÇÃO

Políticas públicas emerge com objeto de um campo de estudos razoavelmente novo, pois pretensamente dissociado da ciência política, em meados do século passado, a partir das obras pioneiras de Harold Lasswell. Em *The Policy Sciences*, organizado com Daniel Lerner (1951), Lasswell assina o primeiro capítulo no qual apresenta a sua *Policy Orientation*, ou seja, sua abordagem de políticas públicas, em torno da qual advogava já a existência de um novo campo de estudos (LASSWELL, 1951). Em linhas gerais, a abordagem de Lasswell, ainda que tenha mudado um pouco de configuração ao longo das décadas seguintes, apresentava-se desde o começo como uma ciência social aplicada à democracia, de filiação declaradamente pragmática, de natureza normativo-prescritiva, voltada para a resolução racional-instrumental de problemas públicos, de composição multidisciplinar e amparada pelo conhecimento especializado (LASSWELL, 1951; 1968; 1970; 1971).

As reações à sua proposta podem ser resumidas em três macro direções: uma ampla maioria que concordou com suas ideias, assumindo-as inclusive em suas práticas profissionais e acadêmicas; uma certa minoria que, não obstante concordassem com as premissas mais gerais do seu modelo, defendiam que a racionalidade linear-sequencia proposta não seria possível de modelar a ação em políticas públicas, sendo mais adequado outros modelos de racionalidade como seria o caso do incremental; além de uma minoria muito menos expressiva que discordava tanto da possibilidade de construção de um novo campo de estudos a partir de uma única abordagem, quanto do modelo de racionalidade proposto, o qual seria, para este pequeno grupo, um modelo pouco democrático e com baixa sensibilidade para as diferentes composições sociais que caracterizava, por exemplo, a sociedade estadunidense de então.

Estas três reações se desenvolveram e as duas primeiras acabaram se aproximando cada vez mais para constituírem o que hoje chamamos de *mainstream* no campo de estudos em políticas públicas, de tradição positivista e ancorado nas noções de racionalidade instrumental, de conhecimento especializado, de resolução analítica dos problemas públicos e na teoria explicativa do ciclo de políticas públicas. Contudo, neste artigo, nos interessa aquela terceira parte, a menor das menores, e seus desenvolvimentos, que culminaram no que hoje chamamos de estudos críticos em políticas públicas, de tradição pós-positivista, que admite a coexistência democrática de múltiplas racionalidades no contexto das políticas públicas, representando hoje provavelmente os esforços mais consistentes e difundidos de *contra-mainstream*, quando observado tanto

sob a lente das revistas especializadas, quanto das sociedades de fomento à produção científica, não obstante sua pouca difusão, ainda, no contexto brasileiro.

Os estudos críticos em políticas públicas reúnem hoje diferentes abordagens, as quais, não obstante defendam suas diferenças, compartilham de, pelo menos, três complementares assunções: de um lado, constroem-se sobre um crítica consistente ao cientificismo positivista, à neutralidade normativa, bem como ao modelo elitista de democracia liberal-tecnocrática; de outro, adotam a linguagem e as práticas comunicativas como materiais centrais de pesquisa; e, por fim, oportunizam múltiplos caminhos de análise, que se afastam da lógica formal aprisionante e se aproximam de lógicas informais da razão prática, ou do que Fischer (2016) chamou de raciocínio-no-contexto. Dentre estas abordagens, destacamos a argumentativa, a interpretativista, a narrativa e a mirada ao revés, à qual alinha-se este trabalho.

A *Mirada ao Revés* (BOULLOSA, 2013), uma abordagem brasileira em estudos críticos em políticas públicas, caracteriza-se por compreender as políticas públicas como fluxos de instrumentos, práticas e argumentos ativados por uma multiatorialidade interessada tanto na definição de problemas públicos, e de suas alternativas de solução, quanto na preservação de bens públicos. Instrumentos, práticas e argumentos são, portanto, materiais de ação de um conjunto impreciso de atores que entram e saem conformando tais fluxos, que modelam e são modelos por quadros de valores que lhes subjazem. Essa imprecisão explica-se pela natureza de difícil governo, imprevisibilidade e impossibilidade de orquestração dos atores. Em outras palavras, trata-se de uma multiatorialidade em contínua transformação, que não pode ser definida a priori e que é sempre situada no tempo e no espaço, porque se constrói no próprio fluxo, como êxito de diferentes práticas de uso, ativadas por diferentes grupos, os quais, ao consolidar suas gramáticas, vão se tornando público em tais e de tais fluxos - em um processo que Dewey (1927) chamou de publicização (construção de público).

Compreender as políticas públicas como fluxos multiatoriais situados significa ainda abrir uma importante discussão para o lócus de produção e reprodução de conhecimento em políticas públicas, dentro de um contexto político mais amplo de superação da relação de subalternidade com os centros clássicos de produção de conhecimento. Neste sentido, a *Mirada ao Revés* também propõe uma nova mirada, desta vez ao contrário, sobre a relação centro-periferia na produção e difusão do conhecimento, defendendo um olhar posicionado para compreender melhor as múltiplas temporalidades e espacialidades com as quais convivemos, com implicações evidentes em

nossas estruturas tecnológicas, sociais e de saber. Isto nos leva, com algum esforço, a repensar a nossa produção de conhecimento em teoria de políticas públicas como para além da pesquisa aplicada, aproximando-se de uma noção de pesquisa implicada, que é exatamente aquela pesquisa implicada na transformação social a partir da própria sociedade, explorando um caminho sociocêntrico para o estudo das políticas públicas. A implicação na pesquisa relaciona-se à reflexividade na produção conhecimento. É a reflexividade que traz uma nova posicionalidade valorativa para que deixemos de falar em pesquisa aplicada e passemos a falar em pesquisa implicada, funcionando ainda como o motor da experiência que se desenrola em contextos públicos de ação em políticas públicas.

Neste artigo, portanto, avança-se na compreensão da *Mirada ao Revés*, compreendendo as políticas públicas como fluxo axiológico de uma multiatorialidade ativada em experiências públicas/contextos de governo de problemas considerados de pública relevância ou em contextos de preservação de bens públicos. Organizado em quatro partes, além desta introdutória, o artigo apresenta em sua segunda parte a estrutura normativa mais geral de sua proposta, para nas seguintes, desenvolver mais em específico suas três dimensões de entrada, concluindo com algumas reflexões sobre a relação entre tais dimensões e os principais desafios que podem ser encontrados nos planos analítico, metodológico e deontológico de pesquisa.

POR UM NOVO MODELO NORMATIVO CRÍTICO E SITUADO

Os processos contemporâneos de políticas públicas, caracterizado pela complexidade crescente em diferentes níveis, bem como pela incerteza, apontam cada vez mais para a falência de um modelo positivista de intervenção social baseada na racionalidade instrumental aplicada ao tratamento isolado dos chamados problemas públicos (TRIBE, 1972; FISCHER, 2016). Esta falência de alguma forma relaciona-se a um projeto de modernização racional da sociedade defendido arduamente pelo desenvolvimento da filosofia analítica estadunidense a partir de meados dos anos 50, acabando por influenciar os desenvolvimentos do campo de estudos em políticas públicas para muito além do que o próprio Harold Lasswell havia imaginado (LASCOUMES; LE GALES, 2007; BOULLOSA, 2019).

Ainda que este projeto inspire grande parte do mainstream dentro do campo de estudos em políticas públicas, seus limites empiricistas acabam por demandar uma redução cognitiva forte para que seus analistas possam isolar analiticamente as partes dos problemas que desejam tratar. A força

projetual é tamanha que frequentemente parte dos seus problemas de implementação acabam por ser atribuídos prematuramente às idiossincrasias do contexto de implementação, reforçando o fetiche pelo processo racional linear de projeção de soluções para problemas públicos, bem como a supremacia do conhecimento especializado, insistindo na separação infértil entre política e políticas públicas (CALLAHAN, JENNINGS, 1983; FORESTER, 1987; FISCHER E FORESTER, 1987; STONE, 1988; HAWKESWORTH, 1988; MAJONE, 1989; FISCHER, 2007; DRYZEK, 1989; ZITTOUN, 2014; BOULLOSA, 2014; FARRELY, 2015; FISCHER 2016; QUIJANO, 2017; TORGERSO, 2018).

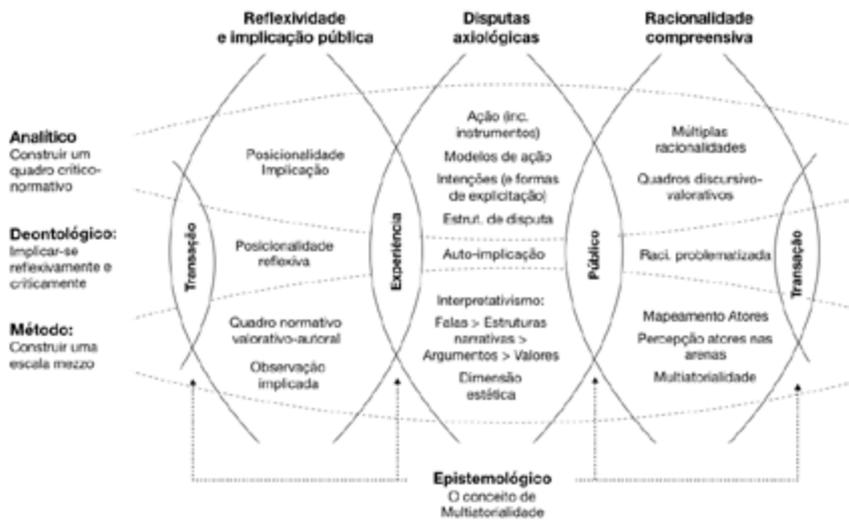
Os problemas públicos contemporâneos, agravados em tempos de crise, exige novas formas de olhar e novos modelos normativos que deem conta de suas complexidades e incertezas, tanto em termos direitos e de valores, quanto em termos de um projeto de sociedade que valide e seja validado pelos tais modelos. Compreender os processos de disputa em curso requer também a problematização de um quadro valorativo que não se apoie em uma neutralidade na relação entre o fazer ciência e o fazer política. A política diz respeito à disputa entre quadros de valor ativos em uma sociedade e o conhecimento que é produzido está sempre situado em tais quadros. É este o processo democrático e democratizador da vida em sociedade que vem estruturando o modelo crítico e situado da *Mirada ao Revés* para o estudo das políticas públicas.

Subjazem a este modelo, as noções de racionalidade discursiva (como a desejada), valores (como o meta-objeto de tais estudos), argumentos (como objeto), práticas (como contexto mais local), reflexividade (como motor da aprendizagem desejada e postura deontológica), bem como a própria noção de democracia (como finalidade de implicação em processos de políticas públicas) (BOULLOSA, 2013). Estas noções que se ativam em diferentes modos nos estudos críticos em políticas públicas, possuem interfaces importantes e necessárias com a abordagem da *Mirada ao Revés*, para a qual as políticas públicas (policies) são assumidas como um construto analítico que reconstrói significativamente e de modo implicado um fluxo resultante de ações e intenções de uma multiatorialidade ativada por e no interesse público, em contextos historicizados de governo de problemas considerados de pública relevância ou em contextos historicizados de preservação de bens públicos, compreendidos a partir da noção de experiência pública (BOULLOSA, 2013).

O atual momento de desenvolvimento da *Mirada* pode ser sintetizado abaixo (fig. 1), a partir da exploração de três diferentes dimensões de análise, cujas interfaces se dão pelos conceitos de transação, experiência e público, e que se estruturam em torno de planos de pesquisa (analítico,

deontológico e metodológico). Os conceitos estruturantes do modelo analítico em questão delimitam seu plano epistemológico e constroem um conjunto de mínimo de articulação teórica para a ancoragem de uma visão sociocêntrica dos processos de políticas públicas, da qual emerge a noção de multiatorialidade, como uma nova teoria da articulação entre atores, a qual, por sua vez, também se atoriza em tais processos, modelando-os e sendo por eles modelados.

FIGURA 1: DIMENSÕES, CONCEITOS ESTRUTURANTES E PLANOS DE PESQUISA DA MIRADA AO REVÉS



Fonte: Elaboração própria, 2019

A transação é o motor e ao mesmo tempo o êxito da interrelação entre os atores. Os atores projetam suas ações em contextos de interação, mas, quando esta interação alcança um nível de reorganização própria e não orquestrada, ela supera o sufixo inter- e aproxima-se do sufixo trans- (DEWEY, 1927). A transação deweyana é aquele cujo fruto é resultado de uma construção na qual as partes envolvidas concertam um caminho alternativo às suas prévias projeções, construindo conhecimento a partir da percepção compartilhada de alguma lacuna ou dúvida comum. Este processo de transação seria uma forma excepcional de experiência na qual os sujeitos envolvidos estariam longe do sujeito solitário filosoficamente pensado por Pierce (1890), mas, seguindo Dewey, muito perto de um

sujeito em relação constante com outros sujeitos. Neste sentido, a transação entre atores (sujeitos que assumem a ação da representação prévia) torna tais atores novamente sujeitos de e a um processo não orquestrado de produção de conhecimento situado, que se valida na própria transação, mesmo que efemeramente.

E esta transação acontece mais facilmente em cursos de ação (DEWEY, 1927; 2005; MEAD, 1932; 1938; WEICK, 1995; ARGYRIS; SCHON, 1996; QUÉRÉ; 2003; QUÉRÉ; TERZI, 2015). É o movimento transacional que produz conhecimento novo. Um conhecimento que se dá na experiência, pois ele mesmo é, de certa forma, a experiência em si. A experiência pode ser compreendida, portanto, como a transação situada e com posicionalidade própria, diferente das previamente projetadas pelos atores implicados em situações ou em fluxos de políticas públicas. Estas experiências conformam as arenas públicas, compreendidas como espaços socioinstitucionais no qual os atores interagem em processos de políticas públicas, modeladas por eles, mas também modelando-os. Por ser situada, a própria arena pode ser vista como uma experiência das muitas experiências que lá emergem, aproximando-a do conceito de experiência pública (QUÉRÉ, 2003), ou, mais ainda, ao conceito de meta-experiência pública.

Os processos de transação, ademais, acontecem entre atores envolvidos em experiências públicas que conformam público daquele mesmo processo ativado. Para retomar a base epistemológica do público, recorre-se à Dewey novamente. Para ele, público é conjunto de sujeitos ativados em processos de investigação conjunta (ênquete, em francês; inquiry, em inglês) para solucionar problemas que são considerados como de pública relevância (DEWEY, 1927). Sua formação, que recebe o nome de publicização, acontece, portanto, em paralelo ao próprio processo de problematização, em uma dinâmica de retroalimentação e co-dependência (CEFAI, 2015). Mas o público como processo (DEWEY, 1927), como êxito (CROSTA, 2009) ou mesmo como experiência (QUÉRÉ, 2003) ainda não parecia suficiente para a problematizar a noção de público nas dimensões das diversidades da sua composição, tampouco nas dinâmicas ativadas por tais diversidades. No primeiro caso, a diversidade se traduz tanto na multiplicidade e variedade de presenças que o conforma, bem como nas diferentes formas e intensidades de engajamento de tais presenças, as quais, como suas gramáticas de ação, disputam quadros valorativos em relação aos problemas públicos ou bens públicos pelos quais são ativados. Complexidade, incerteza e posicionalidade integram as dinâmicas ativadas pela diversidade, resultando em um processo de atorização própria, que recebe o nome de multiatorialidade.

A multiatorialidade é, assim, um constructo interpretativo sociocêntrico que busca superar a dimensão estadocêntrica do ator individual como *locus* único da ação em políticas públicas, bem como definidora da própria qualidade da ação (a política é pública porque o ator o é). Neste sentido, considera a importante passagem para a reificação do conceito de ator como um ator em contexto, o qual, entretanto, ainda é considerado como *locus* primordial da ação em políticas públicas, para então chegar a reificação do ator como um ator em interação contextual. Com esta última passagem, emerge um caminho consistente para abordagens que se debruçam sobre a articulação entre atores e não sobre os atores em si. A multiatorialidade percorre este caminho, mas atribuindo também a natureza de ator a tal articulação. Em outras palavras, por meio da multiatorialidade, a mirada ao revés atoriza a articulação entre atores.

2 A DIMENSÃO DAS DISPUTAS ENTRE QUADROS DE VALOR ATIVOS

A virada linguística, expressão popularizada por Richard Rorty (1967), trouxe uma grande novidade para o campo de estudos em políticas públicas: a possibilidade de compreender as políticas públicas de um ponto de vista do significado. Ao campo, esta contribuição chegou pelas mãos pioneiras de autores como Charles Taylor (1971), Richard Berenstein (1971) e Frank Fischer (1980), sob a influência dos trabalhos do principal autor da segunda geração da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas, o qual, por sua vez, inspirava-se e trazia para tal escola a virada linguística na filosofia de Ludwig Wittgenstein (1968 [1921]). Este movimento complexo de migração entre campos interdisciplinares apoiou-se na ideia de que as relações sociais podiam ser compreendidos como textos, ou análogos de textos, aos quais subjazeriam relações de poder e outras modelagens sociais, abrindo espaço para que Habermas propusesse a racionalidade comunicativa como a mais própria para explicar os processos de tomada de decisão no âmbito da esfera pública, sobretudo quando normativamente projetada (HABERMAS, 1986).

No campo de estudos em questão, o interpretativismo foi inicialmente proposto por Bruce Jennings como uma primeira abordagem capaz de responder analiticamente à compreensão das políticas públicas a partir da chave linguística, passando a considerar que seus principais materiais não seriam mais as ações dos governo, mas, sim, os textos contidos em tais ações (In: CALLAHAN, JENNINGS, 1983). Esta nova perspectiva rapidamente abriu espaço para trabalhos sucessivos e muito importantes para os estudos críticos em políticas públicas, tais como os de John Forester

(1987), Frank Fischer e John Forester (1987), Deborah Stone (1988), Mary Hawkesworth (1988), Giandomenico Majone (1989), dentre outros, que passaram a explorar quais seriam, efetivamente, os materiais principais contidos nos fluxos de políticas públicas.

Forester defende que os textos devem ser problematizados como estruturas visíveis de significados sociais cuja construção se daria no plano dos próprios discursos e de suas ações (FORESTER, 1987), apostando na desnaturalização dos processos de construção de conhecimento. Com Fischer, esta discussão começa a ampliar-se ao trazer à tona, desta vez, nas estruturas invisíveis contidas em tais estruturas: os valores. Seriam os valores que estariam por trás dos textos, reorientando, assim, o que poderia ser chamado de principal material de pesquisa em políticas públicas. Stone (1988) e Majone (1999), por sua vez, consideram que entre os textos e os valores, encontram-se os argumentos. Os argumentos seriam, portanto os conteúdos primazes dos textos, o que passa a implicar que o sujeito que identifica os argumentos em meio às estruturas visíveis dos textos, interpreta tais narrativas de acordo com seu próprio quadro de valores, assumindo uma necessária postura reflexiva para o analista de políticas públicas. Não obstante ambos assumirem a dimensão argumentativa das políticas públicas, se diferenciam pela ênfase proposta: se para Stone (1988) os argumentos evidenciam a não neutralidade dos processos de políticas públicas que passam a ser vistos como disputa política por ideias e valores; para Majone (1999) estes evidenciariam a necessidade de uma nova forma de governo a qual ele chama de “sistema de governo por discussão” (MAJONE, 1999, p.3)

Há, portanto, uma importante passagem de complexidade e profundidade entre compreender as políticas públicas como textos ou análogos de textos, como narrativas, como argumentos e, finalmente, como valores. A *Mirada ao Revés* assume este quadro interpretativo a múltiplas entradas, propondo ainda a integração de uma ulterior: o enquadramento dos valores em situações de ação pública, a partir da noção de quadro de valorativos, pois, reforçando a interdependência entre estes, mas também lembrando que tratam-se, ao final das contas, de quadros de valores ativos. Fazendo o caminho inverso, são, portanto, estes valores ativos, sempre implícitos, parciais e incertos, que subjazem os valores explicitados, os argumentos, as narrativas e os textos produzidos e modelados em diferentes fluxos de políticas públicas. Além disto, problematiza o papel e a posicionalidade do analista de políticas públicas, o qual, a cada passagem de nível neste frame múltiplo, expõe-se mais em termos de interpretação, já que seus próprios quadros de valores passam a ser analiticamente solicitados. Um caminho possível de saída, para a *Mirada ao Revés*, consiste na exploração da dimensão reflexiva do analista.

3 A DIMENSÃO DA IMPLICAÇÃO COMO REFLEXIVIDADE PÚBLICA EM AÇÃO

O sujeito em ação em processos de políticas públicas pode desenvolver uma postura de reflexividade, compreendendo-a como a capacidade de refletir no curso da ação, com reverberações sobre o próprio curso. A reflexividade constitui-se como uma das bases teóricas dos estudos críticos em políticas públicas, chegando a propor a discursividade reflexiva como mais um caminho possível para a análise de políticas públicas (FISCHER, GOTTSWEIS, 2012). Esta reflexividade, quando acontece, pode levar o sujeito em ação para uma situação mais ampla de relação com o fluxo de políticas públicas no qual encontra-se envolvido, para então, eventualmente, dar-se conta que os significados contidos nos textos, narrativas, argumentos e quadros de valor ativos, assumem uma função de material singular na produção de conhecimento.

Ao ver o fluxo de políticas públicas como um fluxo de produção de conhecimento, o sujeito em ação pode problematizar o seu próprio processo de produção de conhecimento como um processo *in progress* de produção de conhecimento aplicado. Contudo, esta produção de conhecimento se dá em um processo coletivo. Ninguém produz conhecimento sozinho, como tantas vezes problematizou John Dewey, a partir do conceito de público. A produção de conhecimento é um processo de investigação situada e, de certa forma, aplicada. Interroga-se em função da percepção de uma necessidade de interrogação e, sempre, no âmbito do que o próprio Dewey chamou de uma comunidade de interrogadores ou de investigadores (dinâmica mais tarde finamente desenvolvida por Karl Weick, no âmbito organizacional; e por Joseph Gusfield, no público).

Quando este processo de produção de conhecimento, porém, é visto pelas lentes da multiatorialidade, reflexivamente, a aplicação torna-se implicação. O sujeito passa a ser como um sujeito implicado em um processo de conhecimento coletivo, não orquestrado, de uma multiatorialidade da qual ele faz parte, mas que, ao formar-se atorizou-se ao ponto de também ser ca paz de desenvolver, ela mesma, um reflexividade. E, desta vez, é melhor falar em uma espécie de reflexividade pública que se na e pela ação de uma multiatorialidade que, mais do que engajada, está implicada em um processo de transformação social. A mudança em processos ou fluxos de políticas públicas, sobretudo quando democrática, implica na reorganização das experiências individuais e de diferentes coletividades por meio das dinâmicas construídas pela própria multiatorialidade, cujo motor de significação e posicionalidade é, de certa forma, a percepção deste outro generalizado, em referência direta à George Mead, mas, para a Mirada ao Revés, mais amplamente ou sobretudo, coletivo.

4 DO CHOQUE ENTRE RACIONALIDADES PARA A COMPREENSIVIDADE PÚBLICA DAS RACIONALIDADES MÚLTIPLAS

De alguma maneira, o campo de estudos em políticas públicas nasce de um projeto de racionalidade de matriz linear sequencial para o tratamento e resolução dos problemas de pública relevância (LASCOUME; LE GALÉS, 2009; BOULLOSA, 2013). Sua primeira abordagem, a policy orientation proposta por Harold Lasswell (1951), apresentou-se como inspirada no pragmatismo de John Dewey (LASSWELL, 1970; 1971), pautada pela racionalidade instrumental (idem, 1960; 1970; 1971), voltada à resolução analítica de problemas considerados de pública relevância (idem, 1951; 1960; 1970), multimetodológica (idem, 1951; 1960; 1971) e alicerçada no saber especializado (idem, 1951; 1960; 1968). Em termos de racionalidade, apostava-se em uma ciência neutra e baseada em evidências empíricas, de natureza linear-sequencial, como o melhor caminho para a garantia da democracia (Idem, 1950; 1951; 1960; 1970; 1971). Mas, o mais importante era observar que, a este projeto de racionalidade, subjazia um projeto muito mais amplo de racionalidade positivista para a organização social (TRIBE, 1972; STONE, 1998; MAJONE, 1999; FISCHER, 2016) e suas intervenções.

Dentro do campo de estudos em políticas públicas, o projeto racional positivista para a sociedade teve seu auge nos anos 50 e 60 com o crescimento da filosofia analítica nos Estados Unidos. A crítica, porém, a este excesso de racionalidade linear-quase-sinótica já chegou quase que de imediato, inicialmente por dentro do próprio campo, por meio da defesa de uma racionalidade incremental (DAHL e LINDBLOM, 1953; LINDBLOM, 1965; WILDAVSKY, 1979); mas também por fora do campo, pela modelização da racionalidade comunicativa de Jurgen Habermas. Este outro modelo de racionalidade, de inspiração na virada linguística, mas também no pragmatismo de Dewey e Mead, abriu caminho para modelos sucessivos de racionalidade argumentativa e de racionalidade discursiva já dentro do âmbito dos estudos críticos em políticas públicas. Outros modelos de racionalidade foram sendo, aos poucos, incorporados às estruturas de análise do campo, como foram os casos, ainda que muito menos difusos, da racionalidade no contexto e da racionalidade prática. Este também é o caso de um ainda menos conhecido modelo de racionalidade afetiva.

Contudo, os diferentes modelos de racionalidade possuem um aspecto em comum: normativamente, apresentam-se como estruturas de compreensão da ação individual e coletiva em contexto de políticas públicas, defendendo sua adequabilidade projetual em relação ao todo. Assim, se a racionalidade discursiva é constituem-se os óculos cognitivos de turno,

será também esta o modelo de racionalidade considerado como ideal na articulação entre os esforços, as ações e os instrumentos que coexistem em contextos específicos de políticas públicas. Um pouco na contramão desta assunção de caráter normativo-projetual quando se discute modelos de racionalidade, a *Mirada ao Revés* propõe a dimensão analítica de uma racionalidade compreensiva pública que se daria no fluxo de políticas públicas, engendrada pela multiatorialidade, a qual, por sua vez, subjazeria diferentes modelos explicativos de racionalidades possíveis, passíveis, pelo menos parcialmente, de serem reconstruídos a partir de seus quadros de valor ativos, sobretudo quando no curso da experiência situadas e com posicionalidade crítica. Em palavras finais, o modelo de racionalidade compreensiva pública, portanto, apoia-se na ideia de que os fluxos de políticas públicas são e precisam ser democraticamente engendrados pelas diferentes racionalidades que modelam os processos de investigação pública.

5 CONCLUSÃO

A abordagem da *Mirada ao Revés* para o estudo das políticas públicas situação de dentro dos estudos críticos em políticas públicas, mas se singulariza por dois diferentes movimentos: de um lado, busca reforçar reflexivamente o diálogo com a construção do campo de estudos em políticas públicas, por entender que este já possui natureza e fronteiras próprias; por outro, busca reconstruir uma relação falsamente consolidada entre as abordagens mainstream dominantes e o pragmatismo, por compreender que, não obstante uma inegável influência inicial, o mainstream ganhou suas feições que o distinguiu desde os anos 1960, a partir da forte aproximação com a escola da filosofia analítica. Como parte desta busca por reconstrução, encontra-se a aproximação com os trabalhos do pragmatismo clássico, de John Dewey e George Mead, por meio dos conceitos de público, experiência, reflexividade na ação e o outro-generalizado, passando ainda pela leitura francesa deste mesmo pragmatismo, desenvolvida a partir de meados dos anos 90.

Ao interpretar as políticas públicas como fluxos de instrumentos, práticas e argumentos ativados por uma multiatorialidade interessada tanto na definição de problemas públicos, e de suas alternativas de solução, quanto na preservação de bens públicos, a *Mirada ao Revés* defende a implicação reflexiva como caminho para uma revisão de pesquisa nos planos da ontologia, da episteme, do método e da deontologia, provocando, além de algumas rupturas teóricas com a perspectiva estadocêntrica das e nas políticas públicas, uma aproximação forte com o conceito de gestão social. A gestão social, compreendida como a gestão dos problemas sociais pela

própria sociedade (FRANÇA-FILHO; BOULLOSA, 2015) responde em grande parte aos apelos de caráter normativo-projetual inerente aos que assumem as políticas públicas como objeto de estudo. Nesta perspectiva, de ontologia, a gestão social autoriza-se como meio para uma ação implicada nos processos de transformação social, quando desejadamente multiatorial, reforçando mais a sua natureza de processo do que de produto de inovação na produção social do conhecimento (BOULLOSA, SCHOMMER, 2009). Em palavras finais, é ela a dar sentido e significado a situações de ação reflexiva que acontecem em contextos ou fluxos de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

AGYRIS, Chris; SCHON, Donald. *Organizational learning II: theory, method and practice* reading, MA: Addison Wesley, XXIX, 1996.

BERNSTEIN, Richard Jacob. *Praxis and action: contemporary philosophies of human activity*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1971.

BOULLOSA, Rosana de Freitas (Org.). *Dicionário para a formação em gestão social*. Salvador: CIAGS/UFBA, 2014.

_____. *Lasswell and the mirror of time: considering some of the questions raised by Torgerson*. Critical Policy Studies, Londres, v. 13, n. 2, p. 226-229, maio 2019.

_____. *Mirando ao revés as políticas públicas: notas sobre um percurso de pesquisa*. Pensamento & Realidade, São Paulo. v. 28, n.3, p. 68-86, dez. 2013.

_____; SCHOMMER, Paula Chies. Limites da natureza da inovação ou qual o futuro da gestão social? In: *Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração*, 32, 2008, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro: ANPAD, 2008. 1 CD ROM.

CALLAHAN, Daniel; JENNINGS, Bruce. (1983). *Ethics, the social sciences, and policy analysis*. New York, London: Plenum Press, 1983.

CEFAI, Daniel. Públicos, problemas públicos, arenas públicas...: O que nos ensina o pragmatismo (Parte 1). *Novos estud. CEBRAP*, São Paulo, v. 36, n. 1, p. 187-213, mar. 2017. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002017000100187&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 jul. 2019.

DAHL, Robert; LINDBLOM, Charles. *Politics, economics, and welfare: Planning and Politico-Economic Systems Resolved into Basic Social Processes*. New York, Evanston, London, Harper & Row Publishers, 1953.

DEWEY, John. *The public and its problems*. New York, Holt, 1927.

DRYZEK, Jonh. Policy sciences of democracy. *Polity*, v. 22, n. 1, Autumn, 1989, p. 97-118.

FARRELLY, Micheal. *Discourse and democracy: critical analysis of the language of government*. Oxon, Routledge, 2015.

FISCHER, Frank. *Politics, values and public policy: the problem of methodology*. Boulder, Colo., Westview Press, 1980.

_____. *Para além do empirismo: policy inquiry na perspectiva pós-positivista*. Revista NAU Social, v. 7, n. 12, p.163-180, mai.-nov. 2016.

_____; FORESTER, John. *Confronting values in policy analysis: The Politics of Criteria*. Nova Iorque, SAGE Publications, 1987.

_____; GOTTWEIS, Herbert. *The argumentative turn revisited: public policy as communicative practice*. Durham & London, Duke University Press, 2012.

FORESTER, Jonh. (Ed.). *Critical Theory and Public Life*. Cambridge, Massachusetts and London, The MIT Press, 1987.

FRANÇA FILHO, Genauto de Carvalho; BOULLOSA, Rosana de Freitas. Gouvernance démocratique, gestion sociale et para-économie. In: EYNAUD, Philippe (Org.). *La Gouvernance entre diversité et normalisation*. 1. ed. Paris: Dalloz, 2016, v. 1, p. 89-108.

HABERMAS, Jurgen. *The theory of communicative action: the critique of functionalist Reason*, v. 2. Cambridge: Polity Press, 1986.

HAWKESWORTH, Mary. *Policy studies with a feminist frame*. Policy Sciences, Londres, v. 27, n. 2/3, Feminism and Public Policy, p.97-118, Springer, 1994.

LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. *Sociologie de l'Action Publique*. Paris, Armand Collin, 2007.

LASSWELL, Harold. The Policy Orientation, p. 3-15. In: LERNER, Daniel; LASSWELL, Harold. *The Policy Sciences*. Stanfor,; Stanford University Press, 1951.

_____. Technique of decision. Seminars. *Midwest Journal of Political Science*, v. IV, n. 3, p. 213-236, ago. 1960.

_____. Policy sciences. *International Encyclopedia of the Social Sciences*, v. 12, p. 181-189, 1968.

_____. The emerging conception of the policy science. *Policy Sciences*, 1, p. 03-14, 1970,

_____. *A pre-view of Policy Sciences*. Nova Iorque, Elsevier, 1971.

LINDBLOM, Charles. *The intelligence of democracy: decision making through mutual adjustment*. Nova Iorque, Free Press, 1965.

MAJONE, Giandomenico. *Evidence, argument and persuasion in the policy process*. New Haven, Yale University Press, 1989.

MEAD, George H. *The philosophy of the present*. La Salle (Illinois), Open Court, 1932.

_____. *The philosophy of the act*. Chicago, University of Chicago, 1938.

QUÉRÉ, Louis. Le public comme forme et comme modalité de l'expérience », In: CEFAÏ Daniel; PASQUIER Daniel (Org.). *Les Sens du public*. Publics politiques, publics médiatiques, Paris, Presses universitaires de France, p. 113-134, 2003.

QUÉRÉ, Louis; TERZI, Cédric. Pour une sociologie pragmatiste de l'expérience publique. In: *SociologieS [ONLINE]*, *Dossiers, Pragmatisme et sciences sociales: explorations, enquêtes, expérimentations*. Publicado em 23 de fevereiro de 2015.

RORTY, Richard. (Ed.). *The linguistic turn: essays in philosophical method*. Chicago, University of Chicago Press, 1967.

TAYLOR, C. Interpretation and the sciences of man. *The Review of Metaphysics*, v. 25, n. 1, p. 3-51, set. 1971.

TORGERSON, Douglas. *Lasswell in the looking glass: a 'mirror' for critical policy studies*. *Critical Policy Studies*, 1-9, p. 01-09, ago. 2018.

TRIBE, L. H. Policy Science: analysis or ideology? *Philosophy & Public Affairs*, v. 2, n. 1, p. 66-110, out. 1972.

WEICK, Karl. *Sensemaking in organizations*. Sage Publications, California, 1995.

WILDAVSKY, Aaron. *Speaking truth to power. The art and craft of policy analysis*. Boston, Little Brown, 1979.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus (1921)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968.

ZITTOUN, Philippe. *The political process of policymaking: a pragmatic approach to public policy*. Londres, Palgrave Macmillan, 2014.

POLÍTICAS DE ACESSO À INFORMAÇÃO:
CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEXTO
INSTITUCIONAL NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

*ACCESS TO INFORMATION POLICIES: REFLECTIONS
ABOUT THE INSTITUTIONAL CONTEXT IN PUBLIC
ADMINISTRATION*

Murilo Borsio Bataglia

*Doutorando em Direito, Estado e Constituição – PPGD/UnB. Mestre em Direito -
PPGD/UnB. Professor no IPOL/CEAM/UnB, e IESGO-Formosa.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contexto institucional; 2
Transparência e políticas de acesso à informação; 2.1
Transparência e abordagens; 2.2 Acesso à informação;
3 Pedidos de acesso à AGU: breve análise empírica;
Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo trazer um breve panorama sobre políticas de acesso à informação empregadas pela Administração Pública no Brasil. Assim, é importante verificar o contexto institucional que promove influências sobre esse tema, acerca de como foi pautado na agenda, envolvendo convenções internacionais e outros elementos internos. Ademais, busca-se analisar, como um recorte exemplificativo, como têm sido realizados pedidos de acesso, direcionados à AGU. Tem-se a pergunta: qual a realidade da Administração Pública sobre as respostas a tais pedidos? Trata-se, portanto, de uma pesquisa de cunho exploratório-analítico, empírico e que se mune de revisão de literatura e análise de conteúdo dos pedidos de acesso. A partir disso, portanto, são feitas reflexões sobre os dados encontrados e perspectivas sobre esse direito fundamental à informação na realidade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Contexto Institucional. Transparência Passiva. Acesso à Informação. Pedidos de Acesso. AGU.

ABSTRACT: This article aims to provide a brief overview of access to information policies employed by the Public Administration in Brazil. Thus, it is important to verify the institutional context that promotes influences on this theme, how it was based on the agenda, and study the involvement of international conventions and other internal elements. In addition, we seek to analyze, as an example, how access requests have been made, directed to the AGU. The question is: what is the reality of the Public Administration regarding the answers to such requests? It is, therefore, an empirical and exploratory-analytical research, that is equipped with literature review and content analysis of access requests. From this, therefore, reflections are made on the data found and perspectives on this fundamental right to information in the Brazilian reality.

KEYWORDS: Institutional Context. Passive Transparency. Access to Information. Requests for the Access to Information. AGU.

INTRODUÇÃO

Transparência e acesso à informação são categorias que a literatura aponta como essenciais em um regime democrático associada a um Estado de Direito. Tendo esse pressuposto, e evidenciando-se a realidade brasileira, pretende-se neste artigo responder as seguintes questões: quais são e como são usadas as políticas de acesso à informação na Administração Pública? Qual o contexto de sua elaboração e como tem acontecido o feedback governamental frente a pedidos de acesso?

Para isso, tem-se o objetivo de explicar acerca do contexto institucional em que tais políticas de acesso, vistas neste trabalho como um direito fundamental, foram elaboradas.

Para isso, inicialmente, busca-se elucidar o conceito de contexto institucional como ferramenta metodológica. Em seguida, faz-se uma abordagem conceitual acerca da transparência e do direito de acesso, explicitando as formas com que a literatura trata do assunto. Por sua vez, incorporam-se a esta abordagem os elementos como a influência do contexto internacional e do contexto interno brasileiro para a adoção desses princípios democráticos, tendo por referência a Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n. 12.527/2011). Ao final, parte-se para uma análise empírica de pedidos de acesso que possam retratar também o exercício do direito de acesso à informação.

No que tange a esta análise empírica, por meio da coleta de dados no banco de pedidos de acesso à informação disponibilizado pela CGU, fez-se recorte metodológico de pedidos direcionados para a AGU, nos meses de janeiro a março de 2017, para se ter uma breve amostragem para análise. Por fim, apontam-se temas de agenda de pesquisa acerca do tema e as atuais e problemáticas sobre o acesso à informação a ser consideradas pelas instituições.

1 CONTEXTO INSTITUCIONAL

Nesta seção tem-se o intuito de apresentar a ferramenta metodológica intitulada análise de contexto institucional. Assim, ao tratar de algum direito, política ou instituição, é importante levar em consideração elementos que influenciam a sua elaboração e posteriormente a sua própria execução ou funcionamento.

Trabalhos realizados por Farranha & Bataglia (2019) apontam a necessidade de tal dimensão ser levada em consideração, pois pode explicar alguns procedimentos adotados. Desse modo, em termos conceituais, tem-se que contexto institucional compreende regras (formais ou informais)

que influenciam o comportamento de organizações, instituições e pessoas, envolvendo o modo de interpretação e de aplicação destas mesmas regras. (CALMON; COSTA, 2013).

Corroborando com essa definição, e dentro dessa temática, Lejano (2012) trata do texto e do contexto. Texto compreenderia a política ou a instituição em si, podendo ser algo literal (texto de lei, por exemplo). O contexto abrangeria os demais elementos que estariam ao redor desse texto: aspectos socioculturais, políticos, econômicos, orçamentários, dentre outros. O movimento texto-contexto, por sua vez, pode ser bidirecional: um influenciando o outro. (LEJANO, 2012).

Deve-se ter claro que essa abordagem de contexto institucional envolve uma interdisciplinaridade que vai além do olhar de uma única área. Legislações, disputas políticas, atores e suas influências, procedimentos, relações, orçamentos, recursos humanos, capacidade técnica, comunidade social, enfim, todos esses elementos compreendem a chamada ecologia institucional. (BATAGLIA; FARRANHA, 2019, p.5).

Traduzindo essa ferramenta para o tema do direito de acesso à informação, pode-se considerar a LAI como o texto, e os seguintes elementos que contribuíram para sua elaboração e posteriormente sua implementação, como contextos: convenções anticorrupção (OEA em 1996, ONU 2003 que traziam a temática da transparência, canais de pedidos de acesso à informação e de participação como formas de prevenção da corrupção); convenções de direitos humanos (ONU – Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; OEA – Pacto de São José da Costa Rica); legislação de outros países (Suécia, EUA, México, Chile), criação da Controladoria-Geral da União (CGU) – que, por meio de seu Conselho para Transparência Prevenção e Combate à Corrupção (CTPCC); recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso da Guerrilha do Araguaia); OGP (Open Government Partnership – Parceria para o governo aberto).

Assim, compreender o contexto e sua relação com o texto permite identificar interpretações, tomadas de decisão e procedimentos advindos da lei e das relações entre os órgãos ou instituições responsáveis pela aplicação normativa.

2 TRANSPARÊNCIA E POLÍTICAS DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Nesta parte, por sua vez, adentra-se na temática da transparência e em sua relação com o acesso à informação. Primeiramente define-se o que se entende por transparência e mencionam-se suas formas de abordagem,

esclarecidas por Cunha Filho (2018). Em seguida, conceitua-se o acesso à informação, vinculando-o a direitos e políticas, segundo a realidade brasileira, retomando os elementos contextuais que influenciaram nessa perspectiva.

2.1 TRANSPARÊNCIA E ABORDAGENS

Entende-se por transparência o princípio democrático relacionado à publicidade, e que permite o controle cognitivo externo, pelos cidadãos e outras instituições, sobre um ato, ou ato resultante deste (GOMES, et al, 2015, p. 07). Tal compromisso vincula-se a uma marca distintiva de qualidade democrática, à abertura do Estado, perpassando por áreas como a valorização do jornalismo e atividades que produzem informação sobre governos, sistemas políticos e financeiros, além do próprio mercado (capitalismo financeiro direcionando investimentos para países mais transparentes). (GOMES, et al, 2015).

Com isso, transparência pública diz respeito à divulgação de dados ou informações sob a posse do governo. “Exige[-se] uma adequada e satisfatória apreensão dos dados dispostos na esfera pública estatal por indivíduos alheios ao processo de decisão pública, de modo a estimular a integração de atores participativos.” (FARRANHA et al, 2019, p.04).

Tal transparência pública pode ser dividida em transparência ativa, caracterizando a divulgação proativa de informações ao cidadão, ou passiva, definida como aquela divulgada mediante solicitação (como é o caso de pedidos de acesso, que será objeto de análise em seção específica).

Quando a transparência é combinada com mecanismos tecnológicos, as chamadas tecnologias de informação e comunicação (TICs), expõe-se a transparência digital (ou e-transparência) e esta vem ganhando mais espaço diante da utilização mais crescente da internet.

Em termo de abordagens, por sua vez, Cunha Filho (2018) apresenta três: a transparência a) normativa, b) conceitual e c) empírica.

A abordagem normativa envolve os estudos que apontam a transparência como uma solução para os problemas democráticos e como forma preventiva da ocorrência da corrupção. Perpassa, portanto, pela accountability, direito constitucional de acesso à informação, e em legislações nacionais e convenções internacionais. Envolve o constrangimento de agentes públicos para prática de atos corretos. (FARRANHA et al, 2019).

A vertente conceitualista, por conseguinte, adota critérios que identificam os níveis de transparência (a partir do tipo de informação e clareza) e efeitos gerados, também em contraponto com o conceito de “segredo”. (FARRANHA et al, 2019).

No que se refere à abordagem empírica, por sua vez, apresentam-se estudos de caso acerca da efetividade de mecanismos de transparência, realizando-se reflexões sobre os fatores envolvidos, o engajamento participativo, e cultura política da região em que foi feita a análise. (FARRANHA et al, 2019).

Este trabalho envolve aspectos dessas abordagens, sendo claro o posicionamento de que a transparência é uma ferramenta para o regime democrático, relacionada a enfrentamento da corrupção, mas também para exercício de direito de liberdade informacional (conforme se discorrerá no próximo item). Além do mais, adota-se a perspectiva empírica ao estudar o conteúdo de pedidos de acesso, procurando trazer um retrato e reflexões da realidade sobre o exercício desse mecanismo (especificamente o de transparência passiva).

O quadro a seguir (FARRANHA et al, 2019, p.09) retrata essas abordagens.

Quadro 1- Resumo das perspectivas de estudos de Transparência.

Perspectiva	Principais características
Normativa	Volta-se à estruturação da cadeia linear Transparência – Participação – Accountability, na qual as políticas de acesso à informação munem os cidadãos de informações essenciais e suficientes para que estes participem nos processos de tomada de decisão e, ao mesmo, exerçam fiscalização corretiva sobre os representantes políticos eleitos. Volta-se, deste modo, à reafirmação do fundamento democrático de poder e à corrente da democracia deliberativa.
Conceitual	Preocupa-se com a precisão conceitual de termos centrais ao debate sobre acesso à informação. Ante a exacerbação da função instrumental da transparência trazida pela corrente normativa, os conceitualistas visam precisar definições categóricas de modo a compreender as múltiplas nuances do fenômeno estudado, negando possíveis concepções duais e antagônicas entre transparência e segredo.
Empírica	Os empiristas voltam-se à análise da eficácia e da efetividade de políticas e leis de acesso à informação, dedicando especial atenção à multiplicidade de fatores externos que influenciam nos níveis de transparência pública e participação identificados em cada caso.

Fonte: CUNHA, 2018. Elaboração própria.

Por fim, cita-se o conceito de transparência “opaca” (FOX, 2007), que muito envolve as análises que apontam que se trata de mera disponibilização de informações, ou de informações não relevantes para compreensão do funcionamento de instituições. Não há uma inteligibilidade ou um embasamento que permita atitudes participativas. Com isso, permite-se

verificar se as respostas dos pedidos de acesso possuem tal caráter opaco ou de fato procuram uma postura elucidativa das informações.

2.2 ACESSO À INFORMAÇÃO

Neste item, em uma postura conceitual-analítica, busca-se explicar sobre o direito de acesso à informação e verificar como o Estado Brasileiro (pelo Poder Executivo Federal), construiu políticas para sua execução.

Para tanto, primeiro esclarecimento é considerar que o acesso à informação consiste na tradução da transparência passiva, explanada no item anterior, e que se revela por meio de pedidos de acesso à informação a entes estatais.

Esse acesso à informação é considerado com um direito fundamental uma vez que se encontra previsto em convenções de direitos humanos, vinculando-se também ao direito de liberdade de expressão. Ademais, está presente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXIII. Desse modo, tem-se que

O direito de acesso à informação em posse das autoridades públicas constitui um direito humano fundamental que deve ser efetivado em nível nacional através de legislação abrangente (leis de liberdade de informação, por exemplo) baseada no princípio da máxima divulgação, estabelecendo a presunção de que toda informação é acessível e está sujeita somente a um sistema estrito de exceções” (MENDEL, 2010, p.09-10).

Acerca das convenções, constata-se que o direito de acesso é assim visto como um direito antes mesmo de se vincular a uma perspectiva de enfrentamento ou prevenção de atos corruptos. Assim, percebe-se pelos seguintes tratados:

Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) - ONU: art. 19 – “Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras”;

Pacto de São José da Costa Rica (1969) - OEA: art. 13 – “1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente

ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”;

Pacto Interamericano de Direitos Cíveis e Políticos (1966) – ONU;

Princípios de Liberdade de Expressão (2000) – OEA.

Além destes, aqueles vinculados ao enfrentamento da corrupção também ganharam grande repercussão por meio do discurso que associa transparência à sua prevenção:

Convenção Interamericana contra Corrupção (1996) – OEA: art. III.

Convenção contra Corrupção (2003) – ONU: art. 10.

O Brasil, que aderiu a tais convenções, também inseriu em seu ordenamento essa perspectiva. Como mencionado, há essa vinculação na própria CF88 (art. 5º, XXXIII), que, posteriormente foi regulamentado pela Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI). Para essa regulamentação, por sua vez, foram realizadas diferentes ações seja na vinculação com um direito fundamental, seja, em especial, relacionado a mecanismos de prevenção da corrupção. Neste último caso, por exemplo, cita-se a criação da CGU (2002-2003) como agência anticorrupção, responsável por ações de corregedoria, ouvidoria, controle interno, e promoção da transparência; a formação da parceria para o governo aberto (OGP) presidida pelo Brasil junto com os EUA, para compartilhar experiências e métodos de participação, transparência, enfrentamento da corrupção e uso de tecnologias para estas finalidades. Todos esses elementos influenciaram a elaboração da LAI, e, portanto, estavam inseridos na agenda governamental de até então. (BATAGLIA, 2019).

Ao retomarmos o objetivo do trabalho, qual seja, verificar as políticas de acesso à informação, expõe-se que por políticas entende-se o conjunto de programas, leis, instituições e campanhas voltadas para determinada temática. No presente caso, para o acesso à informação, portanto, há:

a própria LAI como lei (e o Decreto regulamentador n. 7.724/2012), enquanto instituição

a própria CGU como responsável pelo monitoramento, no Executivo federal, da implementação desse direito;

e-SIC e SIC: ferramentas tecnológicas e espaços presenciais para qualquer interessado(a) realizar seu pedido;

Portal da Transparência (voltado para a divulgação de informações, orçamentos e despesas federais);

Programas como Brasil Transparente e o Olho vivo no dinheiro público, dentre outros de incentivo à transparência (coordenados pela CGU).

Assim, focando-se na LAI, tem-se que todos os órgãos da Administração Pública devem se submeter a tal legislação (arts. 1º e 2º, LAI), disponibilizando-se canais para que a solicitação seja efetivada, tanto em ambiente físico quanto em ambiente digital (no chamado e-SIC, em plataforma desenvolvida pela CGU). Qualquer interessado (pessoa física ou jurídica – art. 10, LAI) pode fazer a solicitação nestes canais, e o órgão requerido tem o dever de apresentar uma resposta (concedendo o acesso ou o negando, motivadamente).

Tal legislação, demais programas e iniciativas surgiram com o propósito de mudar a cultura burocrática de que o sigilo era a regra. Com tais instrumentos, a transparência passa a ser a regra e o sigilo a exceção. Diante de novos contextos políticos, ainda se espera que tal perspectiva seja mantida, apesar de ter havido tentativas de mudanças, por exemplo, na quantidade de autoridades que poderiam classificar uma informação como reservada, secreta e ultrassecreta (pelo Decreto n. 9.690/2019), e posteriormente disposição revogada pelo Decreto n. 9.716/2019.

Portanto, as políticas de acesso tiveram um contexto próprio de criação e implementação e merecem avanços. Lejano (2012), a esse respeito, comenta sobre a sustentabilidade da política diante de mudanças de contexto. Diante de novos cenários e perspectivas políticas no Brasil, deve-se acompanhar como esse tema vem sendo pautado na agenda, de forma a traçar estratégias de aperfeiçoamentos.

3 PEDIDOS DE ACESSO À AGU: BREVE ANÁLISE EMPÍRICA

Esta seção, por conseguinte, objetiva trazer uma breve análise dos pedidos de acesso à informação (transparência passiva), direcionados à AGU. Para isso, como pequena amostra, selecionaram-se os meses de janeiro a março de 2017¹. A partir do banco de dados disponibilizados pela

¹ Uma vez que diz respeito ao resultado da palestra “Políticas de acesso à informação: considerações sobre o contexto institucional na Administração Pública”, proferida no III Seminário Direito e Sociedade, na Escola

CGU, aplicou-se o referido recorte metodológico, e procurou-se observar os dados e categorizá-los em eixos.

Logo, foi possível vincular os seguintes eixos:

Pesquisa

Recursos

Documentos, pareceres e processos

Cargos e concursos

Dúvidas e reclamações

A categoria “pesquisa” retrata a própria motivação do pedido (ainda que ela não seja obrigatória, alguns interessados justificam o pedido expressamente): realização de pesquisa científica/acadêmica, trabalhos de conclusão, por exemplo. “Recursos” (financeiros), por conseguinte, referem-se à busca de valores que advogados públicos tenham recebido, salários ou ainda honorários e encargos legais. “Documentos, pareceres e processos” retratam a finalidade de haver tais canais de solicitação: pedidos sobre cópias de normas, ou de processos e pareceres vinculados à Advocacia-Geral. “Cargos e concursos”: houve uma relativa quantidade de pedidos de interessados em saber cargos vagos em determinadas regiões ou setores, bem como sobre a previsão de concursos públicos para o órgão. “Dúvidas e reclamações”, por fim, traduziriam não exatamente a finalidade do pedido de acesso, mas sim seriam vinculados a manifestações de ouvidoria. Apesar disso, nesta última categoria, foram encontrados pedidos que não dizem respeito à competência do órgão, tampouco à finalidade do canal para tanto (por exemplo, questionou-se sobre como conseguir ajuda do governo diante de situação de desemprego, ou, ainda, requereu-se ajuda diante de abuso no fornecimento de cartão de crédito, ou também requereu-se advogados para auxiliar em determinada causa).

Em termos exemplificativos, há o seguinte quadro:

QUADRO 2 - CONTEÚDO DE PEDIDOS DE ACESSO À AGU. JAN-MAR/2017.

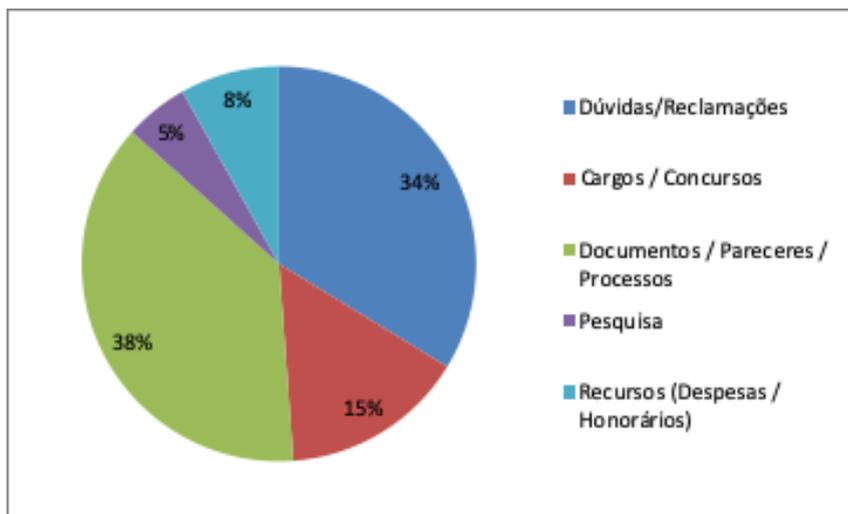
Categorias	Conteúdo dos pedidos
Pesquisa	<p>PEDIDO: Estou fazendo um trabalho de conclusão de Pós-graduação cujo objetivo é conhecer as estratégias que estão sendo utilizadas pela administração pública para preservação dos documentos eletrônicos. Desta forma solicito o preenchimento do questionário anexo para que possa conhecer a realidade da instituição nesse tema.</p> <p>RESPOSTA: Prezada Senhora [...], A Advocacia-Geral da União (AGU) agradece o envio de sua mensagem. Segue, em anexo, questionário respondido. Sendo o que havia para o momento, colocamo-nos ao seu dispor para efetuar os esclarecimentos que forem necessários. Cordialmente, Serviço de Informações ao Cidadão Advocacia-Geral da União.</p>
Recursos	<p>PEDIDO: Em consulta ao portal da transparência não consegui encontrar os valores recebidos a título de honorários advocatícios e encargos legais pelos servidores (procuradores da fazenda) da PGFN, de acordo com arts. 27 a 36 da Lei N° 13.327, DE 29 DE JULHO DE 2016. Há alguma justificativa para a omissão de tais valores do portal da transparência? Principalmente dos ENCARGOS LEGAIS? Att.</p> <p>RESPOSTA: "Já identificamos o problema de disponibilização das Ordens Bancárias no Portal da Transparência. Com isso alertamos o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), e o mesmo já está trabalhando juntamente com seu departamento de informática para solucionar o problema. Enquanto providenciarmos a solução definitiva, estamos divulgando no Site da Advocacia-Geral da União no link: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/532635"</p>
Documentos, pareceres e processos	<p>PEDIDO: Prezado(a) Sr(a), venho por meio deste pedido solicitar cópia da Nota n. 024/2010/BAC/CONSU/PGF/AGU, sobre arbitragem, bem como quaisquer entendimentos mais recentes, consignados em Nota da AGU, que versem sobre arbitragem. Desde já agradeço. Att., Lucas Noura Guimarães</p> <p>RESPOSTA: Prezado Senhor Lucas Noura Guimaraes, a Advocacia-Geral da União (AGU) agradece o envio da sua mensagem. Segue documento solicitado. Sendo o que havia para o momento, colocamo-nos ao seu dispor. Atenciosamente, Serviço de Informações ao Cidadão Advocacia-Geral da União.</p>
Cargos e concursos	<p>PEDIDO: Olá. Venho por meio deste mecanismo indagar quantos cargos vagos há em cada carreira da Advocacia-Geral da União (Advogado da União e Procurador Federal) e em quais localidades se encontram estes cargos vagos.</p> <p>RESPOSTA: Prezado(a) Senhor(a), A Advocacia-Geral da União (AGU) agradece o envio da sua mensagem. Segue, em anexo, as informações solicitadas. Sendo o que havia para o momento, colocamo-nos ao seu dispor. Atenciosamente, Serviço de Informações ao Cidadão Advocacia-Geral da União; Acesso Concedido; Resposta solicitada inserida no e-SIC</p>

Dúvidas e reclamações	<p>PEDIDO: Estou desempregado, eu e minha esposa então nesse momento quais os meus direitos . Onde posso encontrar ou conseguir uma ajuda do governo? Obrigado</p> <p>RESPOSTA Prezado(a) Senhor(a) [...], A Advocacia-Geral da União (AGU) agradece o envio da sua mensagem. Temos a informar que, de acordo com o artigo 131 da Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União (AGU) é responsável pela defesa judicial e extrajudicial da União (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), além de prestar assistência e consultoria jurídica aos órgãos do Poder Executivo Federal. A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) [...] o objetivo da lei é o acesso às informações já produzidas pelo órgão, que estão em documentos, arquivos, estatísticas. A informação solicitada, portanto, não é de competência da AGU. [...]</p>
-----------------------	--

Fonte: Banco de dados de pedidos de acesso à informação do Governo Federal.

Em um compilamento quantitativo, apresenta-se o seguinte gráfico (BATAGLIA, 2019):

GRÁFICO 1 - PEDIDOS DE ACESSO À INFORMAÇÃO PARA A AGU. JAN./MAR.2017.



Fonte: Elaboração própria. Apresentação do III Seminário Direito e Sociedade da EAGU.

Verifica-se, portanto que as maiores demandas estão de acordo, em um primeiro estudo, com a finalidade desse mecanismo e com a competência da AGU para tanto: de total de 172 pedidos analisados, 38% deles foram sobre documentos. No entanto, outros 34% analisados dizem respeito a dúvidas e reclamações, o que não é a finalidade desse canal. 15% foram sobre vacância de cargos e 8% sobre recursos financeiros. Diante desses dados, é alarmante a porcentagem de utilização dessa ferramenta para finalidades às quais não foram projetadas. Tal fato revela: desconhecimento pela população do sentido dos pedidos de acesso, por um lado, bem como desconhecimento das funções da instituição (AGU), por outro.

Essa constatação, por fim demanda algumas ações. Dentre elas, a conscientização dos papéis institucionais, que poderiam ser adaptados em destaque em endereço eletrônico, redes sociais ou redes afins. Como verificado em algumas respostas a ação elucidativa das funções da instituição são explicitadas (ao citar o conteúdo do art. 131, CF sobre as ações da AGU por exemplo)².

Além disso, seria importante a explicação do que é um pedido de acesso, para tais casos de reclamação ou desabafos, conscientizando sobre o objeto do direito de acesso, que foi feito em algumas respostas. a própria definição ou explicação do que é um pedido de acesso³, ou como formulá-lo corretamente, é objeto de alguns períodos reservados na resposta.

Essa pesquisa, portanto, revelou uma breve análise acerca da transparência, sua visão enquanto um direito fundamental, e a necessidade de serem visíveis as informações, com facilidade de acesso e manuseio para futuras ações, projetos, controle social, dentre outras finalidades. Nesse âmbito das informações e da transparência, encontra-se a chamada transparência passiva, que se traduz por meio de algumas práticas como os pedidos de acesso à informação, em sistema digital próprio (e-SIC) ou físico. Neste caso, foram analisados pedidos de acesso no Executivo Federal, especificamente para a AGU em um contexto específico (2017). Para maior aprofundamento e mapeamento, a pesquisa pode ser ampliada, identificando-se os temas ou eixos que mais recebem pedidos recentemente e, com isso, pensar em estratégias para transformar o solicitado nesses pedidos em transparência ativa, de fácil acesso ao cidadão.

2 “Temos a informar que, de acordo com o artigo 131 da Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União (AGU) é responsável pela defesa judicial e extrajudicial da União (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), além de prestar assistência e consultoria jurídica aos órgãos do Poder Executivo Federal. A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) [...] o objetivo da lei é o acesso às informações já produzidas pelo órgão, que estão em documentos, arquivos, estatísticas.

3 “[...] cumpre-nos esclarecer que A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2012) tem por objetivo garantir a transparência pública de informações, por meio da disponibilização de dados e padronização de acesso ao cidadão. O artigo 12 de seu Decreto regulamentador nº 7.724/2012 determina que caberá ao solicitante a “especificação de forma, clara e precisa, da informação requerida” (BRASIL, CGU, 2016, s/p).

4 CONCLUSÃO

Partindo-se de uma técnica de análise de contexto institucional, este artigo objetivou esclarecer sobre como o direito de acesso à informação tomou formas práticas na realidade do Poder Executivo Brasileiro.

Para isso, retomaram-se elementos internacionais como as convenções de direitos humanos (ONU e OEA), além de convenções anticorrupção, que deram diretrizes sobre estruturação de instituições responsáveis por tais mecanismos (incentivo à transparência, elaboração de programas que avaliem o nível de transparência bem como sistemas digitais para realizar pedidos de acesso ao poder público). Definiu-se também o que se considera por transparência, vinculando-a a preceitos democráticos, fazendo-se a ressalva para transparência opaca.

Por fim, por meio da análise de uma amostra de pedidos de acesso (possível por meio de consulta a banco de pedidos), revelou-se que tal direito e sua finalidade merece maior conscientização por parte da população. Além disso, ter conhecimento sobre o funcionamento e competências dos órgãos da Administração Pública também é um fator a ser explorado por meio de estratégias diferenciadas (redes, site, campanhas, por exemplo), de forma visível.

A partir dessa análise, outras questões surgem como reflexão, inclusive como pauta de agenda de diversas pesquisas nessa área. AS informações publicadas em transparência ativa, ou as respostas em transparência passiva são inteligíveis e de fácil visualização ou acesso pelo cidadão? Tem-se de fato conhecimento sobre a competência e funções do órgão em debate? As informações dadas em transparência passiva possuem algum padrão de conteúdo que poderia ser transformada em ativa para um acesso mais ágil pelos interessados? Nesse sentido, ver a transparência ativa a partir da burocracia não seria o único caminho, mas inserir o interessado em espaços de participação, conferiria legitimidade e traduziria o olhar de quem deseja a publicação de certos dados. Por fim, outra agenda de pesquisa é: quem pede a informação? quais os maiores interessados?

Todo esse debate, portanto, submete-se também à questão do contexto atual acerca de receber atenção do governo. Apesar disso, a mobilização de instituições que possuem essa competência de promover a transparência, bem como organizações sociais que se envolvem no debate se faz necessária. Dessa forma, tem-se o intuito, por este debate, de manter esse tema no cenário de pesquisa no Brasil. Com isso, possibilita-se a discussão e o favorecimento de autoridades para que a transparência de fato aconteça e não se traduza em opacidade.

REFERÊNCIAS

ARTIGO 19. *O Direito do público a estar informado*: princípios sobre a legislação de liberdade de informação. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/public-right-to-know-portuguese.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. *Acesso à informação*: busca de pedidos e respostas. Disponível em: <[>](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/SitePages/resultadopesquisa.aspx?k=%22comiss%C3%A3o%20de%20C3%A9tica%22%20NONE(comit%C3%AA)#k=%22comiss%C3%A3o%20de%20C3%A9tica%22%20NONE(comit%C3%AA)). Acesso em: 18 nov. 2016.

BRASIL. *Decreto n. 5.867, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. *Decreto n.º 4.410, de 07 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. *Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BATAGLIA, Murilo Borsio. *Acesso à informação e corrupção*: investigando o contexto institucional da CGU. 2019. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/35400>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BATAGLIA, M.B.; FARRANHA, A.C. Corrupção, transparência e CGU: analisando o contexto para implementação do direito de acesso à informação. In: *III ENEPCP – Encontro Nacional de Ensino e Pesquisa do Campo de Públicas*. UFRN, Natal, 27 a 30 de agosto de 2019.

BATAGLIA, M. B.; FARRANHA, A. C. Lei de acesso à informação e comissões de ética: como esses discursos se cruzam? In: *III Encontro Internacional Participação Democracia e Políticas Públicas*, 2017, Vitória. Anais III Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas, 2017.

CALMON, P.; COSTA, A. Redes e Governança das Políticas Públicas. Centro de Estudos Avançados de Governo e de Administração Pública - CEAG. *Revista de Pesquisa em Políticas Públicas –RP3*, n.1. p.01-29. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rp3/article/view/11989/10510>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CINTRA, Maria Eduarda Ribeiro. *Lei de acesso à informação no Brasil: sua implementação e seus desafios*. 2016. 302f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

CUNHA FILHO; Marcio Camargo; XAVIER, Vitor César Silva. *Lei de acesso à informação: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

FARRANHA, A.C.; FERNANDES, H. A.; BATAGLIA, M.B. Governança, transparência e tecnologias: um estudo de caso sobre o Distrito Federal. In: *IV Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas*. 10 a 13 de setembro de 2019, UFRGS, Porto Alegre. Disponível em: <https://www.pdpp2019.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=6>. Acesso em: 15 set. 2019.

GOMES, Wilson; AMORIM, Paula Karini; ALMADA, Maria Paula. Novos desafios para a ideia de transparência pública. *VI Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política (VI COMPOLITICA) – PUC RJ*. 22 a 24 de abril de 2015.

LEJANO, Raul. *Parâmetros para análise de políticas: a fusão de texto e contexto*. Campinas: Arte Escrita, 2012.

MENDEL, Toby. *Liberdade de Informação: um estudo de direito comparado*. 2a ed. Brasília: UNESCO, 2009.

MOURA, Maria Aparecida (org.). *A construção social do acesso público à informação no Brasil: contexto, historicidade e repercussões*. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

POR UMA DESJUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*FOR A DISJUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH POLICY IN
BRAZIL: AN ANALYSIS FROM THE FEDERAL SUPREME COURT*

Jarbas Ricardo Almeida Cunha

*Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).
Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Analista
Técnico de Políticas Sociais (ATPS). Núcleo de Saúde – Defensoria Pública da União
(DPU – Unidade Porto Alegre/RS).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Qual Conceito de Judicialização?; 1.1 Primeira Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: Absolutização da Saúde; 1.2 Segunda Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: O Custo dos Direitos: Reserva do Possível x Mínimo Existencial; 1.3 Terceira Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal – Medicina Baseada em Evidências ou Implementação de Critérios Científicos; 2 Trinta Anos do SUS: crítica à judicialização excessiva da saúde e alternativas para uma possível desjudicialização; 2.1 Críticas à Judicialização Excessiva da Política Pública de Saúde no Brasil; 2.2 Alternativas para a Desjudicialização da Política Pública de Saúde no Brasil; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Objetiva-se, em um primeiro momento, sistematizar descritivamente a trajetória do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, abarcando o conceito de judicialização e enumerando três fases de decisão do Supremo Tribunal Federal: a) absolutização da saúde; b) custo dos direitos c) medicina baseada em evidências ou implementação de critérios científicos. Na segunda parte deste artigo, relatam-se as críticas mais relevantes à excessiva judicialização da saúde, tentando, ao final, elencar alternativas para se discutir uma possível desjudicialização da política pública de saúde, tendo como elemento principal o diálogo entre o Sistema de Justiça e o Sistema de Saúde brasileiros. Utiliza-se, para esse objetivo, a metodologia descritivo-analítico-reflexiva.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde. Supremo Tribunal Federal. Direito à Saúde. Política Pública de Saúde. Sistema Único de Saúde.

ABSTRACT: The objective is, at first, to descriptively systematize the trajectory of the phenomenon of health judicialization in Brazil, describing the concept of judicialization and enumerating three stages of decision of the Supreme Court: a) absolutization of health; b) cost of rights c) medicine based on evidences or implementation of scientific criteria. In the second part of this article, we report the most relevant criticisms of the excessive judicialization of health, trying, in the end, to list alternatives to discuss a possible disjudicialization of public health policy, having as main element the dialogue between the Justice System and the Health System in Brazil. For this purpose, the descriptive-analytical-reflexive methodology is used.

KEYWORDS: Judicialization of Health. Federal Court of Justice. Right to Health. Public Health Policy. Unified Health System.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, abordaremos a origem, o desenvolvimento e a situação atual da judicialização da política pública de saúde no Brasil. Para esse objetivo, relataremos o conceito basilar de judicialização, as fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), as críticas mais relevantes à excessiva judicialização da saúde e algumas alternativas que possam promover um direcionamento jurídico-político para uma possível desjudicialização sanitária em nosso país.

Com foco no escopo supramencionado, este artigo apresentará uma revisão bibliográfica com o intuito de aprofundar o referencial teórico-conceitual sobre a judicialização do direito à saúde no STF desde os anos 1990 até os dias atuais. Para isso, utilizaremos especificamente a metodologia descritivo-analítico-reflexiva, que, conforme Marcolino e Mizukani (2008) permite, por meio de referenciais bibliográficos contidos na literatura científica, a análise reflexiva do tema proposto sob o modo descritivo.

1 QUAL CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO?

Trabalharemos com o conceito de judicialização (TATE; VALLINDER, 1995) correspondente a duas características sedimentares que influenciaram o debate em torno da questão: a primeira descrevendo a amplitude de atuação do Poder Judiciário em searas antes consideradas exclusivas do Poder Executivo e Legislativo; e a segunda descrevendo como esses mesmos poderes – responsáveis prioritariamente pela administração pública e elaboração de leis – foram subsumidos à influência do procedimentalismo jurisprudencial no seu *modus operandi*, realçando o protagonismo do Poder Judiciário dos anos 1980/1990 até os nossos dias.

Desse modo, conforme Faro (1996), os componentes da judicialização da política, segundo a clássica obra de Tate e Vallinder (1995) são os seguintes:

(1) um novo “ativismo judicial”, i.e., uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas destas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e

(2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes ao processo judicial e (b) sobretudo parâmetros jurisprudenciais, em suas deliberações (muitas vezes, o Judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros). (FARO, 1996, p. 2).

Para Tate e Vallinder (1995), as mudanças que ocasionaram o fenômeno da judicialização foram as seguintes: a) consolidação da democracia ocidental; b) ratificação da teoria da separação dos poderes; c) desenvolvimento de políticas públicas para assegurar direitos normativamente constituídos; d) utilização dos tribunais por grupos de interesses (lobby); e) utilização dos tribunais pelas oposições políticas; f) ineficácia das instituições políticas para o cumprimento da vontade das maiorias (majoritarian institutions) e, por fim, g) avaliação negativa das instituições de produção e implementação de políticas públicas.

Houve, portanto, mudanças de cunho jurídico-político que foram decisivas para a contínua expansão do fenômeno da judicialização, como a consolidação da democracia ocidental com o fim da denominada Guerra Fria (EUA X URSS), o conseqüente alargamento das constituições dirigentes para vários países e seus respectivos mandamentos sobre elaboração e execução de políticas públicas que, caso não fossem implementadas, poderiam ser judicializadas, fazendo com que se fortalecesse a figura do Poder Judiciário e, concomitantemente, forçasse uma atuação apenas subsidiária dos Poderes Executivo e Legislativo.

Para Barroso (2017), especificamente sobre as causas da judicialização no Brasil, estas se resumiriam a três elementos fundamentais: a) redemocratização do país tendo como ápice a promulgação da Constituição da República de 1988, o que fortaleceu a concepção do Judiciário como poder político; b) a constitucionalização de políticas públicas que podem ser judicializadas para seu efetivo cumprimento, o que o autor denomina de constitucionalização abrangente; c) consolidação e ampliação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade com o direito de propositura amplo previsto no art. 103 da Constituição da República.¹

Depois de citarmos o conceito geral de judicialização, passaremos a descrever as fases dessa judicialização contidas no direito à saúde em nosso país, apresentando como referência as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), corte máxima de nosso país. Abordaremos três fases: a) Absolutização da Saúde; b) Custo dos Direitos; c) Medicina Baseada em Evidências ou Implementação de Critérios Científicos

1.1 PRIMEIRA FASE DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ABSOLUTIZAÇÃO DA SAÚDE

¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (CF/88).

A primeira fase de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) será caracterizada como “absolutização da saúde” (RIBEIRO;VIDAL,2018), no sentido de que a suprema corte concedia a imensa maioria ou basicamente todas as reivindicações jurídicas a respeito do direito constitucional à saúde, sem limitar sua abrangência, absolutizando, dessa maneira, principalmente o art. 196 da Constituição Federal², retirando este do raio de programaticidade e de eficácia limitada em que estava inserido. Ou seja, absolutização da saúde significava conceder o direito à saúde de modo absoluto, sem relativizá-lo, incluindo a integridade normativa de seus objetivos, princípios e diretrizes.

Também característico desta fase é o fato de que a concretização do direito à saúde – seja uma concessão de medicamentos de alto custo ou tratamento de uma doença rara – deveria ser judicialmente disponibilizada com a máxima brevidade possível, independentemente da ausência de recursos financeiros para seu respectivo custeio.

As decisões desta fase baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana³, no direito inalienável à vida⁴ e no valor saúde como um mínimo existencial para todo ser humano⁵. Esta fase se consolida do ano 1997 com o julgamento da Petição (PET) 1.246-SC⁶ e finda-se com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 45, de 2004,⁷ em que finalmente ocorre algum grau de limitação em torno da matéria, como veremos a seguir.

2 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 (CF/88).

3 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (CF/88). (Grifo nosso).

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (CF/88). (Grifo nosso).

5 Para Torres (2008), “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, 2008, p.8).

6 Nesta Petição discute-se transplante para menor impúbere de células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1658189>>. Acesso em: 10 set. 2019.

7 Trata-se de um leading case no Supremo, pois abarca a inserção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, dos direitos sociais, citando expressamente as teses da reserva do possível e do mínimo existencial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 set. 2019.

1.2 SEGUNDA FASE DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - O CUSTO DOS DIREITOS⁸: RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

Nesta segunda fase de decisão do STF relataremos como a Suprema Corte deu uma guinada nas decisões relativas ao direito à saúde no sentido de considerar a importância do custo dos direitos, principalmente dos direitos considerados de segunda geração, ou seja, direitos que exigem prioritariamente uma contrapartida financeira do Estado para sua efetiva implementação, como é o caso do direito social à saúde.

Há, a partir do ano de 2004, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, um marco institucional sobre o limite jurídico-orçamentário para a concessão das demandas de saúde que chegam ao STF, principalmente em relação a medicamentos de alto custo e tratamentos de alta complexidade.

Sendo assim, preferimos citar dois casos clássicos da Suprema Corte - considerados *leading cases* pela literatura especializada - sobre a teoria do custo dos direitos em relação a esta segunda fase de decisão do STF no que concerne ao direito à saúde: a já citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45 – MC/DF, de 2004⁹ e a Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 91/AL, de 2007¹⁰.

Com base nessas decisões, foi elaborado um critério que se lastreava na junção entre razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado. Caso ambos elementos formadores do critério fossem afirmativos, comprobatórios e cumulativos (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) estaria configurada obrigação estatal em efetivar o direito à saúde, caso contrário, descaracterizaria a possibilidade de realização pelos entes públicos.

8 Empregamos essa expressão – Custo dos Direitos – conforme conceituada obra de Holmes e Sunstein (2012) que relatam sobre a questão: “Debería ser evidente que los derechos tienen un costo, pero en cambio la idea suena como paradoja, como falta de educación, quizás incluso como amenaza a la preservación de los derechos. Afirmer que un derecho tiene un costo es confesar que tenemos que renunciar a algo a fin de adquirirlo o conservarlo.” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 43).

9 Esta ADPF n.45 é invocada expressamente em várias decisões do próprio STF em relação à interferência do Poder Judiciário no âmbito de políticas públicas constitucionalmente previstas sob o fundamento de garantir a proteção, dentre outros princípios, do mínimo existencial, por isso, sua classificação como um *leading case*. Podemos citar, após pesquisa no sítio eletrônico do Supremo, as seguintes: AG REG RE 410.715/SP; AG REG STA 223/PE; AG REG SL 47/PE; AG REG RE AGR 639.337/SP; AG REG RE 642.536/AM; AG REG RE 763.667/CE; AG REG RE 581.352/AM; EMB DECL AI 598.212/PR; AG REG RE AGR 727.864/PR e AG REG RE AGR 745.745/MG.

10 A STA 91/AL determinou a não obrigatoriedade do estado de Alagoas em disponibilizar medicamentos de alto custo para o requerente, com base no princípio da reserva do financeiramente possível (teoria dos custos do direito). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2466232>>. Acesso em: 10 set. 2019.

1.3 TERCEIRA FASE DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS OU IMPLEMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS CIENTÍFICOS

A última fase de decisão do STF em relação à judicialização da saúde pode ser classificada como Medicina Baseada em Evidências (MBE) ou Implementação de Critérios Científicos (ICC), pois nesta última etapa de decisão da Suprema Corte se observa a utilização de argumentos científicos para a análise das demandas que envolvem o direito à saúde.

Há três episódios que marcaram esta fase, com consideráveis reflexos no direito sanitário: a) Audiência Pública nº 4, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF, e realizada entre os dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009 para tratar especificamente da judicialização do direito à saúde; b) a emblemática decisão proferida um ano depois pelo plenário do STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 (STA 175 - AgR/CE)¹¹, relatado pelo mesmo Ministro Gilmar Mendes e publicado no Diário da Justiça em 30 de abril de 2010, explicitando critérios e parâmetros de julgamento a serem analisados e seguidos tanto pelos operadores do Direito quanto pela contribuição técnico-executiva dos gestores da política pública na análise da judicialização da saúde pelo país; c) por fim, destacamos as atividades do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído pela Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010¹² e sua contínua contribuição no debate sobre a temática aqui destacada.

Dentre esses avanços supracitados, sublinhamos cinco parâmetros basilares para determinação de decisões judiciais a respeito da judicialização da saúde contidos no voto do Ministro e então Presidente do STF Gilmar Mendes como relator da STA 175-AgR/CE (2010), pois estes parâmetros exercem influência até hoje, quase dez anos depois de sua publicação: 1) existência da repartição de competências dos entes federativos com o escopo da dispensação de medicamentos, relacionando-os com a descentralização da política de assistência farmacêutica; 2) havendo política pública que abranja prestação de saúde pleiteada pela parte, o Judiciário então deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente; 3) caso a não prestação decorra de uma omissão legislativa ou administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal à sua dispensação deve-se observar o seguinte: no primeiro caso – omissão legislativa – o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos. Já no segundo caso – omissão administrativa – o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento

11 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2019.

12 Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 8 de set. 2019.

alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros tipos à disposição; 4) caso os medicamentos e tratamentos existentes para o paciente sejam experimentais, o Estado não está obrigado a fornecê-los; 5) caso tratamentos e medicamentos incipientes e, por esse qualificativo, classificados como muito recentes - não foram incluídos nos protocolos do SUS mas já são fornecidos pela rede particular de saúde - os tratamentos podem ser determinados pela autoridade judicial, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares.

Sendo assim, depois de relatarmos a trajetória do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil com base nas três fases de decisão do STF, tentaremos construir, a seguir, uma análise crítica em relação à excessiva judicialização, complementando-a com propostas que visem à uma possível desjudicialização da política pública de saúde em nosso país.

2. TRINTA ANOS DO SUS: CRÍTICA À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA SAÚDE E ALTERNATIVAS PARA UMA POSSÍVEL DESJUDICIALIZAÇÃO

Para brindarmos a efeméride dos 30 anos de Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, comemorados juntamente com a Constituição Federal em outubro de 2018, um presente para o nosso sistema de saúde seria pensar criticamente alternativas para o início de um processo que denominamos de desjudicialização da política pública de saúde.

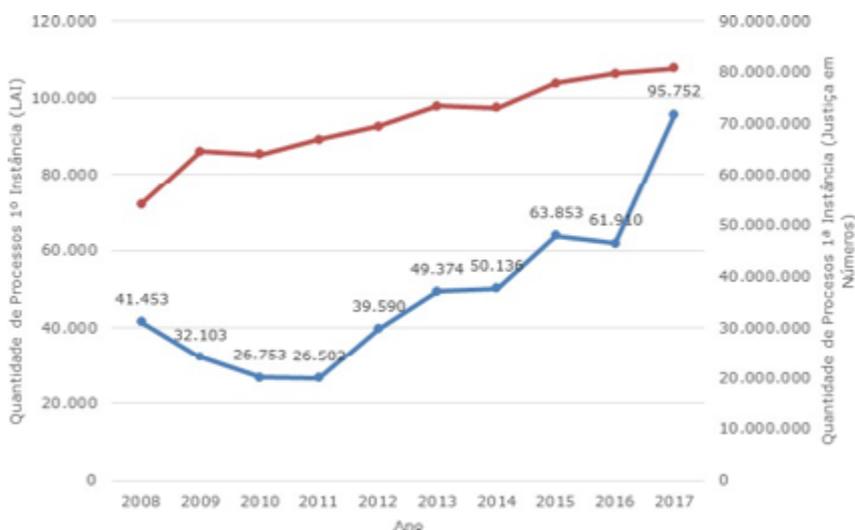
Essa reflexão torna-se premente no contexto atual, haja vista a quantidade de recursos financeiros despendidos e o crescente aumento dos processos judiciais relativos às demandas de saúde no Brasil, como revelam os gráficos abaixo:

GRÁFICO 1 - GASTOS DA UNIÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL – 2010/2016.



Fonte: Ministério da Saúde (2017), em apresentação na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Gráfico 2 – Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância)



Fonte: Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (CNJ/ INSPER, 2019).

O gráfico 1 acima, produzido pela equipe técnica do Ministério da Saúde (2017), demonstra que houve um aumento do gasto financeiro em relação às demandas de saúde em torno de 1010% no período que compreende 2010-2016, sendo que 90% do total desse valor foi para a compra de apenas 10 medicamentos de alta complexidade¹³; enquanto o gráfico 2 (CNJ/INSPER, 2019), demonstra que houve um crescimento de 130% no número de demandas relativas à saúde na primeira instância da Justiça brasileira, quando analisado o período de 2008 a 2017. Tais gráficos confirmam o esgotamento da judicialização da saúde e a necessidade de alternativas a esse fenômeno em nosso país.

Logo abaixo, apontaremos as principais críticas a esse modelo de judicialização excessiva e, após, citaremos alternativas com o propósito de desjudicializar a política pública de saúde no Brasil.

13 Segundo dados de 2016 divulgados pelo Ministério da Saúde na Audiência Pública promovida pelo CNJ "Prestação da Jurisdição em Processos Relativos à Saúde", em dezembro de 2017, os medicamentos mais caros que representavam 90% dos gastos totais eram os seguintes: soliris (eculizumabe), vimizim (elosulfase), translarna (atalurenol) 1000 mg e 250 mg, juxtapid (lomitapida), replagal (alfagalsidase), cinryze (inibidor de C1 esterase) e myalept (metreleptina). Material completo da audiência pública disponível em: <https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/486-audiencia-publica-sobre-prestacao-da-jurisdicao-em-processos-relativos-a-saude>. Acesso em: 8 set. 2019.

2.1 CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL

A primeira crítica refere-se à ausência de efetividade da Audiência Pública sobre a Saúde, realizada pelo STF em 2009. Um dado importante relatado por Santos, Delduque e Mendonça (2015) – é de que somente 20% (vinte por cento) dos argumentos e ideias centrais discutidos na Audiência Pública – Saúde nº4 foram utilizados em julgamentos posteriores da Suprema Corte e das regulamentações promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ: “Os 63 discursos analisados originaram 705 argumentos, dos quais apenas 20% foram considerados ‘fortes’ e 564 (80%) foram ‘não fortes’, isto é, não causaram impacto nas decisões posteriores do STF e do CNJ...” (SANTOS, DELDUQUE, MENDONÇA, 2015, p. 186). (Grifo nosso).

Ainda, segundo Asensi e Pinheiro (2015), além da escassa menção à Audiência Pública realizada pelo STF em 2009, há parca referência às Recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especialmente as Recomendações de nº 31 e 36¹⁴, que sugerem estratégias sobre como os juízes devem lidar com a temática da judicialização da saúde tanto pública quanto suplementar, como também raríssimas referências em relação ao desenvolvimento desse debate em importantes instâncias como o Fórum da Saúde do CNJ e os Comitês Estaduais de Saúde organizados em unidades federativas de nosso país.

Outro ponto crítico à judicialização excessiva da política pública de saúde no Brasil diz respeito às decisões administrativas e judiciais que omitem a participação popular subsumida em forma de debates, discussões e deliberações nas instâncias consultivas e deliberativas da política pública de saúde, tais como Conselhos – municipais, distrital, estaduais e federal – e Conferências, em explícito desacordo ao que consta na alínea “d” do item I da Recomendação CNJ nº 31, de 30 de março de 2010, estipulando o seguinte:

- d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em

14 Recomendação nº 31, de 30/03/2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>. Acesso em 8 de setembro de 2019. E Recomendação nº 36, de 12/07/2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=847>. Acesso em 8 de setembro de 2019.

Oncologia – CACON. (Recomendação CNJ nº 31, de 30/03/2010). (Grifo nosso).

Além de fazerem ouvidos moucos à participação popular, outro ponto crítico da judicialização de saúde no Brasil concerne à focalizar as decisões judiciais ao aspecto eminentemente curativo das demandas que se refletem em pautas como medicamentos, tratamentos cirúrgicos, próteses, órteses; secundarizando, dessa maneira, aspectos preventivos, tais como acesso à vacinação, exames preventivos e atenção básica contrariando, assim, o próprio art. 198, Inc. II, da Constituição Federal:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (CF/88). (Grifo nosso).

Sublinha-se que a maioria das ações no âmbito da judicialização da saúde tratam apenas sobre casos de microjustiça – demandas individuais e não coletivas, não existindo qualquer tipo de preocupação por parte dos operadores de direito, especialmente magistrados, sobre as consequências para a política pública e, principalmente, sobre o custo orçamentário e financeiro da concretização do direito individual à saúde, ignorando, dessa forma, os desdobramentos sobre o ponto de vista da macrojustiça.

Questão primordial de crítica à excessiva judicialização da saúde no Brasil diz respeito à criminalização dos gestores da política pública. De acordo com Schulze e Neto (2015), algumas decisões judiciais são preocupantes por gerarem uma insegurança jurídico-política para os membros integrantes do Poder Executivo, que possuem como objetivo central executar a concretização e efetivação da política pública para a totalidade dos cidadãos. A criminalização da gestão, resultado da má judicialização, é destacada pelos autores (SCHULZE; NETO, 2015) em seus seguintes aspectos:

- Decisões judiciais que decretam a prisão do gestor público ou bloqueio de sua própria conta pessoal em razão de descumprimento de decisões judiciais, por exemplo, as que determinam fornecimento de medicamentos que estão com ausência de estoque ou até mesmo fora da lista padrão do SUS ou urgente transferência para Unidade de Terapia Intensiva – UTI em hospital de referência;

- Em relação à possível prisão dos gestores públicos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao se pronunciar em matéria de Habeas Corpus – HC 266948/SE, de 2015 e HC 45139/RJ, de 2006¹⁵ – compreendeu que juiz da área cível (área que inclui o direito à saúde) não possui competência para decretar prisão por descumprimento de ordem judicial;
- E em se tratando de determinação da área criminal, destaca-se que o crime de desobediência é previsto como crime de menor potencial ofensivo, pois sua pena varia de 15 dias a 6 meses de detenção e multa, conforme art. 330 do Código Penal (CP), caracterizando-se como uma forma de atipicidade da conduta, respeitando o princípio da intervenção mínima e a interpretação de que o direito penal deve sempre ser considerado como ultima ratio. Além da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Lei nº 9.099, de 1995, dispor de medidas despenalizadoras como a transação e a suspensão condicional do processo;
- E, por último, ainda sobre a criminalização dos gestores da política pública, em caso de condenação, após o término do processo penal, observado o contraditório e a ampla defesa, também não haveria a decretação da prisão diante da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – prestação pecuniária ou prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Frente a essas críticas supramencionadas, passaremos a enumerar alternativas à judicialização excessiva da política pública de saúde, com o fulcro principal de desjudicializá-la para sua melhor eficiência e efetividade perante à sociedade.

2.2 ALTERNATIVAS PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL

Nossas propostas para o fomento da desjudicialização da política pública de saúde no Brasil basicamente giram em torno do protagonismo do ativismo político frente ao ativismo judicial de nossos tempos e se resumem nos seguintes aspectos:

15 HC 266948/SE, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. 05/02/2015, DJe 20/02/2015 e HC 45139/RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, j. 18/10/2005, DJ 06/02/2006 p. 358.

- prioridade das ações judiciais coletivas, rigor na análise dos pedidos deduzidos judicialmente, ampliação do diálogo entre o sistema de justiça e o sistema de saúde, instrução dos atores do sistema de saúde para que conheçam as políticas de saúde, incentivo à mediação, conciliação e arbitragem sanitárias (SCHULZE; NETO, 2015), (DELDUQUE; CASTRO, 2015);
- fortalecimento da participação popular, prestigiando os debates, discussões, diretrizes, propostas e moções realizadas pelas instâncias participativas e deliberativas da política pública de saúde – Conselhos, Conferências, Comitês e Câmaras; e que sejam reverberadas para os espaços de decisão, sejam estes pertencentes ao executivo, legislativo ou judiciário, com o intuito de contribuir com a melhora de sua eficiência, eficácia e efetividade para o melhor atendimento da população¹⁶;
- Melhorar a gestão do SUS de acordo com seu aparato normativo – desde a Constituição Federal até decretos, portarias e resoluções da área, passando pela Lei Orgânica da Saúde – LOS¹⁷ – dialogando com integrantes dos órgãos de controle, tais como Controladoria Geral da União (CGU) e Tribunal de Contas da União (TCU), apostando prioritariamente em iniciativas de desburocratização com auxílio da “Revolução Digital 4.0” de informatização tecnológica;
- Estabilizar o orçamento sanitário para o único sistema universal de saúde do mundo concebido para mais de 100 milhões de pessoas (SUS), para esse intuito necessitaríamos refletir a respeito de medidas constitucionais, como taxação das grandes fortunas, incremento do imposto sobre heranças e territorial-rural e auditoria da dívida pública, além de repensar critérios para isenções e desonerações fiscais a grupos privados; também dever-se-ia rever os impactos da Emenda Constitucional do teto dos gastos (Novo Regime Fiscal) – EC nº 95, de 2016¹⁸, que, segundo Vieira e Benevides (2016) poderão retirar do SUS em torno de R\$ 400 bilhões nos seus vinte anos de vigência.

16 As diretrizes, propostas e moções aprovadas pelos delegados presentes na 16ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), realizada entre os dias 4 e 7 de agosto de 2019, podem ser conferidas na Resolução CNS nº 617, de 22 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1FoBYTndvhsZ59XXmUAFDZ8PQIrnCVngg/view>>. Acesso em: 8 set. 2019.

17 Lei Orgânica da Saúde – LOS: Lei nº 8.080, de 19/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

18 Emenda Constitucional nº 95, de 15/12/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm>. Acesso em 8 set. 2019.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que houve um desenvolvimento legal-normativo no debate em torno da judicialização da política pública de saúde no Brasil, priorizando nossa análise descritiva nos impactos trazidos pelas decisões exaradas pela mais alta corte – o Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição Federal e dos direitos fundamentais.

Mas, mesmo com o atual patamar de sofisticação dos argumentos e interpretações jurídicas em relação ao direito à saúde, lastreados no que há de melhor nos critérios balizadores da Medicina Baseada em Evidências (MBE), ainda há muitos problemas – de cunho orçamentário e de efetividade nas resoluções – que culminam em um atual quadro de esgotamento do modelo de judicialização da saúde no Brasil.

Frente a esse esgotamento, só mesmo um esforço conjunto entre os membros integrantes do Sistema de Justiça e do Sistema de Saúde com o objetivo de desjudicializar a política pública de saúde seria capaz de alterar essa conjuntura jurídico-política em prol da solução efetiva das demandas reclamadas pela população.

Esse processo de desjudicialização da política pública de saúde passaria, obviamente, pelo Direito, com iniciativas como mediação, conciliação e arbitragem sanitárias, mas também pela Economia, com análise de custo-benefício priorizando casos de macrojustiça que englobariam o sistema de saúde de modo integral e, por fim, também observando o deslinde da Ciência Política, em relação às propostas do movimento da reforma sanitária em suas pautas de democracia e gestão participativa.

Somente com essa visão interdisciplinar poderemos almejar uma melhor resolução na questão sanitária brasileira, sempre respeitando os objetivos, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) aclamados por nosso Estado Democrático de Direito e pela nossa Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal – COEDIT. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. *Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. *Lei dos Juizados Cíveis e Criminais – Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendacao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_36_12072011_22102012170026.pdf>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 266948/SE*. Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. 05/02/2015, DJe 20/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 45139/RJ*. Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, j. 18/10/2005, DJ 06/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 175/AgR-CE*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 45/MC-DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 1246-SC*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1658189>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida: e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/>

papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5/5342-mfaro-o-supremo/file. Acesso em: 11 set. 2019.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez de. *A Mediação Sanitária como Alternativa Viável à Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil*. *Saúde em Debate*. v. 39, n.105, p. 506-513. 2015.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA/CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução. INSPER/CNJ-2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

HOLMES,

MARCOLINO, Taís Quevedo; MIZUKAMI, Maria da Graça Nicolletti. Narrativas, Processos Reflexivos e Prática Profissional: apontamentos para pesquisa e formação. *Interface – Comunic., Saúde, Educ.*, v.12, n.26, p.541-7, jul./set. 2008.

RIBEIRO, Krishina Day; VIDAL, Josep Pont. Uma análise da produção acadêmica sobre a evolução do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 7(2):239-261, abr./jun, 2018.

SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. *Os Discursos na Audiência Pública da Saúde e seu Impacto nas Decisões do Supremo Tribunal Federal*: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. *Saúde e Sociedade*. v.24, suppl.1, p. 184-192, 2015.

SCHULZE, Clênio Jair; NETO, João Pedro Gebran. *Direito à Saúde – Análise à Luz da Judicialização*. Porto Alegre:Verbo, 2015.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn (orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo.

ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM A ADC: A NATUREZA E A TELEOLOGIA DA AÇÃO A PARTIR DOS DADOS ESTATÍSTICOS DO STF

*ANALYSIS OF THE BRAZILIAN EXPERIENCE WITH ADC:
NATURE AND TELEOLOGY OF THE ACTION BASED ON
SUPREME COURT STATISTICAL DATA*

*Alexandre Walmott Borges¹
Sérgio Augusto Lima Marinho²
Mariana Lima Menegaz³*

SUMÁRIO: Introdução: a) a gênese da ADC; b) a natureza da ADC e a peculiaridade no sistema de controle brasileiro; 1 Legitimação para a propositura; 2 Os dados consolidados da ADC nos 25 anos de existência; 3 Considerações conclusivas; Referências.

-
- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em História pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor dos programas de pós-graduação em Direito, UFU, e Biocombustíveis, UFU. Professor visitante do programa de pós-graduação em Direito, UNESP. Pesquisador líder do LAECC. E-mail: walmott@gmail.com.
 - 2 Mestre em direito UFU com pesquisa fomentada pela CAPES. Professor universitário na Faculdade Pitágoras e UNA Uberlândia. É também advogado e consultor jurídico. E-mail: marinho_adv@hotmail.com.
 - 3 Mestranda em Direito, UNESP. Professora da UEMG, campus Ituiutaba. Advogada. Pós-graduada em processo civil e argumentação jurídica pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. mariana_menegaz@hotmail.com.

RESUMO: O artigo tem como problema central a natureza e a teleologia da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC. O objetivo do artigo é o de descrever e interpretar natureza e a funcionalidade da ADC a partir dos dados estatísticos de tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF), entre 1993 e 2019. A hipótese esboçada na pesquisa é a de que a ADC tem a natureza de ação confirmatória de produção do legislador e voltada às normas de organização do Estado e da Administração. A hipótese secundária é a de que a ADC pouco serve como ação de controle voltada à garantia de direitos fundamentais sendo pouco usada para esta tutela. Os materiais utilizados para o desenvolvimento foram as referências bibliográficas sobre o assunto, documentos legislativos, e os documentos estatísticos do STF sobre a ação. Os dados estatísticos foram quantificados e catalogados para confirmar as duas hipóteses. Os resultados esperados são os de confirmação da natureza da ADC como ação de controle com a natureza de confirmação da produção do legislador e de confirmação de normas organizatórias estatais e de assuntos da Administração pública servindo pouco para a efetivação de direitos fundamentais.⁴

PALAVRAS-CHAVE: ADC. Estatísticas do STF. Natureza. Teleologia.

ABSTRACT: The present article has been devoted to the exam of the nature and theology of the Declaratory Action of Constitutionality – ADC in Portuguese. The main goal of it is the description and interpretation of the ADC's nature and functionality based on the statistical data of appeals accepted by the Brazilian Supreme Federal Court between 1993 and 2019. The first hypothesis presupposes the ADC usually confirms the actions of the legislative production including the organizing norms of the Brazilian State and its administration. The second hypothesis relies on the notion the ADC serves less as an instrument of control to make more effective fundamental rights and it is hardly used for that purpose. The methods used by us were the bibliographical references along our text, legislative documents and statistical information from the Supreme Court on the matter. The data were quantified and catalogued to corroborate our hypotheses. Finally, the results show as valid both propositions explaining the nature of the ADC as action of control confirming the legislative production and organizing norms of the Brazilian State and its administration with a diminished impact on making more effective fundamental rights.

KEYWORDS: DAC. STF Statistics. Nature. Teleology.

⁴ Este artigo contou com recursos da FAPEMIG.

INTRODUÇÃO

O artigo analisará os dados estatísticos publicados pelo STF sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Os objetivos do artigo serão os de descrever os dados disponíveis sobre as ADCs no STF, e de interpretar, a partir desses dados, como se delinearão a natureza e os objetivos desta ação. A problematização envolverá a indagação sobre o que os dados estatísticos sugerem sobre os principais conteúdos tutelados pelas ADCs, e a finalidade da tutela das ADCs. A hipótese que será testada no texto é a de que a ADC é ação de controle voltada aos assuntos de organização do Estado e de confirmação legislativa das normas reguladoras desses assuntos. Por derivação, a hipótese secundária é a de que a ADC tem remota utilização na tutela objetiva de normas de direitos fundamentais, garantias fundamentais, ou posições jurídicas fundamentais.

A redação do texto compreenderá uma contextualização da ADC no sistema de direito positivo nacional, com recurso às fontes bibliográficas e documentais. Num segundo momento, o recurso de fontes da pesquisa será às fontes disponíveis nos documentos de estatística do STF e os documentos de decisões do STF, disponíveis em meio eletrônico. Ao final, de maneira conclusiva e como resultado da testagem da hipótese, a construção dos argumentos conclusivos sobre a natureza e a finalidade da ADC a partir da interpretação dos dados analisados.

A contextualização geral inicial far-se-á por generalizações de alta probabilidade, mas não de certeza ou verdade absoluta, com a utilização das fontes mencionadas, a bibliografia e os documentos.⁵ Por isso, embora generalizante ao início, o método será o indutivo geral. A testagem da hipótese indica a construção de argumentos, ao final, que possam comprovar o caráter da ADC como ação de controle do ordenamento, em sentido estrito.

A metodologia de processamento dos dados envolverá a disposição catalogada em tabelas dos dados disponíveis e consultados. Posteriormente, a partir das tabelas, a disposição e a indicação de alguns percentuais em função de algumas categorias usuais do processo e da jurisdição que permitem o agrupamento das informações pesquisadas. Finalmente, a construção de conclusões a partir da interpretação desses dados com a confirmação da inclusão, ou não, nas categorias expostas ao início do texto.

⁵ Considerando que a indução parte de premissas gerais com a diferença de serem premissas com alto grau de probabilidade, e não de certeza, como é própria da dedução.

A) A GÊNESE DA ADC

A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi inserida no texto constitucional brasileiro com a Emenda Constitucional (EC) nº 03, no ano de 1993 ao lado da tradicional Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). A então nova Ação que visava declarar a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal (MACIEL, 1998).⁶ No momento da edição da emenda, a nova ação invertia a lógica da causa de pedir e do pedido da ADI. Até aquele momento, o sistema processual de controle de constitucionalidade brasileiro contemplava como ação de controle concentrado e abstrato a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁷ O texto constitucional brasileiro sofreu a seguinte modificação (LOPES, 2000).⁸

Texto original da Constituição	Redação após a EC nº 03
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;	Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.	§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Nesta consideração da história da Ação Declaratória, a datação das normas sobre esta ação incluiu a já mencionada EC nº 03, de 1993, e, na sequência, a Lei nº 9.868, de 1999. Depois da lei ordinária, a EC nº 45, de 2004. Portanto, houve 3 diferentes fases de conformação e regulação da ADC no sistema processual de controle de constitucionalidade brasileiro. Com relação à Lei nº 9.868, trouxe o regramento legal-processual tanto da

6 Originalmente a ADC não previa o controle sobre atos normativos estaduais, ou distritais.

7 Um dos argumentos usados pelo STF para a constitucionalidade da ADC era a de que a ADI não oferecia solução à pretensão de 'declaração de constitucionalidade' pelo proponente da ação (STF ADI Nº 01, 1993).

8 Deve ser analisado que a proposição original da EC nº 03 contemplava matéria de ordem tributária. Na tramitação houve a alteração com a inclusão da nova ação. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1993)

ADI como da ADC. A norma tinha como justificativa de edição justamente a regulação processual das ações de controle abstrato.⁹ Já a EC nº 45 trouxe alterações ao texto constitucional repetindo os conteúdos que antes, em 1999, já haviam sido definidos pela Lei nº 9.868. Assim, o caput do art. 102 passou a ter a nova redação e também o caput do art. 103 passou a ter a nova redação:

EC nº 03, de 1993	Lei nº 9.868, de 1999	EC nº 04, de 2004
Disciplinou as normas da ADC na Constituição, em dois artigos. Deu nova redação à alínea 'a' do art. 102; deu nova redação com a inserção dos §§ 1º e 2º ao art. 102; deu nova redação ao art. 103 com a inserção do § 4º.	Trouxe o regramento minudente da ADC, dos artigos 13 ao 21, além de outras normas em comunhão de conteúdo com as regras da ADI.	Alterou o § 2º do art. 102, emparelhando os efeitos da ADI e da ADC; alterou o art. 103 e incisos emparelhando os legitimados da ADI e da ADC.

É destacável notar que no intervalo entre a edição da EC nº 03 e da Lei nº 9.868 - 1993 a 1999 - a ADC não dispunha de norma processual reguladora própria. Durante este período várias regras processuais sobre a ADC foram construídas nos julgados do STF e com o aproveitamento analógico, ou de interpretação extensiva, das antigas normas sobre e ADI. Sobretudo, ante também a ausência de lei específica sobre a ADI neste período, tirante o regimento do STF, o que houve realmente foi a adequação de precedentes do STF sobre a ADI ao processamento da ADC. No julgado da própria ADC nº 01, o STF estabeleceu o regramento processual da ação (RODRIGUES, 2001).

Decidiu, ainda, o Tribunal, adotar, para a referida ação declaratória de constitucionalidade, até lei específica que o discipline, o processo estabelecido no voto do Relator, vencidos, em parte, os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso, que divergiam do procedimento proposto pelo Relator, nos termos dos votos que proferiram (STF, 1993).

B) A NATUREZA DA ADC E A PECULIARIDADE NO SISTEMA DE CONTROLE BRASILEIRO

Na continuidade da argumentação, é necessário comentar as diferenças estruturais entre a ADI e a ADC desde esta interpretação dos textos originais

⁹ A ADPF foi regrada em lei própria, a Lei nº 9.882. Na edição original da Lei, em 99, não houve o tratamento à ADI omissiva. Somente em 2009, com a Lei nº 12.063, houve a inclusão de artigos sobre a ADI omissiva

de criação no sistema brasileiro. De maneira tradicional, desde a década de 40, a ADI é ação que tem como causa de pedir a possível existência de uma norma incompatível com a constituição. O pedido da ADI é a declaração da inconstitucionalidade desta norma supostamente inconstitucional.¹⁰ À época da edição da EC nº 03, início dos anos 90, a ADI já gozava de tradição e consolidação no direito brasileiro, havidas de experiência desde a Constituição de 1934, ainda que nesta constituição de 34 a sistemática era definida pelo sistema da representação interventiva e não da ADI propriamente, com as alterações na Constituição de 46 em 1965, e a Constituição de 67 (MENDES, 1995).¹¹

A ADC ingressou no sistema constitucional com natureza distinta àquela da ADI por trazer como causa de pedir a controvérsia sobre a constitucionalidade de uma norma. Além disto, o objetivo ou o interesse é o de manutenção da norma no sistema, e não a declaração da invalidade. Sumarizando, a petição da ADC deve ter, no pedido, a declaração da constitucionalidade da norma (ATALIBA, 1994).

A ADI tem causa de pedir e o pedido com diferenças à ADC:¹²

ADI	ADC
Suposta inconstitucionalidade de norma	Controvérsia sobre a constitucionalidade de norma
Pedindo a declaração da inconstitucionalidade da norma	Pedindo a declaração da constitucionalidade da norma

10 Como novidade com a constituição de 88, a ADI por omissão tem como causa de pedir a ausência de norma regulamentadora de norma constitucional. Outra forma de definir a ADI por omissão era a de que é ação cabível nas situações nas quais há a ausência de normas inferiores eficazes de norma constitucional. O pedido da ADI por omissão enfrentou ao início algumas dúvidas objetivas sobre qual seria o seu conteúdo: a declaração da inconstitucionalidade omissiva? a produção de decisão judicial com caráter de norma geral abstrata capaz de suprir a ausência de norma regulamentadora? a constituição do legislador omissor em mora? a produção de sentença garantidora da fruição do direito, em casos concretos? a determinação de normas aplicáveis por analogia ou interpretação extensiva à situação de ausência de norma? Portanto, ao contrário da tradição da ADI por comissão, a ADI comissiva era, à época da edição da constituição de 88 e nos anos posteriores, ponto de hesitação, tanto da dogmática constitucional como dos julgados do STF.

O art. 14 da Lei nº 9.868, embora editado 6 anos após a EC nº 03, trouxe as informações centrais sobre a ADC, a feição e a natureza da ação: Art. 14. A petição inicial indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - o pedido, com suas especificações; III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade. (BRASIL PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1999)

11 E durante este período a sigla definidora da ação era ADIN.

12 O art. 14 da Lei nº 9.868, embora editado 6 anos após a EC nº 03, trouxe as informações centrais sobre a ADC, a feição e a natureza da ação: Art. 14. A petição inicial indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - o pedido, com suas especificações; III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade (BRASIL PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1999).

O objetivo da declaração da constitucionalidade é o de encerrar a existência de controvérsias sobre a validade da norma. Para justificar a utilidade do início de ação sobre a constitucionalidade da norma, justificativa necessária já que as normas gozam de presunção de validade e não se pode imaginar que o ato do legislador é relativo, é necessário a existência de controvérsia sobre a constitucionalidade da norma. E esta controvérsia supõe a existência de demandas que tenham incidentalmente a arguição de inconstitucionalidade da norma (MENDES, 1997).¹³

Numa sumarização momentânea, a ADC tinha, ao menos inicialmente, como fundamento a existência de uma controvérsia no sistema difuso de controle. O objetivo era justamente a cessação da controvérsia pela produção de decisão geral, abrangente, no controle concentrado. A utilidade da ADC seria a de produção de decisão uniforme sobre o entendimento da constitucionalidade da norma, encerrando a pluralidade de controvérsias judiciais.

Com essas características, a ADC recebeu a classificação crítica de ação de controle abstrato, e concentrado, confirmatória de constitucionalidade, e não de questionamento de constitucionalidade. Com a limitação do leque de legitimados (ver o item abaixo), outra afirmação crítica sobre a ADC é a de que seria ação de tutela do ordenamento na proteção do legislador, movida pelos interesses do Executivo e do Legislativo. Em alguns momentos chegou a ser considerada ação de ‘sobre-sanção’ de leis pelo judiciário. Como a maioria dos questionamentos sobre constitucionalidade de normas é justamente sobre o caráter potencialmente violador da produção do legislador, por sobre e contra a Constituição, a crítica doutrinária entendeu que a ADC representava a inversão desta lógica, com a precedência do legislador sobre os questionamentos ao legislador. Por fim, também a ADC seria ação de limitação do controle difuso. Esta limitação permitiria a supressão das vias de controle subjetivo pela predominância do controle objetivo da constitucionalidade (APPIO, 2005), (BRASILEIRO, 2016), (NETO, 2008), (ZAGREBELSKY, 2008), (MOTTA, 2009), (COSTA, 2012), (TORRES, 2019) e (YOKOHAMA, 2006).¹⁴

13 As tutelas de urgências possíveis na ADC são estruturadas a partir da premência de suspensão das decisões sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade no controle difuso. Assim, o pedido de liminar de ADC circula entre a possibilidade de suspensão da tramitação dos feitos que tenham identidade com aqueles que serviram de fundamento à propositura da ADC. Dito de outra forma, toda a controvérsia sobre a norma objeto da ADC, em tramitação nos juízos ou tribunais, exclusive o STF, podem ser suspensas em liminar.

14 A distinção utilizada como teoria de base foi elaborada por G. Zagrebelsky. Na obra *Derecho Dúctil* o autor faz a demonstração de que há sistemas jurídicos que têm a origem numa concepção de anterioridade dos direitos, notadamente direitos individuais, sobre a autoridade e por sobre o legislador. De maneira diferente, há sistemas jurídicos que colocam a vontade do legislador, ou vontade do soberano, como elemento antecedente aos direitos. Neste segundo modelo, os direitos individuais são decorrência da vontade do legislador (ZAGREBELSKY, 2008). Destes dois aportes teóricos há a aplicação aos sistemas de controle de constitucionalidade: sistemas de controle que têm como finalidade a tutela do ordenamento, como ordem

1 LEGITIMAÇÃO PARA A PROPOSITURA

Um dos elementos centrais das ações de controle abstrato é da legitimação para a propositura. Como as ações de controle têm os critérios de legitimidade decorrentes da lei, e não propriamente de aspectos materiais da situação jurídica do litígio, a EC nº 03, criadora da ADC, perfilhou rol de legitimados distinto àquele da ADI.

De maneira clara e objetiva, a EC nº 03 limitou o rol de legitimados à propositura da ADC à autoridades públicas do Estado. Ao contrário da lista de legitimados da ADI que tem a abertura aos agentes da sociedade e da coletividade, como OAB, Partidos, os legitimados ficaram restritos ao Executivo, Mesas do Legislativo e Ministério Público. A Lei nº 9.868 manteve o texto da EC nº 03. A alteração do rol de legitimados com o mesmo rol de legitimados da ADI somente se realizou com a EC nº 45, no ano de 2004.¹⁵

Lei 9.868	Texto da Constituição, já com a EC nº 03	Texto da Constituição, já com a EC nº 45
Art. 13. Podem propor a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal: I - o Presidente da República; II - a Mesa da Câmara dos Deputados; III - a Mesa do Senado Federal; IV - o Procurador-Geral da República.	Art. 103. § 4.º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.	Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: Igualou os legitimados das duas ações

2 OS DADOS CONSOLIDADOS DA ADC NOS 25 ANOS DE EXISTÊNCIA

De acordo com as estatísticas do STF, considerando o intervalo entre o ano de 2000 e a data de 20 de setembro, havia 62 ADCs protocoladas no STF (algumas com tramitação encerrada, outras ainda em tramitação). Os registros anteriores ao ano de 2000, de ações que não tramitaram após este ano, não constam das estatísticas do STF. Antes de 2000, e

do estado/legislador; sistemas de controle que têm como finalidade a tutela de direitos. Assim, sistemas de controle de tutela de direitos estruturam-se com formas processuais e instrumentos de tutela com o objetivo de proteção de direitos fundamentais contra a ação do Estado. Os conteúdos tutelados são posições e situações de defesa de direitos fundamentais. Os sistemas de tutela do ordenamento apresentam formas processuais e instrumentais que convergem para a defesa de razões do estado e da produção do legislador

15 Com o advento da constituição de 1988 a ADI ganhou nova sistemática com a ampliação do rol de legitimados e a inserção da ADI por omissão.

fora da planilha oficial do STF, há 05 outras ADCs que não aparecem nos registros estatísticos do Tribunal.¹⁶ Portanto, a experiência é de 62 ADCs no período entre 1993 e 20 de setembro de 2019, com situações variadas de decisões e aspectos de tramitação (STF, 2019).

Segundo as planilhas de estatísticas do STF, a última entrada é a da ADC nº 62, do mês de março do corrente ano. A última ADC, com alguma decisão, é a de nº 60, do ano de 2018. Portanto, as duas últimas ADCs encontram-se conclusas à relatoria (STF, 2019). Tomando-se ainda as ADCs da base de dados do STF, subtraindo-se tanto as 5 anteriores ao ano de 2000 quanto as duas ADCs que não tiveram decisão processada, e verificando o processamento e/ou decisões tomadas, vê-se que há o seguinte quadro:¹⁷

SubGrupo Decisão	Qtd.	%
Decisão em recurso interno	14	10,69%
Decisão Final	38	29,01%
Decisão Interlocutória	55	41,98%
Decisão Liminar	24	18,32%
Soma:	131	100

(STF, 2019)

Analisando-se as liminares concedidas das ações com tramitação, excluindo-se aquelas 5 anteriores ao ano de 2000, e as duas posteriores à ADC nº 60 (as ADCs N°s 61 e 62), o quadro é o seguinte:¹⁸

16 Embora sejam encontrados noutras base de dados do próprio STF. (STF, 2019).

ADC nº 01, 1993, proposta pelo PR, Mesas do Senado e Câmara	Constitucionalidade da Lei Complementar nº 70 - COFINS, e, curiosamente, artigos da própria EC nº 03
ADC nº 02, 1997, Proposta pela Associação Brasileira da indústria de embalagens plásticas flexíveis	Ilegitimidade ativa da associação para a propositura da demanda
ADC nº 03, 1997, proposta pelo PGR	Constitucionalidade da Lei nº 9.424, sobre salário-educação
ADC nº 06, 1998, proposta pela confederação dos servidores públicos do Brasil - CSPB e outros	Ilegitimidade ativa da confederação para a propositura da demanda
ADC nº 07, 1998, proposta pela Câmara municipal de Chorozinho e outro	Ilegitimidade ativa da entidade para a propositura da demanda

Elaborada a partir do (STF, 2019)

17 Contando-se na linha 'decisões finais' as 5 anteriores à 2000, há 43 decisões finais.

18 O art. 12 da Lei nº 9.868 está posicionado no texto como expediente para a ADI. O Tribunal fixou o entendimento da aplicação à ADC: Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após

Decisão Liminar	Qtd.	%
Adotado rito do Art. 12, da Lei 9.868/99	10	41,67%
Liminar deferida	6	25,00%
Liminar indeferida	6	25,00%
Liminar deferida em parte	1	4,17%
Liminar referendada	1	4,17%
Soma:	24	100,00%

Decisão liminar	Qtd.	%
Adotado rito do Art. 12, da Lei 9.868/99	10	41,67%
Liminar deferida	6	25,00%
Liminar indeferida	6	25,00%
Liminar deferida em parte	1	4,17%
Liminar referendada	1	4,17%
Soma:	24	100,00%

(STF, 2019)

Nas ADCs com decisão final, os dados consolidados são os seguintes:¹⁹

Decisão final	Quantidade	%
Procedente	16	33,33%
Negado seguimento	9	18,75%
Não conhecido	8	16,67%
Prejudicado / Homologada a desistência	4	8,33%
Questão de ordem	4	8,33%
Extinto o processo / Determinado arquivo	4	8,33%
Improcedente	1	2,08%
Procedente em parte	2	4,17%

Elaborada a partir dos dados do (STF, 2019)

O percentual de ADCs julgadas procedentes é de terça parte das ações julgadas – 33,33%. Os julgamentos de procedência parcial representam

a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

¹⁹ Incluídas as ações que não constam do banco estatístico do STF: ADCs N° 01, 02, 03, 06 e 07. Disponíveis no sítio do STF como acompanhamento processual (STF, 2019).

4,17%. O conjunto de procedência, incluindo-se geral e parcial será tratado como conjunto da “procedência geral”. Outro conjunto é aquele das ações com julgamento meritório. Este universo compreende as ações julgadas procedentes (parcial e total procedência) + as improcedentes. Tomando-se este conjunto, as ações com análise meritória representam 40% das ações com decisão final:

Total de ações	48
Com julgamento meritório	19
Percentual das ações com julgamento meritório no total das ações	40%

Elaborada a partir de (STF, 2019)

Os julgamentos de procedência e de procedência parcial, somando-se os dois grupos no conjunto geral “procedência geral (parcial ou total)”, conjunto geral que soma 16 ADCs com procedência total + 2 com procedência parcial, representam 38% do total das ações julgadas:

Ações julgadas	48
Procedência: total + parcial	18
Percentual procedência (total ou parcial) sobre o total de ADCs com decisão final	38%

Elaborada a partir dos dados do (STF, 2019)

A improcedência é de apenas 2,33% das demandas apresentadas. Ou, de outra maneira, isolando o universo de procedentes e improcedentes num conjunto ‘de decisões com análise meritória’, a improcedência corresponde ao seguinte percentual da análise meritória:²⁰

Com Julgamento Meritório	19
Improcedentes	1
Percentual improcedência no total julgamento meritório	5%

Elaborada a partir dos dados do (STF, 2019)

As ADCs com a parcialidade da procedência representam 11% das ações com julgamento meritório. As ADCs com procedência total representam 84% das ações com julgamento meritório:

Com julgamento meritório (somando-se procedentes parciais e totais, e improcedente)	19²¹	
Percentual da procedência total sobre as ADCs com julgamento meritório	84%	16 ações
Percentual da procedência parcial sobre as ADCs com julgamento meritório	11%	2 ações

²⁰ Há um dado que deve ser ressaltado. O número absoluto de ações julgadas improcedentes é de uma única ação (STF, 2019).

²¹ 1 ADC com o julgamento de improcedência.

Elaborada a partir dos dados do (STF, 2019)

Este percentual de ações com o julgamento da improcedência tem impacto na chamada natureza intercambiável dos efeitos entre ADI e ADC. Em suma, proposta a ADC e julgada a improcedência, tem-se como resultado a declaração da inconstitucionalidade da norma que estava em observação ou em fiscalização no controle. O baixo índice de improcedência torna esta hipótese de pouca utilização.²² O índice de ações sem a apreciação meritória, ou sem a conclusão de procedência, procedência parcial, ou improcedência, monta aos 60% do total de ações com encerramento de tramitação. Nesse percentual, após a análise dos dados do STF, entre os fatores determinantes para o encerramento sem a apreciação meritória há questões processuais como ilegitimidade ativa, perda de objeto, normas editadas antes de 1988, entre tantos.

Sobre os conteúdos das ADCs, num universo de 48 ADCs catalogadas pelo STF como ADCs da “listagem geral de decisões” (STF, 2019), a divisão dos blocos das matérias invocadas para o controle de constitucionalidade é a seguinte:²³

Matérias das 47 ADCs no quadro ‘listagem de decisões’		
direito administrativo e outras matérias de dir. público	28	60%
direito civil	1	2%
direito do trabalho	3	6%
direito eleitoral e proc. Eleitoral	4	9%
direito internacional	1	2%
direito penal e processo penal	3	6%
direito tributário	3	6%
registros públicos	1	2%
energia elétrica	1	2%
direito processual civil e do trabalho	2	4%
	47	100%

Elaborada com (STF, 2019)

²² No universo pesquisado, a ADC n° 33, de 2014, foi julgada improcedente. Esta ADC tinha por objeto a declaração de constitucionalidade de Decreto-legislativo: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n° 424/2013, do Congresso Nacional” (STF, 2014).

²³ Neste quadro não houve a inserção das 5 ADCs que não constam da planilha original disponível no sítio estatístico do STF. A inserção não foi realizada já que os critérios classificatórios seriam dos Autores, e não do STF.

No universo da planilha “aguardando julgamento” há o seguinte quadro:

Matérias das 22 ADCs no quadro ‘aguardando julgamento’		
direito administrativo e outras matérias de dir. público	15	68%
direito do trabalho	4	18%
direito internacional	1	5%
direito penal e processo penal	2	9%
	22	100%

Elaborada com base em (STF, 2019)

Há a concentração de matérias em blocos de direito público, com ocorrências restritas de matérias de direitos e garantias fundamentais, excluindo-se as matérias de organização do Estado, de organização dos poderes, da administração pública, e de tributos e orçamento. As expressões da classificação utilizada pelo sítio do STF podem despertar alguma ambiguidade como, por exemplo, as matérias catalogadas como direito do trabalho. Das 3 ADCs de direito do trabalho, 2 são discussões de constitucionalidade de normas de execução de sentenças. Outra, sobre a recepção de normas de direito internacional e o poder de denúncia do Executivo.

As matérias de direito penal e de direito processual penal guardam maior aderência aos temas de garantias e de direitos fundamentais. No universo mencionado acima, há ADCs buscando a tutela da presunção de inocência e com pedidos sobre a executoriedade da sanção penal após o trânsito em julgado. Ao se considerar a reunião das matérias de direito administrativo, tributário, serviços públicos e execução trabalhista o percentual chega a 72% das ADCs patrocinadas, com decisão final:

Descrição dos Conteúdos das ADCs	Total	% sobre o total
percentuais considerando dir. adm + dir. tributário	31	66%
percentuais considerando dir. adm + dir. tributário + energia elétrica	32	68%
percentuais considerando dir. adm + dir. tributário + energia elétrica + dir. trabalho	34	72%

Finalizando, os percentuais de participação de legitimados que figuram nas ações propostas é o seguinte:

Síntese estatística do STF sobre os Legitimados nas ADCs	Qtds./%
Legitimados - entidades políticas ou públicas	80
Total de legitimados - número de vezes que figuram como participantes diferentes sejam pessoas ou entidades	220
Percentual sobre o total de figuração de entidades sejam políticas ou públicas	36%

Elaborada a partir de (STF, 2019).

As defensorias públicas figuram 8 vezes, ou seja, 4% das figurações como participantes de ADCs. Os partidos políticos figuram em 8% das situações catalogadas. (STF, 2019).

3 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Os dados disponíveis indicam que a quantidade de ADCs protocoladas é inferior ao de outras ações, ou recursos, de controle de constitucionalidade. São 62 ações, quantidade diferente dos Recursos Extraordinários e ADIs. No universo das ações, 38% contam com decisão final. É destacável que, dentre as ADCs com decisão final, o índice de ações com conclusão sem análise meritória é de 60%.

Ainda sobre as ações com decisões não meritórias, o descarte de demandas, sem julgamento do mérito, inclui números significativos de 'não conhecidas', ou 'negado o seguimento'. Os percentuais deste descarte chegam a 35% das ações com decisão final.

Esses números sugerem um problema de manejo na ação de controle. O alto grau de descarte, de cada 10, 6 descartes, indica algum grau de incompreensão sobre a natureza e a utilidade da ADC.

A comparação de 38 ações com decisão final, dentre as 62, o percentual de solução final é de 61%. Porém, há estoque de 24 ADCs aguardando decisão final e, dessas, 2 que sequer tiveram o impulso de qualquer decisão – seja interlocutória, seja liminar.

A análise das ADCs com improcedência mostra que o intercâmbio de efeitos, entre ADI e ADC, é de rara ocorrência, ao menos no sentido de ADC improcedente que resulta em declaração da inconstitucionalidade. De outro lado, há alto grau de procedência das demandas proposta que alcançam a fase de análise meritória. A improcedência não chega a duas casas percentuais.

Os dados disponíveis no sítio de estatística do STF sugerem a participação significativa dos legitimados classificados como autoridades políticas, ou autoridades públicas do Estado no patrocínio de ADCs. Isso sugere, inicialmente, participação de agentes do Estado, entendendo-se esta expressão em sentido amplo, com interesses na confirmação de normas editadas pelo poder público.

O dado de legitimados, se conectado ao conteúdo das ações, por natureza da matéria envolvida, chega-se à conclusão que a ADC é concentrada em matérias de organização do Estado, da administração e normas tributárias. Há a predominância de confirmação, pelo alto percentual de procedência, de ADCs como confirmação de constitucionalidade de normas, ou de exigências do poder público.

Os dados sugerem, portanto, que a ADC é ação de controle do ordenamento, em sentido estrito e objetivo, com pouca adesão à finalidade de ação de controle para a tutela, por exemplo, de direitos fundamentais. Os dados sugerem que a ADC se inclina ao perfil de ação de confirmação da vontade do legislador, em assuntos de interesse do Estado e dos poderes públicos, e muito raramente ao perfil de confirmação de posições fundamentais, garantias fundamentais, ou direito fundamentais expostos e disciplinados em normas legisladas.

REFERÊNCIAS

APPIO, E. *Controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. Passim.

ATALIBA, G. Ação declaratória de constitucionalidade. *RIL*, 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176221>>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASILEIRO, O. C. D. C. N. D. Luís Roberto Barroso. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Legislação*, 1993. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1993/emendaconstitucional-3-17-marco-1993-354966-exposicaoemotivos-148806-pl.html>>. Acesso em: set. 24 2019.

COSTA, T. M. B. D. *SÚMULA VINCULANTE: AELEMENTO ACIRRADOR DA TENSÃO ENTRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A DEMOCRACIA*, 2012. Disponível em: <https://maxwell.vrac.puc-rio.br/20456/20456_1.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019.

LOPES, S. R. P. Ação declaratória de constitucionalidade e semiótica jurídica: uma nova visão da supremacia constitucional. *RIL*, 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/585>>. Acesso em: 24 set 2019.

MACIEL, A. F. Observações sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil. *RIL*, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/441>>. Acesso em: 24 set. 2019.

MENDES, G. F. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *RIL*, 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176316>>. Acesso em: 24 set. 2019.

MENDES, G. F. O poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade. *RIL*, 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220>>. Acesso em: 24 set. 2019.

MOTTA, S. *Capítulo 1 – Introdução ao Estudo do Controle de Constitucionalidade das Leis*, 2009. Disponível em: <<https://sciencedirect.com/science/article/pii/B9788535233421500294>>. Acesso em: 26 set. 2019.

NETO, I. D. C. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2008. passim.

RODRIGUES, N. T. D. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as Leis 9.868/99 e 9882/99. *RIL*, 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/657>>. Acesso em: 19 set. 2019.

STF. *ADC 01. Serviço de jurisprudência - STF*, 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=881>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

STF. *ADC nº 33. STF - processos - acompanhamento processual*, 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4582280>>. Acesso em: 23 set. 2019.

STF. *Acompanhamento processual - ADI*, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 19 set. 2019.

STF. *Estatísticas do STF - ADC*. STF, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adc>>. Acesso em: 20 set. 2019.

TORRES, S. A. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade – atual tendência do STF*, 2019. Disponível em: <<http://ri.ucesal.br:8080/jspui/handle/prefix/633>>. Acesso em: 26 set. 2019.

YOKOHAMA, A. O. *Dimensão positiva da proporcionalidade no controle concentrado de constitucionalidade perante o STF na CF/88 - superação do dogma do legislador negativo*. 2006. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7141>>. Acesso em: 26 set. 2019.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madri: Trotta, 2008. passim.

A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL
DA UNIÃO PERANTE O SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL (ADI 3239/DF) EM
DEFESA DA JURIDICIDADE DAS TERRAS
OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS
COMUNIDADES DOS QUILOMBOLAS

*THE ACTION OF THE FEDERAL ATTORNEY(AGU) BESIDE
OF THE SUPREME COURT (ADI 3239/DF) IN DEFENSE OF
THE JURIDICITY OF THE LANDS OCCUPIED BY REMAINING
OF THE QUILOMBOLAS COMMUNITIES*

Rodrigo Araújo Ribeiro

*Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Procurador Federal em Belo Horizonte/
MG, Coordenador da EAGUMG (1ª Região)*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A constitucionalização do direito administrativo e a (re) definição do papel da administração pública. 2 O papel da Advocacia-Geral da União na efetividade do princípio da juridicidade após a Constituição Federal de 1988. 3 A defesa judicial do princípio da juridicidade do decreto n. 4.887/2003 que regulamenta o procedimento para titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos perante o Supremo Tribunal Federal. 4 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente ensaio visa trazer uma análise reflexiva da efetividade do Princípio da Juridicidade e o papel da Advocacia-Geral da União na defesa da sua aplicação perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 3239/DF).

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal de 1988. Efetividade do Princípio da Juridicidade. Atuação Proativa da Advocacia-Geral da União no STF.

ABSTRACT: This essay aims to bring a reflexive analysis of the effectiveness of the Principle of Juridicity and the role of the Federal Attorney (AGU) beside of the Supreme Court (ADI 3239/DF).

KEYWORDS: Federal Constitution of 1988. Effectiveness of the Principle of Juridicity. Proactive Performance of the Federal Attorney Beside of the Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A inserção do Capítulo IV, “Das Funções Essenciais à Justiça”, e da Seção II, “Da Advocacia Pública”, dentro do Título IV, “Da Organização dos Poderes”, na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pela EC n. 19, de 04 de junho de 1988, assentou a defesa do interesse público primário pela Advocacia-Geral da União.

No atual momento pós-positivista do Direito, aliado à reconhecida força normativa da Constituição - não meramente diretriz abstrata direcionada ao legislador - reconhece-se a centralidade da Constituição dentro de um discurso voltado para a proteção dos direitos fundamentais e elaborado dentro de uma sociedade democrática regida por valores fixados na Carta Constitucional e internalizados por meio dos princípios jurídicos - normas jurídicas dotadas de efetividade.

Dentro deste contexto, a promulgação da Constituição da República de 1988 trouxe novas perspectivas para a sociedade brasileira no tocante à legitimação das Ações Afirmativas por meio do Princípio da Juridicidade que permite a aplicação direta e imediata das normas constitucionais pela Administração Pública, permitindo a realização dos objetivos constitucionais elencados no seu Artigo 3º e incisos I, II, III, IV.

Buscar-se-á, neste artigo, trazer à baila o papel constitucional da Advocacia-Geral da União na defesa do Princípio da Juridicidade nas ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI n. 3239), notadamente, na constitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003 que regulamenta o procedimento para titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas.

Antes, porém, far-se-á necessário tecer um breve panorama em torno da constitucionalização do direito administrativo e da (re) definição do papel da Administração Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A (RE) DEFINIÇÃO DO PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A (re) construção do Direito constitucional com a nova hermenêutica ocorreu após a segunda metade do século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, causando uma mudança estrutural e significativa na teoria da Constituição e do Estado.

No segundo Estado de Direito constitucional, já do século XX, de conteúdo jurídico - objetivo dos direitos fundamentais traduzido em uma tábua de valores, da inexistência da separação clássica dos poderes e de inter-relação entre o cidadão, a sociedade e o Estado, a Constituição

passa a ser o ordenamento jurídico fundamental do estado e da sociedade (Konrad Hesse, 1919-2005).

A reafirmação do poder constituinte ocorrido em meados do século XX, a partir da Constituição de Weimar de 1919, possibilitou a afirmação da legalidade constitucional que limitou a supremacia do parlamento fundado sobre o princípio da maioria e da vontade do povo através das limitações decorrentes dos princípios jurídicos constitucionais.¹

Se a velha hermenêutica constitucional, regida pelo positivismo lógico-formal, havia a subsunção do texto constitucional ao fato concreto, e a Constituição, por seu turno, era concebida como formalista, fechada e com seu sentido formal coincidente com seu sentido material, a nova hermenêutica constitucional, inspirada por uma teoria material de valores e cujo ponto culminante se alcança mediante o conceito de concretização (Frederich Müller, 1938), a sua força normativa aparece, simultaneamente, no texto e na realidade em constante reconstrução. Segundo Müller:

‘Concretizar’ não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, ‘individualizar’ uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual ‘mais restrito’. Muito pelo contrário, ‘concretizar’ significa: produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.²

Esse percurso dará azo ao surgimento do sistema constitucional como expressão elástica e flexível, permitindo perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambivalência social causada pelos movimentos de renovação e antagonismo à escola positivista.

Nesse trajeto, vários autores alemães tiveram papel de destaque na fixação de novos rumos impostos ao Direito constitucional, tendo por base a *Tópica* e a *Nova Hermenêutica*, dentre eles, Theodor Viehweg, com *Tópica e Jurisprudência*, estampado em 1953; Martin Kriele, com *Teoria da Produção Jurídica*, de 1967; Joseph Esser, com *Pré-compreensão*

1 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros dias*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 160.

2 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129-130.

e *Escolha dos Métodos na Aplicação do Direito*, de 1970; Friedrich Müller, com *Metódica Jurídica*, de 1971.³

Assim, no atual momento pós-positivista do Direito, aliado à reconhecida força normativa da Constituição - não meramente diretriz abstrata direcionada ao legislador - reconhece-se a centralidade da Constituição dentro de um discurso voltado para a proteção dos direitos fundamentais e elaborado dentro de uma sociedade democrática regida por valores fixados na Constituição e internalizados por meio dos princípios jurídicos - normas jurídicas dotadas de efetividade.

Luis Roberto Barroso, discorrendo sobre a constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo, sustenta que esta ideia de constitucionalização do direito relaciona-se a um efeito expansivo das normas constitucionais e cujo conteúdo, material e axiológico, se irradia com força normativa por todo o sistema jurídico e, especificamente quanto à Administração Pública, esta constitucionalização:

- i) limitar-lhe a discricionariedade e;
- ii) impor a ela deveres de atuação, ainda;
- iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente do legislador ordinário.⁴

Ainda, segundo Barroso, a enunciação expressa dos princípios do Direito Administrativo pela Constituição Federal de 1988, notadamente, após a Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998, acrescentando o princípio da eficiência ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, possibilitou a alteração da qualidade das relações entre Administração e administrado mediante a superação dos paradigmas tradicionais.⁵

Pode-se entender, em conclusão, que neste ambiente de constitucionalização do direito administrativo e de alteração das relações sociais, a relevância do papel do Executivo se torna evidente e essencial

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 584.

4 BARROSO, Luis Roberto Barroso. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 32-33.

5 Para Barroso, neste novo estágio, supera-se a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, podendo e devendo atuar por fundamento direito na Constituição, independentemente de qualquer manifestação do legislador ordinário. Assim, o princípio da legalidade transmuda-se em princípio da constitucionalidade ou, mais propriamente, em princípio da juridicidade. (BARROSO, 2008, op. cit., p. 49-50)

na aplicação direta da norma constitucional bem como na aplicação de norma infraconstitucional mediante atribuição de sentido compatível com a realização dos fins constitucionais, o que levará a uma interpretação conforme a Constituição.

2 O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já foi discorrido em outros trabalhos deste articulista, a integração da Advocacia-Geral da União no rol de instituições públicas elevadas à categoria de Funções Essenciais à Justiça no Capítulo IV – mas não no nos Capítulos que tratam dos Poderes da República (Capítulos I, II e III) da Constituição Federal de 1988 - demonstra, inequivocamente, a importância desta instituição da República na defesa dos interesses públicos primários.

Dessa maneira, visando sempre a concretização da Justiça, a Advocacia-Geral da União não está inserida dentro de um ou outro dos Poderes do Estado, mas englobada dentro de um bloco único juntamente com as instituições públicas do Ministério Público e a Defensoria Pública, como se constituíssem um quarto poder dentro do Título IV da Constituição.

Para Junqueira Ramos, quando o legislador constitucional de 1988 qualificou a Advocacia-Geral da União como uma instituição, pretendeu que sua atuação não fosse simplesmente como um órgão da Administração Pública, ressaltando que:

O constituinte de 1988 manteve, de um lado, os três Poderes tradicionais, segundo o clássico modelo pensado por Montesquieu, bem assim as funções respectivas de legislar, executar e julgar. Paralelamente, criou as Funções Essenciais à Justiça, entre essas a Advocacia-Geral da União que, sem características de Poder orgânico, tem por objetivo de atuar diretamente na representação da União Federal, prestando consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo com independência.⁶

Em que pese o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 470/AM⁷, no sentido da limitação técnica do Advogado

6 RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 35.

7 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 470 AM, Rel. Min. Ilmar Galvão. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=470&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 11 out. 2018.

Público, havendo necessidade de autorização do seu superior hierárquico para reconhecimento de direito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera duas conquistas do direito público contemporâneo: o sistema de participação política e o sistema de Funções Essenciais à Justiça, aperfeiçoado com as garantias para uma atuação independente.⁸

Sob essa ótica e dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, cabe à Advocacia-Geral da União exercer seu profícuo papel de zelar pela legalidade dos atos administrativos da União Federal, alertando ao Administrador Público sobre o descompasso da aplicação da lei (dentro da seara administrativa) ou provocando os órgãos do Poder Judiciário para colocar o Estado dentro do passo correto do direito e da juridicidade.

Ressalte-se aqui a manifestação do Advogado-Geral da União pela procedência da ADI 4.249/SP, em que foi impugnada a Lei n. 13.521/09 do Estado de São Paulo, que proíbe o consumo de cigarros em áreas de uso coletivo. Defendeu-se, em parecer favorável à inconstitucionalidade formal da lei paulista, o argumento de que se já existe lei federal sobre o tema, o ato normativo estadual invadiu a competência da União para dispor sobre normas gerais (Competência concorrente – Art. 24, XII, § 2º e § 4º da CF/88).⁹

Após vários debates nos votos proferidos na ADI 3916/DF¹⁰, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que o Advogado-Geral da União, enquanto chefe de uma instituição constitucional que exerce função essencial à Justiça, pode manifestar-se pela defesa ou não do ato normativo abstratamente impugnado perante a Corte, de acordo com sua convicção jurídica a respeito do tema e sem ferir o imperativo constitucional determinado pelo Artigo 103, § 3º da Constituição Federal.¹¹

Por vezes, como curador da presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado, o Advogado-Geral da União poderá manifestar-se, no mérito, pela procedência ou improcedência do pedido de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, trazendo os argumentos técnicos capazes de justificar a medida de política pública aplicada

8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 72-102, out./dez., 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175998/000466608.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

9 MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 218.

10 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3916 DF, Rel. Min. Eros Grau. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3916&classe=AD>>. Acesso em: 16 out. 2018.

11 Prescreve o Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

e questionada no Poder Judiciário. Por vezes, esses argumentos são suficientes para auxiliar o julgador no conhecimento dos aspectos técnicos das demandas, o que se torna importante no âmbito da fiscalização abstrata de inconstitucionalidade.¹²

Segundo Berlandi, a atuação do Advogado de Estado deve zelar não simplesmente em prol da legalidade, mas prevalência do “bom direito”, sendo, ainda, *custos legis* – atribuição que não somente cabe aos membros do Ministério Público – na medida em que cumpre fiscalizar a lei ao controlar os atos da administração via emissão de pareceres vinculantes e súmulas administrativas.¹³

Verifica-se, portanto, que o papel da Advocacia-Geral da União deve ser pautado pelas balizas da advocacia do Estado em defesa da sociedade, da ordem jurídica e do interesse público, mas não simplesmente uma advocacia de Governo, restrita à defesa do interesse de um governo transitório. Nesse sentido, expressa-se Junqueira Ramos:

Por isso, dentro do enfoque da advocacia de Estado e não de governo, é importante rememorar que os Procuradores Públicos não estão submetidos à hierarquia administrativa de qualquer dos Poderes do Estado e, nas palavras de Derly Barreto e Silva Filho, não recebem ordens de quem quer que seja. Afinal, exercem função essencial à justiça, controlando os atos administrativos sob a ótica da legalidade, legitimidade e da licitude, preservando, promovendo e assegurando os interesses públicos primários entregues à cura do Estado, misteres que não podem ficar condicionados à relação de subordinação administrativa.¹⁴

Diante dessas premissas, a Advocacia-Geral da União vem atuando nas Ações Afirmativas propostas perante o Supremo Tribunal Federal e defendendo, com afinco, a aplicabilidade direta da Constituição pela Administração Pública, bem como a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, conformando-lhes o sentido e o alcance, como se verá neste artigo.

12 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Advocacia pública e política pública*. Disponível em: <<http://biblioteca.jfjb.jus.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/41/41>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

13 BELANDI, Victor César. Advocacia de estado ou de governo?: reflexões sobre a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do estado. *Revista da AGU*, Brasília, ano 14, n.03, p. 231-260, jul./set., 2015.

14 RAMOS, op. cit., p. 75.

3 A DEFESA JUDICIAL DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE DO DECRETO N. 4.887/2003 QUE REGULAMENTA O PROCEDIMENTO PARA TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em que pese o Brasil ser signatário da *Comissão Internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial* que foi aberta à assinatura em Nova York, sendo firmada pelo Brasil aos 07 de março de 1966, aprovado por Decreto Legislativo (n. 23, de 21 de junho de 1967), depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, aos 27 de março de 1968, e com entrada em vigor em conformidade com seu artigo 19, aos 04 de janeiro de 1969, ainda se caminha a passos lentos para a implementação das ações afirmativas em favor do negro.¹⁵

Dando uma perspectiva realista do contexto discriminatório da sociedade brasileira, mesmo após a promulgação da citada Convenção Internacional (*Decreto Presidencial n. 65.810, de 08 de dezembro de 1969*), aponta Souza Cruz:

Neste sentido, no campo penal, as normas repressivas previstas nas Leis n. 7.716/89 e 9.458/97 permanecem quase em desuso. No aspecto laboral, permanecem, ainda, exigências de “boa aparência” pelo mercado de trabalho. Mantém-se também, violência policial, fato denunciado recentemente pela Ouvidoria de Polícia do Estado de São Paulo. O estudo revelou que as vítimas de homicídios praticados por policiais, especialmente com tiros pelas costas ou na cabeça, são desproporcionalmente maiores quando se trata de pretos e pardos.¹⁶

Apesar da lentidão na concretização da implementação das ações afirmativas, inegável o avanço e efetivação de algumas medidas eficazes dentro do estado democrático e social de direito brasileiro.

No âmbito legislativo, a Lei Federal n. 7.668, de 22 de agosto de 1988, com as alterações efetuadas pela Medida Provisória n. 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, autorizou o Poder Executivo a criar a Fundação Cultural Palmares (FCP) para promover e apoiar eventos com o objetivo de interação cultural, social, econômica e política do negro no contexto social do país (art. 2º, I), bem como a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombolas, procedendo ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas (art. 2º, III).

15 Disponível em: <www2.camara.leg.br>.

16 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009. p. 206.

O ordenamento jurídico brasileiro avançou ao promulgar o *Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010)* dando sequência e efetividade às disposições integrantes da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial.

A referida Lei 12.288/2010, destinada a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos éticos individuais, coletivos e difusos, o combate à discriminação e às demais formas de intolerância ética (art. 1o, caput), trouxe, ainda, alterações na *Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989*, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.

No âmbito do Executivo, o Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003, “regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombolas de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, bem como regulamentou a Lei federal n. 7.668, de 22.08.2001.

Ainda, foi implementada Ações Afirmativas em favor dos negros pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, que decretou e sancionou a lei 12.519, de 10 de novembro de 2011. Assim, foi instituído no Estado brasileiro o Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra, com data fixada para o dia 20 de novembro, referência do dia do falecimento do líder Zumbi dos Palmares.

Em sequência, o IPHAN, Instituto responsável pela preservação do Patrimônio Cultural brasileiro, fez incluir o CAIS DO VALONGO, localizado na cidade do Rio de Janeiro, como o 21º Patrimônio Histórico brasileiro da humanidade – UNESCO.

Na seara judicial, decisões importantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstram que o Poder Judiciário vem assumindo um importante papel na sustentação das políticas públicas de caráter inclusivo e de índole compensatória em favor de grupos sociais faticamente excluídos traçadas pelo Poder Executivo e Legislativo dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Dentre algumas decisões, ressalte-se a *ADI n. 3239/DF*, em favor da constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas em cumprimento ao comando constitucional previsto no art. 68 do ADCT.

Em defesa da proteção e da efetivação da Política Pública de reconhecimento, delimitação e demarcação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades ocupadas previstas no Decreto n. 4.887/2003, o Advogado-Geral da União, nos termos do já mencionado

artigo 103, § 3º da Constituição Federal, manifestou-se pela improcedência da *ADI n. 3239/DF*, nos seguintes termos abaixo reproduzidos, *verbis*:

[...]

Caso não acolhidas as preliminares suscitadas, entende o Advogado-Geral da União que o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade é improcedente, tendo em vista sua indiscutível compatibilidade com a legislação que lhe dá fundamento e, principalmente, com a Constituição Federal¹⁷ (grifo nosso).

Utilizando-se dos argumentos desenvolvidos e apresentados pela Advocacia-Geral da União, decidiram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski e nos termos do voto do Ministro Relator, César Peluso, julgar improcedente a ação. Reprise-se trechos da Ementa da decisão, aqui reproduzida:

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84, IV E VI, “A”, DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, CAPUT E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, CAPUT E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Ato normativo autônomo, a retirar diretamente da Constituição da República o seu fundamento de validade, o Decreto nº 4.887/2003

17 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3239 DF, Rel. Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

apresenta densidade normativa suficiente a credenciá-lo ao controle abstrato de constitucionalidade.

[...]

4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa.

5. Disponíveis à atuação integradora tão-somente os aspectos do art. 68 do ADCT que dizem com a regulamentação do comportamento do Estado na implementação do comando constitucional, não se identifica, na edição do Decreto 4.887/2003 pelo Poder Executivo, mácula aos postulados da legalidade e da reserva de lei. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 84, IV e VI, da Constituição da República.

[...]

7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a “consciência da própria identidade” como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal.

8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida. O conceito vertido no art. 68 do ADCT não se aparta do fenômeno objetivo nele referido, a alcançar todas as comunidades historicamente vinculadas ao uso linguístico do vocábulo quilombo. Adequação do emprego do termo

“quilombo” realizado pela Administração Pública às balizas linguísticas e hermenêuticas impostas pelo texto-norma do art. 68 do ADCT. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, do Decreto 4.887/2003.

[...]

10. O comando para que sejam levados em consideração, na medição e demarcação das terras, os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades quilombolas, longe de submeter o procedimento demarcatório ao arbítrio dos próprios interessados, positiva o devido processo legal na garantia de que as comunidades tenham voz e sejam ouvidas. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto 4.887/2003.

11. Diverso do que ocorre no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º – a Constituição não reputa nulos ou extintos os títulos de terceiros eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de modo que a regularização do registro exige o necessário o procedimento expropriatório. A exegese sistemática dos arts. 5º, XXIV, 215 e 216 da Carta Política e art. 68 do ADCT impõe, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, seja o processo de transferência da propriedade mediado por regular procedimento de desapropriação. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003¹⁸ (grifo nosso).

Constata-se que, no referido Parecer técnico encaminhado pela Advocacia-Geral da União, foi ressaltado que os atos do Poder Público, notadamente, o Decreto n. 4.887/2003, não invadiu esfera à lei, mas regulou o comportamento do Estado na implementação do comando constitucional previsto no Artigo 68 do ADCT. Houve, portanto, mero exercício do poder regulamentar da Administração, nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI, da Constituição federal. Senão vejamos alguns trechos, *verbis*:

[...] “*Desta forma, o critério de identificação da ‘auto-atribuição’ fixado pela norma do art. 2º do Decreto n. 4.887, de 2003, não incorre em*

18 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3239 DF, Rel. Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

inconstitucionalidade. Antes, à luz da norma constitucional regente (art. 215 e art.216, da CF C/C Art. 68 do ADCT), que em sua ‘relativa’ indefinição quanto aos critérios a serem adotados nesse processo de reconhecimento, ele busca o conceito de quilombos nos métodos oferecidos pela Antropologia”.

[...]

Neste sentido, têm os juristas se valido dos conhecimentos antropológicos para precisar, ao máximo, o conceito de ‘remanescentes as comunidades dos quilombos’, definindo o sentido e o alcance da norma do art. 68 do ADCT.

[...]

O Decreto n. 4.887, de 2003, no art.2º c parágrafos, de forma irreparável, adotou esses critérios, não havendo portanto, cogitar-se de inconstitucionalidade. Ademais, o Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulgou a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, adota o critério da ‘consciência’ como critério fundamental para determinação da identidade indígena e tribal (art. 1º; 2), o que implica a recepção, em nível legal, do mesmo critério adotado pelo Decreto n. .887, de 2003, c, por conseguinte, sua constitucionalidade e legalidade¹⁹ (grifo nosso).

Note-se que o Decreto n. 4.887/2003, expedido pelo Poder Executivo no seu exercício pleno do seu poder regulamentar e nos limites estabelecidos pelo art. 84, VI da Constituição Federal, fez, tão somente, regulamentar diretamente o comportamento administrativo estatal para implementação do comando constitucional previsto no art. 68 do ADCT que estabelece que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Não há, portanto, neste ambiente de constitucionalização do direito administrativo e de alteração das relações sociais entre Administração e Administrado, impedimento à aplicação direta do art. 68 do ADCT, por Decreto, para conferir efetividade direta à norma constitucional e realização máxima dos fins constitucionais mediante uma interpretação conforme a Constituição.

19 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3239 DF, Rel. Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça da União*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2227157>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

Discorrendo sobre a legitimidade da regulação administrativa por meio da deslegalização das matérias, Sérgio Guerra desenvolve sua tese de reflexividade administrativa como nova fórmula para viabilizar a escolha regulatória de pensar a situação concreta para a construção da escolha administrativa concernente com o atual papel do direito administrativo e preservando-se a vontade da Constituição. Neste sentido salienta:

A escolha administrativa em sede de regulação de subsistemas permeados pelo sistema social revela-se uma necessidade do Estado pós-moderno, um expediente atenuador e de cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo. Desta forma, sustentou-se que a categoria ‘regulação administrativa’ se apresenta como uma nova etapa, uma real evolução do processo de mutação da escolha administrativa, que poderá ser legitimada e conformada ao contexto jurídico-constitucional brasileiro por meio da deslegalização de matérias, a conviver com as regras constitucionais e com a primeira fonte normativa ordinária: a lei.

Quando se cogitou a aplicação da deslegalização, não se quis sustentar a retirada da base legalitária para a atuação das entidades administrativas na regulação de atividades econômicas e setores sensíveis à sociedade – saúde, vigilância sanitária etc. O que se buscou perfilhar foi a autorização, prevista na própria norma primária, para que entes descentralizados do poder público possam complementar o marco regulatório de determinado subsistema especializado sem estar atrelado às poucas situações previstas – caso eventualmente detalhadas – anteriormente pela lei.²⁰

Para Bertolini, citando Jorge Miranda, “a garantia da constitucionalidade [...] afere-se perante cada comportamento de órgãos do poder político ou, mediatamente, perante cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição; e significa que nesta relação ou situação prevalece a norma constitucional que sobre ela incide”.²¹

Em realidade, a defesa judicial da Advocacia-Geral da União em favor do Decreto n. 4.887/2003 e da concretização da política

20 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 263.

21 BERTOLINI, Lia Beatriz Carvalho. *Jurisdição constitucional como garantia para a proteção dos direitos fundamentais: uma análise comparada para modelos de controle de constitucionalidade*. Publicações da Escola da AGU, Brasília, ano 09, n.01, p. 47-66, jan./mar. 2017.

pública de reconhecimento da propriedade das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombolas vai de encontro com o compromisso da Constituição Federal de 1988 de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CF). Há, com efeito, convergência com as dimensões da luta pelo reconhecimento expressa no fator de determinação da identidade distintiva de grupo étnico-cultural, bem como pela demanda por justiça socioeconômica, de caráter redistributivo aqui pontualmente compreendida no fator de medição e demarcação das terras.

A defesa judicial da aplicação das ações afirmativas pela Advocacia Pública da União, perante o Supremo Tribunal Federal, ajuda a concretizar a ideia de luta pelo reconhecimento, entendida como num quadro de interpretação intersubjetivo crítico de processos de evolução social, somente podendo ser caracterizada de social à medida em que seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a se tornar a base de um movimento coletivo. Neste contexto, delimitando este conceito social, Honneth sustenta:

Dessa delimitação categorial já resulta um primeiro conceito preliminar e rudimentar do que deve ser entendido por luta social no contexto de nossas considerações: trata-se de um processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento.²²

No presente caso específico em que se coloca em xeque o Princípio da Juridicidade, a participação da advocacia pública da União foi decisiva para dar sustentabilidade à concretização da política pública mediante a defesa da aplicação da ação afirmativa por ato jurídico do Poder Executivo (Decreto n. 4.887/2003).

4 CONCLUSÃO

De todo o exposto, constatou-se que a Advocacia-Geral da União vem cumprindo seu papel institucional e independente na realização do “bom Direito” e na defesa da aplicação das Políticas Públicas, notadamente, após a Constituição Federal de 1988.

²² HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a garantia moral dos conflitos sociais*. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 257.

Ainda, verificou-se que a Advocacia-Geral da União vem exercendo com relevância sua função constitucional em defesa do Princípio da Juridicidade e, com efeito, das ações afirmativas em favor das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombolas perante o Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto Barroso. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BELANDI, Victor César. Advocacia de estado ou de governo?: reflexões sobre a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à administração do Estado. *Revista da AGU*, Brasília, ano 14, n.03, p. 231-260, jul./set., 2015.

BERTOLINI, Lia Beatriz Carvalho. Jurisdição constitucional como garantia para a proteção dos direitos fundamentais: uma análise comparada para modelos de controle de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, ano 09, n.01, p. 47-66, jan./mar., 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a garantia moral dos conflitos sociais*. 2. ed. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Advocacia pública e política pública*. Disponível em: <<http://biblioteca.jfbp.jus.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/41/41>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodium, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.29, n. 116, p. 72-102, out./dez., 1992.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.