

REFORMA DO ESTADO SOCIAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES
CARLOS BLANCO DE MORAIS
CESAR CUNHA CAMPOS

ADLER LUIS DA NÓBREGA
ALEXANDRE SICILIANO
ALEXANDRE ZAVAGLIA
ALICE OLIVEIRA DE SOUZA
ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA
ATALÁ CORREIA
CARLA FERNANDA CRUZ
CARLOS BLANCO DE MORAIS
CAROLINA ÂNGELO MONTOLLI
CLAUDIO LOTTENBERG
CRISTIANE GUIMARÃES
DAVID DUARTE
DOMINGOS FARINHO
ELIVAL DA SILVA RAMOS
EMMELIN DE OLIVEIRA
FERNANDA CLÁUDIA ARAÚJO
FERNANDO LEAL DA COSTA
IAN GOLDIN
JOÃO CARLOS LOUREIRO
JOÃO LOUREIRO
JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
JOSÉ ANTÔNIO DA FONSECA
JOSÉ DAVI CAVALCANTE
JOSÉ LEOVIGILDO COELHO
JOSÉ ROBERTO AFONSO
JULIANA LOSS
LAURA SCHERTEL MENDES
LEONARDO BUÍSSA
LEVI BORGES
LUCAS BEVILACQUA
LUIS FELIPE SALOMÃO
LUIZ WAMBIER
MANOEL GONÇALVES
MARCELO REBELO DE SOUSA
MARILDA SILVEIRA
MAURO CAMPBELL
MIGUEL NOGUEIRA BRITO
NEFI CORDEIRO
PAULO DE TARSO SANSEVERINO
PAULO GUSTAVO GONET
PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ
PEDRO MONIZ LOPES
RICARDO CAMPOS
RICARDO CUEVA
ROBERTO AZEVÊDO
SOFIA RANCHORDÁS
TARCISIO VIEIRA
VASCO DO CANTO MONIZ

REFORMA DO ESTADO SOCIAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES
CARLOS BLANCO DE MORAIS
CESAR CUNHA CAMPOS

ADLER LUIS DA NÓBREGA
ALEXANDRE SICILIANO
ALEXANDRE ZAVAGLIA
ALICE OLIVEIRA DE SOUZA
ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA
ATALÁ CORREIA
CARLA FERNANDA CRUZ
CARLOS BLANCO DE MORAIS
CAROLINA ÂNGELO MONTOLLI
CLAUDIO LOTTENBERG
CRISTIANE GUIMARÃES
DAVID DUARTE
DOMINGOS FARINHO
ELIVAL DA SILVA RAMOS
EMMELIN DE OLIVEIRA
FERNANDA CLÁUDIA ARAÚJO
FERNANDO LEAL DA COSTA
IAN GOLDIN
JOÃO LOUREIRO
JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
JOSÉ ANTÔNIO DA FONSECA
JOSÉ DAVI CAVALCANTE
JOSÉ LEOVIGILDO COELHO
JOSÉ ROBERTO AFONSO
JULIANA LOSS
LAURA SCHERTEL MENDES
LEONARDO BUISSA
LEVI BORGES
LUCAS BEVILACQUA
LUIS FELIPE SALOMÃO
LUIZ WAMBIER
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
MARCELO REBELO DE SOUSA
MARILDA SILVEIRA
MAURO CAMPBELL
MIGUEL NOGUEIRA BRITO
NEFI CORDEIRO
PAULO DE TARSO SANSEVERINO
PAULO GUSTAVO GONET
PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ
PEDRO MONIZ LOPES
RICARDO CAMPOS
RICARDO CUEVA
ROBERTO AZEVÊDO
SOFIA RANCHORDÁS
TARCISIO VIEIRA
VASCO DO CANTO MONIZ



Fundadores

Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco

Direção

Francisco Schertel Mendes

Coordenação Científica

Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco | Francisco Schertel Mendes

Coordenação Acadêmica

Alexandre Zavaglia P. Coelho | Jairo Gilberto Schafer | Sérgio Antônio Ferreira Victor | Atalá Correia

Coordenação Executiva

Gabriela Jardim | Cintia Lima



Presidente do Departamento de Ciências Jurídico-Políticas e

Coordenador científico do Centro de Investigação de Direito Público da FDUL

Carlos Blanco de Moraes

Presidente ICJP

Prof^a. Doutora Maria Luísa Duarte

Vice-Presidente ICJP

Prof^a. Doutora Carla Amado Gomes

Vice-Presidente ICJP

Prof. Doutor João Tiago Silveira



DIRETORIA

Diretor Executivo

Cesar Cunha Campos

Diretor Técnico

Ricardo Simonsen

Diretor de Projetos

Sidnei Gonzalez

FICHA TÉCNICA

Organizadores

Gilmar Ferreira Mendes

Carlos Blanco de Moraes

Cesar Cunha Campos

Editor Responsável

Sidnei Gonzalez

Coordenação Executiva

Patricia Werner

Coordenação e Produção do Seminário

Alexandre Moretti

Coordenação Editorial

Marina Bichara

Coordenação de Design

Julia Travassos

Projeto gráfico e diagramação

Bianca Sili

Marcela Lima

Edição e revisão

Ligia Lopes

Isabel Ferreira

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV.

A divulgação desta edição é gratuita, estando disponível para download no site: www.fgv.br/fgvprojetos.

ISBN 978-85-64878-56-3

SUMÁRIO

Prefácio	09
Conferência - Novas relações internacionais e reorganização do comércio	11
Roberto Azevêdo	12
Capítulo 1. Direitos fundamentais no contexto da reforma do Estado Social	23
Luis Felipe Salomão	24
Elival da Silva Ramos	38
Miguel Nogueira de Brito	46
Capítulo 2. Mudanças tecnológicas e os seus impactos econômico-sociais e jurídicos	59
José António da Fonseca Vieira da Silva	60
Ian Goldin	66
Laura Schertel Mendes	74
Ricardo Villas Bôas Cueva	78
Sofia Ranchordás	92
Capítulo 3. Eficiência do sistema de saúde pública	99
Fernando Leal da Costa	100
João Pedro Gebran Neto	110
Claudio Lottenberg	120
Alexandre Siciliano Colafranceschi	130

Capítulo 4. Desafios contemporâneos do ensino

universitário: acesso, qualidade e formas de

financiamento 137

Pedro Fernández Sánchez 138

Vasco do Canto Moniz 154

André Gustavo Corrêa Andrade 176

Mauro Luiz Campbell 184

Capítulo 5. Mecanismos de inclusão social 195

Nefi Cordeiro 196

Domingos Farinho 210

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto 220

Capítulo 6. Da adequação da ponderação como

meio de adjudicação de conflitos constitucionais 237

David Duarte 238

Paulo de Tarso Sanseverino 250

Ricardo Campos 262

Pedro Moniz Lopes 266

Capítulo 7. A sustentabilidade da segurança social 281

João Loureiro 282

José Roberto Afonso 304

Marilda Silveira 312

Capítulo 8. O impacto político e institucional

da globalização nos Estados e nas organizações

internacionais 317

Carlos Blanco de Moraes 318

Manoel Gonçalves Ferreira Filho	330
Paulo Gustavo Gonet Branco	344
Capítulo 9. Inteligência artificial e solução de conflitos	357
Luiz Wambier	358
Juliana Loss e José Leovigildo Coelho	366
Alexandre Zavaglia Coelho	374
Atalá Correia	396
Anexos. Artigos selecionados em virtude do edital de	
submissão	411
Adler Luis da Nóbrega Carneiro e Silva	412
Alice Oliveira de Souza Cavalcante e José Davi Cavalcante Moreira	432
Carolina Ângelo Montolli e Carla Fernanda Cruz	454
Cristiane Guimarães	488
Emellin de Oliveira e Fernanda Cláudia Araújo da Silva	510
Leonardo Buíssa e Lucas Bevilacqua	532
Levi Borges de Oliveira Veríssimo	556
Considerações finais	579
Marcelo Rebelo de Sousa	580

NOTA DOS EDITORES

Esta publicação é resultado do VI Fórum Jurídico de Lisboa, realizado nos dias 03, 04 e 05 de abril de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal. Os textos reunidos nesta compilação foram formulados com base no conteúdo das palestras proferidas durante o seminário ou a partir de suas gravações, adotando-se as devidas adaptações para a forma escrita. Os textos foram adequados ao novo acordo ortográfico da língua portuguesa, salvo quando solicitada, pelos próprios autores, a preservação de certas características ortográficas de Portugal e do Brasil. Assim, os artigos que compõem esta publicação expressam as opiniões dos autores, não representando necessariamente a opinião institucional da Fundação Getúlio Vargas. Ademais, gostaríamos de lembrar que a venda deste livro é proibida.

PREFÁCIO

Esta publicação apresenta os resultados da sexta edição do Fórum Jurídico de Lisboa, realizado nos dias 03, 04 e 05 de abril de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, pelo Departamento de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa e pela FGV Projetos. Os textos aqui reunidos exprimem a troca de experiência e as reflexões oriundas das palestras e apresentações realizadas durante os três dias do evento.

O Fórum Jurídico de Lisboa se consolidou, ao longo de suas edições, como uma referência internacional no debate de questões políticas, econômicas e sociais relacionadas ao fenômeno multifacetado da globalização. Ao reunir juristas acadêmicos, autoridades e especialistas, o encontro ambientou análises profundas e teses inovadoras sobre o papel do Estado Social em um mundo globalizado. Foram discutidos tópicos relacionados à renda básica, à seguridade social, à educação pública, aos direitos sociais, às consequências econômicas da evolução tecnológica, entre outros.

A interação entre o Estado de Bem-Estar Social e a globalização é altamente complexa, e as questões discutidas no Fórum refletem os desafios que os Estados nacionais, especialmente Brasil e Portugal, enfrentam a partir das transformações sociopolíticas que atingem o mundo. Ao publicar os anais do VI Fórum Jurídico de Lisboa, esperamos contribuir para os diversos campos do conhecimento - como o direito, a economia, a administração pública, a ciência política, etc. -, visto que as reflexões registradas tratam de questões interdisciplinares e que exigem esforços conjuntos, para que caminhem em compasso com o rápido ritmo imposto pela globalização.

Boa leitura!

Gilmar Mendes
Professor do Instituto
Brasiliense de Direito
Público

Carlos Blanco de Moraes
Presidente do Departamento
de Ciências Jurídico-Políticas
e Coordenador científico do
Centro de Investigação de
Direito Público da FDUL

Cesar Cunha Campos
Diretor Executivo da
FGV Projetos

NOVAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS E REORGANIZAÇÃO DO COMÉRCIO

ROBERTO AZEVÊDO

Diretor-geral da Organização Mundial do Comércio



ROBERTO AZEVÊDO

Graduado em engenharia elétrica pela Universidade de Brasília e cursou relações internacionais no Instituto Rio Branco. Ao longo de sua carreira, serviu em embaixadas do Brasil em diversos países, foi subchefe para Assuntos Econômicos do Gabinete do Ministro das Relações Exteriores (MRE) do Brasil, subsecretário-geral para Assuntos Econômicos e Tecnológicos no MRE, diretor do Departamento de Assuntos Econômicos e coordenador-geral de Contenciosos no Itamaraty. Também integrou, como membro e presidente, painéis do Órgão de Solução de Controvérsia da Organização Mundial do Comércio e, atualmente, é diretor-geral dessa organização.

ROBERTO AZEVÊDO

NOVAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS E REORGANIZAÇÃO DO COMÉRCIO

O tema "Novas relações internacionais e a reorganização do comércio" está muito sintonizado com o momento que vivemos em todo o mundo, e eu vou tentar abordá-lo de uma forma bem abrangente, fugindo um pouco da arena estritamente comercial.

O sistema de comércio internacional – representado pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) e pela Organização Mundial do Comércio (OMC) – tem sido uma história de sucesso. Esse sistema estimulou uma maior cooperação entre as nações durante 70 anos, promovendo enormes avanços econômicos em todo o mundo. Ele contribuiu para a criação de emprego e prosperidade, ajudando a tirar centenas de milhões de pessoas da pobreza.

O importante nesse quadro mais amplo é o fato de que o sistema foi criado imediatamente após a Segunda Grande Guerra, em 1947, com uma lógica de promover a recuperação da economia mundial e a estabilidade política global. Os fundadores do sistema – as grandes potências – estavam convencidos de que a melhor forma de atingir esses objetivos era por meio de esforços coordenados e um espírito de cooperação internacional. Essa lógica, que prevaleceu por 70 anos, pode estar sendo questionada mais recentemente – seja de forma intencional e consciente ou não.

Todos acompanham as notícias sobre as crescentes tensões comerciais entre algumas grandes economias. A situação é preocupante, sobretudo porque há indícios de que nós estejamos testemunhando apenas o começo desses atritos, e, evidentemente, uma escalada de medidas restritivas ao comércio teria o efeito de comprometer a ainda incipiente recuperação da economia internacional. Assim, haveria consequências negativas para o crescimento do emprego e do PIB, prejudicando todos.

A meu ver, por mais importante que seja o impacto econômico desse processo, também devemos estar preocupados com suas motivações e suas potenciais consequências sistêmicas. É importante evitar que essa escalada avance. Uma vez iniciado o efeito dominó, será muito difícil revertê-lo. Eu estou em contato diário com todas as partes envolvidas para tentar resolver a situação. Talvez ainda tenhamos tempo, mas precisamos de linhas de comunicação abertas e de uma genuína vontade de encontrar soluções construtivas. Esse é um dos desafios mais urgentes hoje e se relaciona com nossa conversa aqui sobre “novas relações internacionais” de duas maneiras particulares.

Em primeiro lugar, porque ressalta a importância de preservar o espírito de colaboração internacional, e não de confrontação, que norteou a própria criação do sistema multilateral no pós-guerra.

Em segundo lugar, porque as raízes dessas tensões se encontram no contexto econômico mais amplo. Elas surgem a partir do processo de rupturas estruturais que estamos vivenciando – e eu vou explorar esse ponto um pouco mais adiante.

Então, enquanto precisamos responder às ameaças imediatas que se apresentam, também precisamos ter uma compreensão mais ampla e profunda das mudanças de longo prazo. Só assim podemos ter uma noção mais clara da melhor resposta.

Que processo de ruptura é esse que vivemos? Por que é diferente do que já experimentamos no passado? Afinal, avanços tecnológicos não são novidade. Quando a roda foi inventada,

carregadores perderam o emprego. O que temos de diferente, hoje, é a velocidade com que as transformações provocadas pelos avanços tecnológicos estão acontecendo e a tendência de maior aceleração. Os depósitos de pedidos de patentes, por exemplo, que funcionam como termômetro da inovação, cresceram cerca de 11% ao ano nos últimos cinco anos, em comparação a uma média histórica de 6% – quase o dobro, portanto.

Tecnologias e inovações estão se espalhando mais rápido do que nunca. O tempo para que uma nova tecnologia chegue a países menos desenvolvidos diminuiu drasticamente. Após a invenção do fuso, em 1779, foram necessários mais de 100 anos para que essa tecnologia se espalhasse pelo mundo. Com a internet, o intervalo de tempo médio passou a ser de apenas seis anos. A sociedade dispunha de décadas para se adaptar às transformações impostas pelas novas tecnologias; hoje, temos uns poucos anos.

Tudo isso está tendo um enorme impacto na maneira como as nações interagem. Os custos de fazer negócios entre países são reduzidos drasticamente, cadeias produtivas são montadas com fornecedores em dezenas de países e cria-se um mercado global. As distâncias, os custos e os tempos diminuíram, especialmente com a revolução digital. Entre 2013 e 2015, por exemplo, o valor do comércio eletrônico saltou de US\$ 16 trilhões para US\$ 22 trilhões (quase 40% em apenas dois anos), e não há a menor dúvida de que esse crescimento continuará.

Estamos meramente no início desse processo de transformação que os especialistas estão chamando de “Quarta Revolução Industrial”. Olhando para o futuro, as aplicações combinadas de elementos como inteligência artificial, robótica avançada, impressão 3D e *blockchain* terão impactos ainda maiores e impossíveis de prever. As tecnologias digitais poderão, em um cenário, levar a uma expansão exponencial nas cadeias globais de valor, transferindo ainda mais as atividades de produção para os países em desenvolvimento; ou, em outro cenário, se for mais eficiente reunir as atividades de produção em fábricas locais “inteligentes”, poderemos ver o efeito oposto.

Blockchains, ao oferecerem maior proteção aos dados e às transações financeiras, poderão dinamizar a produção de produtos e de serviços em países com sistemas legais e de controle mais vulneráveis ou precários. Também podem ajudar pequenas empresas a se lançarem no comércio internacional. Logo, é uma tecnologia que favorece a maior integração da economia global, pois cria confiança nas transações transfronteiriças. Há vários trabalhos sendo desenvolvidos nessa área.

Eu poderia me alongar com vários outros exemplos de como as novas tecnologias mudarão o mundo dos negócios e a forma como as sociedades serão impactadas por essas transformações, mas quero sublinhar que a OMC publicará, em outubro de 2018, um relatório importante sobre as aplicações comerciais e as implicações sistêmicas das novas tecnologias.

O fato é que essas mudanças estão acontecendo. Não podemos ignorá-las ou impedi-las. O desafio é se adaptar, mas também moldar essas mudanças à forma que queremos. É sempre bom lembrar que as revoluções industriais anteriores criaram enormes riquezas e oportunidades, mas também sérios desajustes sociais. Então, se quisermos que essa nova revolução seja inclusiva, como pretende o “Estado social”, vamos ter que moldá-la – e temos que agir agora.

Afinal, qual seria a relação disso tudo com o que estamos vendo no cenário comercial com o risco de escalada protecionista?

Um setor imediatamente afetado pelas transformações econômicas é o mercado de trabalho. Em 1900, quase metade dos trabalhadores franceses trabalhava em fazendas. Hoje, são menos de 3%. Em 1970, mais de um quarto dos trabalhadores americanos estava no setor manufatureiro. Hoje, são menos de 10%. No entanto, a produção industrial dos EUA quase triplicou no mesmo período.

Há muitos fatores que explicam essas enormes mudanças. O maior deles é o aumento na produtividade, impulsionado pela

tecnologia e pela inovação. Juntas, elas respondem por cerca de 80% dos empregos perdidos na indústria, e isso não vai mudar no curto prazo. De acordo com um estudo da McKinsey em 54 países, desenvolvidos e em desenvolvimento, 64% dos empregos industriais poderiam, hoje, ser automatizados. Isso representa mais de 230 milhões de empregos. No Brasil, quase 11 milhões de empregos industriais estão em risco. Na Europa, são 25,5 milhões.

Esses empregos não são exportados e não partem para o estrangeiro. Eles simplesmente não existem mais. A massa de trabalhadores que perde os empregos tradicionais cresce a cada dia. A classe média é pressionada pela ameaça do desemprego (ou do subemprego) e pela contenção dos salários nos setores tradicionais da economia.

Esse quadro é muito preocupante, mas também é evidente que as novas tecnologias são desejáveis, inevitáveis e, mais que isso, favorecem a criação de empregos; na verdade, mais empregos serão criados do que perdidos com as novas tecnologias. Esses empregos criados remuneram melhor, mas o profissional que perdeu seu emprego em um setor tradicional não ocupará a vaga criada nos setores mais dinâmicos. Ele encontrará, se tiver sorte, um emprego mais instável e com remuneração mais baixa. Em suma, crescem as assimetrias entre os setores mais dinâmicos e os menos dinâmicos, aumentando os contrastes entre os que surfam na nova economia e os que se afogam.

Esse fenômeno é capturado com clareza na literatura econômica, como no “gráfico do elefante” de Branko Milanović. Essa massa de “abandonados” é suscetível ao discurso político fácil, que culpa o inimigo externo. É mais simples culpar o imigrante ou o produto importado pelo desaparecimento do emprego. Uma dinâmica política perversa leva ao florescimento de sentimentos nacionalistas extremados e de intolerância. Aqui, vale deixar claro que não estou falando de um país específico. Esse é um fenômeno que está surgindo em várias partes do mundo.

Uma vez que o problema vem de fora, a cooperação internacional é abandonada em favor da confrontação. Como podemos esperar políticas externas que levem a esforços colaborativos em um jogo que é percebido como “de soma zero”?

Toda essa sequência de deduções equivocadas decorre de um pecado original: o diagnóstico do problema está errado. As tensões no mercado de trabalho não vêm de fora, mas de dentro. Vêm das novas tecnologias e do processo de reestruturação econômica provocado pela revolução digital. O remédio, então, não está em aplicar restrições comerciais ou em fechar as fronteiras, mas em olhar para as políticas internas tradicionais e adaptá-las para responder aos desafios do século XXI, sobretudo na área de educação e de treinamento (ou “retreinamento”) de profissionais. Um número chocante, por exemplo, vem de um estudo citado pelo Fórum Econômico Mundial. Esse estudo mostra que 2/3 das crianças que estão agora entrando no ensino fundamental irão trabalhar em empregos que não existem hoje.

Nesse cenário, toda a política de previdência social precisa ser repensada para uma realidade na qual o número de desempregados (temporários ou não) será potencialmente bem mais expressivo que o atual. Só nos EUA, 3,5 milhões de motoristas perderão o emprego para os caminhões autodirigidos, e todo o comércio de beira de estrada será igualmente afetado. Os números são impressionantes (e reais).

Não há receita de bolo. Cada país terá que encontrar sua própria fórmula, compatível com sua realidade política e econômica. Também não podemos subestimar a complexidade das reformas que serão necessárias. Esse é um dos maiores desafios que os governos enfrentam hoje.

O desafio não será atendido por uma abordagem “business as usual”. Como expliquei anteriormente, esse é o domínio da política interna, e grande parte da batalha acontecerá nesse plano, mas também há muito que pode ser feito no nível internacional. Logo, é justamente nesse contexto econômico, com mudanças

rápidas, que precisamos de um sistema de comércio internacional que seja, primeiro, forte o suficiente para auxiliar os países a resolver suas disputas, oferecendo um sistema de arbitragem que ajude a despolitizar as áreas de atrito, e segundo, que seja flexível o suficiente para permitir reformas que levem os países a colher os benefícios dessa Quarta Revolução Industrial.

Garantir que o sistema permaneça forte, conforme o que foi dito logo antes, com um sistema de solução de controvérsias eficaz, requer trabalho e engajamento, e um elemento importante para o fortalecimento do sistema comercial é seguir reformando as regras.

Nos últimos anos, mostramos que a OMC pode produzir resultados significativos:

- Em 2013, em Bali, fechamos o primeiro acordo multilateral na história da organização – o Acordo de Facilitação de Comércio –, que pode expandir o comércio mundial em cerca de US\$ 1 trilhão/ano. Seu impacto é maior do que a eliminação de todos os impostos de importação hoje aplicados no mundo inteiro.
- Em 2015, em Nairóbi, abolimos os subsídios às exportações agrícolas.
- Na mesma ocasião, expandimos o Acordo de Tecnologia da Informação, eliminando as tarifas de produtos de TI de nova geração com um comércio estimado de US\$ 1,3 trilhão/ano.

Além de tentar colher mais resultados nas áreas tradicionais de trabalho, temos agora discussões sobre áreas dinâmicas, como comércio eletrônico, facilitação de investimentos, medidas de apoio às pequenas e médias empresas e empoderamento das mulheres. Tudo isso é novo.

Aliás, o nível de apoio político ao nosso trabalho nunca foi tão alto. Em dezembro de 2017, em nossa Conferência Ministerial em Buenos Aires, contamos com a presença de quatro chefes de Estado latino-americanos – incluindo o presidente Michel

Temer – e cinco enviados presidenciais da região. Além disso, tenho recebido manifestações de apoio de todos os cantos do mundo. Com a ameaça do unilateralismo, todos se dão conta da importância do sistema.

Isso me traz ao segundo ponto sobre o sistema de que precisamos nesse mundo em transformação.

A OMC é uma organização que decide tudo por consenso. Somos, hoje, 164 países e precisamos do acordo de todos para decidir qualquer assunto, até mesmo a adoção da agenda de uma reunião. Obter consenso entre tantos países heterogêneos, com diferentes graus de desenvolvimento, momentos e prioridades políticas e econômicas não é fácil.

Assim, precisamos de mais flexibilidade na condução de nossos debates. Não dá para trabalhar com medidas de “tamanho único”. Essa flexibilidade pode estar na forma de trabalhar, como, por exemplo, promovendo discussões abertas das quais participem apenas os que desejarem. A flexibilidade também pode estar no conteúdo do acordo, sobretudo quando todos os 164 participam concluindo acordos em que os países possam determinar quais compromissos podem assumir, com que velocidade e qual o tipo de assistência de que precisam em termos de cooperação técnica, por exemplo – como no caso do Acordo de Facilitação de Comércio.

Força e flexibilidade: esses são ingredientes essenciais para um sistema global de comércio eficaz, e a OMC é um recurso inestimável. O mundo de hoje precisa dela mais do que nunca. Isso requer compromisso e dedicação de todos, mesmo quando o problema parece estar localizado.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA REFORMA DO ESTADO SOCIAL

LUIS FELIPE SALOMÃO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO



LUIS FELIPE SALOMÃO

Formado em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com pós-graduação em direito comercial. Foi promotor de Justiça do Estado de São Paulo, juiz de direito e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, além de presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. É ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

LUIS FELIPE SALOMÃO

NOVAS TECNOLOGIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na evolução dos direitos da personalidade, o primeiro marco a ser considerado é a história de Antígona, simbolizando um dos direitos fundamentais da personalidade e a força que encarna a determinação de realizá-lo. Na peça de Sófocles, a tensão existente entre a lei posta e o direito natural é exposta por Antígona, que demonstra tanto a força da mulher como o respeito a um de seus direitos. Na Grécia antiga, ficar o corpo insepulto era uma pena para além da eternidade, pois se acreditava que, assim, a alma do morto vagaria pelo resto dos tempos. Seu irmão, Polínice, fora morto e deixado à margem do rio; por esse motivo, ela quis enterrá-lo, apesar de haver um decreto que a proibia. Acredita-se que, mesmo com essa proibição, ela teria cavado a sepultura com as próprias mãos e enterrado-o. Por uma das versões da peça de Sófocles, teria sido ela presa e enterrada viva.

Mais adiante, outro marco histórico na evolução desses direitos é o da invenção da prensa de Gutenberg, em 1440. A primeira publicação de Gutenberg foi a Bíblia, que, por rapidamente multiplicar a informação, pode simbolizar a ideia da velocidade do conhecimento. Além de ser considerada um marco, há quem diga ser ela uma das maiores invenções da Idade Moderna.

Em meio a idas e vindas no direito à dignidade da pessoa humana, pode-se referir que a Idade Média, centrada na ideia da propriedade privada, não cuidou propriamente de um direito da personalidade. O Renascimento, por seu turno, no século XVI, faz o homem voltar a ser o centro de seu próprio pensamento.

A Independência Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) refletem a ideia central dos direitos da personalidade como um dos fundamentos do Estado.

As guerras mundiais de 1914/18 e 1939/45, com suas mutilações e barbárie, por seu turno, fazem eclodir a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1949, que foi considerada o primeiro tratamento legal dos direitos da personalidade.

Voltando um pouco na marcha do tempo, o primeiro artigo que versa sistematicamente sobre o direito à privacidade, escrito por Brandeis e Warren, em 1890, usa o termo *right to privacy* e contrapõe esse direito ao progresso tecnológico existente na época, causando grande repercussão. Acredita-se que esse artigo nasceu a partir de uma invasão da privacidade do casamento da filha de um dos autores e, por meio de um telégrafo, informações foram rapidamente transmitidas e publicadas em um jornal, o que o incomodou em demasia. Ainda hoje, esse artigo é bastante citado como o primeiro texto que avalia com profundidade o direito à privacidade.

A Corte Constitucional Alemã, quando criada, tratou do tema e produziu forte jurisprudência, elevando a dignidade da pessoa a um patamar de “bem absoluto”. A razão para se ter uma Corte Constitucional afirmativa na questão dos Direitos Humanos justifica-se pelo período pós-guerra (2ª Guerra Mundial) bastante dramático no qual a Alemanha se encontrava, estando praticamente isolada e devastada. O livro *Mefisto*, de Klaus Mann, e o romance *Esra*, sobre biografias não autorizadas, foram os primeiros e mais importantes casos da Suprema Corte Alemã.

Na década de 1970, nos Estados Unidos, ocorreu o caso Watergate, que fomentou a pesquisa sobre a invasão de privaci-

dade e o papel da imprensa livre. Esse caso decorreu de gravação clandestina realizada dentro do Comitê do Partido Democrata, a qual resultou na derrubada do Presidente da República americano. Considera-se o ocorrido um marco no exame do papel da imprensa quanto à extensão de seu limite na questão da privacidade.

No Brasil, as Cartas Constitucionais sempre versaram sobre os direitos da personalidade, muito embora o tema do direito ao dano moral só tenha sido tratado na Constituição de 1988.

O pensador deste século que melhor discute o tema, elevando-o a um novo patamar, é Zygmunt Bauman, que utiliza a expressão “modernidade líquida” para tratar da matéria das redes sociais. Bauman fala da eliminação progressiva da divisão entre o público e o privado, afirmando que eles se interpenetram com a existência da Internet, como no caso do Facebook, por exemplo. Ele cita as amizades “líquidas” que são acumuladas virtualmente.

O direito da personalidade é gênero do qual são espécies a honra, a intimidade, a imagem, o direito de expressão e informação, dentre outros. É considerado um direito absoluto, indisponível, imprescritível e extrapatrimonial.

De acordo com a Constituição de 1988, o Código Civil Brasileiro e diversos diplomas, o direito à vida digna é tido como cláusula geral. Atualmente, muitos temas correlatos aos direitos da personalidade, ainda que indiretamente, como transplante, “barriga de aluguel”, reprodução *in vitro*, bioética, eutanásia, registro civil de transexual, adoção por casal homoafetivo (registro civil) e esterilização humana, são discutidos no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o último intérprete da legislação federal.

Com efeito, recentemente, o STJ autorizou, tratando-se do registro civil de transexual, mesmo sem cirurgia de mudança de sexo, a alteração do registro.¹ Em relação ao casamento por casal homoafetivo, vale lembrar que o STJ foi a primeira Corte a deferir a união e também a adoção de criança por casal do mesmo sexo.²

1 REsp nº 1.626.739/RS.

2 REsp nº 889.852/RS.

ASPECTOS GERAIS SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL

De outra parte, o direito de propriedade intelectual, mencionado desde a era da faca manufaturada até o surgimento do computador, pode ser classificado como direito real, absoluto e oponível *erga omnes*, bem incorpóreo ou imaterial. Engloba o direito do autor, visto como criação estética, o *software*, os cultivares e a propriedade industrial, tida como uma invenção técnica. Tornou-se ativo econômico valiosíssimo atualmente.

O primeiro caso mais interessante, tratando-se de violação do direito à privacidade *versus* direito autoral, ocorreu em 1984, nos Estados Unidos, conhecido como caso Betamax. A discussão entre a Sony e a Universal Studios visava a esclarecer se a gravação de programas e filmes em fitas de vídeo representava violação aos direitos do estúdio e do autor. A decisão nesse questionamento foi a de que não houve violação ao direito autoral, mas uso legítimo da tecnologia ou *fair use*.

Já no caso Napster, no ano 2000, houve decisão em sentido oposto. Esse programa de compartilhamento de músicas em computador foi proibido por ter sido considerado uma atividade lucrativa (responsabilidade vicária). Ocorre que, com a tecnologia P2P, usada para transmissão de arquivos entre computadores na Internet, foram compartilhadas, em larga escala, milhares de músicas entre usuários.

No Brasil, a propriedade intelectual ganha mais relevância na Constituição de 1988, por trazer expressamente em seu texto o reconhecimento do dano moral.³ Vale destacar que já foi julgada no STJ a relação jurídica entre o fornecedor do serviço de mídia (televisão, rádio ou Internet) e o usuário, aplicando-se, nesse caso, o Código de Defesa do Consumidor.⁴

3 Art. 5º, incisos V e X.

4 REsp nº 946.851/PR.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO DE VALORES EM CONFLITO

No que diz respeito à colisão de direitos fundamentais e à ponderação de valores em conflito, existem doutrinadores que defendem a preponderância de um dos princípios em relação a outro, e há teses afirmando haver equilíbrio entre eles.

No entanto, essa questão é mesmo resolvida apenas com o exame do caso concreto – isso porque não há propriamente antinomias insolúveis na Constituição (princípio da unidade). Defende-se, dessa forma, a inexistência de hierarquia entre direitos e princípios da mesma natureza constitucional, a predominância do interesse público e, fundamentalmente, a razoabilidade. De acordo com Couture, “o intérprete é o intermediário entre o texto e a realidade”. Essas regras de interpretação são bem analisadas no livro de autoria do Ministro Roberto Barroso e também por Alexis. Ainda nesse tema, o americano Dworkin criou a ideia do Juiz Hércules, aquele que resolve os *hard cases*.

ALGUNS PONTOS RELEVANTES

Surgem alguns pontos relevantes da jurisprudência brasileira na análise do direito à informação *versus* o direito à intimidade/ direito à privacidade.

O primeiro deles é a diferença entre notícia e crítica; o segundo é a vedação ao aproveitamento econômico da imagem da pessoa sem o seu consentimento; e o terceiro é a possibilidade de utilização da imagem, sobretudo de pessoas públicas, mesmo sem que haja aproveitamento econômico.

Nesses casos, no exame de situações concretas, a ideia é criar um padrão “standards”, com regras de experiência objetivas (afastando o subjetivismo) e, a partir daí, verificar, naquela situação de fato, quais princípios devem prevalecer. Vale frisar ser possível a divulgação da imagem de pessoas em eventos públicos, sessões de julgamento ou eventos com interesse público.

A expressão de Baleeiro,⁵ “consciência do homem médio de seu tempo”, justifica a mudança de comportamento em diferentes épocas, como, por exemplo, o fato de usar biquíni na praia não mais ferir o decoro. Então, é o homem médio, naquele determinado tempo em que ele vive, que servirá como padrão, como *standard*.

Um tópico importante nessa discussão é o chamado *actual malice*, criado nos Estados Unidos, com o caso do New York Times, sob a indagação de ser preciso provar a má-fé do jornalista para caracterizar a invasão da privacidade quando são ultrapassados os limites da mera informação. No direito brasileiro, existem vários precedentes que afastam a necessidade de prova da má-fé.⁶ A contemporaneidade da informação reflete diretamente no direito ao esquecimento.

Quanto à questão das liminares (ou antecipação de tutelas em ações judiciais), houve grandes mudanças com o surgimento do marco civil da Internet, certo que é vedada a censura prévia.

MARCO CIVIL DA INTERNET - O QUE MUDOU?

No caso da responsabilidade civil subjetiva dos provedores de Internet, a lei nº 12.965/2014, que até hoje não sofreu contestação no Supremo Tribunal Federal (STF), em seu art. 19, exige ordem judicial específica para tornar indisponíveis conteúdos gerados por terceiros e violadores de direito. Vale destacar que, no caso de inércia, a responsabilidade civil pode ser invocada.

De acordo com o art. 21 da citada lei, a exceção à necessidade de ordem judicial específica corre à conta de conteúdos violadores da intimidade divulgados sem autorização, como cenas de sexo ou de nudez, hipótese em que a norma se contenta com a notificação que aponte o material ilícito. Além disso, está expressamente excepcionada de seu âmbito de incidência a violação de direitos autorais praticada por terceiros.⁷

5 RMS nº 18534/STF.

6 REsp nº 706.769/RN.

7 Art. 19, § 2º, e art. 31.

Os precedentes que existem no Brasil, até hoje, a tratar sobre direito ao esquecimento, especialmente no STJ,⁸ examinaram programas de televisão, não tendo sido ainda discutido o tema sob o prisma do marco legal da Internet e, especialmente, o direito ao esquecimento na Internet, como já acontece hoje nos tribunais europeus.

JURISPRUDÊNCIA (ESTUDO DE CASOS)

Inicia-se o exame dos precedentes com o REsp nº 1.512.647/MG, que tratou sobre a responsabilidade civil de provedor de Internet (no caso, o Orkut), envolvendo um curso preparatório para concursos públicos que comercializava suas aulas virtualmente. Essas aulas foram divulgadas em certas comunidades desse administrador a um custo menor ou de maneira gratuita. Dessa forma, o curso preparatório e o professor moveram ação contra o provedor de Internet, sob a justificativa de o administrador estar estimulando a pirataria na Internet. A dúvida suscitada no processo analisado pelo STJ foi se, pela responsabilidade contributiva, o provedor participou de alguma maneira do ilícito, se obteve vantagem econômica ou financeira ou, ainda, se a posição de utilizar a rede social para divulgar a pirataria foi um *fair use* do direito autoral. A conclusão da 2ª Seção do STJ foi a exclusão da responsabilidade civil da rede social, por ela não disponibilizar nenhuma ferramenta que facilitasse a pirataria, tampouco utilizar ou obter benefício, ainda que indiretamente. Evidentemente, esse julgado aplica-se a qualquer provedor de Internet. Cabe ressaltar que esse foi o primeiro precedente em que, mesmo indiretamente, teria sido aplicado o marco civil da Internet.

Outro caso julgado no STF tratou sobre a constitucionalidade da lei criada pelo Estado do Rio Grande do Sul, que estabelecia a preferência na aquisição de *softwares* livres ou sem restrições proprietárias no âmbito da administração pública regional, na modalidade de licitação pública da concorrência. Em liminar, o ministro Ayres Britto decidiu contrariamente em relação ao *software* livre. No julgamento do mérito, no entanto, na relatoria do ministro

8 REsps nº 1.335.153/RJ e nº 1.334.097/RJ.

Luiz Fux, a Suprema Corte estabeleceu que a legislação estadual é compatível com os princípios constitucionais da separação dos Poderes e manteve hígida essa norma que deu preferência à aquisição de *software* livre.⁹

No STJ, no que concerne à proteção ao direito autoral de *software*, concluiu-se que a comprovação da regularidade do programa não ocorre apenas pela nota fiscal, mas também por outros meios de prova que demonstrem a autenticidade do programa utilizado.¹⁰

Outros precedentes a serem citados são: o REsp nº 844.736/DF, que analisou se o *spam* gera dano moral; o REsp nº 1.168.547/RJ, que tratou sobre a possibilidade de ajuizamento de ação no caso de a pessoa sentir-se violada pela utilização de imagem na Internet, ainda que o site esteja hospedado no exterior, sendo a decisão do STJ afirmativa nesse caso; o REsp nº 1.258.389/PB, em ação indenizatória movida por município contra particular por dano moral praticado em rádio, questionando-se a possibilidade de pessoa jurídica de direito público obter indenização; e o REsp nº 997.993/MG, no qual foi discutido se o fornecedor do serviço, que hospeda o site de classificados no caso, tem também responsabilidade por publicar falso anúncio erótico solicitado por uma pessoa para prejudicar outra. Esse longo apanhado é uma linha evolutiva que retrata um pouco os temas deste mundo novo da Internet.

Inicia-se agora, então, propriamente a análise do direito ao esquecimento, a fim de que seja concluída essa trajetória.

O STJ, em conjunto com o Conselho da Justiça Federal (CJF), tem realizado jornadas que servem como tanque de ideias ou como sementeira sobre o direito civil, o direito comercial, dentre outros temas. Na 6ª Jornada, criou-se a ideia da tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, incluindo o direito ao esquecimento.

9 ADin nº 3.059.

10 REsp nº 913.008/RJ.

Posteriormente, foram julgados, na 4ª Turma do STJ, dois casos com temas diferentes,¹¹ escolhidos com cuidado para serem analisados no mesmo dia. Embora relacionados ao direito ao esquecimento e utilizando-se técnica de distinção, a Turma, em um caso, concedeu a indenização¹² e, no outro, negou.¹³

A justificativa para diferentes posicionamentos ocorreu de modo a afirmar que o resultado do julgamento vai depender de cada caso. Não é para toda situação que vai ser aplicável o direito ao esquecimento. A Corte utilizou técnica bastante didática para dizer em quais situações será cabível a tese e em quais hipóteses não pode ser invocada. Muito embora, em um deles, o julgamento não tenha sido unânime, o que importa é o precedente. Esses dois casos foram impugnados via recurso extraordinário e estão em julgamento no STF. O processo em que não foi concedida a indenização está com repercussão geral.

O REsp nº 1.334.097/RJ foi de um cidadão indiciado na Chacina da Candelária e, posteriormente, absolvido pelo júri. O próprio Ministério Público pediu a absolvição dele, por entender que não tinha conexão com aquele caso rumoroso, de muita repercussão, dramático, quando foram assassinados vários garotos em frente à Candelária, no Rio de Janeiro. Nesse caso, o indivíduo, para recomeçar a vida, precisou mudar de nome e entrar no programa do Poder Executivo para buscar residência em outra cidade e candidatar-se a novo emprego, além de ter sido perseguido em sua comunidade. Quando ele se estabilizou, o programa de uma emissora de televisão, que fazia reconstituições de crimes, procurou-o e pediu para entrevistá-lo. Ele se negou a participar e disse que já havia sido absolvido. Mesmo assim, o programa foi exibido, o que ensejou a ação indenizatória, invocando-se como um dos fundamentos, mas não o único, o direito de ser esquecido, já que houve absolvição. Nesse caso, foi concedida a indenização.

11 REsp's nº 1.334.097/RJ e nº 1.335.153/RJ.

12 REsp nº 1.334.097/RJ.

13 REsp nº 1.335.153/RJ.

O outro recurso julgado na mesma data¹⁴ foi o caso Aida Curi, também no Rio de Janeiro. Na década de 1950, uma moça atirou-se ou foi empurrada de um apartamento na praia de Copacabana, o que causou grande rumor na época, a envolver toda a sociedade carioca, por participarem ou terem participado do caso pessoas da alta sociedade levadas a júri. Esse caso é considerado como referência e é retratado em vários livros de direito penal como um dos casos criminais célebres, assim como o do tenente Bandeira.

Houve também outro programa, da mesma emissora, que se propôs a reconstituir esse crime, mas, ao procurar a família, esta suscitou o direito de preservar a memória, não consentindo com a notícia do crime. No entanto, a veiculação também aconteceu, sendo, dessa forma, ajuizada posteriormente a ação indenizatória. Nesse caso, foi negada a indenização, por ser impossível retratar o caso ou o crime em questão sem falar da memória e do passado de Aida Curi, sem falar da vítima.

Destarte, como o intuito é que não sejam retirados da história de determinado país fatos relevantes, e sendo o processo criminal, em sua grande maioria, público, não há por que resguardar o direito ao esquecimento, sendo, então, negada a indenização. Esse é o caso que está com repercussão geral no STF. Houve parecer do procurador-geral de Justiça pela inexistência de direito ao esquecimento naquela hipótese; nessa situação, a relatoria coube ao ministro Dias Toffoli. O outro processo também teve recurso extraordinário, que foi denegado e está com agravo da relatoria do ministro Celso de Mello.

Em matéria penal, podem ser citados alguns precedentes a aplicar o direito ao esquecimento. Em duas hipóteses, uma de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca¹⁵ e outra de relatoria do ministro Rogerio Schietti,¹⁶ foi discutido se registros antigos em folhas de antecedentes caracterizavam reincidência ou não. Aplicado o direito ao esquecimento, ficou decidido ser cabível apenas em um dos casos.

14 REsp nº 1.335.153/RJ.

15 RMS nº 49920/SP.

16 REsp nº 1.578.033/RJ.

O acórdão de 13 de maio de 2014, do Tribunal de Justiça da União Europeia, amplamente divulgado por todos os meios de comunicação, resultou da reclamação sobre o caso do Google Espanha contra a Agência Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González. A pretensão era a retirada do nome de Mario Costeja González do mecanismo de busca. Esse foi o caso precedente da União Europeia que tratou do tema.

No Brasil, com base em dados recolhidos a partir de 2014, obteve-se um total de 1.739.865 URLs avaliadas para remoção e um montante de 571.992 solicitações recebidas, sendo que 56,8% não foram excluídas e 43,2% foram acolhidas e retiradas com pedidos diretamente feitos ao Google.

Pode-se dizer que esses são dados muito relevantes para se afirmar que o objetivo não é apagar a história e a memória, sendo argumento raso aquele de afirmar que o direito ao esquecimento fere a liberdade de imprensa.

CONCLUSÃO

O mundo está em estado de crescente transformação, o que gera uma premente necessidade de contínua adaptação às mudanças de comportamento da sociedade, constantemente mais globalizada e conectada por um lado, mas, em contrapartida, cada vez mais líquida, instantânea e virtual.

É preciso buscar equilíbrio para enfrentar tamanha mudança de paradigma. A evolução tecnológica não pode se desvincular das bases necessárias à solidificação de qualquer sociedade – em especial, o respeito aos direitos humanos, bem como a preservação da história da nação.

Cabe, assim, em última análise, ao Poder Judiciário enfrentar com serenidade e sabedoria as questões que lhe são postas e ponderar sempre os valores em questão, de modo a proporcionar a solução mais adequada a cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 235, jan./mar. 2004, p. 1-36.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3, p. 214-217.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 10. ed. rev., atual. e reformada até a EC n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134-135.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, IBDC, ano 6, n. 23, abr./jul. 1998, p. 24-29.

MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 145.

REIS, Clayton. Dano moral. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 90-93. SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 7. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 845.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1.765.



ELIVAL DA SILVA RAMOS

Mestre, doutor e livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde exerce o cargo de professor de direito constitucional (USP). É procurador do estado de São Paulo aposentado, tendo exercido o cargo de procurador-geral do estado por 12 anos. Exerce a função de superintendente jurídico da reitoria da USP e o cargo de procurador-chefe da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Neste artigo, vou tratar, de maneira geral, dos impactos trazidos pela reforma do Estado Social em relação aos direitos fundamentais, partindo de alguns pressupostos.

Em primeiro lugar, há a ideia de que o Estado Social precisa ser reformado. Essa não é exatamente uma obviedade; afinal, há discussões com o propósito de identificar o momento em que vivemos. Debate-se a perspectiva de que as necessidades oriundas de uma nova era de desenvolvimento tecnológico e econômico exigem a reforma do Estado. O sistema produtivo evolui, o que implica uma série de consequências no campo da tributação, das finanças do Estado e do custo das suas atividades. Portanto, o Estado Social está em um processo inevitável de reforma, algo que ocorre em todas as partes do mundo, com maior agudeza em um ou outro lugar.

Em segundo lugar, parto do princípio de que as Constituições contemporâneas são marcadas pela convivência de diferentes gerações de direitos fundamentais. Há vários tipos de direitos: os de liberdade, que abrangem as chamadas liberdades públicas, e também os ditos sociais, atrelados a prestações sociais. É importante ressaltar que, no campo dos direitos ditos de “primeira geração”, não existem apenas liberdades públicas; há outros direitos que simbolizam, igualmente, o eixo dessa geração. O mesmo vale em relação aos direitos sociais: existem aqueles que não implicam, necessariamente, prestações sociais, mas que integram, do mesmo modo, o núcleo dessa “segunda geração”. Além disso, há

os direitos difusos, que, notadamente, são de grande importância nas questões ambientais. Finalmente, existem os direitos políticos, que, a meu ver, deveriam ocupar, da parte dos cultores da dogmática dos direitos fundamentais, um espaço bem maior do que aquele normalmente ocupado.

Outro pressuposto, um pouco distinto, diz respeito à questão do regime jurídico diferenciado entre as liberdades públicas e os direitos a prestações sociais. Não se trata da questão da fundamentalidade material de uns e de outros. Na minha opinião, todos são direitos fundamentais assim declarados pelas Constituições contemporâneas, tais quais a brasileira e a portuguesa. Entretanto, essas mesmas Cartas contemplam regimes jurídicos diferentes no que se refere às liberdades públicas e aos direitos sociais, o que se configura como uma escolha do legislador. No caso brasileiro, isso ocorre no que se refere aos direitos sociais. O direito de acesso à educação básica, por exemplo, é tratado constitucionalmente como um direito público subjetivo, o que não ocorre com outros direitos a prestações sociais, por exemplo. A partir de um princípio elementar de interpretação, não é possível encontrar soluções idênticas para textos constitucionais distintos. Algo que permeia as minhas ideias tem a ver com a confusão entre os conceitos de mérito e procedimento. Acredito que seja possível discordar da Constituição, do texto de uma lei ou de outro ponto de mérito, considerando que uma outra solução deveria ter sido empregada; contudo, temos o dever de respeitá-la.

Em relação aos direitos a prestações sociais por parte do Estado, que caracterizam o núcleo da “segunda geração” de direitos fundamentais – que chamei de direitos sociais –, há duas visões distintas: há quem entenda que é possível extrair do texto constitucional normas programáticas e de eficácia limitada; por outro lado, há o entendimento de que todas as normas teriam eficácia plena. A questão de se viabilizar ou não direitos sociais seria, para essa corrente, jurisprudencial, e envolveria, muitas vezes, a técnica da ponderação e a verificação de limitações. Nesse sentido, algumas categorias, notadamente extraídas da jurisprudência constitucional alemã – como, por exemplo, o mínimo existencial e a reserva

do possível –, são trazidas para o debate a partir da jurisprudência adotada pelos tribunais, que detêm o poder de definir o conteúdo desses direitos.

Parto de um pressuposto completamente distinto, pois entendo que o texto constitucional acolheu a ideia de que há algumas normas de eficácia limitada, que apontam programas de ação aos Poderes de representação política. É nisso que consiste a democracia, através da qual o povo escolhe caminhos dentro das suas dificuldades, diante dos desafios impostos, e esse processo se altera a cada momento. Assim, não caberia à jurisprudência, tampouco aos tribunais constitucionais, definir o conteúdo dos direitos sociais. Na verdade, seria atribuição dos Poderes de representação política – por meio de legislação, de atos administrativos e de políticas públicas consistentes – a modelagem de tais prestações no decorrer do tempo.

A diferença de percepção constitucional dos direitos sociais provoca consequências extremas diante dos impactos oriundos das reformas do Estado Social. No plano das liberdades públicas, há algumas tensões: de um lado, por exemplo, a liberdade de manifestação do pensamento, um princípio clássico, advindo das revoluções liberais. O exercício coletivo dessa liberdade, através de manifestações públicas, é agudizado na medida em que o Estado Social passa por reformas, afetando posições, atingindo direitos derivados e impondo restrições. Tal contexto provoca uma tensão social, que deságua em manifestações coletivas, quando são manifestadas as liberdades de expressão do pensamento e o direito de ir e vir, bem como a liberdade de reunião. Por vezes, tal contexto resulta em confrontos de alguma gravidade, como têm acontecido no Brasil. Por outro lado, há a questão do desenvolvimento tecnológico, que pode ser positivo, do ponto de vista econômico, mas que representa ameaças significativas do ponto de vista das comunicações e da divulgação de ideias, especialmente no tocante à intimidade e à vida privada.

No plano dos direitos sociais, a crise fiscal do Estado implica a escolha de prioridades, mas é importante saber quem as define.

Para alguns, seria incumbência do Poder Judiciário, mas, na minha opinião, deveria ser dos poderes de representação política. Eventualmente, não é possível conseguir atender, durante uma geração inteira, a todas as necessidades, porque, além de serem muitas, as possibilidades não são inesgotáveis. Essa é uma questão fundamental, que gera muita tensão política no sistema democrático, pois é um sistema que dá vazão a tensões decorrentes das liberdades públicas. Por outro lado, não há outra forma de se escolher prioridades que não seja por meio de debates públicos.

Há outra questão, que engloba a redução de custos e a maximização de direitos. A partir da diminuição de custos de parte da máquina estatal, ou até da máquina privada, seria possível atingir um maior número de pretensões ou direitos. A própria melhoria do sistema produtivo tende a provocar um impacto na solução dos problemas de ordem subjetiva ou de direitos, que incluem os difusos, o que me parece ser algo bem importante.

A meu ver, os direitos políticos não têm sido tratados pelos cultores do Direito Constitucional da mesma forma que os demais direitos fundamentais. Ao longo da evolução do Estado democrático, eles têm recebido uma abordagem diferente. De início, as democracias liberais, do século XIX e início do século XX, encaravam os direitos políticos como sendo uma garantia contra o abuso do poder; assim, se o cidadão acompanhar de perto o poder, poderá fiscalizá-lo de forma mais eficiente. Portanto, eram tidos como direitos importantes apenas na medida em que os indivíduos, de dentro do Estado, teriam a possibilidade de controlá-lo melhor. No entanto, essa ideia foi superada, apesar de seu valor e importância, especialmente em relação àquele momento histórico. Na primeira metade do século XX, na democracia social, os entes políticos passaram a ser vistos, inicialmente, como uma forma de propiciar políticas públicas mais adequadas. Isso originou a ideia de que os direitos sociais devem ser concretizados por meio de políticas públicas, que seriam mais eficientes na medida em que as pessoas participassem ativamente delas. Dessa forma, o exercício dos direitos políticos ganha, então, tal finalidade.

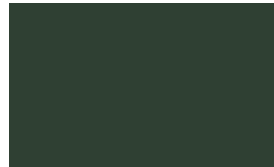
Ultimamente, surge uma outra concepção – a da "democracia participativa" –, na qual os direitos políticos não são vistos simplesmente como garantias contra um sistema opressivo ou como forma de otimização das políticas públicas. Há uma dimensão de liberdade no exercício desses direitos, ou seja, no ato da tomada de decisões políticas fundamentais para o funcionamento de uma sociedade democrática. O próprio direito político em si, então, pode ser definido como manifestação da liberdade e personalidade humanas, e, nesse sentido, devemos cultivá-lo. Ressalte-se o fato de que muitas escolhas feitas por meio da participação política podem gerar resultados ruins. Assim, há o risco de que políticas demagógicas influenciem eventualmente boa parte do eleitorado, implicando a tomada de decisões ruins. Todavia, não há outro caminho, em um Estado democrático, que não seja preparar o eleitor para que este esteja apto a melhor exercer esses direitos. Não se pode admitir soluções que signifiquem, na prática, uma concepção aristocrática de outorga da proeminência decisória ao Poder Judiciário. Ao assumir o papel dos órgãos de representação política ou adotar concepções mais restritivas em nome da lei e da ordem, o Judiciário pode acabar restringindo a participação política da sociedade, esquivando-se do fato de que há uma outra solução mais aceitável, à luz dos postulados democráticos.

De um lado, tais direitos servem como válvula de escape para tensões e deveriam, em um mundo ideal, proporcionar escolhas racionais. No entanto, diversas forças conspiram contra isso, sendo uma delas a irracionalidade midiática. Hoje, vivemos na sociedade do espetáculo, em que o apelo à razão é cada vez mais prejudicado pela emoção – e, muitas vezes, isso ocorre de forma subliminar. Em diversos debates, não são abordadas ideias ou propostas quando candidatos se apresentam munidos de *tablets* e outras tecnologias, a fim de transmitir ao eleitor uma ideia de modernidade, entre outros exemplos. Assim, o eleitor vota baseado em percepções, que não são propriamente exercícios racionais.

Uma indagação que merece ser feita, no Brasil e no mundo inteiro, é se está ocorrendo um processo de esgotamento do modelo partidário, em que se exerce a democracia por meio dos parti-

dos. A meu ver, não considero que isso esteja acontecendo, pois o modelo do partido político surgiu como uma ideia de democracia racionalizada, a partir de programas de ação minimamente estruturados. O eleitor, portanto, não estaria votando em pessoas, mas em ideias e programas, algo que envolve pressupostos, como um sistema partidário minimamente racional. Isso significa que, havendo 26 partidos no Congresso Nacional, é quase impossível que se pretenda a promoção de um debate racional de ideias. Existem, então, dois problemas, que englobam a redução do número de partidos com representação no Parlamento – a partir de um sistema eleitoral adequado –, bem como a questão da democratização interna dos partidos.

No Brasil, há ainda outras questões a serem tratadas, como a atomização exacerbada do quadro partidário, a irracionalidade midiática e a aristocratização ou oligarquização dos partidos políticos – um fenômeno antigo, já apontado por Robert Michels, que versa sobre a liberdade de organização e atuação das agremiações partidárias, a fim de que sejam promovidos mecanismos que propiciem a democratização interna.



MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

Licenciado, mestre e doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). É membro do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e pesquisador do Centro de Investigação de Direito Público, ambos da FDUL, onde leciona. Atua também como advogado.

MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO

RENDIMENTO BÁSICO UNIVERSAL E CONSTITUIÇÃO

Pretendo aqui abordar a ideia do rendimento básico universal ou, como é comumente conhecida no Brasil, da renda de cidadania. Não irei ocupar-me do rendimento mínimo, que, em Portugal, é aplicado por meio do Rendimento Social de Inserção, e, no Brasil, da Bolsa Família. Trata-se de um conceito próximo, mas essencialmente diferente, por ser considerado um rendimento universal, isto é, válido para todos os cidadãos, independentemente da condição económica, sendo oferecido incondicionalmente, ou seja, sem a obrigação da disponibilidade para aceitar trabalho.

Esta proposta radical está na ordem do dia por diversas razões, como as mudanças tecnológicas, a automatização dos processos produtivos e a crescente polarização dos rendimentos, induzidas pela globalização. A atualidade do tema dispensa, por si só, a justificação da sua abordagem. No entanto, a minha análise centrar-se-á na análise do rendimento básico universal à luz das Constituições portuguesa, de 1976, e brasileira, de 1988.

Apesar do radicalismo da proposta e da sua grande difusão em tempos mais recentes, junto de políticos e académicos, tenho de confessar algum ceticismo quanto à possibilidade da sua consagração no curto ou no médio prazos. A ideia apresenta-se

como uma terceira via suscetível para se estender ou reformar o Estado Social, mas há um risco real de, ao invés de aumentar ou fortalecer o escopo do Estado Social, ser potencializada uma regressão e recuperação do puro assistencialismo, em condições similares às que se verificaram na passagem do século XIX para o século XX.

É importante sublinhar o significado profundamente reformista da proposta do rendimento base incondicional ou universal. Esse cunho reformista, já presente no pensamento de um dos seus primeiros defensores ainda no século XVIII (o primeiro ativista dos direitos humanos, Thomas Paine, defendeu esta proposta), encontra a sua expressão mais acabada no defensor atual mais convicto e mais profundo do rendimento básico, tanto no plano da justificação quanto no das propostas concretas, o filósofo e economista belga Philippe Van Parijs.

CARACTERIZAÇÃO SUCINTA DO RENDIMENTO BÁSICO UNIVERSAL

Segundo Van Parijs e Yannick Vanderborght, o rendimento básico incondicional ou universal significa "um rendimento regular em dinheiro, pago a todos, de forma individual, sem exigência de demonstração de uma situação de carência ou pré-disposição para aceitar trabalho".¹

Em primeiro lugar, o que está em questão é um pagamento regular em dinheiro, e não em espécie, contrariamente ao que se sucede a muitos dos direitos sociais que hoje são garantidos pelos Estados mais avançados. Acredita-se que pagar em dinheiro seria o meio mais eficiente de levar os recursos efetivamente a quem precisa, sem burocracia ou pressões clientelistas. Por outro lado, está em causa um pagamento regular, não sendo realizado em uma única ocasião, tal qual proposto, por exemplo, pelo constitucionalista norte-americano e professor de Yale Bruce

¹ Cf. Philippe Van Parijs e Yannick Vanderborght, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Economy and a Sane Economy*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2017, p. 1. Esta é, sem dúvida, a obra de referência sobre o tema, e a que por essa razão voltarei repetidas vezes ao longo do presente texto.

Ackerman, que defende o pagamento de uma quantia em dinheiro para cada jovem que atinja a maioridade.

Invertendo a lógica da segurança social, este montante (correspondente, em média, a US\$ 80 mil) seria atribuído no início da vida ativa de cada pessoa. Ackerman propõe que, ao invés de as pessoas pagarem prestações ou contribuições para o fundo da segurança social, com o intuito de obterem uma pensão no fim das suas vidas de trabalho, receberiam um montante inicial quando ele é mais necessário, isto é, no início da carreira de cada um. Apenas posteriormente o mesmo montante seria pago pelos contribuintes, ao longo das suas vidas profissionais.² Em vez de pagarmos ao longo da vida e recebermos perto do fim, receberíamos no início e pagaríamos depois. Philippe Van Parijs, bem como outros defensores do conceito de rendimento básico, afasta a viabilidade dessa proposta, uma vez que as oportunidades de uma vida são muito limitadamente avaliáveis quando se atinge a maioridade. É, com efeito, muito fácil fazer, nesse momento, maus investimentos, ou cair na tentação de dissipar integralmente no consumo a dotação recebida. O objetivo de garantir liberdade para todos é, pois, objeto de correção num contexto paternalista.

Em segundo lugar, o rendimento básico seria atribuído em dinheiro, de forma regular e individual, e não centralizado em um chefe de família, por exemplo. Este aspeto é importante, pois permite potencializar a igualdade entre os membros da família. Além disso, ao ser pago universalmente, ou seja, independentemente dos outros rendimentos recebidos pelos demais membros da família, é diretamente direcionado a pessoas que vivem nas condições mais extremas de pobreza. Deste modo, pretende-se não identificar os beneficiários de tais rendimentos pela sua condição social, mas sim pela perspectiva de serem cidadãos. Além disso, a universalidade permitiria evitar a “armadilha do desemprego”, isto é, situação “em que os vencimentos que as pessoas recebem por trabalhos mal pagos são cancelados, ou até superados, em resultado das despesas relacionadas com es-

2 Cf. Bruce Ackerman e Anne Alstott, *The Stakeholder Society*, Yale University Press, New Haven & London, 1999, pp. 3 e 58.

ses trabalhos, pela redução ou suspensão das prestações sociais que dependem dos recursos dos beneficiários”.³

Em terceiro lugar, tratando-se de um rendimento atribuído sem quaisquer obrigações associadas, seu intuito é evitar aquilo que Van Parijs chamou a “armadilha do emprego”, ou seja, se o rendimento básico não envolver a exclusão da obrigação de aceitar trabalho disponível, o benefício pode se transformar numa espécie de subsídio aos empregadores para manterem salários baixos.

Esta proposta do rendimento básico universal, cada vez mais discutida atualmente, tem como pretensão construir um Estado Social mais ativo e emancipatório.

O RENDIMENTO BÁSICO EM NÚMEROS

Antes de retomar a tentativa de reformar o Estado Social, convém avaliar alguns números para se perceber a dimensão do que se propõe. Segundo os seus proponentes, o montante do rendimento básico universal deverá ser “suficientemente modesto para nos atrevermos a assumir que é sustentável e suficientemente generoso para ser plausível pensar que fará uma grande diferença”.⁴

Mais concretamente, Philippe Van Parijs e Yannick Vanderborght têm em mente um montante correspondente, para cada país, a um quarto do seu Produto Interno Bruto *per capita*. Isto corresponderia, em 2015, a cerca de \$ 1.163 por mês nos Estados Unidos da América, \$ 1.6700 na Suíça, \$ 910 no Reino Unido, \$ 180 no Brasil, \$ 33 na Índia e \$ 9,50 na República Democrática do Congo.⁵ Em Portugal, considerando PIB *per capita* relativo a 2015,⁶

3 Cf. Philippe Van Parijs e Yannick Vanderborght, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Economy and a Sane Economy*, cit., p. 19.

4 Cf. Philippe Van Parijs e Yannick Vanderborght, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Economy and a Sane Economy*, cit., p. 10.

5 Cf. Philippe Van Parijs e Yannick Vanderborght, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Economy and a Sane Economy*, cit., p. 11.

6 Cf. [https://www.pordata.pt/Europa/PIB+per+capita+\(PPS\)-1778](https://www.pordata.pt/Europa/PIB+per+capita+(PPS)-1778), último acesso em 2 de abril de 2018.

o valor do rendimento básico seria de \$ 461,75 por mês, correspondente a cerca de 375 € por mês. No mesmo ano, o salário mínimo foi de cerca de 505 €.

Qual a ordem de grandeza dos recursos que o Estado teria de mobilizar para financiar estes pagamentos? Na ausência de dados atuais fidedignos para o caso português, vale a pena tentar algumas aproximações. Nos EUA, um benefício mensal de \$ 1.000 teria um custo de 240 mil milhões por mês e cerca de \$ 2.88 bilhões por ano. A despesa social consolidada no mesmo país ascende cerca de \$ 2.7 bilhões por ano, incluindo toda a segurança social. Isto significa que, mesmo eliminando toda a despesa social atual, a introdução de um rendimento básico no montante referido implicaria um aumento de impostos, ou a introdução de cortes noutras despesas do Estado.⁷

O RENDIMENTO BÁSICO UNIVERSAL ENTRE O LIBERALISMO IGUALITÁRIO E O NEOLIBERALISMO

A partir da apresentação das suas características gerais, é importante ressaltar que a ideia do rendimento básico universal é partilhada por políticos e reformistas que possuem ideologias bem diferentes – e até opostas. Um exemplo que ilustra a diversidade de ideias sobre o rendimento básico universal diz respeito às teorias de autores como Philippe Van Parijs – que adota uma conceção liberal-igualitária –, e Milton Friedman – com uma visão marcadamente neoliberal. Talvez esta seja a primeira razão pela qual seja necessário refletir sobre a referida proposta, pois é no mínimo curioso que pessoas situadas em extremos tão opostos do pensamento económico partilhem a mesma ideia.

No caso de Milton Friedman, vencedor do prémio Nobel da economia, estatístico e escritor norte-americano, a ideia defendida não é exatamente a do rendimento básico universal, mas sim a do imposto negativo sobre o rendimento. Simplesmente, como o próprio Friedman afirmou, o imposto negativo sobre o rendimento não é uma alternativa ao rendimento básico incondicional; este último, pelo contrário “é simplesmente uma outra forma de se introduzir

⁷ Cf. Dan McGee, *A Liberal Case Against Universal Basic Income*, in <https://medium.com/@danmcgee/a-liberal-case-against-universal-basic-income-5aa6d2399af5>, último acesso em 2 de abril de 2018.

um imposto de rendimento negativo se for acompanhado de um imposto de rendimento positivo sem isenção”.⁸

São várias as diferenças entre o imposto negativo sobre o rendimento e o rendimento básico universal, entretanto, nenhuma compromete a sua afinidade essencial. A primeira de tais diferenças diz respeito ao fato de o rendimento básico universal não ser necessariamente financiado por um imposto sobre o rendimento, como acontece com o imposto negativo sobre o rendimento. Aliás, o caso mais duradouro, no que se refere à experiência do rendimento básico incondicional, reporta-se aos países ou territórios em que ele é financiado pelos rendimentos gerados pela exploração de recursos naturais, como acontece com o petróleo, no Alaska, e, em outros termos, mais limitados, como ocorre na Noruega. Todavia, há outras diferenças essenciais. O rendimento básico é pago de antemão, enquanto o imposto negativo sobre o rendimento é pago *ex post*, ou seja, apenas na ocasião em que for preparada a declaração de rendimentos de cada contribuinte. Além disso, o imposto negativo sobre o rendimento é dirigido diretamente àqueles que constituem a população mais carente, em termos sociais e econômicos, algo que não acontece com o rendimento básico universal. A afinidade entre os dois instrumentos reclama uma reflexão sobre o modo pelo qual se pretende consagrar este instrumento de política econômica e social.

O RENDIMENTO BÁSICO UNIVERSAL E A IMPORTÂNCIA ATRIBUÍ-DA AO TRABALHO NAS CONSTITUIÇÕES MAIS RECENTES

Importa, todavia, não esquecer dois aspectos essenciais que dificultam o enquadramento constitucional de um instrumento como o rendimento básico universal. Nas constituições mais recentes (isto é, de um modo geral, as constituições posteriores à II Guerra Mundial), o trabalho é amplamente reconhecido como

⁸ Cf. Milton Friedman, citado em Eduardo Matarazzo Suplicy, *Renda de Cidadania: A Saída É pela Porta*, 2.ª ed. revista, Cortez Editora, São Paulo, 2002, p. 258.

uma realidade que deve ser acalentada pelos poderes públicos. De certa forma, este compromisso do Estado constitucional com o trabalho é afirmado de forma paradigmática pela Constituição italiana de 1948, que afirma, em seu artigo primeiro, que “a Itália é uma República Democrática fundada no trabalho”. A Constituição portuguesa de 1976 consagra que “todos têm direito ao trabalho”,⁹ e consagra um conjunto extenso de direitos dos trabalhadores.¹⁰ A Constituição brasileira de 1988, por seu turno, consagra o trabalho como direito social e prevê detalhadamente os direitos dos trabalhadores.¹¹

Na realidade, todos os nossos direitos sociais estão fundados nesta realidade, isto é, na ideia de que o trabalho é um direito de todos, que o Estado deve proteger e promover. O rendimento básico universal põe em causa o nexo entre o trabalho e o rendimento, tentando separá-los. Por isso, a objeção mais comumente dirigida contra este instrumento de política social é aquela que diz que, com a sua introdução, alguns viverão do rendimento e outros, ao contrário, do seu trabalho e dos impostos que contribuem para a formação daquele rendimento. Ora, esta situação não seria aceitável. Este é o principal argumento utilizado contra a consagração de algum tipo de rendimento básico, universal e incondicional, sendo este último considerado como envolvendo algum tipo de exploração daqueles que trabalham por aqueles que se limitam a viver dos rendimentos.

Alguns defensores do rendimento básico universal afirmam que o trabalho deve ser considerado uma dádiva, à semelhança do que sucederia com todos os recursos naturais disponíveis, sendo que estes deveriam ser objeto de uma distribuição igual entre os membros de uma sociedade. Defende-se assim que o trabalho deveria ser, de alguma forma, socializado, e também considerado uma dádiva, pois sustenta-se que aqueles que con-

9 Art. 58, n° 1.

10 Arts. 54 a 57 e 59.

11 Arts. 6 a 11.

seguem obtê-lo o fazem, muitas vezes, à custa de fatores arbitrários, e não exclusivamente com base no seu mérito pessoal.

A verdade, porém, é que, ainda que se considerasse o trabalho como fruto de uma herança, assim como sucede com os recursos naturais disponíveis, não se retiraria automaticamente desta máxima a introdução da consagração do rendimento básico universal. Seria possível pensar antes em formas de tornar efetivo o direito ao trabalho para todos os cidadãos, e parece ser este o sentido para o qual se inclinam as nossas constituições, designadamente quando proclamam políticas de pleno emprego.¹²

No entanto, se esta é uma objeção válida, não é necessariamente decisiva, considerando que um dos desafios do rendimento básico incondicional é promover a reflexão sobre o tema da justiça social e da distribuição do rendimento numa sociedade. Em primeiro lugar, o rendimento básico universal poderia ter efeitos positivos na posição de todos aqueles que, sem receber qualquer rendimento, contribuem de forma produtiva, por exemplo, tratando de idosos, doentes e crianças. Para estes e ainda para todos aqueles a quem assegura um rendimento independente que de outro modo não conseguiriam alcançar, parece claro que o rendimento básico universal diminuiria a exploração e o abuso domésticos, para além de em geral pressionar os empregadores a melhorarem as condições de trabalho.

RADICALIZAR O ESTADO SOCIAL OU MERCANTILIZAR A CIDADANIA?

Finalmente, qual o objetivo ou o impacto do rendimento básico nas estruturas do Estado Social? Em vez da assistência pública, isto é, o alívio da pobreza, ou da segurança social, quer dizer, a proteção da classe trabalhadora, o rendimento básico universal constituiria a forma mais avançada de um terceiro paradigma do Estado Social, visando possibilitar aos cidadãos manter condições de vida decentes sem depender do mercado. A ideia, portanto, seria radicalizar o conceito de Estado Social. O grande problema, levando-se em conta uma visão realista dos números

¹² Neste sentido, veja-se o art. 58.º, n.º 2, alínea a, da Constituição portuguesa.

que estariam envolvidos, é que, segundo alguns, a introdução desta reforma obrigaria a eliminação de todas as prestações sociais atualmente existentes, ou pelo menos as diminuiria substancialmente. Mais uma vez, o argumento da exploração retoma a sua pertinência.

Na Europa, no entanto, o argumento mais crítico contra a introdução do rendimento básico prende-se com o facto de as políticas sociais existentes envolverem a atribuição de direitos a pessoas em situação de carência ou que contribuam para o sistema de segurança social. No caso do rendimento básico, este seria atribuído a todos os cidadãos ou residentes legais, sem quaisquer outros requisitos. Entretanto, deve-se considerar o que isso significaria em termos de pressão exterior e de fenómenos migratórios sobre um país que optasse por consagrar esta medida.

Neste contexto, o Tribunal Constitucional português, por exemplo, já decidiu no sentido de que não seria inconstitucional exigir de um cidadão nacional de outro Estado membro da União Europeia que deseje residir em nosso país um período mínimo de residência, a fim de se obter acesso ao Rendimento Social de Inserção.¹³ Contudo, ao mesmo tempo, também se decidiu no sentido de que seria inconstitucional exigir de um cidadão nacional que permanecesse no país por um período mínimo de um ano para obter acesso ao mesmo benefício.¹⁴ Estas decisões parecem contrariar diretamente os pressupostos universalistas do rendimento básico.

Segundo Amartya Sen, economista e prêmio Nobel, o rendimento básico incondicional e universal funcionaria nos países desenvolvidos, como os da Europa, mas seria impraticável, por exemplo, na Índia, onde não existem ainda estruturas adequadas do Estado Social.¹⁵ A isto poderá objetar-se que tal rendimento, diante do pouco peso burocrático e da possibilidade de resistir

¹³ Acórdão n.º 296/2015.

¹⁴ Acórdão n.º 141/2015.

¹⁵ Cf. <http://basicincome.org/news/2017/03/nobel-laureate-economist-amartya-sen-india-not-ready-basic-income/>, último acesso em 2 de abril de 2018.

a pressões clientelares, pode ter um efeito mais útil e imediato precisamente em países em desenvolvimento. Por outro lado, a destruição ou a reformulação de todas as estruturas do Estado Social existentes nos países europeus da atualidade poderia ter efeitos catastróficos no que diz respeito às políticas sociais e à concessão de cidadania promovidas por estes países.

FRAGILIDADES DE UMA IDEIA RADICAL

Em jeito de conclusão, gostaria de percorrer algumas fragilidades que foram sendo apontadas à ideia do rendimento básico universal:

(i) A primeira grande fragilidade do rendimento básico universal consiste na sua ambiguidade: por um lado, pode servir para tornar novamente possível a social-democracia, ao reformar o Estado Social e dissociar rendimento e trabalho; por outro lado, pode também ser usado para confirmar o neoliberalismo, se for concebido como um instrumento de distribuição de rendimento suficiente para assegurar que cada novo desempregado não deixe de consumir, mesmo que não faça mais nada.¹⁶

(ii) A segunda grande fragilidade do rendimento básico universal consiste ainda na sua ambiguidade, mas agora na perspetiva apenas da respetiva relação com o Estado Social: quanto mais significativo for o montante do rendimento básico universal, maior será a necessidade de reduzir ou eliminar programas específicos do Estado Social, com claro prejuízo para pessoas necessitadas deles.

(iii) A terceira grande fragilidade do rendimento básico universal consiste na sua desadequação em relação ao modelo da cidadania social consagrado em constituições como a portuguesa de 1976 e também a brasileira de 1988. Esse modelo de cidadania social pressupõe o reconhecimento de um direito ao trabalho e de um direito à segurança social, que tornam

¹⁶ Cf. André Barata, 10 Teses pelo Rendimento Básico Incondicional, *Electra*, n.º 1, março 2018, p. 158.

não problemática a identificação dos beneficiários das políticas sociais, isto é, todos aqueles que trabalham, salvo situações de impossibilidade, e contribuem para o sistema da segurança social, ou aqueles que se encontram em situação de necessidade. Pelo contrário, o modelo de cidadania subjacente ao rendimento básico incondicional não só não deve ser limitado aos nacionais como nada justifica que o seja, a não ser por razões de praticabilidade, na melhor das hipóteses, ou xenofobia, na pior. Nessa medida, a introdução do rendimento básico na Europa é uma medida que não só nada garante que seja utilizada para melhorar a qualidade da cidadania como poderá agravar ainda mais o problema dos refugiados e dos fenómenos migratórios para os quais os políticos europeus não encontraram qualquer resposta. Neste contexto, o rendimento básico equivaleria, na verdade, a atribuir um valor económico ao direito de cidadania. Em vez de permitir atingir a «descoisificação» do Estado social, dando a todos a possibilidade de viver sem depender do mercado, a introdução do rendimento básico poderia ter o efeito de «coisificar» a cidadania, transformando esta definitivamente num bem de mercado. É, pois, duvidoso que o rendimento básico possa ser uma política social eficaz se tiver uma base meramente nacional, em vez de ser concebida num plano transnacional.

CAPÍTULO 2

MUDANÇAS TECNOLÓGICAS E OS SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS-SOCIAIS E JURÍDICOS

JOSÉ ANTÓNIO DA FONSECA VIEIRA DA SILVA

IAN GOLDIN

LAURA SCHERTEL MENDES

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

SOFIA RANCHORDÁS



JOSÉ ANTÓNIO DA FONSECA

É licenciado em economia pelo Instituto Superior de Economia de Lisboa. Foi ministro do Trabalho e Solidariedade Social e da Economia, Inovação e Desenvolvimento. Ocupou também os cargos de secretário de Estado da Segurança Social, secretário de Estado das Obras Públicas, diretor-geral do Departamento de Estatística, Estudos e Planeamento e do Departamento de Estudos, Prospetiva e Planeamento do Ministério da Solidariedade e Segurança Social. Atualmente, é ministro do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social.

JOSÉ ANTÓNIO DA FONSECA

A aceleração da revolução tecnológica digital impactou áreas como a automação e a inovação, e gerou a reorganização das cadeiras produtivas e dos modelos de comercialização de bens, serviços e consumo, bem como ensejou uma desmaterialização, por vezes intensa. Tal processo tem gerado uma forte corrente de mudanças no mundo do trabalho, que não são meramente explicadas pelas transformações tecnológicas, mas também pela nova fase da globalização, de reequilíbrio internacional dos poderes econômico e financeiro. Tanto a revolução tecnológica quanto a globalização são dois aspectos que estão profundamente interligados, cujos respectivos impactos são, muitas vezes, difíceis de distinguir. Dentre as várias implicações mais comumente associadas a essas dinâmicas, duas ou três serão trabalhadas a seguir.

Em primeiro lugar, há um profundo impacto sobre as competências profissionais, que são exigidas para permitir que as empresas se mantenham competitivas e ganhadoras, em mercados cada vez mais abertos e exigentes. Um elevado grau de flexibilidade e capacidade de adaptação das empresas gera inovação, que hoje é um processo permanente, além do encurtamento dos ciclos de negócios e uma melhoria das empresas, nos âmbitos de ensino, educação, investigação, capacidade de se trabalhar em rede ou até mesmo qualidade ambiental. Estes impactos são dotados de uma profundidade, diversidade e dimensão sem paralelo em nossa história.

Como sempre acontece em épocas de mudanças, com avanços tecnológicos mais intensos, não faltam vozes para questionar se o progresso e a automação, por exemplo, não tornarão dispensável o trabalho humano, ao menos parcialmente. Diversos estudos apontam que metade das profissões existentes hoje não existirão daqui a duas ou três décadas, ou que metade dos jovens que já iniciaram seus estudos vão trabalhar em profissões que hoje ainda não existem. Por vezes, esses cenários são construídos de forma excessivamente mecânica. Do ponto de vista histórico, esta é uma afirmação relativamente polêmica, pois o progresso técnico sempre criou mais empregos do que destruiu, embora de forma não linear. A relação do trabalho e o modelo salarial de formação de rendimentos e garantia da sustentação da procura não parecem ter substitutos fáceis que garantam a estabilidade econômica e, conseqüentemente, a criação de condições para a inovação. No entanto, está longe de se garantir o modo de distribuição deste processo de destruição e criação de emprego, e este talvez seja um dos problemas mais interessantes dessa mudança. Em termos territoriais, isto significa que não há precisão sobre quais as regiões do mundo que serão ganhadoras na criação de empregos, ou perdedoras, de forma majoritária, na distribuição deles. Nada garante que as zonas onde se criam as oportunidades de desenvolvimento de emprego sejam coincidentes com aquelas onde há a sua destruição, o que constitui uma realidade de incertezas relativamente nova, porque, no passado, as regiões ganhadoras eram normalmente aquelas que continuavam a ganhar e aprofundar diferenças em escala global. Atualmente, não é certo que tal conjectura aconteça sem que haja um cortejo de conseqüências econômicas, sociais e políticas.

Na fase em que vivemos, me parece crucial entendermos a profundidade desses impactos, cuja ligação foi criada há pouco mais de um século, não tendo sido submetida ainda a uma generalização em escala global, no que se refere à relação entre trabalho, emprego e proteção social. Habitua-mo-nos a ver esta ligação como um fator de estabilidade decisiva para as sociedades, principalmente na aspiração ao bem-estar coletivo. No entanto,

a relação entre o trabalho e a proteção social, típica de diversos modelos de *welfare state*, lida com alguns desafios, no sentido de desencadear um risco de aprofundamento da desigualdade e da estagnação econômica prolongada. Para ultrapassar estes riscos, o primeiro desafio é saber alcançar a linha da frente na qualificação das pessoas em um mundo global. Isto constitui um desafio ainda maior nos casos em que as regiões, os países e as economias se caracterizam por atraso ou desenvolvimento pouco aprofundado, nos âmbitos da educação, do ensino ou da investigação. Por isso, é necessário se repensar o velho modelo, que vigorou durante alguns anos, para que haja a formação inicial de um trabalho em sequência e de uma lógica de aprendizagem ao longo da vida. Ultrapassar as fragilidades desses temas educativos é um fator essencial em países como Portugal e muitos outros. A capacidade de atração e fixação da oportunidade de inovação parece existir sempre em zonas urbanas, mas é necessário um ambiente positivo no que toca à formação e ao ensino.

Por outro lado, a área decisiva para vencer este desafio envolve a necessidade de uma flexibilização das economias. Este é um tema que tem sido abundantemente discutido na última década, em um mundo aberto e competitivo, com ciclos muito rápidos de produção e consumo. Somente as economias flexíveis são capazes de se situar nas zonas ganhadoras deste movimento de mudança. No entanto, creio que reduzir a ideia de flexibilidade econômica à sua dimensão laboral, optando por mercados desregulados, pode parecer uma resposta fácil e rápida, não sendo a mais duradoura e eficaz. Do ponto de vista social, a flexibilidade negociada é intensa em inovação e partilha opções de reorganização com maior retorno social e econômico.

Em terceiro lugar, uma das questões mais importantes é a redução da instabilidade das carreiras profissionais. Não se trata do retorno ao mito do emprego para a toda a vida, mas de compreender que, do ponto de vista das empresas e da sociedade, as relações precárias reduzem tanto as oportunidades como a capacidade de atrair competências e fixar jovens no mercado. Portanto, deve-se investir mais em soluções de flexibilidade ne-

gociada, pois são mais vantajosas do que a lógica imediatista do menor custo. A inovação tecnológica e a alteração das relações sociais do consumo ou do trabalho estão associadas, e podem parecer inevitáveis ao anteciparem o futuro, mas não representam, inevitavelmente, caminhos para o progresso. Alguns dos grandes progressos do ponto de vista tecnológico não foram, por si sós, responsáveis pelo progresso econômico local, pois exigiram alterações profundas no modelo da organização social. O impacto positivo da Revolução Industrial, por exemplo, pode ser associado tanto à criação da máquina a vapor quanto à proibição do trabalho infantil, ou seja, não é possível distinguir aspectos da natureza tecnológica dos de natureza social. Quando o império da lei proibiu a exploração forçada, além do trabalho infantil e ininterrupto, foram dados os primeiros passos na construção da proteção social, ocorrendo um casamento entre o progresso tecnológico e o bem-estar social, que alcançou patamares claramente superiores se comparados aos do passado. Hoje, em tempos de mudanças substanciais – que incluem robôs de digitalização e plataformas colaborativas, dentre outros –, o nosso desafio continua sendo a construção de um progresso, conciliando a transformação tecnológica com o império de uma lei que proteja os mais fracos e implique a garantia da equidade, do desenvolvimento e do progresso.



IAN GOLDIN

É bacharel pela Universidade de Cape Town, mestre pela London School of Economics e mestre e doutor pela Universidade de Oxford. Foi diretor de Políticas de Desenvolvimento e vice-presidente do Banco Mundial, diretor executivo e diretor-gerente do Banco de Desenvolvimento da África Austral. Além disso, foi assessor do presidente Nelson Mandela, principal economista do Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento e diretor de Programa no Centro de Desenvolvimento da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. É professor da Universidade de Oxford e diretor do Programa Oxford Martin sobre mudança tecnológica e econômica.

IAN GOLDIN

A questão das mudanças disruptivas da tecnologia é central para a forma por meio da qual entendemos o futuro e está intimamente ligada às histórias de Portugal e do Brasil, por se tratar de uma relação baseada na conectividade. Na minha opinião, a questão principal é saber como devemos acolher esse futuro e nos assegurar de que essa conectividade seja gerida de forma mais eficaz, em nível global.

As barreiras entre os países vêm caindo, e as ideias estão fluindo cada vez mais entre as fronteiras, em razão, principalmente, do desenvolvimento da internet. Estamos passando do mundo desconectado das décadas de 1960 e 70 para um ritmo extraordinário de mudança. No final da década de 1980, 200 milhões de pessoas estavam conectadas e dois bilhões eram alfabetizadas. Hoje, são 6,5 bilhões de pessoas conectadas e alfabetizadas. Se acredita-se na individualidade do gênio, o mundo atual abriga muito mais gênios. No entanto, não são somente os indivíduos em si que são portadores de mudança, mas também o fato de que as pessoas estão se conectando a outras e trabalhando em equipe, o que acelera o ritmo da inovação e da mudança. O número de pessoas cursando o ensino superior teve um acréscimo de 500 milhões durante este curto período de tempo. A velocidade da mudança está se acelerando porque há mais atores criando mais ideias, com mais conectividade, mais rapidamente e em mais lugares, e isso está mudando o mundo. Ademais, em razão dos avanços na área da saúde e da elevação da renda, a população mundial teve um acréscimo de dois bilhões de pessoas.

Hoje, diversas ideias estão viajando pelo mundo, o que permite que os povos tenham vidas mais longas e mais felizes. Estas são ideias simples, como “fumar mata” e “usar um cinto de segurança pode salvar sua vida”, e outras mais complicadas, como as propostas de novas terapias para o câncer, de novas vacinas e de outros avanços na medicina, que contribuem para o aumento da expectativa e da qualidade de vida. O aumento de dez anos da expectativa de vida média no Brasil, durante este período, deve-se à disseminação dessas ideias e tecnologias.

Deve-se ressaltar que não é uma questão só de aumento do fluxo, mas também de sua complexidade. O número de atores e participantes no comércio de bens, serviços e tecnologias aumentou à medida que os mercados emergentes cresceram em paralelo com o aumento de produtos e ideias. Se examinarmos os últimos dois mil anos, constataremos que o crescimento da renda é exponencial, enquanto o crescimento populacional é aritmético, e que ambos estão avançando mais do que em qualquer momento na história da humanidade.

A razão pela qual eu acredito na globalização é porque ela trouxe mais progresso e com mais rapidez do que qualquer força na história. No entanto, existem três grandes perigos associados a ela. O primeiro é que, enquanto as barreiras desaparecem entre os países, elas se avolumam internamente. A desigualdade está crescendo em todos os Estados que experimentam uma globalização muito rápida. Quando as mudanças acontecem com demasiada rapidez, as pessoas são deixadas para trás. Isso provoca o crescimento das diferenças internas. O segundo grande risco resultante da globalização é que não são apenas as coisas boas que se conectam, mas as coisas ruins também. Quando nos interligamos, nos tornamos também interdependentes. Uma crise financeira que começa nos Estados Unidos transmite-se imediatamente para 60 nações no intervalo de três dias. Esse é o resultado da globalização. Uma pandemia que tem origem no México pode chegar a 160 países em 30 dias. Eu chamo este fenômeno de “efeito borboleta” da globalização. O terceiro resultado perigoso da globalização é a tragédia da degra-

dação dos recursos naturais e ecológicos, que são limitados. Conforme a curva de renda de mais pessoas cresce em decorrência do progresso, a soma desses bens acaba se transformando em efeito maléfico. Assim, a curva de energia ascendente também impacta as alterações climáticas. Percebe-se, portanto, que o que é bom individualmente torna-se maléfico quando mais pessoas procedem da mesma forma. É por esse motivo que as normas, os regulamentos e leis têm um impacto cada vez maior à medida que a renda aumenta e quanto mais nos conectamos e consumimos.

É necessário perceber que, ao mesmo tempo em que se aumenta o índice de expectativa de vida, também cresce o envelhecimento da população e ocorre um colapso na fertilidade. Este é um fenômeno global que significa que as idades médias estão dobrando. Por isso, um dos grandes problemas que o mundo enfrentará neste período de globalização será o envelhecimento acelerado das populações. Portugal vem sofrendo muito com a rápida queda da taxa de fertilidade. No Brasil, cuja taxa de fertilidade também é baixa, a população envelhecerá muito rapidamente, e esse fenômeno terá repercussões diversas, inclusive na política e na economia.

As perspectivas de crescimento econômico em todo o mundo são muito boas. As taxas médias de crescimento global subirão bastante na esteira do crescimento dos mercados emergentes e se tornarão mais estáveis. Isto significa que, quando os Estados Unidos oscilarem, o resto do mundo não sofrerá tantos impactos. À medida que os mercados emergentes passarem a contribuir em 80% para o crescimento global, sua parcela de mercado na economia mundial ultrapassará em muito os 50%. Os mercados emergentes passarão a ter também uma parcela crescente no consumo. Os Estados Unidos participam, hoje, em menor escala da economia global, como também a Europa. No entanto, por volta do ano de 2050, a economia europeia terá o dobro do tamanho da economia americana. Além disso, cada vez mais, a economia e o consumo serão dominados, nas próximas décadas, pelos países asiáticos.

As mudanças nas tecnologias serão ainda mais revolucionárias. Embora o progresso tecnológico seja difícil de prever, o que é mais previsível é a duplicação contínua da velocidade de processamento a cada ano ou dois anos, pelo mesmo custo, ao longo dos próximos 20 anos. Como resultado, obteremos cerca de 100 mil a um milhão de vezes mais potência pelo mesmo preço. A aceleração na capacidade de processamento é mais previsível do que o uso dessa capacidade.

Uma das áreas mais revolucionárias será a da genômica, na capacidade de reescrever sequências genômicas. Essa área tornar-se-á um campo minado legal, no qual as perguntas sobre se devemos ou não criar superseres humanos e eliminar as incapacidades estarão no centro das preocupações legais nas décadas a vir. Diferentes países terão políticas diversas a este respeito, o que levará à criação de um turismo em busca de novas tecnologias, não mais a uma velocidade exponencial, mas a uma supervelocidade exponencial. O tempo de dez anos que o sequenciamento total do genoma humano levou para ser concluído, a um custo de US\$ 4 bilhões na década de 1980, agora leva 20 minutos e custará apenas US\$ 200, com uma velocidade crescente e um preço declinando exponencialmente. Outra questão importante para a sociedade, com a mudança tecnológica vindoura, é que todas as novas tecnologias poderão ser usadas para um bem imenso ou para um incalculável dano. As mesmas tecnologias que podem salvar vidas também poderão matar. Isto mudará fundamentalmente a natureza das ameaças a serem enfrentadas pelas sociedades, já que os indivíduos terão o poder de causar danos e destruir, poder este que somente os Estados-nações detinham.

O que aprendemos com a crise financeira é que as novas tecnologias não são entendidas por pessoas mais velhas; em vez disso, são utilizadas por uma nova geração que joga modernos jogos com novas tecnologias. O que vimos com o colapso do banco Barings foi o quanto a direção dessa instituição, de mais de 150 anos, foi surpreendida pelos acontecimentos. Precisamos nos preocupar com os indivíduos, com os riscos sistêmicos e com a disseminação dos efeitos nocivos da globalização, como no caso da propagação da gripe suí-

na pelos *hubs* de aeroportos. Com a cibernética, estamos tendo um novo e interdependente hiper-sistema nervoso no mundo. Ela está crescendo a uma velocidade exponencial por meio da Internet das Coisas (IoT) e incorporando-se aos nossos corpos de tal forma que as ramificações legais da segurança cibernética, da interdependência e dos dispositivos instalados em nossos corpos e em torno de nós se tornarão um enorme problema.

Alguns trabalhos realizados na Oxford Martin School, da qual sou diretor, indicam que cerca da metade dos empregos nos Estados Unidos estarão vulneráveis à inteligência artificial e à robótica nos próximos 20 anos. Em Portugal e no Brasil, cerca de 40% e 30% dos empregos serão vulneráveis, respectivamente. Vale ressaltar que não está certo que isso vai acontecer, mas que poderá acontecer. As máquinas podem fazer tudo o que for baseado em regras, que não requeira destreza e que seja repetitivo. Uma interrogação de grande relevância a respeito do progresso é o que acontecerá com os degraus do meio da escada do desenvolvimento, quando a fabricação semiqualeficada, os *call centers* e os serviços de apoio forem substituídos por máquinas. Será provavelmente o preço do capital, e não do trabalho, que determinará as decisões de localização, e isso, combinado às políticas de protecionismo, significa que muitos empregos poderão ser transferidos para as economias avançadas, nas quais o capital é mais barato e os mercados estão mais próximos uns dos outros. As diferentes sociedades responderão de formas diversas às mudanças tecnológicas e podemos esperar índices muito variáveis de adoção de tecnologias nos países.

Neste contexto, as regras, os regulamentos e as leis relativos aos recursos escassos, à utilização de antibióticos e de recursos coletivos tornar-se-ão cada vez mais importantes. Gerir a relação cada vez mais significativa entre os mercados e os Estados vai ser o crescente desafio imposto ao direito. Este desafio se tornará cada vez mais agudo nos próximos anos.

O sistema de governança global é totalmente impróprio para o século XXI. São sistemas nacionais e acordos baseados em Bretton-Woods que irão moldar daqui por diante o progresso.

Uma rápida evolução por parte do direito, suficiente para enfrentar os desafios impostos pelas incessantes mudanças, será fundamental, assim como será necessário observar como as regras internacionais serão moldadas em um mundo fadado a evoluir em velocidades muito diferentes e de diversas maneiras.

Eu pertencço à área de finanças e tenho trabalhado em instituições internacionais. O que consegui constatar a respeito da crise financeira que eclodiu há dez anos foi o nosso fracasso total em lidar com a globalização das finanças e com a rápida mudança tecnológica, ou seja, foi o fracasso de um sistema que era o mais sofisticado do mundo. Isto ocorreu porque não conseguimos entender a interdependência e a complexidade, tampouco compreender a desconexão entre a governança nacional e a global, e, finalmente, não conseguimos assimilar as tecnologias que estavam surgindo. Fomos levados por interesses de curto prazo e regulamentos retrógrados. Confiamos demais nos dados, e não de menos, como devíamos.

Quando o maior sistema de especialistas do mundo entrou em colapso, as pessoas começaram a rejeitar os especialistas nas democracias europeias e nos Estados Unidos, a globalização e os acordos comerciais, querendo voltar para um mundo pré-globalizado. Essa postura é profundamente equivocada, não só porque isto iria minar o crescimento econômico e o desenvolvimento, mas também porque implica a crença de que podemos nos desconectar para salvarguardar os nossos futuros. No entanto, não há muralha alta o suficiente para deter as mudanças climáticas, as pandemias ou os ciberataques. Na verdade, as barreiras acabam nos apartando das tecnologias, dos povos, das ideias e da capacidade de cooperar. Estamos envolvidos, não estamos simplesmente unidos, e, em razão da globalização, temos um interesse comum em resolver esses problemas.

Eu acredito que estamos vivendo um novo Renascimento, que tem uma série de fatores em comum com o Renascimento de 500 anos atrás. Isto traz uma série de implicações para o direito e para a sociedade. A primeira é que se trata de uma encruzilhada para

a humanidade. Este poderá ser o nosso melhor século de todos os tempos, porque eliminamos muitos dos desafios que afligiram a humanidade, mas também poderia ser o nosso último século, porque teremos encontrado novas maneiras de destruir o planeta e uns aos outros. Assim, este é um momento muito importante para pensar, para aprender com o Renascimento anterior e para entender que aquele momento de criatividade levou a guerras religiosas e ao extremismo. As viagens de descobertas para o Novo Mundo mataram a maioria dos nativos americanos, à mercê da propagação de doenças e outras consequências involuntárias.

A história do futuro será impulsionada pelos mercados emergentes, em termos de crescimento econômico, associada à desigualdade, à complexidade e às incertezas crescentes. Os riscos para os sistemas são físicos, sociais, políticos e ambientais. O direito sofrerá uma desintermediação na execução das tarefas simples e repetitivas. Muitos processos atualmente submetidos ao direito serão realizados por outros meios, tais como os algoritmos operados por outras empresas. Muitos empregos jurídicos desaparecerão, mas novos serão criados para lidar com o labirinto regulatório. As empresas que puderem lidar com essa mudança serão as vitoriosas.

Entre as muitas questões regulatórias estará a propriedade dos dados, sua privacidade e segurança. Conforme a inteligência artificial vier substituir os trabalhos rotineiros anteriores e os estágios repetitivos precoces de processos legais, o que os alunos de direito levam anos para aprender desaparecerão. A questão-chave para o direito diz respeito a quais serão as implicações para a carreira. A *blockchain* irá substituir muitos contratos, e qualquer coisa que seja rotina será substituída. Os advogados terão que enfrentar o desafio de aumentar sua criatividade para provar que podem fazer coisas que as máquinas nunca poderão fazer, encontrar o seu caminho através do labirinto ético e provar que a desconfiança em relação aos especialistas é infundada. Isso pode se dar mediante o aumento dos recursos e das habilidades, por meio do reforço, da reputação e, finalmente, da liderança de pessoas como as que participam deste evento. Se conseguirmos tudo isso, podemos chegar a uma velhice muito feliz.



LAURA SCHERTEL MENDES

Mestre em direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, doutora em sociologia política pela Universidade de Brasília e pós-doutora pela Universidade da Califórnia em Davis. É professora do Instituto Brasiliense de Direito Público.

LAURA SCHERTEL MENDES

Eu abordarei questões relacionadas ao uso de algoritmos, e um dos seus efeitos mais falados é o seu potencial discriminatório. Quando se discute proteção de dados pessoais na Europa, fala-se muito sobre bens jurídicos protegidos, liberdade, autode-terminação, privacidade e intimidade. A partir disso, a pergunta que eu trago para o debate é: em que medida algoritmos e decisões tomadas por meio de algoritmos podem ou não ser discriminatórias? O potencial discriminatório está presente no nosso dia a dia, mas, quando falamos de algoritmos e *big data*, esse potencial apresenta um risco maior. Assim, vou apresentar como a discriminação estatística é utilizada pelos algoritmos e quais são os melhores meios para lidar com ela.

A primeira característica da discriminação estatística é a diferença de tratamento de grupos – homens, mulheres, jovens, adultos, nacionais, estrangeiros – baseando-se em características diversas. A segunda está sempre relacionada a uma característica pessoal, que é fácil de ser aferida e avaliada. A terceira é a *taste discrimination*, que ocorre quando duas características estão relacionadas por uma outra característica por meios estatísticos.

Quando se fala em *big data* e algoritmos, fala-se em automatização de processos decisórios cujo exemplo mais clássico é o do *credit scoring*, uma avaliação para poder contratar crédito e a que preço. Essa decisão é tomada por meio de algoritmos, tornando a discriminação decisória mais complexa, porque os al-

goritmos automatizados são baseados em *big data*; logo, eles são tidos como *black box*. Assim, não se sabe quais são os *inputs* desses algoritmos.

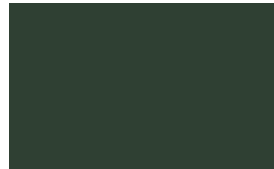
Vale ressaltar que a principal característica do *big data* não é o volume de dados, mas sim que as decisões que os têm como insumo são baseadas em correlações, e não em causalidades. Consequentemente, uma questão que permeia o direito privado e os direitos fundamentais é se alguém pode ter o seu caso concreto decidido em razão de correlações e não em razão de causalidades.

Deve-se ressaltar também que a discriminação algorítmica, em geral, ocorre de forma involuntária, pois tenta-se descobrir qual o viés e quais as correlações enviesadas que são usadas como *inputs*, além de qual o modelo enviesado e discriminatório que o algoritmo utiliza. O maior desafio em relação aos algoritmos é que é muito difícil descobrir qual o modelo usado. Eu considero que esse também é o maior conflito entre os titulares de direito e as empresas que elaboram os algoritmos, porque há o reconhecimento do direito ao sigilo industrial do algoritmo. No entanto, questiona-se como esse algoritmo torna-se *accountable* e qual é o *input*.

Foi estabelecido o novo regulamento europeu, em que uma das normas garante o direito de que o consumidor ou o titular de dados tenha uma intervenção humana, ou seja, mesmo com o tratamento automatizado de dados, pode-se recorrer a um ser humano para que a especificidade do caso concreto possa ser destacada. O Brasil possui desafios ainda maiores, porque não possui uma lei geral de proteção de dados; logo, não há um padrão mínimo e nem uma autoridade de proteção de dados.

Concluo ressaltando as quatro grandes linhas de atuação quando pensamos em discriminação por meio de algoritmos. Essas linhas referem-se à garantia da correção dos dados e à transparência dos algoritmos para equilibrar o direito ao sigilo empresarial. Deve haver uma transparência mínima para que as

peçoas conheçam os critérios mínimos de decisão, ou seja, é preciso saber o processo e o modelo que o algoritmo usa para chegar a uma decisão. Por último, quando se fala de discriminação, é preciso garantir que os sistemas sejam legítimos e justos. Quando se fala de justiça ou *fairness*, refere-se à justiça processual, como o caso do regulamento Europeu que garante a intervenção humana em alguns casos, ou seja, determinados tipos de dados não podem ser analisados por algoritmos, como, por exemplo, dados raciais, dados relativos à origem ou orientação e outros que levariam a decisões discriminatórias.



RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mestre pela Harvard Law School e doutor pela Johann Wolfgang Goethe Universität. Foi advogado, procurador da Fazenda Nacional e membro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Atualmente, é ministro do Superior Tribunal de Justiça.

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

ALTERNATIVAS PARA A REMOÇÃO DE *FAKE NEWS* DAS REDES SOCIAIS

A Internet e – particularmente – as redes sociais criaram um espaço público virtual que vem assumindo um papel cada vez mais importante na sociedade contemporânea, muitas vezes em substituição ao espaço público real, em ameaça direta à democracia.¹

Como acentuado pela Comissão Europeia, a propagação viral de discursos de ódio, de conteúdo racista e xenófobo, atinge não apenas os grupos ou indivíduos diretamente atacados, mas todos aqueles que, nas sociedades abertas, defendem a liberdade, a tolerância e a não discriminação, pois acaba por inibir o discurso democrático nas plataformas eletrônicas.² Além disso, as notícias falsas (*fake news*) têm o potencial de criar uma crise nos sistemas eleitorais ao estimular grande volatilidade dos eleitores, que se deixam guiar mais por emoções do que pela racio-

1 V. Campos, Ricardo, "Transformação da esfera pública motivou nova lei alemã de internet", publicado em Consultor Jurídico (conjur.com.br), em 4/4/2017: "Se anteriormente na sociedade das organizações a informação sobre assuntos públicos era gerada em grandes redações, com muitos profissionais especializados, na sociedade de redes a informação 'perde a origem'. De fato a internet abriu a possibilidade de profissionais, que não se enquadravam nas organizações, de 'gerenciar' seu próprio público sem a necessidade de associação formal a uma organização. Isso foi um ganho para a pluralidade informacional da esfera pública. Mas por outro lado, patologias experimentadas nas últimas eleições pelo globo em que se constatou que a maior parte da informação acessada era informação falsa preocuparam os que tomam o processo democrático como um processo correlato ao acesso à informação (em detrimento ao acesso à desinformação)".

2 Comunicado à imprensa, em 31 de maio de 2016, in <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_pt.htm>.

nalidade, a qual, como se sabe, é o pressuposto da democracia.

Como lembrado por Norberto Bobbio, é preciso que os cidadãos saibam distinguir as proposições verdadeiras das proposições falsas e que reconheçam aqueles que querem enganá-los, evitando cair nas armadilhas retóricas dos demagogos. Não é à toa que, na Ágora, o arauto amaldiçoava quem quer que procurasse enganar o povo, e a Assembleia permanecia o tempo todo sob o olhar de Deus, para que os demagogos não abusassem de suas artes oratórias.³

Pode-se dizer, ainda, que as *fake news* afetam negativamente a percepção e a atenção dos cidadãos e tomam o lugar das notícias verdadeiras, quando se considera o número de comentários, compartilhamentos e *likes* no Facebook e em outras redes sociais. De outro ângulo, as *fake news* e seu potencial destrutivo podem ser entendidas não apenas como reforço do viés cognitivo de seu público-alvo, mas também pela temporalidade acelerada da cognição, que instaura um presente contínuo, no qual os assuntos se substituem uns aos outros com enorme rapidez. Cria-se, com isso, um ambiente que solapa a reflexividade e dificulta o exercício do pensamento analítico, que permitiria distinguir o falso do verdadeiro.

Uma outra categoria de efeitos adversos das *fake news* é de ordem epistêmica e emocional. As *fake news* produzem crenças e muita confusão quanto aos fatos e requerem verificação laboriosa (*fact checking*), o que pode engendrar ainda mais cinismo e frustração no ambiente político. É como se contribuíssem para gerar um sentimento de vertigem política. Uma alternativa, que talvez não esteja tão distante, considerando o desenvolvimento acelerado da inteligência artificial, seria o uso de algoritmos para detectar *fake news*. Essa possível solução tecnológica será certamente objeto de muito debate e muita crítica quanto à possibilidade efetiva de divulgação e controle dos parâmetros utilizados nos algoritmos,⁴ mas não foi contemplada em nenhum dos

3 Norberto Bobbio, *O futuro da Democracia*, Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1989, p. 83 ss.

4 Harsin, Jayson, "Un guide critique des fake News: de la comédie à la tragédie", *Revue Pouvoirs*, Seuil, n° 164, La Datacratie, pp. 99-120.

modelos normativos de controle de conteúdo ilícito na Internet.

OS MODELOS PARA A REMOÇÃO DE CONTEÚDOS ILÍCITOS

Há fundamentalmente dois modelos normativos para tratar da remoção de conteúdos ilícitos da Internet, que não são necessariamente excludentes e podem até mesmo se complementar.

A RESERVA DE JURISDIÇÃO

No primeiro modelo a tratar dessa questão, consagra-se a reserva de jurisdição para a remoção do conteúdo ilícito, ou seja, somente o Poder Judiciário pode determinar a remoção do conteúdo infringente. O controle da ilicitude do conteúdo, bem como a ordem para seu bloqueio ou remoção, ocorre no âmbito do processo, por provocação do interessado, e *a posteriori*.

No Brasil, no que tange à remoção de conteúdos ilícitos, o chamado Marco Civil da Internet⁵ estabelece, como regra geral, que o provedor de conexão à Internet não pode ser civilmente responsabilizado por conteúdo gerado por terceiros.⁶ Para garantir a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações na Internet só pode ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, em descumprimento a uma ordem judicial específica, deixar de tornar indisponível o conteúdo apontado como ofensivo.⁷ Tratando-se de cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, o provedor pode ser responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade se deixar de atender à notificação que contenha indicação precisa do conteúdo a ser removido.⁸

5 Lei nº 12.965/2014.

6 Art. 18.

7 Art. 19.

8 Art. 21.

Quanto à possibilidade de remoção do conteúdo da Internet, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia decidido que os provedores de pesquisa não respondem pelo conteúdo inserido por terceiros e não podem ser obrigados a exercer controle prévio das buscas efetuadas por usuários. No Recurso Especial nº 1.407.271, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ficou assentado que

“não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa”.

Mais recentemente, no REsp. nº 1.342.640/SP, também de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 7/2/2017, a Terceira Turma assentou que

“(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso”.

Na sessão do dia 08/05/2018, a Terceira Turma do STJ, ao julgar o REsp nº 1.660.168/RJ, concluiu, por maioria, vencidos os ministros Nancy Andrighi e Ricardo Cueva, que o direito ao esquecimento, conquanto não previsto no ordenamento, deve ser o fundamento para a remoção de conteúdo considerado ofensivo. Tratava-se de situação na qual, em buscas pelo nome da auto-

ra da ação na Internet, as primeiras referências sempre aludiam a antigo concurso público sobre o qual foram levantadas suspeitas, não confirmadas em investigações subsequentes. Embora as informações não fossem ofensivas ou inverídicas, entendeu-se que deveriam ser removidas dos mecanismos de busca, em interpretação divergente daquela que se vinha emprestando ao Marco Civil da Internet, no sentido de que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados da busca de determinado termo ou expressão, e em afronta ao § 1º do art. nº 19 do Marco Civil da Internet, pois o referido dispositivo de lei dispõe expressamente que a ordem judicial de remoção de conteúdo dessa espécie (gerado por terceiros) padece de nulidade quando desacompanhada da “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”.

Ademais, o que restou reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Google Spain SL, Google inc. v Agencia Espanõla de Protección de Datos, Mario Costeja Gonzáles foi que, à luz da diretiva nº 95/46/CE, os provedores de busca na Internet praticam atividade que se qualifica como tratamento de dados; portanto, são responsáveis por esse tratamento no âmbito de um Estado membro, sempre que criarem, nesse território, uma filial ou sucursal que promova venda de espaços publicitários, incumbindo-lhes a remoção de conteúdo específico em consequência de suprimir os *links* que remetiam ao interessado, ainda que a divulgação da informação fosse, em si, lícita, ou seja, mesmo na hipótese em comento. Não há, no referido precedente, ordem para que o provedor de pesquisa promova a criação de filtros ou mecanismos capazes de realizar o controle prévio de conteúdo virtual.

Seja como for, é importante destacar, para o propósito deste artigo, que a Lei nº 12.965/2014 disciplina o uso da internet no Brasil de modo genérico e não contempla especificamente as redes sociais. A remoção de conteúdos ilícitos é tratada de modo abrangente, sem uma definição expressa do que seja conteúdo infringente e sem a imposição de prazos para sua remoção. O

legislador parece ter-se fiado em amplíssima discricionariedade judicial para assegurar a observância dos princípios e das garantias associados ao uso da Internet – dentre eles, a garantia das liberdades de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal.

A AUTORREGULAÇÃO

O segundo modelo de controle impõe diretamente aos provedores de Internet o dever de remover o conteúdo ilícito após reclamação do ofendido, que deve especificar com exatidão aquilo que se deve excluir. Embora na Europa já esteja consagrado o direito ao apagamento de dados pessoais, a Comissão Europeia tem entendido que a remoção de conteúdos atinentes aos discursos ilegais de incitação ao ódio nas redes sociais, por seu potencial disruptivo, deve ser confiada à autorregulação, tanto que já havia adotado decisão-quadro para a persecução penal dos ilícitos relacionados a tais discursos de ódio, a qual fornece a base para definir o conteúdo ilegal.

Em maio de 2016, a Comissão Europeia, em conjunto com as empresas Facebook, Twitter, YouTube e Microsoft, divulgou um código de conduta que inclui, entre outros, compromissos para:

- a) A adoção de procedimentos claros e eficazes para examinar as notificações relativas aos conteúdos ilícitos;
- b) O emprego de equipes especializadas para a análise dos pedidos;
- c) O exame da maior parte das notificações em menos de 24 horas;
- d) A apresentação, pelas empresas, de relatórios aos Estados membros; e
- e) A análise dos avisos e da sinalização de conteúdos ilícitos por peritos, em parceria com organizações da sociedade civil.

Em janeiro de 2018, foi anunciada a adesão do Instagram e do Google+. Foram comunicados, ainda, os seguintes resultados da adoção do código de conduta pelas empresas de Tecnologias da Informação (TI):

“em média, as empresas de TI suprimiram 70% de todos os discursos ilegais de incitação ao ódio que lhes foram notificados pelas ONG e pelos organismos públicos que participaram na avaliação. Esta taxa tem aumentado de modo constante, passando de 28% na primeira série de controlos realizada em 2016 para 59% no segundo exercício de controlo efetuado em maio de 2017”.

Além disso, a observância ao prazo de 24 horas tem atingido média superior a 81%.⁹

Em caráter ainda mais inovador, em 2017, a Alemanha aprovou uma nova lei, que atribui maior responsabilidade pelo bloqueio e pela remoção de conteúdo ilícito nas redes sociais, além de criar uma modalidade de autorregulação para o setor, replicando a experiência com a lei alemã de proteção de conteúdos para jovens.¹⁰

A LEI ALEMÃ PARA APERFEIÇOAR A APLICAÇÃO DO DIREITO NAS REDES SOCIAIS (NETZDG)

A partir do início de 2018, começou a ter eficácia a lei alemã para aperfeiçoar a aplicação do direito nas redes sociais – *Netzdurchsetzungsgesetz* ou *NetzDG* –, em vigor desde outubro de 2017, mas que teve um período de carência de três meses.

Com a nova lei, conteúdos como ameaça ou incitação à violência e que caracterizem crimes contra a honra devem ser remo-

9 www.europa.eu/rapid/press-release_IP-18-261_pt.pdf

10 Campos, Ricardo, “Com emenda que permite censura, Brasil tropeça na própria desinformação”, publicado no Consultor Jurídico (conjur.com.br) em 6/10/2017.

vidos das redes sociais após 24 horas do recebimento de uma notificação ou no prazo de sete dias, em casos mais complexos. As empresas podem ser multadas em até 50 milhões € se não o fizerem. Há também a possibilidade de notificação direta ao Departamento Federal de Justiça (BfJ), que disponibiliza formulário eletrônico para reclamações.

A lei se aplica às redes sociais com mais de dois milhões de usuários, mas não alcança as plataformas com conteúdo jornalístico, nem aquelas que se prestam a comunicações individuais (e-mail, Whatsapp, Telegram etc.) ou aquelas que difundem conteúdo específico (profissional, científico etc.).¹¹

Os conteúdos ilícitos são definidos no Código Penal. A NetzDG não abrange, por exemplo, direitos de propriedade intelectual, como direitos autorais ou de marca comercial, direitos de imagem ou de proteção de dados gerais. De acordo com os parágrafos 1 e 3, os conteúdos ilícitos são os seguintes: disseminação de material de propaganda de organizações inconstitucionais, utilização de símbolos de organizações inconstitucionais, preparação de crime, incitação à prática de crime grave contra o Estado, falsificação, perturbação da paz pública com ameaças de cometimento de crimes, formação de organizações terroristas ou criminosas, incitação ao ódio, disseminação de imagens de violência, premiação ou aprovação de atos criminosos, difamação de religiões e de associações ideológicas ou religiosas, distribuição, aquisição e posse de pornografia infantil, insulto e difamação, violação da intimidade em consequência de fotografias, ameaça à prática de crime e falsificação de dados com o intuito de fornecer prova.¹²

Os provedores que receberem mais de 100 reclamações anuais sobre conteúdos ilícitos são obrigados a apresentar relatórios semestrais na publicação oficial (Bundesanzeiger) e em seu próprio site. Os relatórios devem conter, entre outras, informações

11 § 1º da NetzDG

12 Artigos 86, 86a, 89a, 91, 100a, 11, 126, 129a e b, 130, 131, 140, 166, 184b, 185 a 187, 201a, 241 e 269 do Código Penal alemão, respectivamente.

sobre as ferramentas disponíveis para a investigação das reclamações¹³ e os critérios de decisão para bloqueio ou apagamento dos conteúdos ilícitos, a organização, o pessoal disponível, bem como sua competência técnica e linguística, treinamento e supervisão para o processamento das reclamações. Esse processamento deve ser efetivo e transparente,¹⁴ cabendo à direção das redes sociais supervisionar mensalmente o tratamento das reclamações.¹⁵

O estabelecimento de uma regulação autorregulada, ou seja, de uma entidade que congregue várias redes sociais e instale um centro de reclamações para o processamento dos casos difíceis, será reconhecido,¹⁶ desde que:

- a) seja garantida a independência e a perícia de seus analistas;
- b) seja assegurada uma composição técnica e uma análise tempestiva no período de sete dias;
- c) haja um código de procedimento que discipline o rito e a duração da análise, bem como os deveres de comunicação das redes sociais, e preveja a possibilidade de supervisão das decisões;
- d) seja instalado um centro de reclamações; e
- e) seja a entidade suportada por vários provedores de redes sociais ou instituições que garantam composição técnica, bem como que ela admita a entrada de outros provedores.

CRÍTICAS À NETZDG

Aponta-se a inconstitucionalidade formal da NetzDG, tendo em vista que a matéria disciplinada é de competência dos Länder. Haveria também inconstitucionalidade material, caracte-

13 § 2º da NetzDG.

14 § 3º, 1, da NetzDG.

15 § 3º, 2, da NetzDG.

16 § 3º, 6, da NetzDG.

rizada por uma desproporcional intervenção do Estado nas liberdades protegidas por direitos fundamentais dos provedores de redes sociais, que ameaçam o processo de comunicação.¹⁷

As principais críticas à NetzDG dizem respeito a restrições às liberdades de expressão e de imprensa. Nesse sentido, a lei constituiria uma espécie de censura prévia organizada por entes privados, em afronta à Lei Fundamental.¹⁸ Como, por exemplo, distinguir conteúdos proibidos de conteúdos permitidos na sátira e no humor, de modo geral? Em resposta, pode-se argumentar que o sistema criado na Alemanha valoriza a transparência e o controle das regras e dos procedimentos por meio de relatórios e auditorias, que devem ser feitos periodicamente. A autorregulação regulada, ademais, ao reunir as empresas provedoras de redes sociais em uma agremiação, tenderá a favorecer controle mútuo quanto a essas restrições.

Além disso, a nova lei seria uma espécie de terceirização ou delegação inconstitucional de atividade típica do Estado a empresas. O Estado, que detém o monopólio da repressão e punição de comportamentos ilícitos, não poderia atribuir tais atividades ao setor privado. A essa crítica, pode-se opor o argumento de que a persecução penal dos ilícitos e a reparação civil dos danos causados aos ofendidos não são obstadas pela criação de um sistema de autorregulação – ao contrário, nada impede que tais medidas tenham prosseguimento depois do bloqueio ou da remoção do conteúdo indesejado através da autorregulação.

Há, por certo, um problema de subfinanciamento do Poder Judiciário, que poderia ser minorado com o aporte de maiores recursos, mas é indubitoso que as *fake news* e o discurso de ódio nas redes sociais constituam fenômenos de massa, para os quais não há soluções simples, seja do ponto de vista quantitativo e do aparelhamento necessário para fazer frente com eficiência e

17 V. Gersdorf, Hubertus, *Hate Speech in sozialen Netzwerken*, MMR 2017, p. 439.

18 V. Müller-Franken, Sebastian, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen*, in *Zeitschrift für das gesamte Medienrecht* 1/2018, pp. 1-14.

rapidez aos novos desafios, seja do ponto de vista qualitativo, considerando-se a especialização indispensável para o encontro de respostas adequadas às reclamações.

É bem verdade que seria possível a adoção de uma solução híbrida, que envolvesse tanto a adjudicação quanto a regulação, por meio, por exemplo, de ritos processuais que acolhessem técnicas de direito administrativo ou de sistemas de mediação eletrônica com a interveniência de algum tipo de ombudsman. Com isso, seria possível preservar as vantagens da jurisdição, como sua maior aptidão para evitar efeitos colaterais, como a supressão de conteúdos lícitos, e para lidar com a multipolaridade das complexas relações que se desenvolvem nas redes sociais, por meio do uso de processos coletivos ou da intervenção de terceiros interessados.

De todo modo, observa-se que os deveres de conformidade previstos na NetzDG miram-se no suposto sucesso dos programas de cumprimento no setor financeiro, embora não existam estudos empíricos que o corroborem. Não há, tampouco, estudos sobre os efeitos colaterais das medidas preconizadas na nova lei, o que inspira mais pesquisas.¹⁹

Por outro lado, as multas excessivamente altas acabariam por estimular as redes sociais a bloquear ou remover conteúdos indiscriminadamente, sem análise criteriosa, apenas para evitar a sanção. Quanto a isso, é preciso lembrar que a matéria-prima da atividade desenvolvida pelas redes sociais é a informação, competindo-lhes zelar por sua qualidade e por sua diversidade. A supressão indiscriminada de conteúdo, motivada pelo temor da sanção eventualmente aplicável, poderia comprometer o modelo de negócios empregado pelas redes sociais, afetando, por exemplo, sua receita publicitária.

Além disso, a NetzDG trataria apenas dos sintomas, por meio da remoção de conteúdos ilícitos, mas não iria à raiz do proble-

19 V. Spindler, Gerald, *Rechtsdurchsetzung von Persönlichkeitsrechten – Bussgelder gegen Provider als Enforcement*, GRUR 2018, p. 365.

ma, pois não obriga as redes sociais a participar ativamente da persecução penal do criminoso, que seria a única maneira de combater, de modo duradouro, os discursos de ódio e as notícias falsas.²⁰

A NetzDG também é criticada por não estatuir pretensão ao apagamento de conteúdo ilícito, prestando-se, antes, à implantação de deveres de organização, a fim de evitar a perpetuação de manifestações criminalmente relevantes no campo de responsabilidade do provedor da rede social. A lei impõe a organização de rotinas empresariais com o objetivo de preservar a ordem penal. Trata-se, em suma, de observar comandos normativos objetivos, visto que a lei não obriga ao bloqueio ou ao apagamento do conteúdo infringente, mas, sim, à transparência e à criação de um sistema de apagamento controlável.

Por fim, apontam-se possíveis problemas de subsunção, já que a notificação de supostos ilícitos por leigos suscita inevitáveis dificuldades de enquadramento jurídico, o que pode levar a uma aparente ineficácia do sistema de autorregulação, em decorrência de uma sobrecarga de reclamações que podem ser arquivadas, à míngua de concretude.²¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande desafio trazido pela proliferação aparentemente incontrolável dos discursos de ódio e das *fake news* nas redes sociais é encontrar soluções adequadas à instantaneidade da era digital, e não meras transposições de técnicas de aplicação do Direito que têm origem na era analógica e não oferecem soluções inteiramente satisfatórias.

O controle dos conteúdos ilícitos na Internet mediante a técnica da reserva de jurisdição tem reconhecidas vantagens, consis-

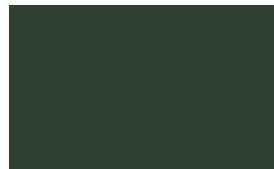
20 V. Müller-Franken, Sebastian, cit.

21 V. Peifer, Karl-Nikolaus, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Zivilrechtliche Aspekte*, in *Zeitschrift für das gesamte Medienrecht* 1/2018, pp. 14-23.

tentes no amplo contraditório, na ênfase na certeza e na estabilidade dos resultados, na publicidade, na capacidade de efetuar complexos juízos de valor e na proteção das liberdades de opinião e de informação. As desvantagens também são conhecidas: o custo e a demora, muitas vezes, impedem que se alcance um resultado efetivo.

A autorregulação, por outro lado, tende a ser mais ágil na identificação, no bloqueio ou na supressão de conteúdos ilícitos. Tal agilidade é essencial para evitar a propagação dos efeitos perversos das notícias falsas, que tende a produzir danos irreversíveis e é irremediável por meio da análise *ex post* típica dos procedimentos judiciais. A criação de um sistema de *compliance* tende a assegurar transparência e controle através de rotinas e procedimentos auditáveis, minorando, assim, os riscos de efeitos colaterais e indesejados, como o bloqueio ou a supressão de conteúdos lícitos.

A reserva de jurisdição e a autorregulação não são necessariamente excludentes. A persecução penal dos delitos taxativamente definidos como infringentes e a reparação civil dos danos causados pelos conteúdos ilícitos podem prosseguir independentemente dos resultados alcançados com a autorregulação. Com o tempo e com a experiência com a autorregulação, ainda muito nova, é possível que sejam criados modelos híbridos, que preservem as vantagens de cada um dos modelos normativos e assegurem adequada proteção das liberdades de expressão, comunicação e manifestação do pensamento.



SOFIA RANCHORDÁS

Bacharel em direito *summa cum laude* (licenciatura e mestrado em direito público) pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no Porto. Possui duplo doutoramento pelas Universidades de Tilburg, na Holanda, da Antuérpia, na Bélgica, e pós-doutorado no doutoral no Information Society Project, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Atualmente, é professora na Faculdade de Direito da Universidade de Groningen, nos Países Baixos.

SOFIA RANCHORDÁS

Neste trabalho, lanço-me ao desafio de refletir sobre o impacto dos novos desafios tecnológicos no direito. Assim, eu gostaria de abordar dois temas: em primeiro lugar, o poder das plataformas digitais na nossa vida quotidiana. O desenvolvimento de plataformas digitais no âmbito da economia partilhada (Airbnb e Uber, por exemplo) e nas redes sociais tem posto em causa a necessidade de uma economia de serviços alicerçada na existência de conhecimento especializado. Graças às diversas funcionalidades das plataformas digitais, temos constatado, na última década, que cada um de nós pode "brincar aos taxistas" (UberPOP, por exemplo), aos instrutores de *fitness* nas redes sociais (no Instagram) ou publicar conteúdo de teor jornalístico em *blogs*. O exercício destas profissões está regulamentado há várias décadas na maioria dos países e está sujeito a regras de conduta, requisitos de formação profissional e certificação. No entanto, no mundo das plataformas digitais, podemos encontrar uma multitude de exemplos de atividades que são exercidas sem qualquer tipo de conhecimento ou formação profissional. Embora a comunicação social, os debates políticos e a jurisprudência se concentrem na regulamentação do Uber e Airbnb, eu pretendo demonstrar que estamos perante um desafio tecnológico [ou não] que extravasa a economia partilhada. No âmbito deste primeiro tema, coloco a seguinte questão: será que as novas tecnologias estão a pôr fim ao conhecimento especializado e à forma convencional de aferir e certificar expertise?

Em segundo lugar, na minha palestra, gostaria igualmente de demonstrar a importância de estudar este tema da perspetiva do direito

público. A primeira questão do licenciamento de profissões regulamentadas é naturalmente um tema inerente ao direito administrativo, mas existe um segundo desafio tecnológico que está a alterar o direito público de uma forma muito mais profunda. Devido à complexidade e aos custos avultados de novas tecnologias, tal como *big data*, algoritmos, *blockchain* ou "*Internet of Things*", a administração pública recorre, cada vez mais, a empresas privadas para digitalizar e automatizar serviços públicos. Embora empresas como IBM, Cisco e Google estejam a melhorar a eficiência de serviços públicos por todo o mundo, a tecnologia fornecida por estas empresas influencia também o conteúdo deles. Como jurista da área de direito administrativo, gostaria de abordar em particular a relação entre o uso de novas tecnologias e as noções tradicionais do direito administrativo, nomeadamente os princípios de boa administração e de transparência administrativa. A segunda temática que irei explorar na minha palestra diz respeito a esta nova forma de privatização de serviços públicos através de novas tecnologias.

As novas tecnologias acompanham-nos em todos os momentos da nossa vida. Se nos perguntarmos qual foi a primeira coisa que fizemos quando acordamos ou onde lemos as primeiras notícias da manhã, tenho a certeza de que muitos responderão que começaram o dia a consultar diversas redes sociais: Twitter, Facebook, Instagram... Muitas das notícias que leram foram partilhadas pelos vossos contatos ou foram aconselhados por algoritmos ativos nas respetivas plataformas digitais. Raramente tentamos perceber o porquê destas notícias, e não de outras. Contudo, o uso de novas tecnologias está a redefinir não só a forma como consumimos informação, mas também o tipo de informação que consumimos. Refiro-me não apenas a anúncios publicitários, porque esses sabemos que são o resultado das nossas pesquisas, assim como de uma complexa agregação de dados pessoais, mas antes ao fato de sermos influenciados diariamente através do consumo de notícias que subseqüentemente influenciam as nossas decisões não só enquanto consumidores, mas, sobretudo, como cidadãos. Controlar a imprensa, é, como bem sabemos, controlar a opinião pública. Contudo, neste momento, quem filtra a informação que consumimos já não é a máquina de propaganda pública, mas antes entidades privadas (as plataformas digitais, por exemplo) que reúnem

volumes consideráveis de informação sobre cada um de nós. Os resultados desta nova forma de influência da opinião pública estão à vista no resultado de eleições ou referendos recentes em diversos países.

O primeiro exemplo desta privatização do direito público pode ser detetada no contexto da economia partilhada, em que várias plataformas substituem ou complementam o sistema de tradicional de licenciamento e autorizações administrativas com um sistema de *ratings* (estrelas, *rankings* etc) e *reviews*. Embora Portugal já tenha um sistema de regulamentação do chamado *home sharing* (Airbnb, por exemplo) bem mais detalhado do que outros países, a verdade é que o alojamento local ainda não obedece às mesmas regras de segurança impostas a hotéis (e provavelmente nem seria necessário ou proporcional exigir o mesmo). Neste contexto, observamos que os consumidores destes serviços tentam obter a informação e a garantia e segurança de que necessitam para selecionar um prestador de serviços com base nos sistemas de *rating* e *review* postos em prática pelas plataformas digitais. Tanto consumidores como prestadores de serviços na economia partilhada valorizam a informação publicada nestes sistemas de avaliação digital ao ponto de não se preocuparem se as instalações de um Airbnb alguma vez foram inspecionadas por uma autoridade pública. O conhecimento especializado de um órgão público parece ser dispensado em favor de *reviews* escritas na plataforma Airbnb por outros turistas que aparentam ter critérios de qualidade semelhantes. A boa reputação dos agentes que prestam estes serviços é, no fundo, o instrumento de regulamentação, um instrumento que é delegado não só às plataformas digitais que instituem estas sistemas de avaliação, mas também aos *reviewers* que, na verdade, efetuam a verdadeira avaliação e constituem os verdadeiros reguladores.

Relativamente à segunda temática que desejo abordar, gostaria de sublinhar que a privatização crescente dos serviços públicos é sobretudo visível em nível local, particularmente no contexto das chamadas *smart cities*, ou cidades inteligentes. Estas cidades (por exemplo, Barcelona, Amesterdão ou Nova Iorque) têm melhorado a eficiência de vários serviços através do estabelecimento de parcerias público-privadas. Com o apoio de empresas privadas, estas e outras cidades recolhem e processam dados pessoais através de sensores

colocados pelas cidades (contentores do lixo, por exemplo) ou utilizam algoritmos para facilitar a prevenção de crime. Contudo, a utilização destas tecnologias tem sido acompanhada por uma certa falta de transparência relativamente à forma como estas diferentes entidades partilham dados, como os dados recolhidos por estas empresas são utilizados para alicerçar decisões administrativas e ainda relativamente ao respeito pelo princípio da boa administração. O uso de novas tecnologias permite avançar a qualidade e eficiência dos serviços públicos, mas também gera várias apreensões, nomeadamente no que diz respeito à legalidade da delegação muitas vezes implícita e indireta da regulamentação e garantia da segurança pública para entidades privadas. Além disto, contrariamente aos órgãos administrativos, a atividade de entidades privadas não é definida principalmente pelo interesse público. A existência de interesses públicos e privados pode significar que algumas entidades privadas encarregadas de serviços públicos poderão privilegiar certos interesses em vez de outros. No caso de cidades inteligentes, por exemplo, assume-se que todos os cidadãos têm acesso a redes sociais, têm conhecimento tecnológico e dispõem de uma certa mobilidade. Contudo, cada cidadão tem necessidades diferentes, e nem todos estão interessados em receber informação exclusivamente *on-line*. Num mundo em que decisões administrativas são influenciadas pela coleção de dados público-privada, é importante questionar os limites desta nova "privatização", assim como a relação entre interesses públicos e privados na era digital.

Do ponto de vista normativo, estas duas temáticas (a crescente erosão do conhecimento especializado perante o avanço das plataformas digitais e os sistemas de reputação *on-line* e a privatização de serviços públicos através de novas tecnologias) revelam duas transformações ou mesmo transições em direção a uma nova economia:

- a) Em primeiro lugar, a substituição da intervenção governamental no âmbito da regulamentação de certos serviços pela *peer-to-peer governance*;
- b) Em segundo lugar, a emergência de uma nova economia baseada em informação ou, nas palavras, da professora Julie Cohen, na emergência do capitalismo informacional;

c) Em terceiro lugar, uma presença mais visível do poder das plataformas digitais, em particular de multinacionais.

No fundo, a análise de muitos desafios tecnológicos reduz-se a não mais do que uma narrativa sobre a privatização das nossas infraestruturas, da imprensa, das nossas relações sociais. Além disto, as plataformas digitais geram a aparência de proximidade, erodem o sistema tradicional de elites e a noção de que não necessitamos de conhecimento especializado. A sociedade que outrora cultivava o conhecimento profissional encontra-se agora em transição para uma sociedade e economia em que o conhecimento especializado parece ser menos valorizado e em que nos voltamos novamente para outros cidadãos em busca de respostas. Contudo, a privatização de serviços públicos ou da regulamentação não significa apenas que temos que confiar no conhecimento disperso pela sociedade (nomeadamente pelos diversos *reviewers* do Airbnb, que nos ajudam a prever se uma casa será segura ou não) e na tecnologia que ajudará a reconhecer este conhecimento. Esta nova forma de privatização significa que entidades privadas de peso, como plataformas digitais, retêm o poder de filtrar esta informação, e este poder afeta a transparência das decisões que possam ser tomadas em última instância quer por cidadãos, quer por órgãos administrativos. Concluindo, o verdadeiro desafio poderá não ser tecnológico, mas antes o desequilíbrio entre o poder dos cidadãos e das plataformas digitais, um desequilíbrio que é gerado pela informação processada por elas e o conflito de interesses entre entidades públicas e privadas.

CAPÍTULO 3

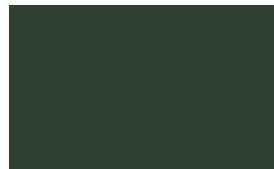
EFICIÊNCIA DO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA

FERNANDO LEAL DA COSTA

JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

CLAUDIO LOTTENBERG

ALEXANDRE SICILIANO COLAFRANCESCHI



FERNANDO LEAL DA COSTA

Formou-se em medicina pela Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa. Foi ministro da Saúde, consultor da Casa Civil do presidente da República de Portugal e subdiretor-geral da Saúde. É médico e professor da Escola Nacional de Saúde Pública.

FERNANDO LEAL DA COSTA

EFICIÊNCIA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM SAÚDE

Na sequência de um simpósio ocorrido em 1993, a Organização Mundial de Saúde (OMS) entendeu enumerar quatro elementos essenciais na avaliação da qualidade de um sistema de saúde:

1 – Profissionalização (o que corresponde à capacidade de prestar serviços com qualidade técnica, ou seja, de acordo com o que é tecnicamente adequado, e fazê-lo de forma correta, mas também implicando a existência de pessoas formadas e com disponibilidade para prestar o serviço);

2 – Bom uso dos recursos (o que impõe usá-los com eficiência e sem desperdício);

3 – Gestão dos riscos (o que pressupõe antecipar, prevenir e responder à probabilidade de ocorrência de um evento adverso e às suas consequências, incluindo os dos riscos do serviço prestado);

4 – Satisfação com o serviço recebido (o que envolve os clientes – o usufrutuário do serviço – na avaliação da qualidade).

Posteriormente, houve um aprofundamento destes pressupostos com o reforço da dimensão de satisfação através do conceito de cuidados centrados no doente e de aceitabilidade dos mesmos cui-

dados – pressupondo consentimento e adequação à cultura local –, da substituição da profissionalização por efetividade e, ainda, com o acréscimo das dimensões de acesso e equidade. Um sistema com qualidade garante cuidados efetivos, ao longo do tempo, de forma satisfatória, a quem os procura, esteja onde estiver, independentemente da capacidade para pagar do potencial usufrutuário.

Esta é a conceitualização base do direito à proteção da saúde de forma universal – para todos –, geral – cobrindo todas as áreas da saúde e com as melhores tecnologias disponíveis –, e gratuito no ponto de contacto – mesmo que possa haver lugar a co-pagamentos, em consequência do contrato social existente.

Esta conceitualização não implica, necessariamente, um sistema de base exclusivamente pública, estritamente pago pelo Estado, já que a “gratuidade” poderá ser assegurada por meio de um contrato estabelecido com o Estado, através do pagamento de impostos e taxas, com um seguro, que cobrirá os riscos de saúde, ou com outros métodos de pagamento antecipado que podem coexistir. Em Portugal, todos têm direito a um Serviço Nacional de Saúde (SNS) – sustentado pelo orçamento do Estado que se financia com impostos – e todos têm a possibilidade de poder contratar um seguro com coberturas adicionais, paralelas e complementares, que lhes permita usufruir do recurso a prestadores privados. Na verdade, os funcionários do Estado, incluindo militares e agentes de segurança, têm também a possibilidade de, voluntariamente, aderir a uma cobertura adicional de saúde, que lhes é garantida através de agências do Estado que gerem essa contribuição adicional, paga através de uma contribuição percentual descontada no vencimento mensal.

A necessidade de garantir eficiência prende-se com o desígnio de promover um sistema de prestação de saúde que seja duradouro, ou seja, sustentável. A Comissão para o Futuro dos Cuidados de Saúde no Canadá, em 2002, definiu sustentabilidade como a garantia de que os recursos suficientes estarão disponíveis ao longo do tempo, para prover acesso atempado a cuidados de saúde com qualidade – porventura referindo-se a efetividade e segurança – que respondam à evolução das necessidades das populações.

A eficiência é uma relação entre resultado (seja ele qual for) e o esforço despendido para obter esse resultado, seja ele financeiro, de tempo, de trabalho, etc. Como se depreende da afirmação anterior, deve ser apenas considerado o resultado que vá de encontro às expectativas do comprador dos cuidados – seja ele o Estado ou um indivíduo –, o que pressupõe um calendário adequado para a avaliação de resultados. Um programa de saúde pública em que o objetivo seja a eliminação de casos novos da Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida (Sida), podendo haver uma avaliação da razão entre a variação da percentagem de novos casos e o custo das medidas, nada terá a ver com uma avaliação de produção de consultas clínicas em que se poderá estabelecer uma razão entre o número de consultas realizadas por um médico e o tempo que ele demorou a efetuar essas consultas. Também resulta claro que o clínico que produzir dez consultas em uma hora, embora pareça mais eficiente, dificilmente obterá os mesmos resultados de saúde quando comparado a um médico que proceder a quatro consultas no mesmo espaço de uma hora. É evidente que estamos a procurar exemplos extremos e a especular, mas penso que o senso comum, confirmado por investigação já efetuada em muitos países, revela que a satisfação de um paciente é normalmente maior quando há tempo para ouvir, perguntar, entender – no fundo, para encontrar, no espaço e no tempo da consulta médica, uma resposta, uma ajuda, uma solução, para o problema de saúde que o levou a procurar os serviços.

No fundo, a avaliação da eficiência de qualquer sistema de saúde também está dependente da avaliação da efetividade da assistência prestada e da satisfação dos utentes, já que essa satisfação é parte integrante de cuidados de saúde efetivos. Coisa diferente seria, por exemplo, a apreciação de um serviço dedicado à extração de cataratas oculares. Aí, um desempenho mais rápido, desde que essa rapidez não seja comprometida por maior frequência de complicações, será sinónimo de maior eficiência e de ganho para a saúde, já que, com os mesmos recursos humanos e técnicos, poder-se-á devolver a visão a um número maior de pessoas.

No caso em que avaliamos resultados em função de esforço, estamos a medir eficiência técnica. Quando apenas medimos produção,

estamos a medir eficiência produtiva. A eficiência produtiva pode ser contrária à eficiência técnica. Idealmente, dever-se-á compatibilizar a obtenção de resultados com grande frequência de produção deles. Um sistema de saúde pode ser mau por ser lento, gerando grandes filas de espera, como pode ser mau por carências técnicas de material ou de recursos humanos capazes e competentes.

Os exemplos apresentados servem apenas para ilustrar as complexidades da avaliação de eficiência num sistema de saúde. Atores diferentes terão perspectivas diferentes sobre a eficiência. O proprietário, aquele que é remunerado pela prestação de cuidados de saúde, quererá mais resultados em menos tempo; o utilizador – em especial se for pagador – quererá a maior efetividade pelo custo mais baixo. Existem dois pontos de vista da satisfação – na verdade, existirão possibilidades quase infinitas – e cada qual estará disposto a gastar o menor esforço para a conseguir. O doente quer ser tratado sem pagar, ou pagar pouco, e o prestador quer responder ao problema com o menor gasto e, conseqüentemente, com o maior lucro possível.

Entenda-se que lucro – ganho em função do que o prestador recebe ser superior ao total de custos envolvidos na prestação – não pode ser um conceito estranho para instituições de cariz “não lucrativo”, como, tipicamente, serão os prestadores do serviço público e as organizações não governamentais, como as Misericórdias. O “lucro”, o tal diferencial positivo, resulta do atingimento de melhores resultados com menor gasto – seja ele de tempo, de pessoal ou de financiamento –, libertando recursos para tratar mais pessoas. O lucro é um resultado da eficiência.

Depreende-se, do que já foi escrito, que há duas questões essenciais na avaliação da eficiência, sendo certo que ser eficiente, em saúde, pode ter muitas leituras. Em primeiro lugar, é preciso determinar com segurança, de forma inequívoca e reprodutível, o que é o bom resultado, o resultado desejável pelo beneficiário dos cuidados. Digo pelo beneficiário, que é uma forma mais precisa de definir o usufrutuário, por ligar o conceito de receber ou usufruir de cuidados à bondade do resultado obtido, porque a sua satisfação – o alívio do problema que o levou a procurar os serviços de saúde – é a principal razão de

ser de um sistema de saúde. Contudo, sem qualquer dúvida, o prestador também deverá estar preocupado em obter um bom resultado – aquele que satisfará o doente – por razões de brio profissional, mas também porque tem um risco reputacional, um risco financeiro (associado às complicações que possam surgir do tratamento instituído) e um risco judicial (associado à má prática). Em segundo lugar, é preciso definir qual o esforço que se pretende usar como medida, mesmo que se prefira transformar tudo em unidades monetárias, e quanto se está disposto a gastar. Pode-se, por exemplo, atribuir um valor monetário máximo que se esteja disposto a pagar por mais um ano de vida, vivida com qualidade – *Quality Adjusted Life Years* (QALY). Este valor, por mais chocante que possa parecer a ideia de que se atribui um significado estritamente monetário à vida humana, é aquele que, em alguns países, é considerado aceitável como preço máximo a pagar por um medicamento inovador ou novo.

À ideia de eficiência está subjacente ao conceito inimigo da eficiência, o do desperdício. Gastar mais do que o que seria necessário, em condições ótimas, para alcançar o mesmo resultado é desperdício. É desperdício usar meios complementares de diagnóstico que não acrescentem nada ao processo de conhecimento da patologia ou ao desenho da abordagem terapêutica. É desperdício usar um medicamento inútil ou pouco ativo para a doença em causa. No caso da terapêutica de doenças, usar o medicamento inadequado implica efeitos adversos, que irão gerar incómodo, novas patologias e custos acrescidos, multiplicando o desperdício, ou seja, a ineficiência. Pior desperdício será o uso de um medicamento mais caro, sem que haja nenhuma vantagem por diminuição de efeitos adversos, quando há alternativas que permitam minimização de custos sem perda de efetividade.

A má prática e o erro nas avaliações e conclusões diagnósticas, nas decisões e nas medidas usadas para seguimento e terapêutica de doentes, são razões de ineficiência, porque geram desperdício. O esforço é desproporcionado para o resultado, ou até contraproducente. Até em medicina preventiva – eu diria que principalmente em medicina preventiva – é usual encontrar fontes de desperdício e ineficiência, mesmo quando se aplicam medidas teoricamente virtuosas.

Por exemplo, a distribuição de preservativos na porta de espaços de diversão noturna é uma medida que tem sido usada consistentemente, com custos elevados e resultados duvidosos. As pessoas não usam, não ligam, riem-se, deitam fora, porque o trabalho de informação prévio, que tem de ser começado nas escolas, não foi feito com a eficiência desejável. Usando outro exemplo: medidas de controlo legislativo sobre o acesso a alimentos, como já acontece em Portugal, em que se introduziram taxas sobre refrigerantes com açúcar e se proibiu o acesso a bolos e outros manjares nos bares dos hospitais, não terão sucesso se não forem acompanhadas de educação que reoriente as preferências alimentares da população. Quero, com estes exemplos, a que poderia juntar muitos outros, assinalar a dificuldade de avaliar a eficiência de uma medida em saúde, já que os resultados poderão demorar anos até se tornarem visíveis – problema comum em medicina preventiva –, ou nem sempre ser possível isolar uma intervenção e desligá-la de toda a cadeia de intervenções. Vejamos, de que serve fazer rastreios de cancro da mama – não discutindo aqui o valor e a oportunidade dos rastreios ou do seu método – se os casos positivos não puderem ser encaminhados logo para um centro que faça a confirmação diagnóstica? E, tendo confirmação de cancro, de que serve ter feito rastreio se a intervenção cirúrgica é adiada por incapacidade de proceder aos exames de estadiamento? A eficiência do rastreio, se for medida em redução de mortalidade, e não por deteção de casos suspeitos, fica comprometida, até eticamente, se toda a estrutura de saúde não estiver preparada para responder às consequências de um rastreio. Há ineficiência alocativa, porque se despendeu em rastreio sem ter feito uma distribuição equilibrada da alocação de recursos, de forma a obter o melhor resultado para a saúde da população.

Voltemos agora à questão da intervenção terapêutica eficiente. Há lugar a impor a eficiência terapêutica por via da lei? Pode legislar-se a prática médica? Poder, pode, mas não seria eficiente. Logo à partida, porque as condições de cada doente são específicas desse doente; depois, porque o conjunto de possibilidades, felizmente, já existentes tornariam impossível um processo de elaboração de um código de terapêuticas, condenado a sucessivas atualizações, seguramente mais frequentes do que a capacidade de revisão e republicação das leis.

Mas os Estados têm outras formas de regular as intervenções terapêuticas e garantir a eficiência delas, repito, a relação entre a efetividade e o custo aceitável. Note-se que o que vou escrever seguidamente é aplicável tanto a Estados, enquanto forma organizada de cidadania num espaço territorial com autonomia legislativa, como a outro tipo de pagadores (por exemplo, seguradoras). Trata-se de perceber como podem e devem ser feitas as intervenções sobre a eficiência terapêutica, embora também se possa escrever o mesmo para medidas de intervenção preventiva ou diagnóstica. Por exemplo, fazer radiografias das costelas (grelha costal) é essencialmente inútil quanto à suspeita de fratura de costelas. É mais importante auscultar e radiografar o tórax, vendo os pulmões e o espaço pleural. Desculpem-me o desvio médico a que nem sempre consigo resistir.

Desde há muito que se sabe haver necessidade de garantir a qualidade na prestação de serviços de saúde. Foi assim que comecei este texto. Elenquemos algumas razões para a necessidade de “normalização” de intervenções:

- Garantir efetividade, assegurando que a atuação clínica faça o que se lhe exige (benefício útil e objetivável);
- Otimização dos ganhos, a eficiência no uso dos recursos;
- Promover a equidade em todo o sistema;
- Controlar riscos.

Nesse sentido, tem havido o recurso à produção de “afirmações sistematicamente desenvolvidas para ajudar o clínico e o doente nas decisões sobre o tratamento adequado para cada circunstância clínica específica”, a que se convencionou chamar “linhas de orientação” (*guidelines*). Note-se que esta definição, seguida pelo National Institute for Clinical Excellence, no Reino Unido, e pelo Institute of Medicine, nos EUA, tem três elementos fundamentais:

- 1 - Sistematização do conhecimento que sustenta a recomendação;
- 2 - Serem afirmações que ajudam – informam e aconselham – o

médico e o doente (com capacidade para decidir) – a fazerem escolhas informadas;

3 - Propõe a adequação das medidas escolhidas em função das condições específicas de cada pessoa, ou seja, não é um pronto a vestir para todos os tamanhos.

Trata-se da operacionalização de um instrumento que garante a aplicação da medicina baseada na evidência – “qualidade do que não oferece dúvidas; o que pode ser verificado; aquilo que serve para demonstrar que alguma coisa é verdade (=Prova); qualidade do objeto do conhecimento cuja veracidade não merece dúvidas”, no dizer do Dicionário da Academia de Ciências de Lisboa – que nem sempre é melhor do que na melhor evidência possível, nada absoluta e muitas vezes quase só circunstancial, que podemos, com Sackett, definir como o “uso consciente, explícito e judicioso da melhor evidência na tomada de decisões acerca do tratamento (*care*) de doentes individuais”.

Através da elaboração de linhas de orientação, com um valor de *soft* ou *mild law*, passamos a ter um instrumento que tenta responder ao aumento dos custos da prestação de cuidados por via do combate ao desperdício resultante da aplicação de medidas sem resultado útil conhecido, combate-se a variabilidade das intervenções consoante as instituições e os prestadores individualmente considerados e, desta forma, combatem-se assimetrias geográficas e promove-se a melhoria global dos cuidados prestados. Em suma, assegura-se qualidade.

Uma das definições de qualidade em saúde – existem muitas – é a que Övretveit escreveu, em 1992: “Qualidade de serviços de cuidados de saúde é ir ao encontro das necessidades dos utentes mais necessitados, pelo custo mais baixo e de acordo com o regulamentado”. Reparem na elegância da proposta. Responder a necessidades – logo aí há combate ao desperdício, porque não se procurará fazer o que não for necessário –, dos mais necessitados – o que pressupõe uma definição de prioridades nas intervenções, e não apenas a resposta aos mais economicamente desfavorecidos –, pelo custo mais baixo – salvaguardando a sustentabilidade –, de acordo com o regulamenta-

do – de acordo com o que estiver estipulado em todo tipo de normas e recomendações, sejam elas de segurança ou de orientação terapêutica ou diagnóstica.

Devo realçar que, da mesma forma que me parece impossível legislar de forma a transformar recomendações terapêuticas em leis, a segurança é, toda ela, passível de ser transformada em regulamentos com caráter normativo obrigatório, desde logo através da avaliação prévia a que os medicamentos estão sujeitos – internacional e nacionalmente –, com a emissão de autorizações de introdução no mercado, ordens de retirada de marcas ou de lotes, etc.

Já vai longa esta minha intervenção. Gostaria de terminar sumariando com a ideia de que garantir eficiência, nas suas múltiplas formas – técnica, produtiva ou alocativa, que não esmiucei por conveniência de tempo –, é um imperativo técnico (assumindo o melhor resultado possível como o objetivo principal) e ético (assumindo que a alocação do conjunto de recursos é feita de forma a garantir a maximização do resultado desejado), já que tudo o que for desperdiçado dificilmente será recuperado. Um sistema de saúde ineficiente não tem qualidade. Acresce que, num contexto de recursos necessariamente finitos, como seja o da riqueza de um País, a eficiência sistémica não pode ser apenas medida num contexto da soma das intervenções sobre cada pessoa. Logo, garantir a maximização de efeitos com minimização de custos, assegurar o melhor possível, em cada momento, sem que o enquadramento universal de acesso seja posto em causa, nem que a sustentabilidade se perca, é uma obrigação de quem regula e promove a aplicação dos regulamentos. Acima de tudo, a ignorância sobre os efeitos sistémicos de uma decisão casuística não pode determinar o esgotamento precoce dos recursos e transformar um sistema de saúde pública numa competição em que o primeiro a queixar-se será o mais bem servido.



JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

Graduado em direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, pós-graduado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestre em direito constitucional pela UFPR e doutor honoris causa em saúde pela Faculdade da Santa Casa de Misericórdia de Vitória. É membro do Fórum Nacional da Saúde do Conselho Nacional de Justiça e desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

ACESSO E EFICIÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA

A judicialização da saúde é um dos temas mais debatidos atualmente pelo Poder Judiciário no Brasil. Nos últimos anos, a questão da saúde ganhou foco e proporção sem iguais, descaracterizando, por vezes, os princípios informadores do Sistema Único de Saúde.

Margareth Chan, Diretora Geral da Organização Mundial da Saúde, destacou que os princípios fundamentais para um sistema de saúde pública residem na proteção, equidade e prevenção.¹

Proteger as populações é um dos principais fundamentos que regem a saúde, mediante controle da qualidade de medicamentos, segurança de alimentos e água e suprimento de sangue. Apesar de várias conquistas nas últimas décadas, nem sempre a prevenção tem sido objeto de especial atenção pelos entes públicos brasileiros. Deve ser reconhecido que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) fez progressos desde sua criação, no que tange às políticas de segurança de medicamentos, ainda que elas não sejam adequadamente consideradas ou valorizadas. No âmbito do saneamento, o Brasil ainda está bastante distante de atingir índices aceitáveis. No entanto, se a proteção é um dos princípios fundamentais de um sistema único de saúde, neste ponto ainda há muito que avançar.

¹ Chan, Margareth. (Keynote address at the International Seminar on Primary Health Care in Rural China). Disponível em http://www.who.int/dg/speeches/2007/20071101_beijing/en/. Acessado em março de 2018.

O segundo fundamento reside na equidade na atenção básica, ou seja, políticas ou medidas adequadas não deveriam ser negadas às pessoas, principalmente por motivos injustos. Logo, a atenção primária deve ser constituída de política pública integrativa, que atenda os indivíduos em todos os níveis, respeitada a individualidade de cada um.

Por fim, o principal ponto seria a prevenção, que é outro tema negligenciado quando se trata da judicialização. Se a medicina é centrada no doente, a saúde pública tem por objeto toda a população. Esta atenção há que se realizar, em primeiro nível, com medidas preventivas, com cuidados básicos desde a gestão da criança até a fase adulta. Campanhas de vacinação são importantes e vêm sendo desenvolvidas há várias décadas, mas igualmente importantes são medidas de acompanhamento das populações, que implicam prevenção contra doenças e seus agravamentos. É no atendimento a esses cuidados a que, ao meu sentir, deveria ser voltada uma adequada judicialização da saúde.

Estes princípios fundamentais guardam correlação com as origens do Sistema Único de Saúde (SUS) do Brasil. Neste contexto, necessário um brevíssimo histórico sobre o surgimento do SUS, que apresenta bastante simetria com o sistema de saúde previsto pela Constituição portuguesa. Em 1978, a declaração de Alma-Ata² estabeleceu alguns primados a respeito dos cuidados imprescindíveis à saúde mundial. Primeiramente, a atenção primária à saúde, que engloba seus cuidados básicos. Em segundo lugar, os custos necessários para a manutenção da saúde nas comunidades, de acordo com seu grau de desenvolvimento e economia. Por fim, esses cuidados devem estar nivelados ao processo continuado de assistência à atenção primária. No Brasil, a declaração de Alma-Ata repercutiu nos debates da 8ª Conferência Nacional de Saúde.³ Em 1986, o Dr. Sérgio Arouca abordou alguns princípios norteadores: a integralização das ações e a descentralização do sistema de saúde, a regionalização e participação

2 Declaração de Alma-Ata, promovida pela ONU, na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, em 1978. Disponível em <http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>. Acessado em março de 2018.

3 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acessado em março de 2018.

da população, o fortalecimento do papel do Município, bem como a unidade das políticas vinculadas ao tema. Tal sistema deveria assumir a caracterização da saúde de cada indivíduo como interesse coletivo e dever do Estado.

Todos esses movimentos inspiraram a nossa Constituição Federal atual, que, no art. 198, estabeleceu a saúde como direito de todos, sendo garantida mediante políticas sociais e econômicas, obrigando o Estado brasileiro a prestar um serviço de saúde por meio de políticas públicas adequadas. As ações deveriam ser descentralizadas, com atendimento integral e participação comunitária; no entanto, o plano nacional de sistema único de saúde acabou gerando, na prática, uma face bastante dicotômica da saúde pública. Por um lado, é cara e qualificada para quem tem recursos e, por outro, é ampla e apresenta uma precariedade ou dificuldade de atendimento para outro segmento da população, ainda que este último represente cerca de 75% da população brasileira.

Tal contradição é um dos fatores que geram um grande número de ações,⁴ implicando a chamada "judicialização da saúde". Do ponto de vista da saúde financeira do Estado, ela tem impactado anualmente cerca de R\$ 7 bilhões em gastos ordenados por decisões judiciais. O Estado de São Paulo, por exemplo, gasta mais de R\$ 1 bilhão de reais de seu orçamento como resultado de decisões judiciais. Em contrapartida, no que se refere aos cuidados essenciais, consoante levantamento feito no Estado do Paraná,⁵ há preocupante e longa lista de espera para realização de alguns procedimentos. Por exemplo, para atendimento na área de cardiologia em Curitiba, o tempo de espera para se consultar com um especialista é de cerca de 15 meses. Em Londrina, a consulta com um proctologista chega a ter uma espera de 42 meses. Em ortopedia de ombro, são aproximadamente 40 meses de fila de espera, também em Londrina. Este quadro atesta a iniquidade do sistema de saúde no país, que faz com que se espere até cerca de 40 meses para que o Estado tome providências na marcação

4 Segundo a publicação do Justiça em Números 2017, do CNJ, há mais de um milhão de ações sobre judicialização da saúde em tramitação no Brasil. Este número é crescente ano a ano.

5 Procura em atendimento básico. Fonte: Gazeta do Povo, levantamento entre agosto de 2013 e agosto de 2014.

de consulta pública com um médico, cujo gasto no sistema privado seria, em média, de R\$ 250 a R\$ 300.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem apresentado alguns aspectos e dados a respeito da tendência de judicialização da saúde: em 2011, 240 mil processos ajuizados tratavam do assunto; em 2015, esse número chegou a 854 mil; e, em 2017, segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, foram contabilizados 1.346.913 litígios. A distribuição das ações está sendo feita, majoritariamente, em torno de demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos ou consultas e tratamentos médico-hospitalares. Quando se trata de atendimento, o que se pleiteia são, em grande parte, serviços mal prestados pelo SUS. No tocante a medicamentos e/ou produtos, tem sido buscado pela via da judicialização algo que não está incorporado (por diversos motivos) à política pública de saúde. Some-se a isso o abismo entre as realidades das saúdes pública e privada, o que por certo fomenta a judicialização e evidencia o descompasso entre a expectativa de atendimento por parte de uma parcela significativa da população e a oferta dos serviços efetivamente prestados. Hoje, essa expectativa está sendo suprida quase exclusivamente pela saúde suplementar ou privada.

Neste contexto de grande judicialização, de ineficiência dos serviços prestados e da busca por medicamentos ou procedimentos não previstos na política pública de saúde, o ponto principal diz respeito à formulação de racionalidade para resolução das cerca de um milhão e 300 mil ações movidas em face do SUS, que têm sido muito mais disfuncionais do que funcionais. Dentre os critérios de racionalidade, o primeiro seria orientar-se, ao proferir uma decisão judicial, para que seja efetivo aquilo que se acha contemplado pela política pública de saúde. Isto significa que a resolução do mérito deve impor o atendimento do que está previsto na política pública de saúde – embora se trate da parte negligenciada da judicialização –, que não recebe a devida cobertura por parte do Sistema Único de Saúde, uma vez que lida com entraves como filas, demoras de procedimentos, falhas e omissões do Estado na entrega de medicamentos, serviços ou produtos já previstos pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Renames).

Além disso, é imprescindível que se desenvolva uma racionalidade para abarcar cerca de um milhão de ações tramitadas na Justiça que têm sido pautadas no que não está contido na política pública de saúde. Quais seriam os melhores critérios para essa racionalidade? A meu ver, o primeiro está relacionado a uma revisitação dos conceitos de integralidade e universalidade, à luz do disposto na lei nº 8080/90 e da medicina baseada na evidência. No que se refere a tais conceitos, existe uma enorme distância entre o que foi preconizado pela declaração de Alma-Ata – ou até mesmo pela 8ª Conferência Nacional de Saúde – e as decisões que têm sido articuladas pelo Poder Judiciário. Este último se apegua a um conceito meramente semântico para esses dois princípios constitucionais. Contudo, não é disto que se trata o art. 198, da Constituição Federal, que versa sobre o dever estatal do direito à saúde. Integralidade e universalidade são princípios que se acham delineados na Lei do Sistema Único de Saúde, principalmente, no art. 7, I e II, em que são resgatadas as expressões da Declaração de Alma-Ata e da 8ª Conferência Nacional de Saúde, bem como dos debates que deram ensejo à Constituição Federal de 1988.

Na lei nº 8080/90, o conceito de integralidade é compreendido como sendo o conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema. Integralidade, portanto, não significa outorgar tudo, ou simplesmente que o Estado brasileiro se comprometa a tomar todas as providências cabíveis, ou todos os medicamentos pretendidos. A extensão de integralidade e de universalidade têm que ser bem e adequadamente compreendidas dentro do Sistema Único de Saúde.

O princípio da universalidade, portanto, tem por significado a garantia estatal às condições necessárias para o exercício e acesso à atenção e à assistência à saúde em todos os seus níveis.

O princípio da integralidade consiste em oferecer uma “carteira generosa de bens e serviços para a população, a partir de escolhas fundadas em consensos baseados em critérios científicos e racionais de escolha, validados socialmente, e em princípios éticos, através de regras claras e transparentes”, na expressão de *Ciro Miranda*.⁶

⁶ *Miranda, Ciro Carvalho. SUS. Medicamentos, protocolos clínicos e o Poder Judiciário: legitimidade e ineficiência. Brasília: editora Kiron, 2013, p. 29/30.*

Um terceiro ponto para maior racionalidade reside no conhecimento sobre a medicina baseada em evidência. Ela é uma técnica criada no Canadá pelo médico David Sackett e voltada para médicos. Este médico realizou pesquisa sobre toda a literatura médica existente sobre determinado tema, a fim de se avaliar qual a melhor solução para o caso em exame, organizando as respostas segundo a melhor informação técnica possível (evidências). Com isso, ele produziu um material para auxiliar os médicos na tomada de decisão. Esse trabalho ganhou força no Reino Unido, a partir dos estudos empreendidos por Archie Cochrane, por meio da técnica da revisão sistemática dos vários estudos de evidências científicas. A concepção da medicina baseada em evidência foi incorporada pelos países, com o objetivo de incorporação nas políticas públicas apenas aquilo apresenta elevado grau de evidência científica. As evidências consideradas baixíssimas ou inexistentes deveriam ser rejeitadas por diversos motivos, principalmente porque não atenderiam aos critérios de eficiência, efetividade e, principalmente, segurança.

O médico brasileiro Dráuzio Varela⁷ costuma dizer que as evidências científicas sólidas fazem com que a tomada de decisão dos médicos que não as adotam se tornem ultrapassadas, ou seja, a medicina baseada em evidências se beneficia dos avanços tecnológicos para avaliar quais as práticas mais adequadas aos pacientes. De modo genérico, a inteligência mundial desenvolveu sete níveis de evidências científicas. O mais elevado é uma revisão sistemática e uma meta-análise, ao passo que o menor nível é a opinião de especialista (equivale dizer, um artigo científico subscrito por um expert sobre o tema). A partir de critérios constituídos pelos diferentes níveis de evidência, deve o poder público realizar a tomada de decisão sobre a incorporação de tecnologia. Esses mesmos critérios, porque coincidentes com a racionalidade administrativa mundial, deveriam ser utilizados pelo Poder Judiciário, com o intuito de tomar decisões sobre conceder, ou não, o que não está previsto pela política pública de saúde.

7 Varela, Dráuzio. Disponível em <http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/11/1936402-drauzio-varela-faz-retrospectiva-de-50-anos-da-medicina-no-brasil.shtml?mobile>. Acessado em março de 2018.

Diversos organismos internacionais disponibilizam, em sítios eletrônicos,⁸ estudos sobre evidências científicas, o que permite a difusão da informação. Dentre todos, o mais notório é o Cochrane Library, cujo nome é uma homenagem a Archie Cochrane, um dos primeiros estudiosos dessa técnica.

Com a finalidade de propiciar aos magistrados o conhecimento da Medicina Baseada em Evidência, seja por sua relevância técnico-científica, seja porque este é o critério legal de incorporação novas tecnologias no SUS (art. nº 19-Q, da lei nº 8080/90), o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio do Fórum Nacional de Saúde, vem desenvolvendo uma ferramenta, chamada **e-natjus**, que tem como objetivos: a) fornecer informações técnicas para auxiliar os magistrados na tomada de decisões, por meio de notas técnicas realizadas por profissionais da saúde; b) criar um banco de dados aberto público com pareceres técnico-científicos e notas técnicas sobre diferentes medicamentos, procedimentos e tecnologias, que são objetos de proposição para as respectivas doenças. Esses dois objetivos permitirão uma adequada racionalidade para a solução de um elevado número de casos, bem como fornecerão informações aptas para a avaliação para todas as pessoas sobre a existência, ou não, de elevado nível de evidência científica.

O **e-natjus** é uma ferramenta eletrônica disponível no sítio do CNJ,⁹ desenvolvido pela Diretoria de Informática do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio da qual cada magistrado poderá solicitar uma nota técnica que servirá de auxílio à tomada de decisões. Esta nota técnica será elaborada por um especialista com fundamento na medicina baseada em evidências. Isto significa que o magistrado, para decidir um caso concreto, dispõe de informação qualificada para lhe auxiliar na decisão, por meio de um segundo grau de racionalidade. Equivale dizer: mais do que focar no princípio da legalidade ou se ater a um conceito constitucional amplo de integralidade e universalidade, poderá decidir a partir de questionamentos como: "Existe

8 COCHRANE LIBRARY - Inglaterra (<http://cochrane.bvsalud.org/portal/php/index.php>); LILACS - América Latina (<http://lilacs.bvsalud.org/>); PUBMED (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/clinical>); TRIPDATABASE (<http://www.tripdatabase.com/>); SUMSearch (<http://sumsearch.org/>).

9 <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/e-natjus>

evidência científica?", "O Estado poderia ou deveria ter incorporado essa tecnologia? Ou ela não tem eficiência, eficácia, nem segurança, não sendo, deste modo, necessária?".

Destaque-se que a medicina baseada em evidências não é um critério aleatório, afinal, a lei brasileira estabelece que a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (Conitec), do SUS – órgão responsável pela incorporação de tecnologia – deve velar exatamente pela segurança, eficácia, efetividade e custo/efetividade, que são as bases para a aplicação prática deste tipo de medicina.

Embora os avanços sejam menores que o desejado, deve ser reconhecido que o SUS é a maior revolução da história da medicina brasileira. Antes da Constituição Federal de 1988, não havia um sistema de saúde minimamente estruturado, apenas uma prestação de serviço fragmentada e exclusiva para quem possuía carteira de trabalho. Hoje, já existe um sistema organizado e regionalizado, com participação comunitária nos debates sobre o que deve ou não ser incorporado. Evidentemente que o SUS está longe de ser ideal, padecendo de alguns males, cujo principal seria a falta de subfinanciamento. Finalizo reportando-me novamente a Dráuzio Varela:¹⁰

"A criação do SUS foi a **maior revolução da história da medicina brasileira**. Nenhum país com mais de cem milhões de habitantes ousou oferecer assistência médica gratuita para todos. (...)

Longe de mim negar essa realidade humilhante, mas posso assegurar que parte se deve ao desafio de universalizar o atendimento sem dispor de **recursos suficientes, e parte à escassez de gestores comprometidos com a saúde pública**. "

10 Varela, Dráuzio. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/drauziovarela/2018/03/imposicao-pelas-maos.shtml>. Acessado em março de 2018.



CLAUDIO LOTTENBERG

Possui graduação em medicina, mestrado e doutorado em oftalmologia pela Escola Paulista de Medicina da Universidade Federal de São Paulo e aperfeiçoamento em Urgências Oftalmológicas pela Manhattan Eye, Ear and Throat Hospital. Foi presidente da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Albert Einstein. Atualmente, é presidente do UnitedHealth Group Brasil.

CLAUDIO LOTTENBERG

Não se pode duvidar de que as questões que envolvem a área da saúde ganharam a dimensão de um desafio global, extremamente sério e relevante, diante de inúmeros fatores, como por exemplo, a constante incorporação de novas tecnologias. Temos observado que mesmo as economias mais pujantes não têm demonstrado a capacidade de absorver o tema da saúde dentro de uma perspectiva de equidade, de universalidade e de integralidade.

Isso porque, independentemente da caracterização do sistema econômico, a saúde é compreendida como um direito social.¹ Sob esse prisma, enquanto um direito, faz-se necessário, particularmente no nosso país, que haja uma estruturação sistêmica melhor, uma vez que se tenta, de certa maneira, segregar a área pública da área privada, o que é absolutamente incongruente dentro desse contexto.

Dentre os vários desafios que constituem o grande desafio da saúde, sabemos que a questão do envelhecimento ganha relevância na medida em que a expectativa de vida das pessoas aumenta. O envelhecimento da população altera tanto as necessidades de tratamento da população quanto o financiamento total do sistema.

¹ Art. 196 da Constituição Federal de 1988. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sócias e econômicas que visem redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A própria apropriação tecnológica é, de certa maneira, outro desafio em si, uma vez que é incorporada sem uma comparação com aquilo que já é vigente, e, portanto, acarreta redundâncias que, muitas vezes, não agregam valor algum, tornando o sistema insustentável.

Além desse acúmulo tecnológico, outro ofensor da saúde é o seu sistema de financiamento. Aqui se faz necessária uma revisão da forma perversa como a saúde é remunerada, ou seja, como médicos e prestadores de serviços são remunerados. A grande questão é o equacionamento desses desafios.

Vale destacar as dimensões e os vultos da magnitude do tema. O sistema de saúde público atende cerca de 150 milhões de cidadãos² com um orçamento aproximado de R\$ 246 bilhões,³ ou seja, 8% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil. Já o sistema de saúde suplementar atende 47.4 milhões de beneficiários, segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) referentes ao mês de fevereiro de 2018, com despesas das Operadoras de Planos de Saúde na ordem de R\$ 179.3 bilhões.⁴

A forma atual privilegia a produtividade, o denominado sistema de *fee for service*, o que significa, no fundo, que o sistema trata da doença em vez de cuidar da vida dos cidadãos. Ao se perpetuar esse modelo de remuneração, vamos estimular a mecânica que privilegia o desperdício e os gastos.

É certo que há um ônus que o sistema de saúde paga, fruto da sua própria fragmentação entre o público e o privado, como se os cuidados da saúde, de maneira sistêmica, não fossem um só, com um viés público e outro privado que o suplementa, nos termos do art. nº 199 da Constituição Federal.⁵

2 Dados do Ministério da Saúde relativos ao ano de 2017.

3 Dados do Ministério da saúde citando estudo do IBGE do ano de 2013.

4 A despesas das Operadoras referente ao ano de 2017 foram de R\$ 150.6 bilhões de despesas assistenciais e R\$ 19.6 bilhões de despesas administrativas.

5 Art. 199 da Constituição Federal. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada: § 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Para se combater essa fragmentação, é fundamental a integração da informação, com a adoção de bancos de dados cada vez mais robustos – nos termos do *Big Data* – e, com isso, atuar no sentido de evitar a repetição de exames e de procedimentos, acompanhando a saúde do paciente e evitando gastos e usos desnecessários, inclusive repelindo tecnologias não incorporadas ao sistema, cujo dispêndio atualmente é altíssimo, com eficácia não comprovada.

Em um vaticínio de um futuro não tão distante, diante desse cenário dos grandes bancos de dados, a própria medicina baseada em evidência deve perder o seu significado, na medida em que esses grandes bancos de dados serão agrupados como fruto da própria digitalização e trarão informação muito mais ampla, precisa e robusta acerca do cidadão e de sua saúde. Será, sem dúvidas, uma experiência muito mais significativa e não tão sensível às críticas que a medicina baseada em evidências sofre atualmente. Configura-se, portanto, uma oportunidade de podermos praticar a medicina de uma forma um pouco mais adequada.

Para se buscar o modelo ideal em relação à saúde, é fundamental um resgate acerca da própria formação médica. O último grande estudo que foi realizado em relação à formação médica foi o relatório Flexner, em que o autor, Abraham Flexner, a pedido da Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, com apoio da Fundação Rockefeller, propôs importantes mudanças para as escolas médicas. Esse estudo remonta a aproximadamente 100 anos atrás, nos Estados Unidos, tendo revelado que os médicos eram formados para trabalhar dentro de duas naturezas: como pesquisadores e como médicos que trabalhavam em ambientes hospitalares. Diante dessa constatação, a referência de atividade de assistência à saúde passou a ser o hospital.

Na história da civilização, o hospital começa com o papel de apoio à assistência e à saúde e a maior parte dos tratamentos ocorria, na verdade, fora do ambiente do nosocômio. Esse foi o modelo de desenvolvimento das Santas Casas ou Casas de Misericórdia no passado. A partir de 1970, o hospital se tornou o centro do universo do cuidado à saúde. Trata-se do modelo hos-

pitalocêntrico, que decorre do modelo de agregação tecnológica, em que os custos de investimentos em tecnologia causaram a necessidade de se concentrar os esforços em um único local. É o modelo de concentração de alta complexidade, que agrega todos os demais atendimentos/serviços-satélite. No entanto, esse modelo, extremamente oneroso, não necessariamente reproduz aquilo que de fato agrega valor à assistência à saúde.

O hospital, na verdade, é o local que deveria atender pacientes graves, transplantados, agudos, e não ser transformado, como acabou sendo, numa casa de longa permanência. Esse cenário favorece a ineficiência nos hospitais, uma vez que a referência deixou de ser o médico – que é efetivamente quem cuida da saúde do paciente – e passou a ser o hospital. Esse deslocamento de referência na saúde não ocorreu só no Brasil. Trata-se de fenômeno mundial, que acontece na Europa e, principalmente, nos Estados Unidos da América, fruto também do sistema de formação do profissional médico.

Há, portanto, a necessidade de avanços para a integração do sistema. Com a evolução dos meios de comunicação e de inteligência, notadamente a inteligência artificial, deve-se fomentar uma inteligência sistêmica para o setor da saúde, seja por conta da necessidade de racionalização dos recursos que são finitos, seja pelo necessário aumento de qualidade na prestação da assistência à saúde.

Dentro desse contexto há, também, a necessidade de estratégias populacionais e com foco na resolutividade do problema, ou seja, no desfecho do tratamento. Com isso, haverá a fragmentação do cuidado para estabelecimentos especializados, que, de maneira sistêmica, atenderão a uma gama maior de pessoas tanto na baixa, quanto na média e na alta complexidade.

Atualmente, um exemplo que almeja rever essa situação é o modelo holandês. O médico que lá se forma é treinado fundamentalmente para ser um médico de medicina primária – há que se observar que se o indivíduo deseja fazer uma especialidade ele não pode fazer, exceto se houver alguma perspectiva de tra-

balho com uma demanda específica e clara e, aí sim, ele recebe uma permissão do Estado para tanto.

Fato é que, ao formarmos cada vez mais especialistas e remunerarmos mal o médico generalista, que deveria cuidar da medicina primária, o sistema não funcionará. Em um Estado de direitos sociais em que a saúde é percebida como tal, esta tem que ser o pilar da formação médica.

Constata-se, portanto, a existência de uma grande falha no sistema quanto à sua organização, que é fruto de uma forma de capacitação do profissional imprópria para aquilo que necessitamos enquanto saúde direito social. Aliada à questão da capacitação médica, o modelo remuneratório perverso que incentiva a produção em detrimento do resultado, conforme anteriormente citado, fomenta a ineficiência na medida em que remunera pela incompetência e pela própria ineficiência na prestação do serviço médico e hospitalar. Essa mecânica precisa de uma reforma urgente. Isso gera um grande ciclo vicioso, que com a incorporação tecnológica desregrada também acarreta incrementos enormes de custos, mundialmente fixados em mais de 2% acima da inflação nominal apurada. O desafio é saber como absorver essa incorporação de maneira adequada diante de um sistema que estimula justamente o consumo.

Os hospitais e os grandes sistemas de saúde não querem remunerar, de maneira legítima, por meio das mecânicas de *fee for service*, ou seja, deve-se existir uma responsabilização não só pelos resultados daquilo que é efetivamente realizado, mas sobretudo, dos desfechos dos casos. O que significa dizer que, se houver alguma complicação, o sistema de saúde passa a ser responsável por essa complicação sem que seja remunerado, nos moldes da reforma que houve nos Estados Unidos. Essa evolução fornece previsibilidade para o sistema de saúde. Embora a medicina baseada em evidências traga, em certa medida, essa previsibilidade, é certo que o mundo da digitalização trará ainda mais previsibilidade ao sistema que, aliás, é muito bem-vinda.

Não se pode afastar da ideia da saúde a existência de um or-

çamento que a suporta. Tive a oportunidade de participar meses atrás de um importante simpósio que abordou temas correlatos à judicialização da saúde, também organizado pela Fundação Getúlio Vargas,⁶ em que o ministro Gilmar Mendes fez questão de abrir o evento mencionando que a nossa Constituição Federal é um instrumento dos direitos, como se não fosse, também, a Constituição dos deveres. Aliás, disciplina a Constituição que a saúde é um dever do Estado e um direito do cidadão, quando, no fundo, a saúde deveria ser um dever do cidadão. Assim, cada cidadão deveria ter a responsabilidade de cuidar da sua própria saúde, mas ele terceiriza e lateraliza, chegando ao extremo de não ter qualquer tipo de preocupação como, por exemplo, com a obesidade mórbida, que é a situação de extrema importância dentre as doenças crônicas não comunicáveis, como é o caso da hipertensão arterial e da diabetes. No Brasil, existem cerca de 15 milhões de diabéticos e 25 milhões de hipertensos. A responsabilidade não pode ser somente do Estado, mas sim de cada um de nós que deveria estar cuidando das suas mecânicas de alimentação e com a discussão da própria nutrição.

Aliás, a bem da verdade, se discutirmos a saúde somente dentro da perspectiva de tecnologia e não tentar entender que existe uma necessidade de expandir esse conhecimento dentro da inserção das cidades sustentáveis e das políticas de nutrição, incorreremos naquilo que tenho denominado, sistematicamente, como o abuso do uso da tecnologia. É sabido que 4% da população é responsável por 48% dos gastos em saúde. Diante desse quadro pergunta-se: de quem é essa responsabilidade? Simplesmente do Estado ou de cada uma das pessoas que também deveriam, a rigor, zelar pela sua própria saúde?

A referência de saúde, hoje, em termo de qualidade, é denominada por *triple aim*, concebido pelo Institut Health Improvement (IHI), baseado nos estudos do autor Don Berwick, médico pediatra. O *triple aim* busca o ambiente do sistema de cuidados ideal, representado por uma melhor experiência do paciente, sob melhores custos *per capita* dos cuidados empregados e, tam-

6 Law and Economics: Judicialization of health. 2017.

bém, sob a perspectiva de como podemos enquadrar o melhor cuidado à saúde dentro da repercussão junto à sociedade assistida. Isso é cuidar de saúde!

Para a exemplificação de como esse tripé tem, também, reflexos jurídicos, é apoiado nessa efetividade da atuação médica que se afasta a adoção de medicamentos, cuja aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) não foi concedida. Nesse sentido, além do risco à saúde do paciente, quando uma liminar é concedida para tais tratamentos, a sociedade como um todo arca com esses custos dessa deliberação individual, cuja comprovação de eficácia inexistente.

Diante desse cenário, a constante busca por sinergia é vital para também evitar os desperdícios do sistema. Estima-se que 33% daquilo que os sistemas de saúde gastam são desperdícios, seja por conta de preços abusivos, por serviços ineficientes, por oportunidades perdidas, por custos administrativos ou por serviços desnecessários, sem contar as fraudes que permeiam o sistema, como custos com órteses, próteses e materiais especiais que representam 8% do custo da saúde.⁷ Há desperdícios que dizem respeito a incentivos antiéticos a médicos e hospitais. Nesse ponto há que existir uma convergência entre aqueles que vivem tecnicamente a saúde e o Poder Judiciário, além do Ministério Público, para que se combata no âmbito jurisdicional essas más práticas e condutas criminosas de sobrepreços em materiais médicos especiais, denominado pela mídia como a “máfia das órteses e próteses”. Segundo estudo da Associação Nacional de Hospitais Privados (ANAP), em 2017 o setor público desperdiçou 20% de seu custo, ou seja, R\$ 100 bilhões, sendo que a estimativa é que de 2% a 3% sejam fraudes.

Enfim, não se pode duvidar de que temos perspectivas enormes e promissoras em relação aos avanços da área da saúde para o futuro. Sabemos que a genômica tem um papel ainda pequeno perto daquilo que ela irá trazer em relação ao futuro, não só como antecipar a tendência de doenças, mas, principalmente a perspectiva de como tratá-las. Isso sem falar da possibilidade da

7 Estudo realizado pela Orizon, distribuidora de produtos médicos.

síntese de remédios por meio do próprio perfil genético.

Ainda, ao se tratar da melhoria na eficiência do sistema, há que se abordar a perspectiva da própria telemedicina, que hoje sofre diante da visão corporativista médica e dos conselhos de medicina. Não é mais possível que a comunidade da saúde, e em particular a comunidade médica, se aproprie do ato médico sem imaginar que a telemedicina seja um instrumento para a equidade, isto é, mais uma vez pensando-se na medicina como direito social que é. Para essa difusão e ganho de excelência há que se ressaltar a importância da digitalização com a utilização da internet das coisas, que certamente terá ganhos enormes por meio de um *data analytics* que, de certa maneira, trará ganhos ainda maiores que a medicina baseada em evidências. Ainda na linha da própria digitalização, uma série de processos médicos serão automatizados.

Por fim, não há como se vislumbrar uma medicina que possa ser mais equitativa, integral e universal se não houver, em primeiro lugar, um engajamento maior da comunidade médica que deve ser menos técnica e mais líder, ou seja, entender aquilo que ela faz no contexto da sociedade. O contrário também é verdadeiro, ou seja, não se vislumbra uma medicina dentro dos mesmos princípios se não houver um engajamento maior do paciente. Para tanto, as políticas de humanização preveem o engajamento do paciente no sentido decisivo também daquilo que ele quer tratar e daquilo que ele não quer tratar.

Atualmente, como já apontado, o Brasil gasta praticamente entre 8% a 10% do seu PIB em saúde. Nos Estados Unidos, essa necessidade de recursos perfaz praticamente 20% do PIB norte-americano. No Brasil, são mais de 5 milhões de posições no mercado de trabalho ligadas à saúde, sendo que especificamente na saúde suplementar há 3,4 milhões de pessoas empregadas,⁸ o que corresponde a 7,9% de toda força de trabalho nacional, portanto, há que se concluir que se trata de uma das grandes vertentes econômicas de desenvolvimento

8 Relatório de Emprego na Cadeia da Saúde Suplementar do Instituto de Ensino da Saúde Suplementar (IEES). Janeiro de 2018.

da nação. Assim, na perspectiva do direito social, a saúde não se resume apenas na relação entre o médico e o paciente, porém na relação da sociedade como um todo!

A sociedade precisa se engajar, senão, infelizmente, seguiremos comentando e reclamando que a saúde é cara e que os recursos são escassos. A verdade é que a saúde de fato é cara, contudo, ela precisa ser melhor e, para isso, temos que nos interessar e engajar adequadamente pela medicina de valor, que prestigia o resultado e a eficiência.



ALEXANDRE SICILIANO COLAFRANCESCHI

Graduado em medicina pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com especialização em pela The Cleveland Clinic Foundation, nos Estados Unidos, e doutor pela Universidade de São Paulo. É cirurgião do Instituto Nacional de Cardiologia, onde coordena o grupo de transplante cardíaco e assistência circulatória, coordenador do processo cirúrgico assistencial do Hospital Pró-Cardíaco, no Rio de Janeiro, e também membro especialista da Sociedade Brasileira de Cirurgia Cardiovascular e da Sociedade Brasileira de Cardiologia.

ALEXANDRE SICILIANO COLAFRANCESCHI

O pensamento de todo cirurgião cardíaco, ao acordar, volta-se para o passo a passo da cirurgia que está prestes a realizar. A cirurgia desta especialidade é um procedimento muito complexo e, por isso, todos os passos devem ser planejados, antecipando-se eventuais complicações e traçando-se possíveis estratégias de saída.

Como em toda atividade de alta performance, o treinamento de um cirurgião cardíaco requer dedicação de longo prazo. No entanto, as habilidades técnicas não são o principal componente da cirurgia cardíaca, e sim a capacidade de observar e aprender com as lideranças. Por meio da observação e treinamento, passei a entender e aprender a maneira com a qual uma liderança médica precisa se comportar.

A globalização é responsável por gerar grandes oportunidades. Um exemplo é a vinda para o Brasil do United Health Group, pioneiro em relação ao capital externo no sistema de saúde, que trouxe grandes inovações, como a regulação, o *compliance*, o alinhamento de regras e a transparência nos valores. Pretendo abordar neste artigo os comportamentos e as atitudes que, alinhados aos valores, produzem profundos impactos na transformação da sociedade.

Em qualquer sistema, o conhecimento passa por uma entrada, uma transformação, uma saída e um objetivo, a fim de configurar a sua existência. Neste sentido, são elaborados conceitos

como eficiência – que seria a transformação a partir da utilização dos recursos –, eficácia – que seria alinhar o propósito da entrada para o que se quer obter na saída –, e efetividade – que, por sua vez, seria o alinhamento da saída com o objetivo.

No contexto da medicina, há procedimentos que são absolutamente eficientes, em que são gastos poucos recursos, mas, em contrapartida, não há efetividade nenhuma. Existem ainda casos em que há efetividade, mas as intervenções são pouco eficientes, e outros em que não se percebe eficácia alguma e, mesmo assim, há eficiência. Esses conceitos não estão intimamente relacionados e, portanto, a capacidade de se enxergar exatamente o necessário define a transformação da comunidade e sociedade.

O sistema de saúde supracitado é mais complexo, uma vez que possui promoção, prevenção, *screening*, diagnóstico, tratamento – primário e quaternário – e complexidade de intervenção com graus diferentes. Diante de tamanha complexidade, ao ser observado a partir de uma lente muito pequena, com o intuito de torná-lo eficiente unicamente no diagnóstico, corre-se o risco de haver a incidência da síndrome da supereficiência ou supereficácia. Se apenas um dos aspectos for objeto de foco, como a promoção, ou o tratamento paliativo, ou a intervenção de alta complexidade, tornando esse processo supereficiente dentro do sistema, sem enxergá-lo como um todo, corre-se o risco de se gerar *outputs* para o próximo processo, transformando-se em um gargalo. Desta forma, a capacidade de enxergar exatamente o que se pretende faz toda a diferença na formulação de estratégias de políticas públicas e de tomada de decisões jurídicas, com o objetivo de afastar uma inefetividade clínica.

Na área da saúde, o que deve ser observado é mais complexo do que aquele sistema que engloba as fases de diagnóstico, *screening*, tratamento, etc. Existem fatores a serem levados em consideração, tais quais os de acesso, sociais, culturais, educacionais e ambientais, como a poluição, amplamente vinculados à saúde. Assim, as escolhas individuais, eventualmente, estão re-

lacionadas à saúde. No entanto, onde a pessoa nasce, o bairro onde cresce, a escola que frequenta e o grau de estresse do trabalho são elementos que estão relacionados ao sistema de saúde. Ao se falar em sistema de saúde, associa-se a conceitos como acesso e cuidado, mas os outros fatores mencionados também impactam diretamente no resultado da saúde populacional.

De forma hipotética, há o exemplo de uma unidade de terapia intensiva, com dez leitos, dos quais cerca de 40% ou 50% seriam de pacientes submetidos a suportes avançados de vida. Isto implicaria um impacto enorme sobre o indivíduo, que estaria apto a retomar sua rotina e atividades normais. No entanto, o preço de tal conjuntura seria alto para a comunidade, pois, se apenas for analisado o microambiente daquele indivíduo, há o risco de serem tomadas decisões que produzirão um impacto na sociedade muito maior do que se deseja. É um tipo de questionamento necessário na atualidade.

Costuma-se centrar a medicina nos hospitais. Um sistema assim, entretanto, é caro, fragmentado e não *accountable*, isto é, responsável. Embora se pague por uma boa infraestrutura, como acontece em diversos hospitais, isso não gera nenhum valor em relação ao seu cuidado. Neste contexto, o ideal seria proporcionar um cuidado compassivo, de excelência, em termos de qualidade, – algo encontrado em poucos hospitais do mundo, e em um ou outro no Brasil –, e não um cuidado caro ou que gerasse dano. Para se chegar a este ponto, é necessário que a reflexão ultrapasse a capacidade técnica específica, pois esta não garante que o cuidado será alinhado ao valor, que, por sua vez, está associado à eficiência.

Uma das propostas do Sistema Único de Saúde (SUS) é construir um sistema hierarquizado de referência e contra referência, por graus de complexidade diferentes. O principal problema é que a maioria dos conflitos demandam que a prevenção, promoção e cuidados secundários e terciários falhem, a fim de que o indivíduo alcance o quadro quaternário, uma vez que

o alinhamento de remuneração está associado ao pagamento por serviço. Isto significa que, quanto mais cirurgias forem realizadas, mais se ganha no sentido financeiro, sendo que isso não necessariamente estaria alinhado a um ganho ou benefício para o indivíduo, comunidade ou sociedade.

O Pró-Cardíaco, no Rio de Janeiro, instituição onde atuo, surgiu no final da década de 1960, fundada por um conjunto de cardiologistas. Por conta disto, é alinhada ao coração, e também a um dos grandes valores que o United Health Group trouxe para o Brasil, que é a inovação. O conceito de inovação não diz respeito à incorporação de tecnologia pura e simples, e tampouco à descoberta de novas técnicas ou diferentes estratégias do dia a dia, mas trata-se de um consistente descontentamento com o *status quo*, que é a nossa motivação para continuar seguindo em frente, a fim de transformar.

Não é mais pertinente a vigência do modelo atual, centrado no hospital. O que se almeja é um hospital do futuro, alinhado a diversos outros *players* de sistema e outras formas e tecnologias, como a telemedicina. Isto significa que toda a jornada do paciente precisa ser completa, desde a prevenção e promoção, até os cuidados mais complexos.

Além disso, há a necessidade de realinhar objetivos, tais quais o modelo de remuneração, que é um grande fator motivacional para os profissionais. Se o meu objetivo é realizar um maior número de procedimentos, é provável que esse conflito impacte diretamente na capacidade de se gerar valor. Assim, deve-se escalar pessoas com o intuito de desenvolver seus melhores potenciais, desenvolvendo novos talentos e incorporando-os a suas funções.

O terceiro ponto a ser tratado é a segurança como prioridade. Na tomada de decisão, os dois pontos principais que devem ser levados em conta são a segurança e a qualidade do cuidado. A experiência do paciente está associada ao cuidado humano, isto é, o que se almeja não é a melhor máquina, mas sim um

hospital que cuide da satisfação do paciente, que preste serviços de forma transparente, e também que proponha alternativas. Isto significa que um hospital deve ser transparente quanto às informações disponibilizadas aos pacientes e que, desta forma, gere valor, ainda que o acesso a todas às tecnologias disponíveis não seja completo.

Isto posto, é fundamental que todo esse processo seja operacionalizado empregando recursos de forma racional, a partir de uma ética que alie o planejamento responsável e o gerenciamento de recursos, intitulada *stewardship*. Seu foco abrange como elementos a população, os custos e o resultado assistencial, que configuram o *triple aim*, mas também conta com o *quadriple aim*, que seria o quarto braço, algo que, na experiência de colaboração, funciona de forma absolutamente fundamental, consistindo em responsabilidades para os profissionais da saúde.

Por último, eu gostaria de mencionar as parcerias público-privadas. No Brasil, o sistema único de saúde e o sistema complementar de saúde têm pouco diálogo, algo que gera ineficiência operacional na esfera privada, pouca capacidade de investimento na via pública, e raras oportunidades para os profissionais no que se refere ao seu desenvolvimento técnico. As parcerias têm sido esporádicas em nosso meio. No Rio de Janeiro, foi lançado um projeto em parceria com a Secretaria Municipal de Saúde, cujo público-alvo seriam pacientes com AVC submetidos a tratamentos com *stroke*, por meio da telemedicina, em que são operacionalizadas as intervenções mais complexas, como um cateterismo no cérebro ou uma droga venosa de alto risco. O Hospital Pró-Cardíaco, através desse sistema, tem auxiliado a Secretaria Municipal de Saúde.

Concluindo, a capacidade de transformação está relacionada a ações e comportamentos do dia a dia, os quais, se alinhados a valores claros e bem definidos, podem influenciar na capacidade de agregar pessoas para a construção do bem comum, provocando um resultado muito maior do que o imaginável.

CAPÍTULO 4

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO ENSINO UNIVERSITÁRIO: ACESSO, QUALIDADE E FORMAS DE FINANCIAMENTO

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

VASCO DO CANTO MONIZ

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA ANDRADE

MAURO LUIZ CAMPBELL



PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

É professor da Faculdade de Direito e membro da Direção do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa. Ademais, é diretor da Revista de Direito Administrativo, advogado e membro das equipas de redação de projetos legislativos relacionados à contratação pública nos Estados-Membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa.

PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ

O DIREITO AO ACESSO A UM ENSINO SUPERIOR “PROGRESSIVAMENTE GRATUITO” E OS PROBLEMAS NAS RESPECTIVAS FORMAS DE FINANCIAMENTO

Não é exagero afirmar que o direito fundamental de acesso ao ensino superior representa um dos exemplos mais emblemáticos da intenção que as Constituições portuguesa e brasileira revelaram – mesmo que através de uma difícil implementação prática – no sentido de oferecer uma tutela material à dignidade da pessoa humana – pessoa enquanto ser empírico e concreto (não ser ideal e abstrato) com necessidades sociais que se não esgotam numa simples liberdade defensiva.

É reconhecido que as Constituições, nos seus espaços geográficos, têm sido apontadas como referências em matéria de tutela da dignidade material e social. Verdadeiramente, representam marcos dos esforços do constitucionalismo ocidental na segunda metade do século XX para a criação de um Estado de Direito material e não meramente formal.

Tais esforços resultaram da reconhecida intenção dos constituintes que, mesmo tendo como prioridade inicial a rotura com a ditadura anterior – com a recuperação da liberdade defensiva básica do ser humano contra o Estado –, revelavam uma notável ambição na promoção de novas facetas sociais da dignidade da pessoa humana.

No exemplar caso português, as principais bancadas constituintes criam ser possível formar uma nova fusão entre liberdade e igualdade material – entre a preservação das liberdades básicas do ser humano contra o Estado e a promoção de novas facetas de dignidade social pelo Estado –, dando origem a um modelo que pensavam nunca antes ter sido concebido, nem mesmo em referentes constitucionais próximos como a Alemanha de Weimar ou o México. Enfim, procurava-se “a melhor síntese possível entre a pessoa e a comunidade”;¹ se as vozes majoritárias não aceitavam comer “pão sem liberdade”, tão-pouco se conformavam com “liberdade sem pão”.²

A concretização deste sistema de combinação entre liberdade natural e igualdade real foi resumida de modo especialmente feliz, na Assembleia Constituinte, pelo deputado Pedro Roseta:

“A nossa visão personalista da igualdade implica que, onde a Natureza criou grandes diferenças nas capacidades, estas não devem determinar as oportunidades de uma vida melhor para cada pessoa, mas deve ser a sociedade a intervir constantemente para restabelecer o equilíbrio. Estas diferenças, na forma de menos-valias físicas ou intelectuais, não podem, sem dúvida, ser totalmente eliminadas, mas podem ser muito reduzidas”.

À distância das décadas que nos separam daqueles trabalhos constituintes, não é possível deixar de ficar impressionados com o entendimento, então revelado pelos deputados, de que a dignidade da pessoa humana se não concretiza apenas com facetas defensivas contra o Estado e reclama mandatos positivos de intervenção dos poderes constituídos para redistribuição das oportunidades de acesso a uma vida condigna. Mas sublinha-se, sobretudo, a noção de que esse amplo programa de reformas sociais não pode assentar em ideais meramente proclamatórios (*leges imperfectae*), antes se traduzindo em normas jurídicas constitucionais que parametrizam a intervenção legislativa.

1 Deputado José Augusto Seabra.

2 Deputado Olívio França.

É essa intenção constituinte que explica o esforço que as nossas Leis Fundamentais revelaram para a utilização premeditada da técnica de jussubjetivação ("todos têm direito a..."), o que, ademais do evidente distanciamento com o caso germânico, impõe, desde logo, um corte, num exemplo próximo, com a técnica usada em Espanha em 1978, com a definição de meras metas programáticas orientadas por "princípios dirigentes da política social e económica".

Em suma, o nosso património constitucional revela um esforço que encontra poucos paralelos no constitucionalismo ocidental para a tutela das facetas sociais da dignidade da pessoa humana.

Ora, se os constituintes pretendiam uma tutela real de facetas sociais da dignidade pessoal tendo em vista a promoção da igualdade material entre todos os cidadãos, não poderiam deixar de conferir atenção prioritária aos direitos atinentes à saúde, à segurança social e, no caso que aqui nos ocupa, à educação.

No caso da educação, essa prioridade conduziu à formulação – em especial, além de outros mandatos secundários – de dois mandatos específicos de intervenção positiva a cargo do Estado português, os quais ficaram consagrados no art. nº 74 da Constituição:

a) Por um lado, a criação de um ensino básico universal, obrigatório e gratuito –³ isto é, no caso do ensino básico, foi formulada uma exigência normativa imediata para a criação de um sistema de total gratuidade;

b) Por outro lado, a criação de uma progressiva gratuidade de todos os graus de ensino –⁴ isto é, no caso de graus de ensino não básico, embora não constasse do programa constitucional uma exigência imediata de gratuidade total do sistema, o texto redigido pelos constituintes não deixou de formular um programa de implementação "progressiva" desse tipo de sistema.

3 Art. nº 74, n.º 2, alínea a).

4 Art. nº 74, n.º 2, alínea e).

Ora, se é claro que ambos os mandatos em apreço reclamam consideráveis disponibilidades financeiras do orçamento público, o teor deste segundo mandato é ainda mais exigente. Com efeito, o esforço requerido ao Estado não fica reduzido ao ensino básico; no limite, o ensino na Universidade – mesmo no caso de ciclos mais avançados de estudo, como os programas de mestrado e de doutoramento – também pode caminhar para um ideal de gratuidade.

Como seria de esperar, esta ambição constituinte provocou um aumento da dificuldade na obtenção dos meios financeiros que deveriam ser alocados para o desenvolvimento do disposto no art. nº 74 da Constituição.

O marco de referência para o sistema constitucional português residiu na iniciativa do Governo, em 1992, para proceder a um incremento das taxas (propinas) pagas pelos estudantes das instituições de ensino superior – que tornou inevitável a intervenção do Tribunal Constitucional. O congelamento do valor das taxas durante as décadas anteriores levou o Governo a promover um aumento médio (de acordo com a moeda atual) de seis para 283 euros do montante pago pelos estudantes.

Nem é sequer relevante questionar, no mero plano contabilístico, se esse aumento poderia ou não ser explicado com o mero valor acumulado da inflação anterior: desmentindo esse entendimento, a proposta de lei que fundamentava esta reforma do ensino superior esclarecia que se pretendia “criar um sistema que correlacione o valor das propinas com a natureza e a organização das instituições e os seus custos de funcionamento” – pretendendo-se, numa palavra, contribuir para a “moralização do sistema”.

Obviamente, o Tribunal Constitucional foi convocado para se pronunciar: cabia determinar se uma norma constitucional que define uma “progressiva” gratuidade do ensino – gratuidade não imediata, mas, pelo menos, como meta de um percurso progressivo – será compatível com uma solução legislativa que, seja ou não a propósito da compensação por um valor da inflação, aumenta drasticamente os custos do ensino.

A resposta que o Tribunal Constitucional proveu a esta dúvida, através do Acórdão n.º 148/94,⁵ formou um sentido jurisprudencial que, embora sofrendo algumas nuances posteriores, marcou uma doutrina definitivamente consolidada em Portugal. Quando se trata de um direito de natureza económico-social cuja exequibilidade depende da mobilização de meios financeiros elevados, o Tribunal abstém-se de exigir do legislador o cumprimento de um âmbito ideal de satisfação do direito social desejado pela Constituição, centrando os seus esforços na mera proibição de recreação de omissões inconstitucionais absolutas.

Recorrendo à sua formulação, é certo que o Tribunal advertiu que “todo este complexo normativo não é meramente programático e contém antes uma vinculação para o legislador ordinário”. Mas, apesar de a Constituição recorrer a um conceito de gratuidade, a sua sujeição ao vocábulo “progressiva” tornaria impossível “continuar a entender esse conceito no seu sentido puramente etimológico”. Não se poderia “excluir radicalmente a possibilidade de exigir um qualquer pagamento aos utentes” deste serviço público.

Mesmo recordando os mais ambiciosos paralelos constitucionais dos sistemas brasileiro e mexicano, o Tribunal admitiu que “a Constituição não impede ou proíbe que o legislador ordinário ponha termo ao congelamento dos valores das propinas; proíbe-lhe apenas que subverta o funcionamento de um sistema de ensino público, claramente definido na Constituição”. Concretizando este entendimento, “o conceito constitucional de progressivamente gratuito” comporta, afinal, “um certo halo de indeterminação”, dispondo o legislador de legitimidade para o preencher.

Nessa medida, implementar uma gratuidade de forma progressiva representaria tão-só “uma imposição constitucional permanente, de realização progressiva, de acordo com as disponibilidades públicas”, que cumpriria avaliar, não ao juiz, mas ao legislador, fruto da legitimidade democrática de que só ele dispõe.

5 Processo n.º 530/92.

Com efeito, como estratégia subjacente ao princípio da separação de poderes, a Constituição terá formulado um “princípio da não controlabilidade da prognose legislativa” na avaliação das disponibilidades financeiras do Estado e na previsão das suas limitações orçamentais. Explicando o conteúdo normativo dessa norma (implícita) de natureza principiológica, “este princípio radica no facto de o espaço de prognose legislativa ser um espaço de livre conformação do legislador, incompatível com qualquer controlo jurídico-constitucional”. No fundo,

“ao legislador ou aos órgãos de direcção política compete conformar a vida económica e social, movendo-se esta conformação num plano de incerteza, conducente, por vezes, a soluções legislativas inadequadas ou erradas, mas cujo mérito não é suscetível de fiscalização jurisdicional. Os limites funcionais da jurisdição constitucional são aqui claros: os tribunais não podem controlar judicialmente a apreciação da evolução económica global”.

Sublinhe-se, aliás, que esta doutrina constitucional – só para usar um lugar paralelo com o outro direito fundamental de natureza social que, a par do direito ao ensino, representa um símbolo da ambição do nosso programa constitucional – não fez mais do que concretizar, de modo coerente, o pensamento que, em matéria de direito à saúde, a jurisprudência constitucional havia fixado uma década antes, através do Acórdão n.º 39/84,⁶ que declarou a inconstitucionalidade da medida legislativa que punha termo a um serviço nacional de saúde universal e essencialmente suportado pelo orçamento público.

O intérprete desatento poderia supor que o Tribunal Constitucional, na medida em que emitiu uma sentença de inconstitucionalidade em 1984 e se recusou a fazê-lo em 1994, teria variado a sua leitura sobre a imperatividade das normas que enunciam direitos sociais. Todavia, a contradição mostrava-se meramente aparente.

6 Processo n.º 6/83.

De facto, a sentença de provimento de 1984 só teve lugar porque a lei sob fiscalização tinha o efeito de destruir o complexo de normas que o legislador previamente criara para dar implementação real ao direito à saúde. Em rigor, o legislador estava então a recriar uma omissão inconstitucional que existia à data da aprovação da Constituição e que havia sido solucionada com a criação de um serviço nacional de saúde. A nova lei mostrava-se inconstitucional por recuperar a omissão inconstitucional anterior.

Só por isso a nova pronúncia de 1994, agora atinente ao direito de acesso ao ensino superior, concluiu com uma sentença de não inconstitucionalidade. Isto porque o Tribunal Constitucional jamais afirmou reconhecer um patamar de proteção do direito que já esteja consumado por lei e que o legislador não possa fazer recuar. Desde logo, a formação de uma situação de crise financeira, obrigando a repensar as prioridades orçamentais, pode constituir motivo bastante para o recuo do grau de implementação de um direito social.

A avaliação do legislador democrático obriga a uma escolha entre distintas prioridades; a decisão legislativa prévia pode não ser mantida quando os pressupostos financeiros em que ela se alicerçou também não se mantêm.

Só mesmo ao legislador suportado por uma legitimidade eleitoral, e não a um juiz desprovido de responsabilidade política, cumprirá essa reavaliação de prioridades orçamentais.

Naturalmente, este comedimento da jurisprudência constitucional poderia obrigar a questionar se, afinal, se terá tornado inútil a opção constituinte de enunciação de um direito social. Será irrelevante a formulação de um programa económico-social tão ambicioso?

Desmentindo essa sugestão, o Tribunal Constitucional reconhece a constitucionalização da existência das medidas dos poderes constituídos que implementam inicialmente o direito e que lhe asseguram uma aplicação mínima. Tais medidas, uma vez

formadas na ordem jurídica, não podem mais ser extintas. O seu programa constitucional concretizado fica consolidado, obtendo uma força constitucional material e tornando inconstitucionais as medidas posteriores que atentem contra o seu teor.

Sucede, simplesmente, que a Constituição não protege o grau concreto de implementação desse direito: esse patamar variável é que dependerá das disponibilidades financeiras que só ao legislador democrático cumpre avaliar.⁷

Na expressiva formulação do Tribunal Constitucional,⁸ logo que o direito social seja implementado na ordem jurídica, “a sua existência passa a gozar de proteção constitucional”. Isto porque

“os direitos sociais traduzem para o Estado uma obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto essas instituições não sejam criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que sejam criadas; mas, uma vez que tenham sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se elas já existissem na data da aprovação da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em matéria jusfundamental, no sentido de criar certas instituições ou serviços, não apenas o obrigam a criá-los, mas também a não os abolir uma vez criados. [...] O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, fica obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

Esta é a principal decorrência normativa de um direito fundamental de tipo social, que, embora não obtendo a mesma tutela privilegiada reconhecida a direitos de tipo pessoal ou político, se assume hoje, no contexto de um Estado social de Direito, como parâmetro de validade dos atos infraconstitucionais.

7 Acórdão n.º 188/2009 – Processo n.º 505/08.

8 Acórdão n.º 39/84.

O Tribunal Constitucional tem sido coerente com este entendimento: ao ser confrontado com medidas legislativas que operam restrições sobre o âmbito de garantia de direitos sociais, o Tribunal abstém-se de declarar a sua inconstitucionalidade desde que identifique outros complexos de normas que assegurem uma vigência mínima à norma constitucional e que assegurem que não será recriada a omissão inconstitucional inicial.

Tal sucedeu, por exemplo, a propósito do acórdão n.º 590/04,⁹ no qual a revogação de regras conformadoras de um crédito jovem bonificado para aquisição de casa própria não foi considerada inconstitucional por violação da alínea c) do art. n.º 70, justamente por se manterem normas concretizadoras no âmbito do arrendamento, tais como o “incentivo ao arrendamento por jovens” previsto numa legislação anterior que continuava em vigor.

Aliás, não é possível ignorar que, nas últimas duas décadas, o Tribunal Constitucional vem mesmo esclarecendo que a normatividade dos direitos sociais será chamada a agir de modo especialmente intenso no caso as normas infraconstitucionais restritivas atingirem exigências basilares de tutela da dignidade da pessoa humana, expondo o indivíduo contra situações de degradação intolerável da sua esfera económica e social.

Tal como o Tribunal Constitucional advertiu em arestos de referência como os acórdãos n.º 509/2002¹⁰ ou n.º 187/2013,¹¹ verifica-se que, em tais casos, a norma de direito social, quando associada com o valor da dignidade da pessoa humana previsto no art. n.º 1 da Constituição, pode fundamentar a identificação de pretensões individuais justiciáveis que determinam a inconstitucionalidade da lei.¹²

Não existe sequer qualquer suspeita de que esta leitura menos ambiciosa – mas mais realista – da normatividade dos direitos sociais na Constituição portuguesa represente uma eventual ce-

9 Processo n.º 944/03.

10 Processo n.º 768/02.

11 Processos apensos n.º 2, 5, 8 e 11/2013.

12 Acórdão n.º 177/2002 – Processo n.º 546/01.

dência a um programa economicista ou neoliberal que contrarie a intenção constituinte original. Na verdade, a supramencionada intenção constituinte, tendo em vista a promoção de uma igualdade material entre todos os cidadãos, alicerçada num generoso programa de reformas sociais, torna totalmente descabido sugerir que se tivesse em vista uma limitação da força normativa dos direitos sociais por motivos de ordem económica e não jurídica. Dir-se-á que o nosso sistema constitucional, até por contraponto com outras referências europeias, é insuspeito nesse ponto.

Sucede, simplesmente, que o legislador constituinte não pôde deixar de dar prioridade a um regime privilegiadíssimo de tutela dos direitos pessoais e políticos (direitos de liberdade), o que impediu que as normas que enunciassesem direitos sociais acompanhassem o ritmo mais avançado dos direitos, liberdades e garantias.

Com efeito, quis a Constituição atribuir às normas enunciativas de direitos de liberdade uma normatividade mais forte por meio de uma técnica de concessão de determinabilidade imediata aos preceitos constitucionais, em ordem a dispensar a intermediação legislativa, de modo a autorizar ao cidadão a invocar imediatamente o direito na ausência de lei ou contra a lei (justiciabilidade do direito), logo que aquele estivesse consagrado na Constituição.

Uma vez que os direitos sociais – sujeitos a uma reserva económica do possível – não poderiam obter a mesma determinabilidade imediata, a tutela mais ambiciosa dos direitos de liberdade só seria exequível por se impor uma diferenciação dos direitos em “duas categorias”, não obstante “complementares”:

“a unificação do seu regime só poderia fazer-se em detrimento das liberdades, pois não se passaria de proclamações de normas intrinsecamente indeterminadas”.¹³

Daí a autonomização de duas categorias de direitos, ainda que “complementares e indispensáveis a qualquer democracia digna

13 Deputado Costa Andrade.

deste nome”: “as liberdades propriamente ditas, que conferem ao cidadão um poder de agir e impõem ao Estado uma abstenção”, e “os chamados direitos económico-sociais, que tornam o cidadão credor de prestações positivas por parte do Estado”.¹⁴

Em suma, esta positivação de categorias diferenciadas de direitos jamais representou uma degradação da tutela dos direitos de tipo económico-social; mas exigiu, em qualquer caso, que a intervenção judicial sobre a margem de autonomia do legislador democrático ocorra unicamente no caso de uma recreação de uma omissão inconstitucional absoluta ou, em alternativa, no caso de violação de um patamar mínimo de vigência de direitos constitucionalmente fundados a prestações sociais, somente no caso de representarem refrações da ideia-chave de existência condigna de cada pessoa humana.¹⁵

Conclui-se, pois, que, na leitura que a jurisprudência constitucional atribui à alínea e) do n.º 2 do art. nº 74 da Constituição portuguesa, o ordenamento jurídico não permite a formação de um sistema público de ensino superior que se mostre integralmente sustentado em taxas dos utilizadores (estudantes).

Não se observa, no caso do direito de acesso ao ensino superior, uma lógica sinalagmática (preço) que obrigue o cidadão utilizador do serviço público a cobrir integralmente o custo da utilidade que o Estado lhe assegura. Independentemente de quão ampla se revela a margem de liberdade própria do legislador democrático na avaliação da prioridade que oferecerá ao financiamento do ensino superior, é seguro que essa convocação do estudante-utilizador para cobrir integralmente o custo do sistema universitário se mostraria inconstitucional, por ser totalmente contrária à exigência de “progressiva gratuitidade”.

Por isso, o Orçamento do Estado, por via direta ou indireta, será sempre chamado a financiar uma parte substancial dos custos do funcionamento das instituições de ensino superior; e tal

14 Deputado Costa Andrade.

15 Acórdão n.º 3/2010 - Processo nº 176/09.

é garantido sem prejuízo de outra parte dos custos poder ser imputada aos seus utilizadores.

Naturalmente, esta estratégia não deixa de impor uma lógica meritocrática no acesso à Universidade. O financiamento público tem em vista a criação de uma igualdade de oportunidades no acesso ao ensino superior: no fundo, ele assegura que um bom aluno não deixará de aceder ao sistema público de ensino em razão das suas insuficiências financeiras. Ora, se o critério para o acesso ao ensino superior público não consiste nas possibilidades financeiras do aluno, então este critério tem de ser deslocado – com um elevadíssimo rigor e exigência na avaliação – para o apuramento e fiscalização do mérito de cada aluno.

Por outras palavras, se o orçamento público é convocado para um esforço de financiamento de um sistema de ensino que não pode ser pago integralmente pelos estudantes, então o sistema público tem de contrariar qualquer ideia de facilitismo: o rigor na avaliação tem de ser tão ou mais exigente do que o patamar que seja corrente nos sistemas paralelos privados. Se o critério para escolher a identidade de quem se beneficia do ensino público consiste no mérito do estudante, a avaliação rigorosa passa a constituir o pilar essencial do respeito por este programa constitucional de acesso ao ensino superior, sob pena de minar todos os alicerces da sua exequibilidade e de destruir a sua sustentabilidade.

Por exemplo, a universidade pública pode assegurar um financiamento progressivo em razão do mérito do aluno, por recurso a escalões em que as taxas a cargo do estudante são tanto mais baixas quanto maiores são as suas notas de acesso. Nesse caso, a comparticipação a cargo do sistema público evoluirá durante o curso: ela será tanto maior ou menor quanto melhores ou piores forem as notas obtidas ao longo do ciclo de estudos. No fundo, trata-se da mesma exigência de "acesso aos níveis mais elevados de ensino", "segundo a capacidade de cada um", já plasmada no § 5.º do art. nº 208 da Constituição brasileira.

Em contraste, não seria imaginável que o conceito constitucional de “progressiva gratuitidade” desse origem a um sistema de financiamento que abstraísse do potencial dos estudantes. Esse ideal de igualdade – uma igualdade formal, sublinhe-se, que trata por igual todos os destinatários do direito, abstraindo de qualquer diferenciação – pode até coadunar-se com o funcionamento de um sistema de ensino básico, visto ser este pautado por regras de obrigatoriedade e universalidade.¹⁶ No fundo, tal igualdade formal assegura o mesmo ponto de partida para todos os estudantes, procurando corrigir disfunções familiares, sociais e económicas de origem.

Mas, já no contexto do ensino superior, o ideal de igualdade formal é substituído por um sistema de igualdade material. Se o sistema público de ensino básico é fundado numa regra de universalidade, o sistema de ensino superior é fundado numa regra de meritocracia. Tal é imprescindível para evitar que o sistema empurre para o âmbito privado os estudantes com maior potencial, que não obtêm qualquer apoio em face de estudantes de perfil inferior e não recebem incentivos para se manter no quadro das instituições públicas.

Com este equilíbrio na tutela de direitos fundamentais de tipo social, o sistema constitucional avança para a atribuição de uma tutela privilegiada – de tipo jusfundamental – às facetas da dignidade da pessoa humana de natureza social, tendo em vista a criação de um Estado de Direito material, o qual constrói a liberdade e igualdade do cidadão sem erradicar a margem de autonomia própria do legislador democrático.

Sem tal cautela, não seria preservado o modelo de Estado de Direito democrático proclamado no art. nº 2 da Constituição portuguesa: aquele modelo só subsiste quando a dignidade pessoal é combinada com o princípio democrático; e é erradicado sem uma separação de poderes que reserva para o legislador democraticamente legitimado – e não para o juiz desprovido de

16 (alínea a) do n.º 2 do art. nº 74 da Constituição portuguesa)

métodos de sujeição a uma responsabilização política – as decisões sobre o futuro da comunidade e sobre a definição das prioridades financeiras do Estado.



VASCO MANUEL ABRANCHES DO CANTO MONIZ

É engenheiro pela Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto. Foi professor no Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade Técnica de Lisboa, diretor regional de Lisboa do Instituto de Gestão e Alienação do Património Habitacional do Estado, do Ministério das Obras Públicas, diretor de Habitação de Lisboa, no âmbito da Comissão Liquidatária do Fundo de Fomento da Habitação, do mesmo ministério e administrador da Santa Casa da Misericórdia de Cascais. Atualmente, é presidente do Conselho de Administração da Fundação D. Pedro IV.

VASCO MANUEL ABRANCHES MONIZ

A GLOBALIZAÇÃO E A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL – AS REFORMAS NUM CONTEXTO GLOBAL INEVITÁVEL

Este texto constitui o suporte a uma reflexão a produzir no VI Fórum Jurídico de Lisboa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Mais do que uma caracterização exaustiva das mudanças criadas por uma época de intensa criação de conhecimento e inovação tecnológica, que pela sua dispersão de efeitos globais, capacidade de penetração em todas as actividades humanas e velocidade a que se propaga e se impõe, pretende-se reflectir sobre as consequências nas áreas julgadas mais atingidas pela mudança e nas estratégias para a absorver, bem como sobre a condução possível das profundas alterações que provoca, para que sejam postas ao serviço dos valores humanos, amortecendo os inescapáveis efeitos negativos de circunstância e potenciando um desenvolvimento económico e social que venha a ser de benefício geral e instrumento do desenvolvimento humano.

Encontra-se organizada em três partes:

- I. A grande questão – uma mudança global, sistémica, profunda e acelerada
- II. Os sujeitos da mudança

III. A resposta colectiva inteligente e o Estado

São abordadas a natureza do fenómeno, os sujeitos da mudança, reacções e caminhos de futuro, e o que se espera do Estado como promotor e regulador do desenvolvimento humano, bem como agente amortecedor dos inevitáveis efeitos negativos desse fenómeno.

A GRANDE QUESTÃO - UMA MUDANÇA GLOBAL, SISTÉMICA, PROFUNDA E ACELERADA

A questão central no fenómeno com que estamos confrontados é a da sua natureza multifacetada – abrange todos os países, todas as actividades, é sistémica por conectar todas as áreas entre si, tem implicações profundas pelas aplicações multiformes das novas tecnologias e, finalmente, manifesta-se com a velocidade inerente ao desenvolvimento do nível tecnológico de inovações que se estimulam entre si.

Trata-se de uma mudança que já alterou muitos dos nossos hábitos dos últimos 20 anos e que, na sua complexidade e aceleração, mais radicalmente alterará o modo como vivemos individualmente e no ambiente que nos rodeia, no conhecimento, na produção, no consumo, nos transportes, nas comunicações, entre muitos outros.

A complexidade das mudanças e as suas interligações, em qualquer nível que as analisemos levam, logicamente, à necessidade de um trabalho colectivo de cooperação activa, para compreender as características dos fenómenos decorrentes da inovação e da forma de melhor os enquadrar para os conduzir no sentido do bem público.

Em particular, as características das mudanças provocadas pelas inovações exigem uma estratégia pró-activa, que disputa a atenção, o tempo e os outros recursos que as tarefas do imediato já consomem, estratégia esta que não deixará de existir em todos os níveis das comunidades, nacionais e internacionais.

A 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL NA GLOBALIZAÇÃO

Se compararmos a quarta revolução industrial, promovida pela inovação tecnológica potenciada pela digitalização, com as anteriores, constatamos que a presente mudança é diferente não só pelo seu carácter sistémico como pela velocidade com que se desenvolve e propaga.

A revolução agrícola, ocorrida há vários milénios, processou-se gradualmente no espaço e no tempo, abrangendo sucessivas gerações no seu processo de desenvolvimento.

A primeira revolução industrial emergiu com a máquina a vapor e a produção mecanizada, em meados do século XVIII.

A segunda revolução industrial, com a eletricidade e as linhas de montagem, viabilizou a produção em massa, no final de século XIX.

A terceira revolução industrial é de meados do século XX – a revolução digital, com os computadores, os computadores pessoais e, posteriormente, a internet, no final do século.

A quarta revolução industrial começou com o século XXI, partindo da revolução digital suportada pela internet móvel acessível sem limitações, com sensores cada vez mais potentes e acessíveis, e pela inteligência artificial, com um potencial de aplicações a partir das quais ainda não são antevistos os horizontes próximos.

O que torna diferente esta quarta revolução industrial é a profusão de descobertas em diversas áreas da ciência, com aplicações imediatas globalizadas, com interações que as aceleram, alargando o domínio digital ao físico e ao biológico.

Há, ainda, o efeito que produz na dispersão generalizada da digitalização e da tecnologia da informação, factor de criação de outras inovações e aplicações.

NATUREZA DA MUDANÇA

Como já referido, a quarta revolução industrial tem uma natureza que é global, sistémica, profunda e acelerada.

A sua base de partida, a digitalização, dá-lhe uma capacidade natural de aplicação a todas as actividades, pelo que promove a produtividade, por exemplo ao eliminar duplicações na criação de bases de dados, eliminar erros, reduzir tempos de trabalho por tarefa, criar documentos operacionais de gestão instantaneamente, etc., com efeitos imediatos na redução de custos e no aumento da produção.

Ela é sistémica porque, sendo de aplicação geral, o crescimento em áreas mais tecnológicas vai forçar outras que lhes são associadas a acompanhar o seu ritmo, por necessidade de sintonia com a evolução nas áreas mais inovadoras.

Pense-se, por exemplo, na criação em tempo real de gigantescas bases de dados, em permanente actualização, sobre as orientações dos consumidores em qualquer área do consumo que analisemos, e no efeito do conhecimento na criação orientada de produtos e serviços.

Esses efeitos são aumentados pelo vertiginoso crescimento das capacidades de armazenamento de dados e de sua disponibilização e seu tratamento orientado às necessidades das indústrias, a custo cada vez mais reduzido.

A aplicabilidade crescente de inovações tecnológicas beneficiam e revolucionam muitas indústrias, como a da Inteligência Artificial, na produção de automóveis sem condutor (hoje já com estacionamento autonomizado), drones com aplicações actuais na defesa e na distribuição, ou programas de tradução que derubam barreiras à comunicação.

A evolução no reconhecimento da voz e a Inteligência Artificial produzirão a possibilidade da interacção pessoal constante com computadores de dimensões mínimas que serão capazes de

dar resposta a um pedido de ligação telefónica ou de tomar a iniciativa de lembrar compromissos programados, constituindo-se em autênticos assistentes pessoais facilitadores e ampliadores das nossas capacidades de interação.

Esta realidade tornará os robôs parte constante da vida humana, num futuro cada vez mais próximo.

Inovações que, pelo seu baixo custo e tendência expansionista decorrente, terão uma difusão global e uma velocidade de penetração que vão levar a mudanças radicais de comportamentos humanos, em períodos curtos, que potenciarão novas capacidades e novas necessidades, por sua vez geradoras de mudanças na produtividade, no emprego, na relação do cidadão com o poder e deste na resposta às necessidades em permanente alteração.

As bem conhecidas Airbnb e Uber, por exemplo, são empresas recentes assentes em plataformas digitais, com carácter global e capacidade de prestar serviços comuns com extrema agilidade e acessibilidade, que, tal como empresas como o Google, constituem aceleradores na mudança de hábitos dos consumidores, com reflexos conhecidos nas actividades das empresas em novas atitudes, produtos e serviços.

Hoje, um *tablet*, que tem uma capacidade de processamento da informação inimaginável há apenas duas décadas, permite-nos comunicar, pesquisar e aceder a aplicações que mudaram radicalmente as nossas vidas pela facilitação de acesso que proporcionam.

Estamos, como se vê, confrontados com uma nova realidade na nossa realidade quotidiana – um esforço humano adicional de capacidade de percepção e disponibilidade de adaptação, com consequências na necessidade de aquisição de novos conhecimentos, e dos custos associados em tempo e valor material, com alteração de prioridades e, necessariamente, conduzindo a mudanças nos nossos hábitos, tudo isto com carácter de indispensabilidade e imediatismo.

OS SUJEITOS DA MUDANÇA

Numa mudança como a descrita, global e sistémica, convém identificar os actores que intervêm e analisar a natureza da sua participação.

Consideremos os países na sua relação recíproca, o governo, a sociedade, as pessoas, as empresas, o emprego e a natureza do trabalho.

Quanto aos países, estarão cada vez mais confrontados com os efeitos no seu poder de participação na cena internacional, como consequência da sua capacidade de adaptação às mudanças produzidas pela inovação acelerada no conhecimento e no crescimento económico, base do seu poder.

A organização de grandes grupos de influência competindo entre si e a competição dentro dos grupos, numa mudança global e acelerada, necessita de um reforço na capacidade colaborativa inerente a sistemas interdependentes, em áreas que se estendem do conhecimento ao acesso às novas tecnologias, da mobilidade das populações à estabilidade social, da fiscalidade à segurança internacional.

Este reforço da capacidade colaborativa dos países vai conduzir ao reforço das organizações internacionais regionais e globais, num esforço coletivo de participação no aprofundamento do acesso aos benefícios de uma cooperação multilateral que abra caminho à disseminação das inovações e potencie a sua captura por todos, numa procura permanente da partilha de esforços e resultados que garanta o crescimento e contenha as desigualdades inevitáveis no desenvolvimento dos menos preparados, contribuindo assim para a estabilidade social regional.

Os governos serão cada vez mais confrontados com o empoderamento que as tecnologias disseminam pelas redes sociais para grupos de interesse e de indivíduos, fragmentando o poder e dificultando o seu exercício e eficácia.

A desconcentração e a especialização de competências levarão a mudanças na organização colectiva e necessariamente na sua gestão.

A sociedade, mais informada em tempo real e em profundidade, mais capaz de avaliar e de comunicar a sua opinião, terá capacidades acrescidas de induzir escolhas e criar necessidades, pelas mudanças provocadas nos modos de vida, em especial pelos efeitos da inovação no emprego, na natureza do trabalho e no aprofundamento das desigualdades.

Estas desigualdades são consequência da progressiva redução do rendimento total disponível para o trabalho pelo aumento da produtividade e da redução do emprego, ambos derivados da inovação tecnológica em expansão. Tal realidade também tem efeitos imediatos na economia pelo inevitável enfraquecimento dos rendimentos da procura.

Duas realidades serão de destacar, pela importância que assumem.

As sociedades envelhecidas e as sociedades com mão de obra pouco qualificada que esperam que o seu desenvolvimento seja potenciado pela deslocalização da produção de países desenvolvidos.

a) As primeiras terão de rever as suas políticas de natalidade e de reforma, pela criação de sistemas de apoio às famílias e à natalidade, em particular, mas também de incentivo à manutenção no mercado do trabalho, pelo aumento da saúde e da longevidade, bem como as suas políticas de apoio à imigração a às suas condições de integração, nas quais relevam questões de segurança.

b) As segundas serão confrontadas com o facto de que a crescente automação inteligente do trabalho nos países desenvolvidos não precisará, como até agora, de mão de obra sem as qualificações técnicas inerentes a uma produção robotizada, com recursos humanos de qualificação especializada.

Os países desenvolvidos ainda tenderão a atrair recursos humanos bem preparados para países com níveis de vida superiores, já que as distâncias físicas estão cada vez mais esbatidas pela universalidade das comunicações e pela mobilidade geral induzida por transportes rápidos e acessíveis.

As pessoas serão afetadas pela acessibilidade e globalidade da comunicação nas suas identificações com a família, os grupos de que participam e as culturas a que acedem.

A divisão geracional entre os mais velhos e os nascidos na digitalização criará tensões no tecido social que terão de ter resposta coletiva, em especial de consciencialização de novos modos de vida e sua adaptação.

A massificação actualizada de dados pessoais individualmente identificáveis, com mobilidade e utilidade múltiplas, criará problemas ao sentido de privacidade e segurança individuais a que muito dificilmente um quadro regulatório pode dar resposta eficaz se considerarmos, em especial, e por exemplo, a universalidade de acesso induzida pela internet das coisas.

Surgirão também problemas éticos e morais associados à capacidade da inovação de penetrar inexoravelmente em profundidade o nosso sentido da vida e da relação com os outros.

As empresas confrontam-se já hoje com a questão evidente da sua sobrevivência num ambiente em contínua e profunda mudança no consumo e nos factores de produção, designadamente na especialização do trabalho. Apenas se manterão aquelas que perceberem que a resposta ao consumidor estará cada vez mais dependente das características e dos desejos do cliente, em mudança permanente motivada por novas necessidades e decorrente das possibilidades criadas pela evolução tecnológica, pela força da comunicação e influência das redes sociais.

A adesão à inovação e a capacidade de adaptação ao consumo e aos factores de produção em mudança constituirão, no

futuro, o único seguro de vida que terá de integrar a inteligência empresarial e a sua força de trabalho, num esforço contínuo de atenção, cooperação com os factores de produção e de diálogo das suas organizações sectoriais com a arquitectura do poder que as condiciona, na procura pela eficiência sistémica necessária.

O emprego estará sob forte tensão de adaptação às novas máquinas inteligentes, aos novos sistemas operativos e às constantes solicitações externas à empresa, com especial relevo social para a mais exigente das mudanças imediatas, que será o desemprego, pelo menos no curto prazo, por inadaptação ou por substituição por máquinas e processos produtivos inteligentes.

A natureza do trabalho passará a incorporar uma característica estrutural, a incerteza, provocada pelas tecnologias e pela velocidade da sua disseminação não controlável, de origem exterior.

Isso também contribuirá para um carácter menos orgânico da empresa, que terá uma parte significativa da força laboral transformada em fornecedora de serviços, com redução de custos e maior produtividade para a empresa, mas com menor segurança e sentido de pertença a um grupo, embora com liberdade acrescida para o trabalho.

A mudança de actividade e a mobilidade serão soluções possíveis, se não houver aquisição de novas competências, uma realidade no futuro, para dar resposta a novos empregos ou à expansão dos actuais.

A RESPOSTA COLECTIVA INTELIGENTE E O ESTADO

Um desafio reconhecidamente global, sistémico e profundo exige o envolvimento de todos, a busca e o assumir da sua função, uma atitude colaborativa e uma inteligência colectiva disseminada.

O Estado, pelas suas funções determinantes na organização da vida colectiva, na procura constante pelo bem público, tem necessariamente uma posição especial na hierarquia das responsabilidades coletivas.

Numa época de desafios invulgares derivados das mudanças nas formas de produção induzidas pela inovação tecnológica e nas suas consequências no emprego, na vida das pessoas e no agravamento expectável das desigualdades, a atenção dos agentes do poder terá forçosamente de se dividir entre a gestão de funções que tradicionalmente lhe cabem, relativamente estáveis no tempo e no modo da sua realização, e a avaliação sistemática de problemas que se vislumbrem para o futuro, acrescida da preparação de respostas a pôr em prática quando forem necessárias.

O grau de incerteza na antecipação do futuro, bem como das respostas possíveis associadas, reduzirá, assim, o tempo e a atenção para a prática política das questões já conhecidas, parecendo razoável que a desconcentração possa ser um instrumento útil, por criar o espaço necessário para a informação e o diálogo colaborativo com as organizações que tratam do conhecimento e das actividades produtivas em evolução acelerada, derivada da inovação e dos novos meios tecnológicos e processos de produção.

A desconcentração do poder tem a vantagem acrescida de aproximar os centros de decisão executiva das organizações e dos cidadãos, que se encontram, então, empoderados pelo acesso à informação em tempo real e pela sua acrescida capacidade de formar opinião através das redes sociais, com efeitos na eficiência e eficácia gerais.

Em síntese, é fundamental, no enfrentar de uma época de profundas mudanças, sistémicas e aceleradas, ademais de génese maioritariamente exógena, logo incontrolláveis, dispor da atenção, do tempo e dos meios para as antecipar, tanto quanto possível, bem como para criar os instrumentos legais e regulatórios que possibilitem potenciar os seus efeitos positivos e amortecer os inevitáveis efeitos negativos, reconhecidamente de forte

impacto social, e favorecer a criação das competências que são necessárias à criação de novos empregos, o que pressupõe um diálogo produtivo com os agentes da criação desse emprego, a quem será indispensável proporcionar um ambiente incentivador, e especialmente não redutor, das suas capacidades próprias para o investimento indispensável, pressupondo também uma cultura de abertura ao conhecimento, um diálogo colaborativo desejado e uma participação activa dos agentes de criação de soluções, colaboração esta necessariamente orgânica e de partilha de responsabilidades.

A REFORMA DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Preparar a resposta colectiva às necessidades induzidas pelas mudanças, sistémicas, de velocidade acelerada e carácter essencialmente exógeno, exige uma estrutura que as oriente para o máximo bem público, estrutura de liderança competente, ágil e proactiva.

A definição e a liderança das áreas estruturantes da organização colectiva é naturalmente matéria exclusiva da política superior, bem como lhe é própria a definição dos grandes objectivos a alcançar e a sua gestão ao mais alto nível da estrutura.

Todavia, a produção em si mesma tem natureza diferente, é mais imediatista, necessita de agilidade, da capacidade de resposta própria de organizações muito motivadas e com regras flexíveis, facilmente controláveis e ajustáveis a realidades externas e a realidades locais.

Finalmente, como instrumento das mudanças a operar, torna-se clara a necessidade de assumir, criar e constituir, como prática generalizada comum, uma nova atitude colaborativa do Estado com as entidades que produzem o conhecimento, as que congregam as diversas áreas produtivas, as de intervenção na sociedade e as de organização das competências profissionais, outorgando-lhes competências, responsabilidades e recursos.

O ESTADO E AS INFRAESTRUTURAS ESTRUTURANTES DO TERRITÓRIO

Só o Estado pode conduzir as funções inerentes ao investimento estruturante que potencia a capacidade produtiva geral, como é o caso das grandes infraestruturas de um país e da manutenção das existentes mais relevantes para esta função.

É o caso das grandes obras públicas de ligação às redes externas, que dispõem de financiamentos privilegiados de organizações internacionais, fortes dinamizadoras da economia e do emprego.

A REFORMA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Daí que a desconcentração seja naturalmente um instrumento conceptual para potenciar a criação do espaço necessário aos líderes superiores, gerando mais disponibilidade de atenção para os novos problemas.

O mesmo se obterá com a contratualização sistemática de actividades directamente produtivas de diversa natureza corrente, naturalmente a cargo de organismos de nível inferior da administração pública, libertando recursos e concentrando as suas competências na regulação e gestão de acompanhamento das orientações estabelecidas para essas actividades produtivas directas.

As vantagens decorrentes desta gestão de acompanhamento, com a avaliação sistemática, comparativa e em tempo oportuno, com as aferições práticas consequentes, serão factores da eficiência e eficácia que é indispensável levar adiante.

Todavia, pela natureza da sua actividade de investigação fundamental, sempre de resultados a longo prazo, será natural que se mantenham, e reforcem, centros de produção pública nestas áreas de produção associada à investigação fundamental, por áreas do conhecimento, algumas ligadas a indústrias, com capacidade para gerar recursos próprios pelo conhecimento necessário à inovação tecnológica.

Decorre do acima exposto uma indispensável reforma da administração pública, focando-a em actividades estruturantes da organização colectiva inerente às funções de soberania, também estas sujeitas às forças de mudança que lhes vão exigir acrescida competência e domínio generalizado sobre procedimentos digitais sempre em evolução.

A IMPORTÂNCIA DE UM ESTADO SOCIAL INTELIGENTE

Numa era em que a mudança é uma realidade simultaneamente geradora de esperança no desenvolvimento humano e de preocupações decorrentes das alterações das condições de vida, cabe ao Estado Social uma especial atenção à organização colectiva das respostas imediatas que garantam os equilíbrios sociais e às respostas estruturantes que vão ao encontro das necessidades do futuro.

1. ENFRENTAR O DESEMPREGO INEVITÁVEL

É geralmente admitido que a velocidade no crescimento do desemprego será superior à velocidade na criação de novos empregos.

Isso conduz à necessidade de mais recursos para apoio passivo a quem se encontra sem trabalho nas suas competências atuais, por períodos desejavelmente curtos, bem como à eventual definição de um instrumento sistémico de distribuição do rendimento pela procura enfraquecida no seu poder de participação na economia.

Tal situação agrava os recursos públicos, pois que em simultâneo se perdem no imediato contribuições do trabalho, ao passo que crescem as contribuições de apoio social ao desemprego.

Isso suscita a questão da reafecção inevitável dos meios disponíveis e a captura eficaz de parte da riqueza adicional produzida pelos incrementos de produtividade proporcionados pelos novos meios e processos decorrentes da inovação tecnológica,

garantindo simultaneamente ao ambiente da produção as condições de crescimento e estabilidade indispensáveis às suas actividades.

2. CAPACITAR OS RECURSOS HUMANOS - UM SISTEMA DE ENSINO PROACTIVO E DE FUTURO

O ensino terá de se abrir à criação de respostas adequadas à disrupção provocada pela acelerada mudança do conhecimento e das novas competências a criar.

Esta realidade sempre existiu; o que é agora diferente é a velocidade a que se processam as mudanças na sociedade.

No ensino, terão de estar em sistemática adaptação os currículos do conhecimento a transmitir, exigindo a sua adaptação permanente às novas realidades sociais e tecnológicas que se manifestarem, com abertura a razões de diversa natureza, sejam de expressão local ou de especialização, mas sempre necessitando de autonomia e agilidade para se concretizarem em tempo útil, numa época em que esta variável é determinante para o sucesso das respostas às mudanças inevitáveis.

As competências profissionais necessárias adquiridas no início da vida mudarão rapidamente, por força das mudanças induzidas pelo novo conhecimento e pelos novos meios tecnológicos e de processos, acelerando a necessidade da formação ao longo da vida, já hoje uma realidade comum nas profissões.

Esta formação técnica continuada de longo curso, com disrupções sucessivas, sugere a criação de uma formação de base que também potencie as capacidades humanas de adaptação às mudanças que ocorrerão no futuro, estimulando o empreendedorismo, o gosto pela inovação, a capacidade de enfrentar desafios e criar projectos, bem como uma aprendizagem sólida de métodos de estudo e trabalho.

Julga-se, por outro lado, que esta formação de base com o conhecimento próprio estruturante a cada área seria enriquecida no seu sentido de estímulo ao conhecimento e à inovação, à

“coisa nova”, se em especial ao nível universitário se debruçasse sobre a história da evolução económica e social, dando conhecimento e consciência à evolução/mudança da organização produtiva e da organização social no passado, sobre a história da evolução da arte, nos seus mais diversos domínios nos quais se manifestaram as capacidades humanas de realizar formas disruptivas de criar, bem como sobre a história da evolução da ciência, demonstrando o fluir do conhecimento passado que permitiu o desenvolvimento humano que hoje conhecemos.

Em suma, deve-se consciencializar o espírito humano para as capacidades que encerra e evidenciar que a aquisição do conhecimento as potencia e prepara para um exercício de vida mais fecundo.

Trata-se, pois, desde o ensino básico até ao ensino universitário, com as adaptações necessárias aos estádios de desenvolvimento humano próprio dos grupos etários, de estimular as capacidades humanas de abertura ao mundo real, à sua compreensão como realidade complexa sistémica, potenciando a capacidade para a aquisição do conhecimento que futuramente será necessário para a intervenção nas diversas realidades profissionais.

Esta aprendizagem tem necessariamente de incorporar o contacto com os instrumentos tecnológicos da vida diária futura, desde a forma mais basicamente acessível à sua expressão de utilização instrumental profissionalizante até a sua incorporação consciente como factor de aquisição do conhecimento e da aplicação profissional corrente.

No imediato, todavia, terá de ser realizado um vasto programa de estruturação de uma rede de centros de alta tecnologia digital de formação e prática para as mais diversas inovações tecnológicas, com os recursos humanos e de tecnologia adequados, exigindo vultosos investimentos e uma ligação umbilical às indústrias, que viabilizem a capacitação dos recursos humanos e o emprego.

Centros de tecnologia enfrentarão necessidades em renovação de equipamentos e actualização de procedimentos em períodos curtos, consequência natural da velocidade inerente às novas tecnologias e dispositivos que surgirão permanentemente.

Esta rede integrará logicamente a rede de institutos politécnicos já existente, em que a sua renovação poderá constituir o ponto de partida para uma formação tecnológica consistente e aferida às necessidades actuais e futuras.

De salientar, pela positiva, que as novas necessidades no ensino, como acontecerá nas outras áreas, são também elas potenciadoras da criação de emprego que também se procura atingir.

A análise que acima se produz é necessariamente sumária, pois a realidade que aborda é complexa e de contornos indefinidos, incontrolável no seu carácter de inovação acelerada, e comporta efeitos sistémicos relevantes inquestionáveis.

Todavia, parece ser questão que a tudo e a todos diz respeito.

Na sua inevitabilidade, implica uma resposta colectiva inteligente, pela sua complexidade, e imediata, pois as consequências da Quarta Revolução Industrial são já parte do nosso quotidiano e deixam antever um futuro exigente para o qual urge preparar-mo-nos.

Basicamente, a todos os níveis, do indivíduo ao todo colectivo, impõe-se tomar consciência da realidade de uma mudança nas condições e nos modos de vida em que a liberdade humana passa pela nossa capacidade de participação e por competências adequadas à sua efectivação.

Impõe-se às organizações uma liderança no processo de mudança que as mantenha viáveis num ambiente que não controlem senão muito precariamente, na procura pela realização de um desenvolvimento participado.

Os seus instrumentos serão, necessariamente, políticas públicas conduzidas por lideranças com espírito de diálogo permanente e de cooperação aberta, com foco continuado na adaptação do quadro legal a uma era de profundas mudanças, bem como por lideranças empresariais e da sociedade civil com abertura à procura pelas soluções necessárias, num quadro de vida em que o novo conhecimento e a inovação tecnológica a todos desafiam, com o objectivo desejado de construir e alcançar na sociedade um desenvolvimento equilibrado de rosto humano.

APÊNDICE

O contributo apresentado no VI Fórum Jurídico de Direito de Lisboa decorreu num ambiente de ensino universitário, naturalmente composto por mestres, alunos, transmissão de conhecimento e, muito em especial, motivação.

A motivação é intrínseca à comunicação, e esta, ao ensino, função do professor.

A poesia é a leitura intimista da essência da natureza e dos factos da vida humana.

Daí o recurso final a um poema de Miguel Torga, "Aos Poetas",¹ com pontuais adaptações à sua função de motivação "aos professores" para "que sejais menestreis duma gesta de conhecimento universal", para que "se calcem de sonho e de poesia, e do saber que gera a criação".

1 Antologia Poética, 4ª edição aumentada, Coimbra, 1994.

AOS POETAS
(AOS PROFESSORES)

Sois vós

As humanas cigarras

Vós,

Desde o tempo de Esopo conhecidos

Vós,

Preguiçosos insectos perseguidos

Sois Vós os ridículos comparsas

Da fábula burguesa da formiga

Vós, a tribo ilustre dos que pensam

E se abriga

Ao luar

Vós que nunca passam,

A passar...

Sois Vós, e só Vós podeis ter

Asas sonoras

Asas que em certas horas

Palpitam

Asas que morrem, mas que ressuscitam

Da sepultura

E que da planura

Da seara

Erguem a um campo de maior altura

A mão que só a altura semeara

Por isso a Vós, Poetas, eu levanto

A taça fraternal deste meu canto,

E bebo em Vossa honra o doce vinho

Da amizade e da paz

Vinho que não é meu,

Mas sim do mosto que o conhecimento tráz

E Vos digo e conjuro que canteis

Que sejais menestreis

Duma gesta de conhecimento universal

Duma epopeia que não tenha reis,

Mas humanos de tamanho natural

Humanos de toda a terra sem fronteiras

De todos os feitios e maneiras,
Da cor que o Sol lhes deu à flor da pele
Crias de Adão e Eva verdadeiras
Humanos da torre de Babel

Humanos do dia-a-dia
Que levantem paredes de ilusão
Humanos de pés no chão,
Que se calcem de sonho e de poesia
E do saber que gera a criação



ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE

Mestre e doutorando em direito pela Universidade Estácio de Sá. É desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**ANDRÉ GUSTAVO
CORRÊA DE ANDRADE**

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO ENSINO UNIVERSITÁRIO: ACESSO, QUALIDADE E FORMAS DE FINANCIAMENTO

A Academia, historicamente, tem sido considerada o *locus* privilegiado do conhecimento e do aprendizado. É nela, primordialmente, que o conhecimento de ponta, notadamente o conhecimento científico, voltado para o pensamento sobre os problemas sociais, sempre foi produzido e disseminado. Durante séculos, a forma pela qual as universidades produziram e disseminaram o conhecimento e avaliaram os seus estudantes tem, em linhas gerais, permanecido a mesma, a despeito das revoluções sociais e tecnológicas ocorridas ao longo dos séculos.

Por razões variadas, que vão do conservadorismo a um certo corporativismo acadêmico, há uma tendência das Instituições de Ensino Superior (IES) a mudanças, que nunca ocorrem sem consideráveis resistências.

AS MUDANÇAS TECNOLÓGICAS E A REVOLUÇÃO 4.0

Todavia, as IES não ficaram (e não podem ficar) indiferentes ao desenvolvimento tecnológico surgido com a computação e o advento da internet, na chamada Terceira Revolução Industrial e ao seu subsequente e acelerado desenvolvimento, já batizado de Quarta Revolução Industrial (ou Revolução 4.0).

Na Era Digital, a informação sobre praticamente todo e qualquer assunto passou a ser acessível a quem dispunha de um aparelho conectado a uma rede global. Isso afetou todas as indústrias, em especial aquelas que têm na informação o centro de suas atividades, como os jornais, as revistas, a televisão, o cinema, a indústria musical. As demais atividades econômicas também foram afetadas, muitas das quais desapareceram ou tiveram que se adaptar aos novos tempos e às novas tecnologias.

Não poderia ser diferente em relação às IES. As Universidades também se veem diante de um mundo diferente, em que a tecnologia da informação está presente em aparelhos e objetos que já fazem parte do nosso cotidiano, tais como *laptops*, *tablets* e, em especial, celulares, que nos deixam quase que permanentemente conectados a informações provenientes de todas as partes do mundo.

Tão rápidos são os avanços tecnológicos na área da informação que já há quem preveja a substituição do celular, tal como ele é hoje, por aparelhos ou dispositivos acessórios, como óculos ou pulseiras inteligentes.

A INTERNET DAS COISAS (*INTERNET OF THINGS* - IOT)

A chamada Internet das Coisas – *Internet of Things* (IoT) – se propõe a conectar à rede objetos, dispositivos e artefatos variados que normalmente não são considerados computadores, tais como eletrodomésticos, peças de vestuário, veículos, equipamentos urbanos, dispositivos médicos.

Para além disso, há um conjunto de novas tecnologias que irão impactar a indústria como um todo e o ensino universitário em particular:

- a) A análise maciça de dados (*big data and analytics*);
- b) A impressão 3D;
- c) A robótica;

d) A inteligência artificial.

AS CINCO CATEGORIAS EM QUE A TECNOLOGIA TERÁ UM GRANDE IMPACTO NO ENSINO UNIVERSITÁRIO

Alan Shark, diretor executivo e CEO do *Public Technology Institute* (PTI), em artigo publicado na obra *"The Digital Revolution in Higher Education"*, previu cinco categorias em que a tecnologia trará um grande impacto nos próximos anos. São elas:

O ambiente de aprendizado: os ambientes de aprendizado tendem a ser ultra conectados e ricos em multimídia (quadros digitais, câmeras e outros dispositivos que permitirão compartilhar as aulas e apresentações em vídeos *on-line*);

A mobilidade do aprendizado: a previsão é de que haverá cerca de 50 bilhões de coisas conectadas à internet pelo ano de 2050. O tráfego de vídeo pela internet tem crescido exponencialmente (chegando a 65% do tráfego online em 2019). Daí a tendência ao aumento do ensino a distância (EAD). A transmissão do conhecimento não precisa necessariamente se dar em um campus universitário. A tecnologia de comunicação e transmissão de dados via internet possibilitou o EAD.

O EAD é uma tendência irresistível e uma forma de ensino da qual não se pode prescindir. Na verdade, ele já é uma realidade. Vários cursos a distância são oferecidos em universidades tradicionais, como a própria Universidade de Lisboa. Neste sentido, Portugal está mais avançado no emprego dessa forma de ensino do que o Brasil.

Contudo, muitos ainda veem o EAD com preconceito, porque o consideram uma forma menos exigente de ensino. Creio que esse preconceito tenderá a desaparecer com aprimoramento da metodologia dessa modalidade de ministrar educação, acompanhada do desenvolvimento sempre crescente das formas de comunicação a distância, com a participação dos estudantes em tempo real ou não.

As vantagens dessa forma de ensino são evidentes. Pessoas que, por circunstâncias variadas (tempo, lugar, situação econômica etc.), não têm condições de frequentar um curso de nível superior presencial encontram no EAD a chance de obter uma formação acadêmica valiosa para suas vidas e para a sociedade.

Na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, o EAD tem sido implementado com grande sucesso, e veio como uma solução para o problema do juiz que exerce sua função em localidades distantes da sede da Escola, e que, por isso, tinha dificuldade de participar dos cursos que a Escola oferecia.

O EAD constitui uma forma de democratização do ensino, porque, não estando confinada ou limitada a um espaço físico, permite ampliar a oferta para um número maior de estudantes, a um custo menor.

A pesquisa, a informação e a colaboração: estudantes e docentes encontrarão cada vez mais na internet (Google e outras ferramentas de busca) uma fonte de pesquisa sobre dados estatísticos e informação, ao lado dos livros de textos.

Pesquisas de campo podem, muitas vezes, ser substituídas por pesquisas *on-line*. Pode-se enviar, por exemplo, questionários relativos a casos fictícios por e-mail para se realizarem pesquisas.

A administração de coisas e pessoas: praticamente todas as funções administrativas das universidades, no que concerne à vida dos estudantes no *campus* (sua localização, sua frequência às atividades, seu empenho acadêmico) e à rotina das universidades será automatizada e conectada à tecnologia.

Aprendizado permanente: a revolução digital, com as rápidas mudanças que traz na sociedade e no mercado, tende a oferecer várias formas de aprendizado permanente, para possibilitar aos estudantes, após sua graduação, aperfeiçoamento e estudo suplementar, para que possam acompanhar as mudanças

tecnológicas e as demandas do mercado, que sempre procura se adaptar a elas.

INFORMAÇÃO NÃO SE CONFUNDE COM CONHECIMENTO

É importante ter em mente a diferença entre informação e conhecimento, para que se coloque em perspectiva toda essa mudança provocada pela revolução digital.

A diferença entre esses elementos é ilustrada na conhecida “pirâmide do conhecimento”, referida comumente como “pirâmide DIKW”. Ela é, na verdade, estruturada em quatro partes, tendo, na base, os dados (*Data*), seguidos das informações (*Information*), do conhecimento (*Knowledge*) e, por fim, no topo, a sabedoria (*Wisdom*).

Os *dados* são códigos que constituem matéria-prima da informação. É a informação não tratada. Podem ser dados objetivos, não tratados ou não organizados, que, enquanto tais, não têm significado ou valor por falta de contexto e interpretação (conquanto possam ter valor como matéria-prima bruta, a ser tratada posteriormente).

As *informações* são dados tratados, ou seja, são o resultado do processamento de dados dotados de *significado* e *propósito*. São dados organizados ou estruturados, de modo que passam a ter relevância para um propósito ou contexto específico. Por isso, têm significado, valor, utilidade e relevância.

O *conhecimento* vai além das informações, porque, além de ter um significado, tem uma *aplicação*. A doutrina clássica define o conhecimento como a crença verdadeira e justificada. Esse conceito está longe de ser universalmente aceito, mas ilustra razoavelmente bem a diferença entre o conhecimento e os elementos parciais que o compõem. O conhecimento, enquanto tal, é objeto de estudo específico da *epistemologia*.

A *sabedoria* constitui o mais elevado nível de conhecimento. É a *compreensão avançada* que se tem de um assunto.

A UNIVERSIDADE COMO ESPAÇO PLURAL E DEMOCRÁTICO, FORMADOR DO PENSAMENTO CRÍTICO

Se, por um lado, a revolução digital reduziu, em considerável medida (mas sem eliminar), o papel da universidade como *disseminadora* ou *reprodutora* do conhecimento, que hoje é desempenhado, em grande medida, pela internet, por outro coloca em relevo o seu papel de *formadora do conhecimento* e estimuladora do *pensamento crítico*.

Esse é o papel que a Universidade, como espaço plural de debates e circulação de ideias, não pode perder. No entanto, para isso, ela deve se adaptar às novas tecnologias e usá-las em seu proveito e da sociedade.



MAURO CAMPBELL MARQUES

Bacharel em ciências jurídicas pelo Centro Universitário Metodista Bennett. Foi procurador-geral de justiça e corregedor-geral da Justiça Federal. Atualmente, é ministro do Superior Tribunal de Justiça.

MAURO CAMPBELL MARQUES

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO ENSINO UNIVERSITÁRIO: ACESSO, QUALIDADE E FORMAS DE FINANCIAMENTO

Minha exposição será centrada em um segmento específico do ensino universitário: o direito e, de modo ainda mais restrito, a formação pós-graduada no Brasil. A partir dessa opção, farei um exame orientado ao problema da *qualidade do ensino jurídico* nos ciclos posteriores ao bacharelado. Procedi a tal recorte para evitar superposições com os ilustres palestrantes que me antecederam e também por compreender que se encontra na pós-graduação em direito um papel de fundamental relevância nos destinos dos bacharelados e do futuro dos bacharéis da área.

Segundo dados da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), a agência governamental brasileira responsável pela regulação da pós-graduação no país, havia, até o final de 2017, o expressivo número de 99 programas de pós-graduação em direito. Esses programas compreendem cursos de mestrado, isoladamente, ou de mestrado e doutorado, em simultâneo. A distribuição regional desses programas é muito reveladora das assimetrias sociais e geográficas que persistem no Brasil. A região Norte possui apenas quatro programas. No Nordeste e no Centro-Oeste, respectivamente, há 16 e oito programas. A região Sul tem 30 programas, ao passo que o Sudeste apresenta o considerável número de 41, dos quais 20 destes estão sediados no estado de São Paulo.

Os mestrados em direito correspondem, com alguma simetria, ao modelo pré-Bolonha em Portugal, com uma parte do curso organizada em créditos com aulas presenciais e outra parte dedicada à pesquisa e à elaboração de um trabalho de conclusão denominado dissertação. Os doutorados são organizados simetricamente aos padrões europeus, com a diferença de que é exigida uma parte de créditos com aulas, o que é dispensado em muitos países da União Europeia.

A avaliação desses cursos é feita quadrienalmente e tem enorme impacto na continuidade de seu credenciamento oficial, além da distribuição de recursos oficiais de fomento à pesquisa e à docência. Alguns fatores são centrais no processo de avaliação, como a produção científica em periódicos qualificados. Os dados nesse campo também são eloquentes: na última avaliação quadrienal, os programas de pós-graduação em direito comprovaram, em seus relatórios, a publicação de 18.895 artigos entre os anos de 2013 a 2016. A edição de livros e capítulos de livros também é um fator decisivo no processo de avaliação: no mesmo período, os programas informaram a publicação de 4.881 livros de autoria individual, 4.756 coletâneas e 28.895 capítulos de livro.

Outro dado que considero relevante está na distribuição dos programas quanto ao que se denomina no Brasil de “linhas de pesquisa”: mais de 80% dedicam-se a áreas vinculadas ao direito público. Mais um elemento interessante é a enorme disparidade de objetos científicos dos programas e a sua baixa aderência a matérias tradicionais, como direito penal, direito processual ou direito civil.

Se observados em uma perspectiva mais ampla, os dados globais da pós-graduação no Brasil refletem um percurso ainda muito extenso a ser vencido. De acordo com dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, para cada 100 mil habitantes, havia 41 doutores em 2015. No Brasil, essa relação dá-se na ordem de 7,6 doutores para cada 100 mil habi-

tantes. Tal discrepância poderia ser ainda maior se não houvesse ocorrido um incremento expressivo no número de programas de pós-graduação no Brasil. De acordo com a Capes, em 2000, havia 1.439 programas, ao passo que, no ano de 2015, esse número subiu para 3.905 programas, o que representa um aumento de mais de 100% em 15 anos.

Além desses números, há uma informação que reputo relevante para ser destacada isoladamente: o objeto dos programas de pós-graduação em direito. Por razões históricas insuficientemente explicadas, nos últimos 15 anos, revelou-se uma tendência de pôr-se ênfase em programas voltados ao direito público e, neste particular, ao estudo transversal dos direitos fundamentais independentemente de um foco em matérias específicas, ou em matérias metadogmáticas, como a sociologia, a filosofia, a bioética e a história.

À luz desses dados, algumas conclusões parciais podem ser apresentadas:

a) A despeito da considerável expansão do número de programas de pós-graduação em direito no Brasil, particularmente na última década, ainda persiste uma significativa carência de mestres e doutores em direito no país. As razões para isso são bastante ordinárias: há 1.240 cursos de direito e 800.000 inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), conforme dados de 2017.

b) A oferta de cursos de pós-graduação em direito é desconectada das carências e dos excessos regionais. A concentração de cursos em áreas superpovoadas e mais ricas, como o Sul e o Sudeste do país, é contrastante com a baixa oferta em regiões mais pobres, como o Norte e o Nordeste.

c) Os controles de qualidade acadêmicos, baseados em critérios quantitativos, como o número de publicações em periódicos científicos ou sob a forma de livros, geraram um efeito colateral absolutamente danoso para a imagem, a qualidade e a eficácia

da produção de literatura jurídica nacional. Com tais números, é de se indagar se a pós-graduação em direito foi tocada pelo dom da genialidade ou se foi acometida do mal da *grafomania*, uma particular doença dos acadêmicos alemães do final do século XIX, denunciada por Rudolf von Jhering em seu picaresco livro "Graça e seriedade na Ciência do Direito", de 1884.¹

d) A ênfase excessiva em cursos de pós-graduação voltados para o direito público enfraquece a necessidade de formação de professores para disciplinas centrais, como o direito civil ou o direito empresarial. Ademais, corre-se o risco de uma deformação epistemológica, com privatistas pensando como publicistas, ignorantes da autonomia e dos institutos próprios de suas disciplinas. Mais grave ainda é a ênfase em uma formação preponderantemente metadogmática, o que gera profissionais ou docentes com menor familiaridade com elementos fundamentais das matérias-tronco da dogmática.

Os desafios da qualidade na pós-graduação em direito são, em grande medida, comuns à maior parte dos países de tradição romano-germânica, embora com diferentes matizes e com as adaptações a certos problemas de caráter regional ou nacional. Poder-se-ia inventariar os principais pontos de convergência quanto a esse tópico:²

1) A necessidade de se adaptar os programas de pós-graduação aos requisitos dos *rankings* internacionais de qualidade acadêmica tem levado a uma perda de importância dos idiomas nacionais em detrimento da língua inglesa. Ocupar posições de preeminência nesses *rankings* implica maior prestígio para as instituições de ensino superior, o que acarreta aumento de recursos, de doações e do número de candidaturas a seus cursos. Prestígio atrai prestígio.

1 JHERING, Rudolf von. **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1904.

2 RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Pós-graduação em Direito no Brasil: o universal pelo regional**. Consultor Jurídico, 15 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/direito-comparado-pos-graduacao-direito-brasil-universal-regional>>.

No direito, essa correlação entre o uso da língua inglesa e a produção jurídica em vernáculo é ainda mais dramática. Alemanha, Portugal e França, para se referir apenas a três países com uma cultura jurídica sólida e respeitável, padecem com a circunstância de seus principais periódicos e a quase totalidade de sua produção jurídica serem escritos em seus respectivos idiomas. A dificuldade de adaptação para o inglês de diversos institutos e de figuras jurídicas nacionais só amplia essa externalidade negativa. Além disso, são poucas as universidades e os cursos jurídicos desses países a figurarem nas posições centrais dos *rankings* acadêmicos.

2) A lógica do financiamento privado dos cursos de pós-graduação, a maior parte deles estruturalmente deficitários, conduz a um discutível processo de “empresarialização” da gestão acadêmica. Não me refiro aos aspectos positivos (e até necessários) de uma contaminação da burocracia por práticas saudáveis da iniciativa privada, como a busca pela eficiência e a meritocracia. Faço menção a um processo que conduz à prevalência de interesses econômico-financeiros sobre a qualidade da pesquisa, bem como à primazia da gestão sobre a investigação de temas mais refinados e pouco populares.

3) A crescente politização das universidades vem sendo marcada pela apropriação de espaços e de colegiados acadêmicos por grupos de pressão ideológica ou por grupos ligados a projetos de poder.

A ideia de universidade como *santuário*, oriunda da Idade Média, nunca esteve tão ameaçada como nos dias de hoje. Guerras, revoluções, ditaduras e tempos de barbárie conseguiram destruir totalmente a vocação humanista, plural, liberal e acolhedora da universidade. Diferenças ideológicas, muitas vezes, cediam espaço ao espírito de camaradagem entre discentes e ao respeito recíproco que só a autoridade intelectual propicia. Nos últimos tempos, contudo, essas características têm deixado de timbrar a vida universitária. Os cursos de direito, até por sua proximidade histórica com o poder e a política, apresentam-se como cenários por excelência dessa triste transformação.

O politicamente correto, o patrulhamento de ideias, o silenciamento de vozes dissonantes e a destinação de recursos públicos e privados para custear investigações jurídicas irrelevantes ou orientadas para fins puramente ideológicos corroeram essas qualidades ancestrais da universidade.

4) O produtivismo é uma praga moderna das pós-graduações em geral, e os cursos jurídicos não estão alheios a esse processo. Valendo-me de uma dicotomia desenvolvida por um professor brasileiro,³ há um embate entre modelos de pós-graduação, que põe em lados opostos os *renascentistas* e os *fordistas*:

"Os fordistas, em uma analogia com o modelo de linhas de produção inaugurado por Henry Ford na fábrica de automóveis que leva seu nome, e os renascentistas, uma figuração para qualificar os que trabalham artesanalmente em busca de seu opus magum, como Leonardo da Vinci".

O número de artigos e de livros publicados converteu-se em símbolo de qualidade acadêmica e, em muitos casos, em fator essencial para a continuidade do vínculo profissional do docente com a universidade. É evidente que não se pode voltar aos tempos do renascentismo puro, dado que é também necessário reconhecer que, antes dos controles de quantidade de produção, existiam muitos que se achavam renascentistas e, na verdade, eram apenas professores improdutivos.

O extremo do fordismo, contudo, não pode continuar sem qualquer freio ou contrapeso. Os eloquentes números da produção bibliográfica na pós-graduação brasileira são um exemplo dessa distorção. O grande obstáculo à mudança está na deficiência de critérios puramente qualitativos. A recente experiência italiana é uma prova dessas limitações. Em ambientes tão restritivos quanto a pós-graduação, o subjetivismo e o favoritismo entre grupos e universidades afins são elementos que podem viciar os critérios de avaliação qualitativa.

3 RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **O modelo de pós-graduação: o dilema da qualidade e da produção.** Consultor Jurídico, 22 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/direito-comparado-modelo-pos-graduacao-dilema-qualidade-producao>>.

O mundo da inteligência artificial, da mobilidade internacional de pesquisadores e da quebra de limites nacionais à transferência do conhecimento exige que se repensem o papel, a natureza e a função das universidades, das faculdades de direito e de seus cursos de pós-graduação. Esse repensar exige que se conheçam a realidade atual, seu perfil e suas deficiências. Longe de apresentar soluções, pretendi assinalar os principais problemas que, como magistrado, consegui identificar após uma investigação a fontes oficiais sobre a pós-graduação e a literatura especializada.

Ocorre que, muito além das questões intrínsecas a um modelo de pós-graduação em crise, é necessário compreendê-lo também no âmbito de um quadro maior: o desenvolvimento e a reforma do Estado, particularmente do Estado brasileiro. Se fosse realizada uma pesquisa com recorte na formação da alta burocracia estatal brasileira, dos três Poderes da República, é bem provável que se identifique uma desproporção no número de doutores e mestres em relação à iniciativa privada ou mesmo a outras burocracias nacionais.

Esse quadro é revelador de duas questões. A primeira, que é positiva, recai no crescente grau de aperfeiçoamento da estrutura burocrática brasileira. A segunda, que é preocupante, está na assimetria entre as realidades pública e privada. O afastamento de servidores para cursar doutorados e mestrados, no Brasil ou no exterior, dá-se sem prejuízo a seus vencimentos e, muitas vezes, com o auxílio de bolsas e incentivos. É necessária a criação de mecanismos de refinamento dos processos de seleção desses agentes a tais programas de aperfeiçoamento e de uma maior exigência quanto à aderência das pesquisas às reais necessidades da administração pública e de um país com as mazelas e os problemas enfrentados pelo Brasil. O servir deve se sobrepor ao servir-se. O aperfeiçoamento das instituições tem de ganhar relevo frente ao aperfeiçoamento dos membros dessas instituições.

A reforma do Estado e o aperfeiçoamento de suas instituições também se conectam a tais exigências de racionalidade e

de eficiência na alocação de recursos públicos cada vez mais escassos. Nesse aspecto, as pós-graduações têm de se adaptar a fenômenos como a transnacionalização das soberanias e à perda de referenciais estritamente locais de competição e de qualificação.

Concluo com uma pequena anedota, que serve também de metáfora ao nosso tema. Em uma abadia, reuniram-se um dominicano, um franciscano e um jesuíta. No local onde se encontravam, faltou luz repentinamente. O dominicano começou a pregar sobre a dialética das luzes e das trevas, mostrando que, pelo contraste entre elas, chegar-se-ia à síntese salvífica do Todo-Poderoso. O franciscano não se fez de rogado e começou a saudar a Irmã Escuridão, cuja presença fazia reforçar as luzes nos corações dos homens, sedentos pela palavra do Senhor. Em seguida, a luz voltou – não pela pregação dialética do dominicano ou pelas palavras *kerigmáticas* do franciscano. Ocorreu algo mais simples: enquanto eles falavam, o jesuíta saiu e foi comprar uma lâmpada.

Talvez precisemos de gestos como o do jesuíta: mais simples, mais diretos e mais práticos; de uma pós-graduação a serviço de um Estado moderno, eficiente e cuja ideia de soberania clássica é cada vez mais posta em dúvida.

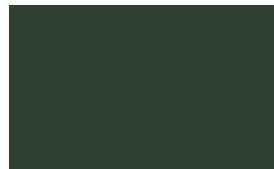
CAPÍTULO 5

MECANISMOS DE INCLUSÃO SOCIAL

NEFI CORDEIRO

DOMINGOS FARINHO

TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO



NEFI CORDEIRO

Mestre e doutor em direito pela Universidade Federal do Paraná. É ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor de graduação e pós-graduação em direito.

NEFI CORDEIRO

O JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO FONTE DE INCLUSÃO SOCIAL

A democracia é o regime político fundado na vontade popular. A igualdade da participação de todos e a formação da vontade social pela maioria traz a válida representação do desejo coletivo.

Não obstante, a proteção das minorias, que não podem ser desprezadas – ao contrário, precisam, justamente como menos representadas, ter garantida sua voz –, é objeto também fundamental de um regime democrático.

O filósofo político Norberto Bobbio estabeleceu regras para a tomada de decisões coletivas na democracia, denominadas universais processuais, onde professa que “nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria”. Logo, é a vontade da maioria respeitando e protegendo a minoria.¹

Assim, mais do que igualdade formal, é preciso que os cidadãos tenham a efetiva oportunidade igualitária de opções, como modelo de dignidade humana, em que eventuais desvantagens pessoais devam ser compensadas pela cooperação de todos. É na busca pela igualdade material, no respeito às minorias e na preservação do status de dignidade humana que o Judiciário vem sendo, de modo crescente, demandado para as respostas de inclusão social.

1 Bobbio, 2000, p. 427.

Nesse artigo, pretende-se, em rápida síntese, elencar caminhos jurisprudenciais adotados para a inclusão no Brasil, desde a criação de renda em benefícios previdenciários e assistenciais, como a implementação de cotas raciais, econômicas, de gênero e aos portadores de deficiência. O juiz serve como foco de manifestação estatal afirmadora dos direitos em favor das minorias, como fonte criadora desses direitos.

A INCLUSÃO PELA SEGURIDADE SOCIAL

O sistema previdenciário brasileiro não é fundado no exclusivo critério atuarial, como reposição de valores adiantados em caso de sinistro segurado (doença, prisão ou morte). A proteção que se faz aos trabalhadores e segurados em geral – pode-se fazer a adesão voluntária sem emprego ou ocupação taxativa – é baseada no critério da solidariedade, ou seja, todos contribuem para a compensação dos riscos individualmente sofridos:

*"a insistência na natureza demográfico-contábil da crise da Previdência implica ignorar os aspectos de ordem moral e política dos sistemas de aposentadoria, nos quais a criação de uma forma de solidariedade pública entre as gerações é fundamental; ou seja, na aposentadoria não está embutida apenas uma forma de racionalização do mercado de trabalho, mas um contrato de solidariedade entre as gerações em bases universais, formando uma esfera pública de proteção social para além das solidariedades familiares e privadas."*²

O Judiciário brasileiro possui alta demanda em matéria previdenciária, com 612.613 processos em 2017 no primeiro grau da jurisdição federal,³ e a procedência chega próxima a 90% das ações.

Na concessão de benefícios previdenciários, o Judiciário tende a ser menos exigente em provas do que a administração

2 Simões, 1997, p. 3.

3 Relatório Justiça em Números 2017.

previdenciária (da condição de segurado, da doença, da incapacidade de reintegração a outro emprego etc.) e a fornecer interpretações jurídicas mais favoráveis ao segurado (na sucessão de normas, na ampliação casuística das hipóteses de aposentadoria especial, na valoração social da incapacidade etc.). Assim, a função judicial acaba por atender aos anseios de grande número de segurados em condições sociais de risco. Doentes, incapazes, presos, herdeiros, passam a contar com a via judicial para o recebimento de benefícios, para maior inclusão. Na revisão de benefícios previdenciários, a atuação judicial também tende a ampliar a renda a segurados, admitindo índices de reajustamento maiores do que os concedidos administrativamente, retroagindo a data de início do benefício e de modos vários ampliando a renda do cidadão.

A criação e a majoração de benefícios previdenciários beneficia grande parcela da população brasileira mais carente. Indiretamente, a tendência judicial criadora de benefícios previdenciários serve também como meio de transferência dos recursos das regiões com maior poderio econômico para as regiões pobres do país: São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro, Belo Horizonte destinam parte de sua riqueza a Mar Vermelho e Olho D'Água Grande, em Alagoas, e Palestina, em São Paulo, por exemplo.⁴

O nordeste brasileiro é a única região cujas capitais somam montante de benefícios superior ao da arrecadação.⁵ Na ampliação de renda a carentes, na transferência de recursos às regiões mais necessitadas, tem-se a geração de oportunidades e a inclusão social.

A CRIAÇÃO JUDICIAL DE RENDA SOCIALMENTE INCLUSIVA

O benefício assistencial, ou benefício de prestação continuada (BPC), foi implantado no Brasil para aqueles sem condições de vida e de sustento próprio.⁶ É meio de sobrevivência garanti-

4 Nesse sentido, a dissertação de mestrado de Gôngora: A transferência de renda representada pelo pagamento de benefícios de previdência social.

5 Gôngora, 2013.

6 O Benefício de Prestação Continuada (BPC) da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)

do pelo Estado a quem não o consegue. A ação estatal é inclusiva para idosos e carentes economicamente. Os critérios administrativos na valoração da prova e na interpretação dos requisitos legais, porém, ainda a muitos deixa sem proteção.

Novamente, insere-se o Judiciário no papel não apenas de conceder o direito posto, mas, por analogia, criá-lo para situações legal ou faticamente próximas. As ações judiciais de benefício de prestação continuada têm solução com mais ampla definição da miserabilidade concreta, excluindo o patamar legal de $\frac{1}{4}$ ⁷ do salário mínimo,⁸ excluindo dessa renda despesas com medicamentos e obrigatórios gastos frequentes – enfim, permitindo mais facilitado acesso às condições para o recebimento dessa vantagem para a sobrevivência.

é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família.

7 Lei nº 8.742/93, art. nº 20, § 3º – Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

8 Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. nº 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (Loas), ao regulamentar o art. nº 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. nº 20, § 3º, da lei nº 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232. Dispõe o art. nº 20, § 3º, da lei nº 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a ADI nº 1.232-1/DF, o STF declarou a constitucionalidade do art. nº 20, § 3º, da Loas. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela lei nº 8.742/1993. A decisão do STF, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela Loas. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela Loas e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O STF, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. nº 20, § 3º, da lei nº 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recurso Especial (RE) nº 567985, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-194 Divulg. 02-10-2013 Public. 03-10-2013.

É novamente a ação judicial como garantia de implementação e de criação interpretativa na geração de renda a quem sequer sobreviver conseguia. É oportunidade não mais de melhoria econômica, mas de satisfação da fome.

GARANTIA DAS COTAS POR RAÇA E CONDIÇÃO ECONÔMICA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E PRIVADA

A criação de cotas na admissão ao estudo e ao emprego é forma de retribuição e de mudança. Retribuição pela dívida histórica com afrodescendentes e índios, que socialmente tiveram que viver e construir a vida de seus filhos sem as oportunidades daqueles outros de raça branca. Mudança, para que hoje possam essas minorias gozar efetivamente de iguais oportunidades de estudo, de trabalho e de inserção social. A pobreza e a desigualdade pelo caráter econômico também têm merecido igual proteção de cotas para a igualação das oportunidades da vida.

A justiça brasileira garante em regra validade a todas normas legais e editais de concurso que estabeleçam cotas pela raça ou pela condição econômica:

"É constitucional a lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos." ⁹

A Suprema Corte brasileira chega a detalhar critérios interpretativos para a proteção máxima:

"Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acor-

⁹ Ação Declaratório da Constitucionalidade (ADC) nº 41, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, Processo Eletrônico DJe-180 Divulg. 16-08-2017 Public. 17-08-2017.

do com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.”¹⁰

A proteção não é exclusiva aos cargos públicos,¹¹ sendo admitida também a diferenciação integradora no acesso a empregos e às escolas. No Rio de Janeiro, por exemplo, desde 2010, a Universidade Federal destina 20% de suas vagas para alunos egressos das escolas públicas municipais e estaduais – cota social pela desigualdade de renda.¹²

Assegurando a validade das cotas nas escolas, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem mantido acórdãos locais que reconheceram esse direito:

“Agravos regimentais no recurso extraordinário com agravo. administrativo. sistema de cotas. regularidade. interpretação de legislação infraconstitucional. incursão no conjunto fático-probatório. incidência da súmula nº 279 do stf. multa do artigo 557, § 2º, do cpc/1973. aplicabilidade. agravo regimental desprovido.”¹³

As ações judiciais validam e exigem a inclusão pelas cotas, afastam discussões acerca de sua necessidade e geram pacificação na admissão de uma ação afirmativa estatal – reparadora e materialmente igualitária.

10 ADC nº 41, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, Processo eletrônico DJe-180 Divulg. 16-08-2017 Public. 17-08-2017.

11 Vale ressaltar ainda: Ementa: Direito Constitucional. Embargos de Declaração em ADC. Aplicabilidade da política de cotas da lei nº 12.990/2014 às Forças Armadas. Provimento. 1. As Forças Armadas integram a Administração Pública Federal, de modo que a vagas oferecidas nos concursos por elas promovidos sujeitam-se à política de cotas prevista na lei nº 12.990/2014. 2. Embargos de declaração providos. (ADC nº 41 ED, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2018, Processo Eletrônico DJe-087 Divulg. 04-05-2018 Public. 07-05-2018.

12 Cotas sociais. Site: <http://sistema-de-cotas.info/cotas-sociais.html>.

13 ARE nº 930005 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/04/2016, Processo Eletrônico DJe-159 Divulg. 29-07-2016 Public. 01-08-2016.

COTAS PARA MULHERES E DEFICIENTES

Serve a cota para mulheres e deficientes como igualação na concorrência social, especialmente na política e no mercado de trabalho.¹⁴ Às mulheres é assegurada, na lei de cotas para candidaturas (Lei nº 9.504/97),¹⁵ o patamar mínimo de 30%, determinando a Resolução nº 23.455/2015 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a necessidade de observância desse percentual nos casos de preenchimento das vagas remanescentes e na substituição de candidatos. Trata-se de norma ainda pendente de maior efetivação, como ressalta Lóssio:

"Essa lei nunca se tornou uma realidade, ao contrário do que aconteceu em outros países. A Justiça Eleitoral precisa ser firme. A gente só perde para Belize e Haiti [em termos de participação feminina na política] em todo o continente americano"¹⁶

Fato é que 44% dos filiados a partidos políticos são mulheres. Por que esse percentual não se espelha nos cargos políticos? Porque a carreira política é um ambiente machista, patriarcal, que fecha as portas para as mulheres.

Mesmo com fraca implementação da lei nos resultados das eleições, o Judiciário atua ativamente para a melhoria das oportunidades às mulheres. Lóssio explica que era muito curto o prazo para impugnação pelo desrespeito à cota e ficava ainda difícil aferir concretamente a existência efetiva de mulheres disputando ao pleito, de modo que o TSE veio a permitir ações com maior prazo. Assim, a justiça permite maior tempo e amplitude para o acesso à discussão da cota eleitoral para mulheres.

14 Chega-se ao ponto de discutível projeto (PLS nº 60/2009) do senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), que na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) propõe pelo menos 5% das vagas de concursos públicos a candidatas com mais de 60 anos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo impedir essa cota. Seria igualação no mercado, mas a quem muito próximo da aposentadoria se encontra.

15 Art. nº 10, § 3º - Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo.

16 Calgaro, 2018.

No mercado de trabalho, o Brasil permanece sem proteção igualadora às mulheres. Apenas como proposta tem-se em tramitação o projeto de lei nº 2821/08, do deputado Renato Molling (PP-RS), que torna obrigatória a participação mínima de 30% de mulheres nas entidades de representação civil. Há também o projeto de lei nº 6299/16, do deputado Cabo Sabino (PR-CE), que atua para estabelecer cota para as mulheres, estipulando reserva de 25% das vagas oferecidas nos concursos na área de segurança pública. Assim, ainda é pequena a proteção normativa às mulheres em nosso país.

De outro lado, no tema da violência doméstica, chaga social e histórica, a Lei Maria da Penha trouxe uma evolução protetiva da mulher muito interessante. A jurisprudência nacional caminhou para efetivar não apenas o cumprimento dos direitos à mulher assegurados pela lei, como interpretou essa norma como critério de proteção absoluta (dispensando prova de vulnerabilidade concreta da mulher na relação), assegurando a mais ampla ação estatal (ao prever a lesão leve como crime de ação pública incondicionada e ao exigir audiência para a retratação pela vítima) e protegendo a mulher com comunicações do andamento do processo e medidas de urgência especialmente em seu favor criadas.

Agora na inclusão das pessoas portadoras de deficiência, a lei nº 8.112/90 estabeleceu a reserva de até 20% dos cargos federais,¹⁷ sendo que o decreto nº 3.298/99 exigiu a previsão no edital do número de vagas, que deve ser pelo menos 5% das vagas.¹⁸ Assim, do mínimo de 5% ao teto de 20%, todos cargos públicos têm assegurada a cota de deficientes.

17 Art. 5, § 2º - Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso.

18 Art. 37 - Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador. § 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

Isso vem sendo confirmado como válido e exigível pelo Judiciário, como se verifica em precedente do STF:

"O tratamento diferenciado em favor de pessoas portadoras de deficiência, tratando-se, especificamente, de acesso ao serviço público, tem suporte legitimador no próprio texto constitucional (CF, art. nº 37, VIII), cuja razão de ser, nesse tema, objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável. Doutrina. – A vigente Constituição da República, ao proclamar e assegurar a reserva de vagas em concursos públicos para os portadores de deficiência, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de ações afirmativas em favor de tais pessoas, o que veio a ser concretizado com a edição de atos legislativos, como as leis nº 7.853/89 e nº 8.112/90 (art. nº 5, § 2º), e com a celebração da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), já formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais (CF, art. nº 5, § 3º), ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro. – Essa Convenção das Nações Unidas, que atribui maior densidade normativa à cláusula fundada no inciso VIII do art. nº 37 da Constituição da República, legitima a instituição e a implementação, pelo Poder Público, de mecanismos compensatórios destinados a corrigir as profundas desvantagens sociais que afetam as pessoas vulneráveis, em ordem a propiciar-lhes maior grau de inclusão e a viabilizar a sua efetiva participação, em condições equânimes e mais justas, na vida econômica, social e cultural do País."¹⁹

¹⁹ Recurso em Mandato de Segurança (RMS) nº 32732 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, Processo Eletrônico DJe-148 Divulg. 31-07-2014 Public. 01-08-2014.

Na iniciativa privada, também há estipulação de cota, de dois a cinco por cento, dependendo do número de empregados.²⁰ A cota dos portadores de deficiência foi uma medida de ativismo social para a igualação dos desiguais. Restou à lei a inclusão forçada dos deficientes, já que, no mercado, isto não ocorria e já que, na moral social, o desinteresse reinava. O Judiciário brasileiro age, pois, garantindo a validade e a aplicação obrigatória das cotas às pessoas portadoras de deficiência.

CONCLUSÃO

A democracia igualitária exige cada vez maior intervenção estatal na proteção das minorias, na inclusão e na geração efetiva de iguais oportunidades sociais. Não só o Legislativo e o Executivo atuam nas políticas públicas de inclusão, como também o Judiciário intervém nelas, para assegurar a implementação do direito. Cria-se, assim, por analogia, o direito de inclusão ainda omissivo, mas necessário.

No Brasil, o Judiciário atua criando renda para pessoas carentes, em regiões economicamente desassistidas, através da concessão e da revisão de benefícios previdenciários. Os mais facilitados critérios judiciais de prova e a interpretação favorável ao segurado têm tornado a ação judicial previdenciária uma forma de inclusão econômica. É inclusão de renda pelo justo, a quem mais disto necessita.

O benefício de prestação continuada inclui judicialmente cidadãos pela criação de renda, não apenas ao pobre, mas àquele que sequer sobreviver consegue – é oportunidade não mais de melhoria econômica, mas de satisfação da fome.

20 Art. nº 36. A empresa com 100 ou mais empregados está obrigada a preencher de dois a cinco por cento de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção:

- I - até 200 empregados, dois por cento;
- II - de 201 a 500 empregados, três por cento;
- III - de 501 a 1.000 empregados, quatro por cento; ou
- IV - mais de 1.000 empregados, cinco por cento.

As cotas raciais, econômicas, de gênero e aos portadores de deficiência têm recebido admissão legal crescente no Brasil. O Judiciário as assegura, determina sua implementação, anula atos reveladores do descumprimento e interpreta criativamente o direito para a mais plena geração de oportunidades a quem delas necessita. Negros, índios, pobres, mulheres, deficientes, possuem direito não somente à não discriminação, ao respeito, mas devem ter assegurados escola, emprego, cargo público, mandato eletivo, participação social igual – e não mais apenas serem formalmente iguais.

É um caminhar de civilidade, de dignidade humana, no qual a atuação do Judiciário se dá como implementador e como ampliador da inclusão social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando José de. Política pública de inclusão de minorias e maiorias. LODI, AC et al. Letramento e Minorias, v. 5, 2002.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

Brasil, Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 20/09/18.

CALGARO, Fernanda; Caram, Bernardo. Eleição de 2018 será novo teste para lei que prevê cota de mulheres candidatas. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/eleicao-de-2018-sera-novo-teste-para-lei-que-preve-cota-de-mulheres-candidatas.ghtml>. Acesso em: 20/09/2018.

Cotas Sociais. Disponível em: <http://sistema-de-cotas.info/cotas-sociais.html>. Acesso em: 20/09/18.

GÔNGORA, Valmir. A transferência de renda representada pelo pagamento de benefícios de previdência social. 2013. vi, 42 f., il. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro: Editora WVA, 8ª ed, 1997.

SIMÕES, Júlio Assis. Solidariedade intergeracional e reforma da previdência. Estudos feministas. UFSC, Florianópolis, 1997.



DOMINGOS FARINHO

Licenciado e doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). É advogado e membro do Centro de Investigação em Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL.

DOMINGOS FARINHO

A GOVERNANÇA DO SISTEMA PÚBLICO DE INCLUSÃO SOCIAL: NOTAS ESPARSAS PARA REFLEXÃO

Eu escolhi tratar o tema da inclusão social sob uma perspectiva de governança do modelo legal de prestação de cuidados sociais. Assim, vou fazer um balanço a partir de três casos concretos de mecanismos de inclusão social em Portugal nos últimos anos.

Previamente, gostaria de notar que, muitas vezes, quando falamos de inclusão social, imediatamente somos arrastados para uma discussão sobre se o mecanismo X ou mecanismo Y devia ou não ser de responsabilidade do Estado, se devia ou não ser objeto de uma política social. Esta é uma discussão juridicamente estéril, pois é inevitável que a configuração das políticas de inclusão social seja variável; isto faz parte do domínio da política. É normal que haja perspectivas distintas e que, retirados os extremos do espectro político, todas elas admitam, em menor ou maior escala, a previsão de políticas públicas de inclusão social, o que levará à diversidade no modo de prestação dessas políticas sociais. Depois, é muito difícil, hoje em dia na Europa, escaparmos em algum domínio à atuação do Estado, mesmo quando o programa político de um dado Governo é mais liberal, uma vez que esse Governo tem de atuar no âmbito de uma Europa Social, cujo quadro jurídico-político reflecte e impele essa dimensão e que se coloca entre o direito constitucional e o direito ordinário.

Assim, o papel do jurista que pretende estudar a governança do sistema legal de inclusão social deve situar a sua atividade na congruência jurídica desse sistema tal como está positivado, com especial destaque para a congruência hierárquica do direito ordinário que constitui esse sistema com o direito constitucional e da União Europeia, sem esquecer importantes domínios do direito internacional.

Nesta linha, irei utilizar três casos legais recentes para ilustrar alguns pontos que me parecem essenciais para podermos refletir sobre o atual estado da governança dos mecanismos de inclusão social e a sua evolução.

O primeiro refere-se aos incêndios do verão de 2017, que geraram uma tragédia intensa em Portugal e uma reação por parte do poder público em políticas de inclusão social, recuperando um mecanismo geral e aplicando-o a uma resposta concreta do Estado.¹ Vale lembrar que nem todos os mecanismos de inclusão social são uma resposta estrutural, isto é, há situações em que o Estado consegue antecipar e planejar mecanismos de inclusão social, mas há outras para as quais não consegue e, por vezes, tem que adaptar esses mecanismos. No caso das respostas aos terríveis incêndios florestais do verão de 2017, o legislador optou, entre várias medidas, por estender um mecanismo estrutural – os Contratos Locais de Desenvolvimento Social, que melhor veremos adiante – a uma situação conjuntural.

O segundo caso refere-se a mecanismos desenvolvidos em uma situação normalmente crónica ao longo da vida, relacionada às deficiências físicas ou psíquicas: o desenvolvimento do programa Modelo de Apoio à Vida Independente (Mavi).² O programa está integrado a um movimento transnacional de cuidadores, isto é, pessoas que cuidam, voluntariamente ou não, de pessoas com deficiência e com necessidade de acompanhamento devido a essas deficiências, com forte implantação no setor social.

1 Lei n.º 108/2017, de 23 de novembro, e a lei n.º 3/2018, de 9 de março.

2 Decreto-lei n.º 129/2017, de 10 de setembro.

O terceiro caso foi a aprovação, em 2015, em Portugal, de um diploma legal de grande alcance de enquadramento, uma cooperação entre o Estado e as instituições da economia social e solidária.³

Em 1976, Portugal criou um Estado Social que foi primeiro criado na Constituição e depois na prática. Isto gerou um problema complicado, do ponto de vista sociopolítico, porque, uma vez criado na norma, os cidadãos tiveram expectativas de ter o conjunto de cuidados e de prestações sociais associados a este novo Estado Social. O problema que os políticos imediatamente tiveram que confrontar era o de não haver capacidade financeira e nem infraestrutura suficientes para responder às exigências deste Estado Social. Só um pilar da sociedade portuguesa era capaz de responder ao nível de prestações sociais que estavam implícitos ou explícitos na Constituição portuguesa – o setor social ou terceiro setor. Por isso, todo o modelo de governança pós-1976 já era, de certa forma, pré-1976. No entanto, não podemos esquecer que em Portugal, entre 1926 e 1976, vigorou o modelo ditatorial e, por isso, o terceiro setor era, na prática, filtrado pelo setor público e não tinha margem de autonomia. A partir de 1976, houve uma afirmação de que o Estado Social era um modelo de permanente cooperação entre o setor público e o setor social, ou terceiro setor. Por isso, todo o modelo de governo baseia-se nesta premissa. Isto significa que o modelo de governo está completamente assente no setor social. Consequentemente, levanta-se a questão: como gerir um Estado que é social? Isto é, um Estado em que há um conjunto de princípios e de vinculações de decisões democráticas, enformado pela Constituição, mas que assenta na cooperação com um setor no qual reina a autonomia privada.

No setor social, o princípio basilar é a autonomia privada, não tanto para perseguir o lucro, mas para perseguir interesses sociais que podem ser díspares dos interesses públicos do Estado. Esta é a importância da relação entre o Estado e estas entida-

3 Decreto-lei n° 120/2015, de 30 de junho.

des. No Brasil, por exemplo, esta relação ocorre entre o Estado e Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). Em Portugal têm sido vários os diplomas que confirmam esta realidade, aliás plasmada na Constituição, no nº 5 do artigo 63.º, de que um exemplo recente o diploma legal supra referido. O modelo de cooperação entre Estado e Terceiro Setor, em que este último é utilizado como uma forma de levar adiante, direta ou indiretamente, o interesse público e, com isso, contribuir para amenizar o peso das tarefas do Estado, é hoje ubíquo e transversal às tradições continentais e anglo-saxónicas.⁴

Um instrumento presente no direito português é que exemplo desta relação simbiótica é o referido Contrato Local de Desenvolvimento Social (CLDS),⁵ que tem o objetivo de promover uma inclusão social dos cidadãos de forma multisetorial e integrada - isto é, a inclusão social deve contar necessariamente com o setor privado, ou seja, é um mecanismo do Estado que tem como substrato a participação do setor social.

O que é claro desde o seu surgimento, em 2007, é que estes contratos têm como pilar fundamental aquilo que designamos por entidades privadas não lucrativas e que, em Portugal, assumem por imposição constitucional, a designação de instituições particulares de solidariedade social, para além das clássicas associações, fundações e cooperativas. Desde 2007 e até 2018, ano em que foi aprovado o Regulamento da 4ª Geração de CLDS, este instrumento tem mantido um lugar importante no sistema de inclusão social português. Ele é um exemplo daquilo que, em termos sistémicos, decorre do diploma-chapéu de 2015, acima referido. Com ele, é inequívoca a tendência que se iniciou há já algumas décadas no setor da administração pública social de

4 Bryce, Herrington J., "Nonprofits as policy solutions to the burden of government", Boston, Walter de Gruyter, 2017; Salamon, Lester; Anheier, Helmut K., "The Third Route: Government-Nonprofit Collaboration in Germany and the United States" in Powell, Walter W.; Clemens, Elisabeth S. (ed.), "Private Action and the Public Good", New Haven, Yale University Press, 1998; Ullman, Claire F., "Partners in Reform: Nonprofit Organizations and the Welfare State in France" in Powell, Walter W.; Clemens, Elisabeth S. (ed.), "Private Action and the Public Good", New Haven, Yale University Press, 1998; Pestoff, Victor; Brandsen, Taco, "Public governance and the third sector: opportunities for co-production and innovation?" in Osborne, Stephen P. (ed.), "The New Public Governance - Emerging perspectives on the theory and practice of public governance", Londres, Routledge, 2010.

5 Portaria nº 229/2018, de 14 de julho.

construir modelos de governança em rede.⁶

No diploma de 2015, foi criado um fórum de concentração de interesses entre o terceiro setor e o Estado. No entanto, isto não significou uma novidade, pois a crise obrigou a institucionalizar-se, no ponto de vista normativo, mecanismos que já existiam na liberdade contratual do Estado e do terceiro setor desde 1976. O primeiro estatuto das denominadas instituições particulares é de 1979,⁷ o segundo é de 1983,⁸ que vigorou inalterado até 2014, quando ocorreu sua primeira grande revisão.⁹ Esta revisão aprovou este diploma porque se entendeu que o modelo de governo é hoje, reconhecidamente, dependente deste setor, faltando, contudo, precisar a sua configuração e características, o que se conseguiu restringindo o âmbito da cooperação às Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS). Dentre as justificativas, está uma certa desconfiança do Estado nos mecanismos de cooperação com o terceiro setor, de instituições novas, na economia social e solidária. Isto é, os juristas ainda não estão de acordo sobre as efetivas fronteiras do terceiro setor e uma das discussões que surgiram na Europa, provocada pela União Europeia, é se pode ou não incluir-se no setor social instituições que ainda busquem de algum modo o lucro ou que façam filantropia de impacto – ou seja, são pessoas que até podem perseguir o lucro, mas este lucro é destinado a financiar um novo investimento, portanto, nunca há uma distribuição total ou maioritária do lucro obtido.

Isto abre, em termos de modelo de governo, algumas dificuldades para quem se move no âmbito dos mecanismos de inclusão social. O grande desafio na questão da globalização, no tocante à inclusão social, não está no nível substantivo. Para mim, o problema fundamental é: como vou governar estes mecanismos?

6 Rhodes, R. A. W., "Understanding Governance", Maidenhead, Open University Press, 1997; Kooiman, Jan, "Governing as Governance", London, SAGE Publications, 2003; Goldsmith, Stephen; Eggers, William D., "Governing by Network", Washington D.C., The Brookings Institution, 2004

7 Decreto-lei nº 519-G2/79, de 29 de dezembro.

8 Decreto-lei nº 119/93, de 25 de fevereiro.

9 Decreto-lei nº 172-A/2014, de 14 de novembro.

O Estado tem uma incapacidade crónica, que foi agudizada pela crise, de conseguir chegar a todos – e, o mais importante, mesmo que chegasse a todos, é que seria duvidoso que chegasse a todos com o mesmo grau de conhecimento dos problemas que as instituições de base têm no caso a inclusão social, concretizando um princípio de subsidiariedade horizontal. Em muitos casos, trata-se de alternar uma estrutura de administração pública com provisão direta de prestações sociais¹⁰ por estruturas privadas sem fins lucrativos. Ora o Estado, sobretudo por razões ideológicas, ainda flutua muito no modo como modela a relação com o terceiro setor. Se é verdade que, quer constitucionalmente, quer legalmente, como vimos já com dois exemplos, há a consagração de uma parceria institucional, é também verdade que a função do elemento público varia muito. O Mavi, acima referido, é um bom exemplo da tendência atual. Mais do que regular o movimento privado de cuidadores, que poderiam assumir as mais variadas formas jurídicas, dentro da autonomia privada, o mecanismo aprovado em 2018 cria um sistema público de apoio à vida independente, na qual o terceiro setor é legalmente integrado através da figura dos Centros de Apoio à Vida Independente (Cavi). O diploma legal que cria este modelo público explica que os Cavi têm a natureza jurídica de organização não governamental das pessoas com deficiência, doravante designada por ONGPD, e estatuto de instituição particular de solidariedade social, doravante designada por IPSS, assim subordinando estas instituições a um papel no âmbito do sistema público, que configura um modelo muito para além do simples modelo regulatório ou de simples fiscalização. Esta opção dá-nos mais algumas pistas sobre o entendimento do legislador quanto ao posicionamento das entidades públicas e privadas no âmbito do sistema de inclusão social e quem aí pode ser integrado. Daí que faça sentido pensar se temos realmente margem legal, desde logo a partir da Constituição, para falar em verdadeira alternância ou variação de entidades públicas e privadas, lucrativas e não lucrativas, no quadro de uma prestação plural e justificada de políticas

10 Sobre os desafios da governança a partir de um modelo de administração direta cf. Leman, Christopher K., “Direct Government” in Salamon, Lester (ed.), “The Tools of Government – A Guide to the new Governance”, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 48-79.

de inclusão social. A questão que se coloca é se esta alternância não devia fazer-se também face a empresas sociais, mesmo não tendo estas um fim completamente não lucrativo. Numa recente revisão da legislação da contratação pública na União Europeia e, portanto, aplicada a todos os Estados, uma das grandes preocupações foi associar a inclusão social à evolução nas últimas décadas na Europa de uma procura de grande concorrência das compras públicas – isto é, obrigar quem faz contratos com o Estado a ter preocupações sociais. Um dos aspectos incluídos é que o Estado poderia passar a comprar preferencialmente a empresas sociais. A noção de empresa social, que é uma noção de 2011 na União Europeia, não está bem definida, o que mantém vários problemas em aberto.

Como se reage a isto? É difícil fugir a este modelo de governo. Ainda mais em um contexto de grave crise, em que as próprias instituições não lucrativas estão à procura de novas fontes de financiamento – e, por isso, eu diria que um dos principais desafios vai ser saber, no caso português, por estarmos integrados na União Europeia, "como é que vamos reagir a este modelo de empresa social?".¹¹ Parece-me inevitável que as empresas sociais sejam integradas no sistema de prestações sociais, uma vez que é o próprio Estado a reconhecer que elas contribuem para soluções de inclusão social, como pode constatar-se no caso português, pelo papel que as empresas sociais assumem nos Títulos de Impacto Social lançados pela Estrutura de Missão Portugal Inovação Social. O que é preciso é, pois, uma melhor integração pública dos mecanismos de governança em rede das várias estruturas privadas que contribuem para políticas de inclusão social, alinhadas com as atribuições públicas.

Concluo com uma questão partilhada entre Portugal e o Brasil: como reagir a mecanismos substantivos que pressupõem modelos de governo com instituições lucrativas? Estes mecanismos, que são parcerias público-privadas entre o Estado e o terceiro

11 Cf. Farinho, Domingos Soares, "A sociedade comercial como empresa social – breve ensaio prospetivo a partir do direito positivo português" in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 6, 2, 2015.

setor, mais o financiamento de entidades privadas lucrativas, geram uma triangulação aparentemente virtuosa, mas colocam problemas de governança muito importantes e um desafio ao Estado e também ao Poder Judiciário.¹² Por um lado, é preciso deixar este modelo de governo evoluir, porque ele vai ser uma forma muito importante de conseguir financiamento para uma área especialmente carente de financiamento, que não pode depender apenas de filantropia privada, mas, por outro lado, vai ser necessário garantir que não haverá um aproveitamento do setor social, do ponto de vista do *marketing* – principalmente do *marketing* político. Neste ponto, o papel de uma administração pública integrada e especializada será fundamental.

¹² Bryce, Herrington J., “Nonprofits as policy solutions to the burden of government”, cit., p. 251 e ss.

REFERÊNCIAS

BRYCE, Herrington J., "Nonprofits as policy solutions to the burden of government", Boston, Walter de Gruyter, 2017

FARINHO, Domingos Soares, "A sociedade comercial como empresa social - breve ensaio prospetivo a partir do direito positivo português" in Revista de Direito das Sociedades, Ano 6, 2, pp. 247-270

GOLDSMITH, Stephen; Eggers, William D., "Governing by Network", Washington D.C., The Brookings Institution, 2004

KOOIMAN, Jan, "Governing as Governance", London, SAGE Publications, 2003

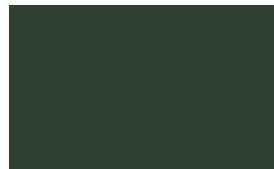
LEMAN, Christopher K., "Direct Government" in Salamon, Lester (ed.), "The Tools of Government - A Guide to the new Governance", Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 48-79

PESTOFF, Victor; Brandsen, Taco, "Public governance and the third sector: opportunities for co-production and innovation?" in Osborne, Stephen P. (ed.), "The New Public Governance - Emerging perspectives on the theory and practice of public governanc", Londres, Routledge, 2010, pp. 223-236

RHODES, R. A. W., "Understanding Governance", Maidenhead, Open University Press, 1997

SALAMON, Lester; Anheier, Helmut K., "The Third Route: Government-Nonprofit Collaboration in Germany and the United States" in Powell, Walter W.; Clemens, Elisabeth S. (ed.), "Private Action and the Public Good", New Haven, Yale University Press, 1998, pp. 151-162

ULLMAN, Claire F., "Partners in Reform: Nonprofit Organizations and the Welfare State in France" in Powell, Walter W.; Clemens, Elisabeth S. (ed.), "Private Action and the Public Good", New Haven, Yale University Press, 1998, pp. 163-176



TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO

Bacharel em direito pela Universidade de Brasília, mestre e doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. É subprocurador-geral do Distrito Federal, professor da Universidade de Brasília e ministro do Tribunal Superior Eleitoral.

TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO

INCLUSÃO DIGITAL

O direito como instrumento de regulação social tem a vida como massa de trabalho, e a vida humana é fortemente influenciada e transformada, na era contemporânea, por computadores e variados artefatos tecnológicos. Se assim é, como isentar o direito das vicissitudes de um “mundo em transformação”?

Por determinação constitucional¹ de um Estado que é social até mesmo quando lida com a ordem econômica, fomenta-se sem peias a “inclusão social” na perspectiva da redução das desigualdades sociais e da valorização da dignidade humana. Esta “inclusão social” não pode abdicar da “inclusão digital”.

Sem computadores e sem Internet, prejudica-se a informação. Sem *smartphones*, o ser humano é rebaixado de categoria social: não fala, não lê, não escreve e não paga contas. Está aliado de uma vida social plena. Se não se comunica, se não se conecta a redes de relacionamentos catapultadas pelo pequeno grande aparelho, vive isolado. Em última análise, sem a informação da era digital, o exercício da cidadania sofre danos irreparáveis. Dessa forma, democracia sem informação não se sustenta.

O Estado democrático de direito de hoje, à míngua de informação digital, é conceito meramente semântico, próprio de

1 Constituição Federal de 1988.

ditaduras e totalitarismos disfarçados. Não por acaso, um dos principais temas da III Bienal Brasil do Livro e da Leitura, realizada em Brasília, em outubro de 2016, foi a influência da tecnologia no cotidiano e o uso responsável das redes sociais, seu efeito sobre a cultura e a economia, bem como o mundo virtual e o seu significado na história da humanidade. Falou-nos sobre o tema Dominique Cardon, sociólogo francês e professor da Universidade Paris-Est-Marne la Vallée, para quem "hoje, o mundo virtual é a nossa realidade, é realidade nas relações familiares, amorosas, profissionais". Para o mesmo pensador,

"Se buscarmos uma caracterização global dessa transformação, diríamos que a internet coloca as pessoas em rede e isso permite curto-circuitar as instituições, estados, os partidos políticos, os sindicatos, as empresas. E aí os indivíduos podem encontrar nas tecnologias digitais meios de reorganizar a sociedade na base de relações interindividuais".²

O mesmo autor francês, em seu livro *À quoi rêvent les algorithmes*. Nos *viés à l'heure des big data*,³ é otimista, embora veja também muitos inconvenientes na maneira como a Internet está inserida no cotidiano. Para ele,

"Há ameaças nesse novo sistema, como a da colonização pelo mercado, porque os indivíduos procuram encontrar utilidades e garantir seus interesses e nisso, sua maneira de fazer o coletivo e de representar politicamente e socialmente desaparece um pouco. Mas há uma dinâmica criativa que se cria na sociedade".⁴

Abre-se caminho, então, para o estudo da chamada democracia eletrônica, entendida, de acordo com José Fernando Braga,⁵ como o conjunto de

2 CARDON, 2016.

3 Tradução: O que sonham os algoritmos. Nossas vidas em tempos de *big data*

4 CARDON, 2016.

5 2015, pp. 44-45.

"todos os mecanismos que permitem ao cidadão, utilizando as tecnologias informáticas, participar ativamente da via pública, tais como o voto eletrônico, o envio de propostas e a participação em procedimentos de decisão política e administrativa".

De acordo com o mesmo autor:

"dentro da democracia eletrônica está ainda incluído o relacionamento direto com as instituições públicas e representantes políticos (diálogo com os partidos políticos, correio eletrônico de deputados, enquetes por meio da internet, foros de discussão, jornadas virtuais dos partidos, etc.), conhecido como *e-politics*".⁶

E-DEMOCRACIA

Fala-se mesmo em uma "e-democracia" como a "democracia do futuro".⁷ Em interessante trabalho monográfico, Castanho⁸ assinala que

"Os debates se renovam a cada dia e os instrumentos de participação popular são cada vez mais valorizados. Os cidadãos têm acesso a mais informações e conseguem se mobilizar, pressionando o Estado na defesa dos seus direitos. O governo, por sua vez, também promove políticas de inclusão, transparência de informações e serviços e cria novos canais de diálogo com os cidadãos. Com isso, abre-se a possibilidade de um novo patamar participativo por meio da tecnologia de informação, especialmente a internet. A internet simboliza um espaço global que permite a interação dos indivíduos, instituindo novas ferramentas para a prática da democracia e

6 BREGA, 2015, p. 45.

7 Este, aliás, em forma de interrogação, o título do belo trabalho monográfico de Maria Augusta Ferreira da Silva Castanho para a obtenção do título de mestre em Direito Político e Econômico junto à Universidade Presbiteriana Mackenzie, em 2009, sob orientação da Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano, a cujo conteúdo tivemos acesso.

8 CASTANHO, 2009.

para o desenvolvimento da cidadania no que tange à participação nos direitos políticos e à concretização da liberdade de expressão”.⁹

No balizado entender da autora, as propostas trazidas pelo governo eletrônico são fundamentais para o desenvolvimento da relação entre Estado e cidadão. Com efeito,

“a prestação de serviços via internet, a informação em sites institucionais, o acompanhamento da formulação das políticas de governo, os mecanismos de fiscalização dos atos governamentais, todas essas são atitudes que colaboram para o desenvolvimento da cidadania”.¹⁰

Oportuna a advertência de Motta¹¹ ao tratar do que chamou de “computadorcracia”, no sentido de que o uso massificado das novas tecnologias ainda não tem o condão de permitir a democracia direta. Apoiado em Bobbio, assinala que a democracia direta de viés tecnológico – conferindo ao cidadão a “possibilidade de transmitir o próprio voto a um cérebro eletrônico” – ainda é uma hipótese “absolutamente pueril”.

Em seu livro *Democracia conectada – A internet como ferramenta de engajamento político-democrático*, Eduardo Magrani¹² ensina que, em maio de 2011, o Special Rapporteur da ONU, Frank La Rue, para a promoção e proteção da liberdade de opinião e de expressão, pleiteou o reconhecimento do acesso à Internet como um direito humano. Para La Rue, a Internet é uma ferramenta para promoção do desenvolvimento em diversas frentes, e o aprofundamento da democracia é uma das mais notáveis.

Cogita-se mesmo uma e-democracia ou uma “democracia digital”. Ainda segundo Magrani,¹³ no aprimoramento do engajamento e da participação política dos cidadãos por meio das

9 CASTANHO, 2009, p. 25.

10 CASTANHO, 2009, p. 26.

11 2003, p. 78.

12 Eduardo Magrani, 2014.

13 Magrani, 2014.

novas tecnologias, a doutrina tem identificado o impacto da Internet nos mecanismos de:

- a) melhoria da transparência do processo político, mediante fiscalização da atuação de governantes e de recursos públicos;
- b) facilitação do envolvimento direto e participação ativa em processos políticos;
- c) melhoria da qualidade da formação de opinião pública, com abertura de novos espaços de informação e de deliberação.

Todavia, há limites e grandes desafios para uma “democracia digital”, dando azo a uma denominada “corrente pessimista da Internet”, que, em linhas gerais, segundo Magrani, são:

- a) Assimetrias de acesso à Internet e à educação digital (risco de exclusão);
- b) Sobrecarga de informação (*information overload*);¹⁴
- c) Filtros-bolha (*filter bubble*);¹⁵
- d) Polarização e fragmentação;
- e) Falta de engajamento político *on-line* e sistema político não dialógico (o Estado 1.0);
- f) Tecnicização do debate;

14 Segundo Magrani (2014, p. 114), a sobrecarga de informação “ocorre quando a quantidade de informação captada pelo indivíduo excede sua capacidade de processá-las, gerando dificuldades de várias ordens como, por exemplo, na filtragem das informações, bem como na compreensão e tomada de decisões”. Como dupla consequência do fenómeno da sobrecarga de informação, segundo Magrani (obra citada, p. 117): “há de um lado a filtragem de conteúdo feita pelos próprios provedores, limitando nossa autonomia on-line na busca por novas informações na esfera pública virtual. De outro lado, há a busca dos indivíduos por filtrarem voluntariamente as informações que consomem gerando o problema da fragmentação do debate a partir do momento em que as pessoas vão optar por consumir informações que estejam alinhadas com seus próprios pontos de vista”.

15 Magrani (2014, p. 118) afirma que *filter bubble* (ou filtro-bolha) “pode ser definida como um conjunto de dados gerado por todos os mecanismos algoritmos utilizados para se fazer uma edição invisível voltada à customização da navegação on-line”. Em outras palavras: “é uma espécie de personificação dos conteúdos da rede, feita por determinadas empresas como o Google, através dos seus mecanismos de busca e redes sociais como o Facebook, entre diversas outras plataformas e provedores de conteúdo”.

g) Tecnologia para o controle.

O professor de Harvard Lawrence Lessig, referido por Magrani,¹⁶ chamou a atenção para o fato de que a própria arquitetura da Internet, dos *hardwares* e *softwares* que a compõem, com estruturação técnica e códigos que regem seu funcionamento, é também uma maneira de se regular o comportamento humano. A seu ver, são formas “por vezes tão eficientes quanto outras formas mais conhecidas como o direito, a economia e as normas sociais”. Por isso, cunhou a expressão *Code is Law*, uma vez que

“a própria arquitetura dos sites nos deixa reféns dos algoritmos regulando nosso comportamento assim como o direito e criando obstáculos sérios ao acesso à informação, à autonomia individual, à privacidade e à liberdade de expressão”.

Pedro Abramovay¹⁷ anota que a Internet revolucionou muitos aspectos da vida contemporânea, mas a possibilidade de uma comunicação direta entre pessoas com laços fracos (pessoas que não construíram uma relação de confiança por meio dos mecanismos tradicionais) propiciou mudanças particularmente profundas em setores marcados por forte intermediação. A partir disso, vai direto à pergunta: qual é o papel do intermediário em um contexto em que as pessoas podem se comunicar diretamente?

Curiosamente, como anota o mesmo autor, talvez uma das últimas economias da intermediação que se mantêm praticamente intocadas pela Internet seja a política:

“A política é um sistema de intermediações. Intermediações de interesses, intermediação de valores. Partidos, sindicatos, associações e, até, políticos, são agentes intermediadores. E, se compararmos a política com qualquer outra atividade de intermediação, veremos que a política sofreu pouquíssimas

16 Magrani, 2014, p. 120.

17 Abramovay, 2014.

alterações em função da transformação nas formas de as pessoas se relacionarem por causa da internet”.¹⁸

Wilson Gomes¹⁹ revela que o tema da participação política ainda é um dos mais tradicionais da agenda de pesquisa da democracia e que, ao mesmo tempo, o conjunto de temas que relacionam participação civil e Internet – ou, em um quadro mais amplo, participação, engajamento cívico e tecnologias para comunicações digitais *on-line* – tem sido consideravelmente visitado nas últimas duas décadas.

Após indicar as justificativas da importância da participação e do engajamento cívicos em geral,²⁰ o autor arquiteta o porquê da participação *on-line*. Aduz que iniciativas digitais democraticamente relevantes são aquelas voltadas para, pelo menos, um dos três propósitos a seguir:

1. Fortalecimento da capacidade concorrencial da cidadania;
 - a. Aumentar a transparência do Estado e as formas de responsabilização dos agentes públicos (argumento contra o patrimonialismo);
 - b. Participação e influência civis.
2. Consolidar e reforçar uma sociedade de direitos, isto é, uma comunidade política organizada como Estado de direito (argumento por direitos e liberdades);

18 Abramovay, 2014, pp. 13-15.

19 Wilson Gomes, 2011.

20 Aduz que o padrão argumentativo quase sempre inclui todas ou a maior parte das opções a seguir: a) o governo representativo dos modernos (a democracia representativa liberal) está em descontinuidade com a democracia direta dos antigos; b) a descontinuidade consiste justamente no fato de que, na democracia direta, a participação de todos os cidadãos produzia a decisão política, enquanto no governo representativo a participação civil prevista e solicitada se restringe à escolha de lideranças políticas, estas, sim, encarregadas do trabalho de tomar a decisão política; c) os governos representativos, apesar de todas as vantagens relacionadas à ênfase nas liberdades individuais e à institucionalização do Estado baseado integralmente no direito, padecem de um morbo antidemocrático que leva os representantes e o sistema político em geral a se distanciarem e desconectarem progressivamente da esfera civil, dos seus interesses, opiniões e vontade. Como a esfera civil resulta ser o âmbito vital da comunidade política democrática, única instância que realmente justifica e legitima a própria democracia, quando a representação dela se afasta, não importando qual seja a razão para tanto, empobrece e faz definhar a democracia e a cidadania; d) essa tendência autocontraditória das democracias contemporâneas resulta em mínima participação do cidadão na condução dos negócios públicos e na espoliação crescente do seu status de soberano do Estado democrático (GOMES, 2011, p. 23).

3. Promover o aumento da diversidade de agentes, de agências e de agendas na esfera pública e nas instâncias de decisão política, bem como aumentar instrumentos, meios e oportunidades para que minorias políticas se representem e sejam representadas na esfera pública e nas instâncias de produção da decisão política (argumento pelo pluralismo e pelo aumento da capacidade concorrencial das minorias).

Cogita-se, em futuro próximo, inadiável, a massificação de votações eletrônicas, inclusive a distância, não só para a escolha de representantes políticos, mas também com vistas a um maior engajamento do cidadão na cena política geral,²¹ e para que se perfectibilize a exigência constitucional de transparência democrática.²²

Escolhas políticas levadas a efeito pelo poder público revestem-se de maior grau de legitimidade se submetidas previamente ao elevado descortino do titular do poder. Mesmo no campo

21 A Justiça Eleitoral, de há muito, beneficia-se fortemente da tecnologia. Cadastro informatizado, urna eletrônica e, mais recentemente, a biometria são exemplos vivos e candentes disso. Seja no plano jurisdicional, seja no plano administrativo, também há preocupação constante com a transparência eletrônica. Não obstante, vem sendo desafiada justamente na área da tecnologia. Dando vida a uma legislação que, no trato do tema, por vezes parece errática, a Justiça Eleitoral tem feito um esforço hercúleo para delimitar, no plano eleitoral, princípios e valores como a liberdade de expressão e o direito à informação. No campo jurisdicional eleitoral, um dos maiores desafios é bem interpretar a legislação eleitoral relativa ao tema da propaganda eleitoral na Internet. Nas eleições de 2014, vários debates sobre os limites da propaganda eleitoral na Internet foram travados no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, dentre os quais: i) propaganda antecipada; ii) propaganda em sites de pessoas jurídicas; iii) propagandas pagas; iv) uso do Facebook; v) uso do Twitter; e vi) páginas patrocinadas. A questão da Internet em matéria eleitoral também foi tratada pelo ângulo da conduta vedada em caso que envolveu o uso da ferramenta chamada *face-to-face*. Em todos os casos, a Justiça Eleitoral se viu desafiada diante de novidades que escapavam ao seu preparo técnico tradicional.

22 Por ocasião do julgamento do MI nº 284, tendo sido redator para o acórdão o e. Ministro Celso de Mello (DJ de 26.6.92, p. 10.103), o Pleno do STF assentou que: "Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e na formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo 'perigoso fascínio do absoluto'" (COMBLIN, Joseph. A ideologia da segurança nacional - o poder militar da América Latina. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p. 225), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em 'praxis' governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte Norberto Bobbio, em lição magistral sobre o tema (O futuro da democracia, Editora Paz e Terra, 1986), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5.), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de Bobbio, como "um modelo ideal do governo público em público."

eleitoral, tecnologias podem ser facilmente desenvolvidas em determinado sentido, por exemplo, para a reversão de índices crescentes de abstenção nas eleições para os postos principais do Executivo e do Legislativo, para a ampliação dos cânones democráticos relativos a referendos e plebiscitos, e para a arrecadação – via Internet, aplicativos eletrônicos e similares – de recursos para uso em campanhas eleitorais (*crowdfunding*).²³ Também são dignos de nota os avanços significativos da legislação eleitoral sobre o candente tema da propaganda na Internet.²⁴

Em boa medida, certo desencanto com a política (ou com os políticos),²⁵ principalmente entre os jovens, pode estar relacionado à insuficiência de veículos de comunicação e interação mais atraentes, amistosos, sensíveis a uma realidade que clama pela evolução do direito.²⁶

23 Confira-se o novel art. 23, § 3º, IV, da lei nº 9.504/97, acrescentado pela lei nº 13.488/2017, no sentido de que pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais por meio de “instituições que promovam técnicas e serviços de financiamento coletivo por meio de sítios na internet, aplicativos eletrônicos e outros recursos similares [...]”.

24 De acordo com o art. 57-B da lei nº 9.504/97, com a redação dada pela lei nº 13.488/2017, a propaganda eleitoral na Internet poderá ser realizada por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e a aplicações de Internet assemelhadas, cujo conteúdo seja gerado por candidatos, partidos políticos ou coligações; ou qualquer pessoa natural, desde que não contrate impulsionamento de conteúdos. Interessante, ainda, o art. 57-C, no sentido de que: “É vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet, excetuado o impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes”.

25 Digno de nota o alto índice de abstenção nas eleições municipais chilenas de 2016. Mesmo considerando que o voto no Chile não é mais obrigatório desde as eleições de 2012, a imprensa já indicara anteriormente ao pleito a possibilidade de abstenção em massa, com o que seriam colocados à prova, em um só jato, políticos e instituições. O receio da imprensa era verdadeiro e se confirmou. No dia 23.10, o índice de abstenção foi de 65,10%, ou seja, o pior índice desde o retorno da democracia ao Chile. De um universo de 14,1 milhões de eleitores habilitados a votar, compareceram às urnas apenas 4,9 milhões, o que equivale a 34,9% de participação. Houve certo consenso na imprensa do Chile sobre a principal causa da maciça abstenção: a mudança do regime de voto obrigatório para o regime de voto voluntário, levado a efeito pela vez primeira nas eleições de 2012, com índice de abstenção de 55%. Além disso, houve referências em jornais e revistas chilenas sobre causas secundárias, acessórias, como falta de motivação e interesse do eleitorado, sobretudo entre os jovens, ligados a desencanto e descontentamento com a classe política. O alto índice de abstenção, comparado às abstenções recentemente havidas nos referendos colombiano (sobre o acordo de paz com as FARC) e húngaro (para a definição de cotas de refugiados), respectivamente de 73% e 61,2%, reacenderam no Chile vivo debate sobre a conveniência da manutenção do voto facultativo.

26 Caggiano afirma: “Identifica-se nos tempos atuais uma manifesta postura de insatisfação da cidadania com o mero direito de depositar o seu voto na urna, escolhendo os seus governantes; o cidadão pretende mais e esta busca por espaços de eficaz e fática participação no polo das decisions making bodies vem motivando estudos e inovadoras fórmulas democráticas.” (CAGGIANO, M. H. A e-democracia – o exercício da cidadania na era digital. Disponível em: <http://www.cepes.org.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=371:a-e-democracia-o-exercicio-da-cidadania-na-era-digital&catid=41:monica&Itemid=64>. Acesso em: 13 dez. 2016.

DESAFIOS DA DEMOCRACIA DIGITAL

Inúmeros são os desafios ditados pela era da democracia digital. Nos dias que correm, o mundo foi surpreendido pela comprovada nefasta influência das redes sociais nos processos eleitorais relativos ao Brexit e às eleições americanas.

A influência das *fake news* nas eleições americanas foi confirmada em visita recente do Federal Bureau of Investigation (FBI) – time de crimes cibernéticos – ao Tribunal Superior Eleitoral. Em nome da liberdade de expressão, cultuada pelos americanos em larga escala, agentes inescrupulosos produziram debates eleitorais artificiais e, paralelamente a isso, comportamentos políticos e sociais direcionados a finalidades estranhas à boa ordem democrática.

Em uma espécie de tsunami eleitoral, democracias ao redor do mundo estão definitivamente expostas ao risco real de desvirtuamento do debate político. Informações são manipuladas e a verdade é corrompida.²⁷ As eleições brasileiras de outubro de

27 Em entrevista recente ao aclamado jornalista David Letterman, disponível na Netflix, o ex-presidente Barack Obama teve oportunidade de ferir o tema da pós-verdade. Confira-se, em tradução livre:

David Letterman: Vamos dizer que ainda haja uma democracia, e que o processo eleitoral seja manipulado por países estrangeiros. Obama: Hipoteticamente. DL: Exato. O que prejudica mais a democracia? Seria a humilhação do líder da democracia pela imprensa ou seria alguém ferrando com o processo eleitoral? Obama: Um dos maiores desafios da nossa democracia é o grau em que não compartilhamos uma base comum dos fatos. Havia um conhecido Senador de Nova York, Daniel Patrick Moynihan, e, uma vez, debatendo com um colega dos menos capazes, o homem ficou frustrado e disse: “Senador Moynihan, essa é a sua opinião. E eu tenho a minha”. E Moynihan disse: “O senhor pode ter a sua própria opinião, mas não pode ter os seus próprios fatos”. O que os russos exploraram, mas já ocorria aqui, é que nós funcionamos em universos de informação totalmente diferentes. Se você assiste à Fox News, você vive em outro planeta daquele em que vive se ouvir a rádio NPR. Na nossa campanha em 2007, 2008, fomos dos primeiros a usar redes sociais. E nós dependíamos de jovens de 22, 23 anos e voluntários compartilhando, e eles não paravam. Comunicavam-se apenas por redes sociais, e nós construímos o que acabou sendo a mais eficiente campanha política da história política moderna. Eu estava muito otimista. Acho que não percebemos o grau no qual as pessoas no poder, as que têm interesses especiais, os governos estrangeiros, etc., podem, de fato, manipular isso e propagandear. DL: Eu tinha a impressão de que o Twitter seria o mecanismo usado para propagar a verdade pelo mundo. Obama: Se você obtém toda a sua informação de algoritmos enviados por um telefone, ela reforça suas tendências, que são um padrão que se desenvolve. Fizeram um experimento interessante. Não foi científico, foi só o experimento que alguém fez

2018 são “a bola da vez”. O Brasil detém a quarta posição no *ranking* mundial de acesso à Internet, com 116 milhões de usuários,²⁸ e os especialistas apontam as *fake news* como o principal desafio das campanhas na Internet. Se, de um lado, as redes sociais estreitam as relações interpessoais, de outro, consubstanciam uma poderosa arma eleitoral. Especialistas em *marketing* político afirmam que são quatro os principais desafios encontrados pelos candidatos em ano eleitoral: a) arrecadação de dinheiro; b) combate a boatos; c) estímulo à militância; e d) votos.

O escândalo envolvendo o Facebook dá provas dos riscos inerentes ao uso em larga escala das redes sociais em campanhas eleitorais. Um dado interessante da realidade é que Mark Zuckerberg, ao ver sua empresa perder bilhões, desculpou-se com usuários por meio de anúncios pagos em jornais tradicionais. Não deixa de ser curioso que, para limpar sua imagem, a empresa recorra à mídia tradicional, publicando anúncios pagos no *The New York Times*, *The Wall Street Journal*, *The Washington Post* e em seis impressos britânicos. Para Eduardo Tancinsky, consultor especializado em marcas, Zuckerberg percebeu que não adianta apenas recorrer às mídias sociais para transmitir uma mensagem positiva. Ao publicar anúncios pagos em jornais, ele disse para o mundo inteiro que reconhece a credibilidade deles e que, afinal, continuam sendo indispensáveis em um mundo recheado de notícias falsas.²⁹

na revolução ocorrida no Egito, na Praça Tahrir. Pegaram um liberal, um conservador e um “moderado” e lhes pediram uma pesquisa no Google. “Egito, digitem”. Para o conservador, apareceu “Irmandade Muçulmana”. Para o liberal, “Praça Tahrir”. Para o moderado, apareceu: “Locais de férias no Nilo”. Mas não importam suas tendências, era para lá que iam. E isso reforça mais com o tempo. É o que ocorre com as páginas do Facebook de onde as pessoas tiram suas notícias. Uma hora, você está em uma bolha. Em parte, é por isso que nossa política está tão polarizada. Eu acho que o problema tem solução, mas é preciso pensar muito para chegar a ela. DL: Uma boa ferramenta que se virou contra nós. Eu li um livro que escreveu: [...continua com outro tema].

28 Segalla, Amauri. Suprema ironia: para limpar sua imagem, Facebook recorre à mídia tradicional – MERCADO S/A. Estado de Minas. 28.3.2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/03/28/internas_economia,947301/mercado-s-a.shtml>. Acesso em: 14 abr. 2018.

29 TANCINSKY, Eduardo. Internet para todos. Estado de Minas. 26.2.2018. Disponível em: <<http://impresso.em.com.br/app/noticia/cadernos/opiniao/2018/.../internet-para-todos.shtml>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

NOTAS CONCLUSIVAS

Parece evidente que a democracia não se restringe ao voto – mesmo a democracia representativa não se resume a isso. A democracia almejada, como instituição dinâmica, viva e em constante edificação, deve exigir do cidadão engajado participação substancial não só na fabricação das regras do jogo democrático, mas também no controle diuturno do uso que em seu nome se faz do poder político. Além disso, para uma necessária legitimação, deve propiciar os meios materiais de participação popular.

Sob esse ponto de vista, a democracia participativa se apresenta não como a superação da democracia representativa, que se diz desgastada ou até mesmo em crise, mas como a sua complementação, o seu aperfeiçoamento. Da premente necessidade de se “democratizar a democracia”, descortina-se campo fértil de ação para instrumentos cada vez mais ágeis e efetivos de participação popular no e para o exercício do poder.

A democracia não está em crise, muito menos com os dias contados. Se há crise, esta se circunscreve a um de seus modelos, a democracia representativa. Nada incontornável que não possa ser dirimido pelo bom uso dos instrumentos de participação popular, com papel de destaque para as novas tecnologias.

Certo está, então, Shapiro ao dizer que a prova maior de que a democracia está viva e continua sendo indispensável componente da legitimidade política está no fato de que governos das mais diversas colorações ideológicas, em todos os cantos do mundo, tentam se cobrir com ela. Para o autor:

“Os aspirantes à liderança política podem ser progressistas ou conservadores, meritocratas ou igualitaristas, nacionalistas ou cosmopolitas, multiculturalistas ou defensores de uma cultura única. É muito mais difícil para eles opor-se abertamente à democracia – o que rara-

mente acontece – do que adotar qualquer uma dessas posições. Podem atacar as deturpações ou desvios da democracia, ou afirmar que determinado sistema de representação democrática é injusto. Podem discutir a respeito do significado da democracia e das instituições que ela exige. Podem até tentar defender a tese de que seu país ‘ainda’ não está preparado para a democracia – reconhecendo-lhe a legitimidade no mesmo momento em que se esquivam dela. No mundo contemporâneo, portanto, a aprovação à ideia de democracia é praticamente inegociável”.³⁰

30 SHAPIRO, 2006, p. 245.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro. Prefácio. In MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político democrático. Curitiba: Juruá, 2014, p. 13-15.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Lei nº 13.488, de 6 de outubro 2017. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13488-6-outubro-2017-785551-publicacao-original-153918-pl.html>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BREGA, José Fernando. Governo eletrônico e direito administrativo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CAGGIANO, Mônica Herman. A e-democracia – o exercício da cidadania na era digital. Disponível em: <http://www.cepes.org.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=371:a-e-democracia-o-exercicio-da-cidadania-na-era-digital&catid=41:monica&Itemid=64>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CARDON, Dominique. À quoi rêvent les algorithmes. Nos viés à l'heure des big data. Paris: Editora Le Seuil, 2015.

_____. In MACIEL, Nahima. Internet, ética e sociedade pautam os debates de hoje na Bienal Brasil. Correio Braziliense. 26.10.2016. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/diversao-e-arte/2016/10/26/inter_na_diversao_arte,554676/internet-etica-e-sociedade-pautam-os-debates-de-hoje-na-bienal-brasil.shtml>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CASTANHO, Maria Augusta Ferreira da Silva. E-democracia: a democracia

do futuro?. 2009. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

COMBLIN, Joseph. A ideologia da segurança nacional: o poder militar da América Latina. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

GOMES, Wilson. Participação política on-line: questões e hipóteses de trabalho. In MAIA, Rousiley Celi Moreira; GOMES, Wilson; MARQUES, Francisco Paulo. (Orgs.). Internet e participação política no Brasil. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 19-45.

MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

MOTTA, Moacyr Parra. Interpretação constitucional sob princípios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SEGALLA, Amauri. Suprema ironia: para limpar sua imagem, Facebook recorre à mídia tradicional – MERCADO S/A. Estado de Minas. 28.3.2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/03/28/internas_economia,947301/mercado-s-a.shtml>. Acesso em: 14 abr. 2018.

SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 245.

TANCINSKY, Eduardo. Internet para todos. Estado de Minas. 26.2.2018. Disponível em: <<http://impresso.em.com.br/app/noticia/cadernos/opiniao/2018/.../internet-para-todos.shtml>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CAPÍTULO 6

DA ADEQUAÇÃO DA PONDERAÇÃO COMO MEIO DE ADJUDICAÇÃO DE CONFLITOS CONSTITUCIONAIS

DAVID DUARTE

PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RICARDO CAMPOS

PEDRO MONIZ LOPES



DAVID DUARTE

Mestre e doutor em direito público pela Universidade de Lisboa. Atualmente é professor desta instituição e consultor em direito administrativo.

DAVID DUARTE

ESQUEMA SOBRE AS CONDIÇÕES NORMATIVAS NECESSÁRIAS DA PONDERAÇÃO

A aplicação de uma norma para a solução de um caso, entendido como um problema relativo ao estatuto deôntico de uma acção, passa por várias etapas: até àquela solução, cabe, nomeadamente, definir as propriedades relevantes do caso, determinar os enunciados normativos pertinentes, realizar as operações linguísticas de interpretação, eventualmente com recurso a normas interpretativas, eleger as normas relevantes e, na verificação de conflitos normativos, resolver a incompatibilidade de estatutos deônticos que daí decorre.¹ Nesta sequência, a verificação de um conflito de normas é uma ocorrência meramente contingente: nada invalida que um caso convoque apenas uma norma, ou mais do que uma sem incompatibilidade de dever ser, e que uma simples subsunção, accionando a condicionalidade normativa, seja suficiente para obter o estatuto deôntico da acção em causa. Quando assim é, a aplicação do direito passa ao lado da ponderação, não tendo esta qualquer pertinência na solução jurídica do caso.

Esta afirmação permite isolar, desde logo, a primeira condição necessária da ponderação: a verificação de um conflito entre normas. Nestes termos, depende inicialmente da verificação dos

¹ Sobre o percurso da solução de um caso, e por exemplo, Bartosz Brożek (2007:193 e ss.) e Neil MacCormick (2005:32 e ss.)

requisitos próprios desse estado de coisas normativo: (i) a sobreposição de antecedentes; e (ii) a incompatibilidade de consequências deônticas.

O antecedente de uma norma define o recorte de realidade a que a norma se aplica, o que inclui outras normas, se se tratar de uma norma secundária. Regra geral, é composto pelas condições relativas à oportunidade de realização da acção prevista na consequência com as eventuais condições adicionais estabelecidas pela autoridade normativa.² A razão pela qual a sobreposição de antecedentes é um requisito da verificação de um conflito normativo é simples: se as normas não se aplicam ao mesmo recorte de realidade, não podem por ele ser simultaneamente accionadas, impedindo-se logo por aqui que as respectivas consequências possam vir a ser incompatíveis. Pode-se verificar a sobreposição de antecedentes em três formatos distintos: (i) total-total, quando os antecedentes têm exactamente as mesmas condições; (ii) total-parcial, quando o antecedente de uma norma tem apenas parte das condições de outra; e (iii) parcial-parcial, quando o antecedente de cada uma das normas tem apenas parte das condições de outra, o que se verifica de forma recíproca.³ Daqui decorre, então, que é possível verificarse um conflito normativo sempre que duas ou mais normas têm antecedentes sobrepostos em qualquer um destes três formatos.

(i) Se a norma N1 tem como antecedentes as condições a1 e a2 e a norma N2 tem como antecedentes as condições a1 e a2, então as duas normas estão numa sobreposição em formato total-total;

(ii) Se a norma N1 tem como antecedentes as condições a1 e a2 e a norma N2 tem como antecedentes as condições a1 e a2 e a3, então as duas normas estão numa sobreposição em formato total-parcial;

2 Paradigmaticamente, Georg von Wright (1963:74 e ss.).

3 Ver, Santiago Nino (2003:274) e Alf Ross (1958:128).

(iii) Se a norma N1 tem como antecedentes as condições a1 e a2 e a norma N2 tem como antecedentes as condições a1 e a3, então as duas normas estão numa sobreposição em formato parcial-parcial.

O segundo requisito da verificação de um conflito normativo diz respeito à incompatibilidade das consequências, ou seja, à verificação de mais do que um estatuto deontico para a acção em causa. A verificação deste requisito em cumulação com o anterior torna o conflito normativo necessário: há sempre um conflito entre normas quando ambos os requisitos estão presentes. A incompatibilidade de consequências pode provir: (i) de normas com estatutos deonticos distintos para a mesma acção; (ii) de normas com estatutos deonticos distintos para acções diferentes que se sobrepõem; ou (iii) de normas com estatutos deonticos iguais para acções diferentes que se sobrepõem de modo empiricamente incompatível sob diferentes titularidades.

(iv) A primeira verifica-se quando uma norma N1 determina Px (permitido X [por exemplo, X = fumar]) e outra N2 determina Fx (proibido X): aqui, a mesma acção X é simultaneamente permitida e proibida, o que é logicamente contraditório;

(v) A segunda verifica-se quando uma norma N3 determina Pq (permitido Q [por exemplo, Q = expressar-se]) e outra N4 determina Fp (proibido P [por exemplo, P = afectar a honra de terceiros]): assim, quando o sujeito realiza uma acção que sobrepõe Q e P (uma expressão que afecta a honra de terceiros), a acção é simultaneamente permitida e proibida, criando igualmente uma contradição deontica;

(vi) A terceira verifica-se quando uma norma N5 determina Pz (permitido Z [por exemplo, Z = tocar um instrumento musical]) e outra N6 determina Ps (permitido S [por exemplo, S = dormir]): nesta situação, quando o sujeito realiza a acção Z em sobreposição com S, em razão das distintas titularidades, de forma a que só uma possa ocorrer, então os dois estatutos deonticos iguais conflituam.

A verificação de um conflito normativo, presentes que estejam os respectivos requisitos, é, portanto, a primeira condição necessária da ponderação. Sem conflito entre normas, nada há a ponderar, dado que o direito oferece para o caso uma solução una ou uma pluralidade de soluções passíveis de cumulação. Nestes termos, a realização de uma ponderação sem conflito normativo, no sentido de uma qualquer escolha da norma aplicável, nomeadamente por afastamento da que efectivamente abrange o caso, não é mais do que uma violação do direito: a desaplicação da norma que o cobre é um incumprimento do dever de solucionar o caso nos termos em que o direito o prevê. É, no entanto, bem mais do que isso: é também uma forma de exercício de competências de produção normativa inexistentes: o operador do direito, com relevo para o juiz, não tem base competencial para fazer cessar a incidência da norma ao caso, afastando deste, como se de uma revogação circunstancial se tratasse, a consequência jurídica que a autoridade normativa previu para ele.⁴

A SEGUNDA CONDIÇÃO NECESSÁRIA: INAPLICABILIDADE DE NORMAS DE CONFLITOS

A existência de um conflito normativo não é, por si só, condição suficiente para que haja lugar a uma ponderação. Acresce a essa condição a de não ser aplicável ao conflito normativo uma qualquer norma de conflitos de entre as existentes no ordenamento jurídico de referência. A explicação desta segunda condição necessária é também simples: se o conflito normativo é passível de ser resolvido por via de uma norma de conflitos, então é essa a norma que realiza a escolha da norma aplicável ao caso, não havendo, assim, qualquer lugar para a ponderação.

A existência de normas de conflitos num ordenamento jurídico é, naturalmente, contingente: depende, como se verifica com quase todas as normas, da vontade da autoridade normativa, podendo esta introduzir mais ou menos e com este ou aquele

⁴ Quanto à manipulação do direito como forma de exercício de competências inexistentes, embora no contexto da linguagem, Frederick Schauer (2008:1129).

conteúdos.⁵ Regra geral, e para além de outras que avulsamente se encontram, é frequente a presença de três normas de conflitos: (i) a norma de prevalência da norma superior; (ii) a norma de prevalência da norma posterior; e (iii) a norma de prevalência da norma especial. Nestes termos, e na hipótese de estas três normas esgotarem as soluções para conflitos normativos que um ordenamento jurídico dispõe, é pressuposto necessário da ponderação que nenhuma delas se aplique ao conflito em causa.

A norma de conflitos que determina a prevalência da norma superior é a que impõe que, na incompatibilidade deôntica entre normas constantes de níveis hierárquicos distintos, prevalece a que se encontra em nível superior. A simplicidade do enunciado esconde, no entanto, problemas maiores. É que, em rigor, esta norma só se aplica a conflitos ocorridos sob o formato total-total ou sob o formato total-parcial se a norma superior for a norma especial.⁶ Assim, se o conflito for total - parcial e a norma superior for a norma geral, o que vem a verificar-se é um conflito de normas de conflitos: a norma de prevalência da norma superior não se aplica enquanto não se resolver o conflito em que ela própria entra com a norma de prevalência da norma especial. Por outro lado, a norma de prevalência da norma superior não se aplica a conflitos do formato parcial-parcial: trata-se de um tipo de conflito em que as normas só conflituam na zona de sobreposição e, por isso, podem aplicar-se autonomamente sem conflito. Por esta razão, é destituído de sentido que haja uma prevalência por superioridade no contexto de um conflito meramente contingente, mais ainda quando à prevalência da norma superior se associa outra, como amiúde se verifica, determinando o afastamento do conjunto normativo da norma preterida.⁷ Importa também notar que, ao contrário do que se verifica nos demais formatos de conflito, no parcial-parcial o conflito é de natureza estritamente

5 Sobre a contingência do conteúdo dos ordenamentos jurídicos, Eugenio Bulygin (2010:285).

6 Ver, por exemplo, David Martinez Zorrilla (2007:148 e ss.) e David Duarte (2010:56).

7 Como se verifica, nomeadamente, nos casos de inconstitucionalidade. Por exemplo, o art. 282, nº 1, da Constituição portuguesa e o art. 102.º, § 2, da Constituição brasileira.

material, no sentido de que é uma escolha que se resume a saber qual a consequência a prevalecer para duas condições diferentes cumuladas, contrapondo apenas e tão só o conteúdo material dessas condições. Por esta razão, pode mesmo afirmar-se, inclusive, que a natureza estritamente material do conflito parcial-parcial aponta para que escape a quaisquer normas de conflitos em sentido próprio.⁸

(vii) Com a norma N1, que tem como antecedentes as condições a1 e a2, e a norma N2, que tem como antecedentes as condições a1 e a3, o conflito, com Px para N1 e Fx para N2, tem por base uma sobreposição de normas em formato parcial-parcial;

(viii) Ao contrário do que se verifica nos demais conflitos, aqui a escolha entre N1 e N2 é totalmente material: diz respeito exclusivamente a saber se Px deve prevalecer sobre Fx, ou vice-versa, quando as condições a2 e a3 ocorrem simultaneamente, e apenas em razão dessas condições;

(ix) É, assim, visível que, entre N1 e N2, quando há conflito, nada há de estruturalmente distinto entre ambas; a diferença está só na relação de consequências incompatíveis para condições específicas diferentes, o que implica que a solução do conflito tem de passar sempre por uma escolha estritamente material.

A norma de conflitos que determina a prevalência da norma posterior é a que impõe que, na incompatibilidade deôntica entre normas introduzidas no conjunto normativo em tempos distintos, prevalece a introduzida em momento posterior. A mesma equação de falsa simplicidade encontra-se também aqui. Para além de valerem nesta sede as questões relativas à inaplicabilidade da norma a conflitos do tipo parcial-parcial, bem como ao conflito com a norma de prevalência da norma especial quando a norma especial é a anterior, o que releva é o problema de saber

8 Que, como se sabe, se caracterizam por ter um critério de escolha totalmente formal (no sentido de nada ter a ver com o conteúdo da norma). É relevante notar que o conflito de tipo parcial-parcial é exactamente o que integra a grande generalidade dos conflitos entre princípios, sendo esta, a insusceptibilidade de normas de conflitos, a explicação da sua propensão para a ponderação. Quanto a isto, David Duarte (2012:51 e ss.).

qual o critério para determinar quando é introduzida uma norma no conjunto normativo, nomeadamente na contraposição entre aprovação, publicação e início de vigência. Não restam muitas dúvidas, no entanto, quanto a esse momento ser o do início de vigência: se uma norma só ordena a acção após o início de vigência, independentemente agora de poder ter uma condição suspensiva, e se só interage com as demais também nesse mesmo momento, daqui decorre que não faz qualquer sentido que outro momento possa ser eleito como critério. Afirmá-lo significaria, naturalmente, que haveria uma vigência prévia parcial restrita a conflitos normativos, o que não tem qualquer suporte normativo.

(x) A questão é relevante quando, havendo conflito, a norma N1 é publicada no tempo t1 e entra em vigor no tempo t4, enquanto a norma N2 é publicada no tempo t2 e entra em vigor no tempo t3;

(xi) Se o conflito não for do tipo parcial-parcial, pois aí a norma de conflitos é inaplicável, de acordo com o critério da publicação N2 revoga N1, enquanto N1 revoga N2 se o critério for o do início da vigência.

A norma de conflitos que determina a prevalência da norma especial é a que impõe que, na incompatibilidade deontica entre uma norma geral e uma norma especial, prevalece a norma especial. Aqui, a questão mais relevante é a de saber o que é uma norma especial, o que se entende como sendo equivalente, do ponto de vista lógico, ao que comumente se designa como norma excepcional. A norma especial (ou excepcional) é a que, tendo um estatuto deontico incompatível, encontra-se com outra numa relação de consumpção de antecedentes. Assim, quando a norma com mais condições, que significa um recorte menor de realidade, tem o seu antecedente preenchido, daí decorre que ambas as normas se aplicam ao caso: o antecedente da norma com menos condições, que abrange um recorte de realidade maior, é também preenchido. Esta sobreposição total-parcial gera, então, o chamado conflito de especialidade, sempre resolvido pela norma de prevalência agora em causa. Importa, também, notar que a relação

de especialidade (ou excepcionalidade) é meramente relacional: uma norma pode ser geral relativamente a outra e especial na contraposição com uma norma terceira, razão pela qual a qualidade de «norma especial» (ou excepcional) nunca é substantiva.

(xii) Se a N1 tem no seu antecedente as condições a1 e a2 e a norma N2 tem no seu antecedente as condições a1, a2 e a3, então as normas estão numa relação de antecedentes do tipo total-parcial (ou de consumpção);

(xiii) Com incompatibilidade de estatutos deônticos, há um conflito normativo: se N1 é Px (permitido X) e N2 é Fx (proibido X), quando se preenchem as três condições de N2, também se preenchem necessariamente as duas de N1;

(xiv) A natureza meramente relacional da especialidade é visível com a contraposição com a norma N3, cujos antecedentes são a1, a2, a3 e a4: neste caso, e com incompatibilidade de estatutos deônticos, N2 é uma norma especial relativamente à N1 e geral relativamente à N3.

A inaplicabilidade de normas de conflitos a um conflito normativo como segunda condição necessária da ponderação não se esgota na inaplicabilidade das normas de conflitos agora vistas. Mesmo que se conceba um ordenamento jurídico em que apenas estas dele fazem parte, é relevante notar ainda que as normas de conflitos podem entrar em conflitos entre si e que é necessário, para que a ponderação seja pertinente, que não haja normas de conflitos de segundo grau aplicáveis. Por exemplo, se a norma de prevalência da norma superior entrar em conflito com a norma de prevalência da norma especial, porque a superior é geral, não há lugar à ponderação se o conjunto normativo em causa contiver uma norma de conflitos de segundo grau determinando que a superioridade prevalece sobre a especialidade. No entanto, se essa norma não existir, daí resulta que o conflito entre as normas primárias passa inconclusivamente pelas normas de conflitos e que, nesses termos, apenas pode ser re-

solvido por ponderação.⁹ A existência de normas de conflitos de segundo grau é relativamente rara, razão pela qual a sua presença nas condições necessárias da ponderação é bastante esquecida.¹⁰ No entanto, isso não invalida a premissa de partida: como uma norma de conflitos de segundo grau também é uma norma de conflitos, é condição necessária da ponderação que nenhuma seja aplicável ao conflito normativo entre as normas primárias.

A realização de uma ponderação quando são aplicáveis normas de conflitos ao conflito normativo em causa é, naturalmente, uma violação do direito: significa que uma norma aplicável ao caso, a norma secundária de conflitos, não foi efectivamente aplicada. O que o operador do direito faz nesse caso, com relevo para o juiz, é, em rigor, afastar a solução decidida pela autoridade normativa quando estabeleceu que deveria prevalecer a norma especial ou a superior, por exemplo. Todavia, ao fazê-lo, aquele operador também exerce uma competência que não detém: esse afastamento é o exercício de uma permissão de desaplicação da norma de conflitos que não tem qualquer suporte normativo e que é, assim, criada sem base competencial.

A CONDIÇÃO NECESSÁRIA SUPLEMENTAR: PROIBIÇÃO DE *NON LIQUET*

A verificação de um cenário normativo em que duas ou mais normas conflituam sem que uma norma de conflitos possa determinar qual delas é aplicável ao caso constitui o estado de coisas em que a ponderação é pertinente, ou seja, constitui o estado de coisas em que o direito não tem uma solução específica para o conflito, determinando, nesses termos, que se deve realizar uma

⁹ É esta a razão que justifica a ponderação entre princípios de nível superior e regras de nível inferior: como a regra é sempre uma norma especial relativamente a um princípio, este conflito gera um conflito entre normas de conflito (superioridade e especialidade), no qual, não havendo norma de conflitos de segundo grau, como regra geral nunca há para este conflito, não há alternativa senão a realização de uma ponderação. Como, em acréscimo, a regra inferior é especial relativamente a mais do que um princípio superior (e em conflito), daí também se explica a razão pela qual este conflito faz ponderar os princípios superiores em colisão.

¹⁰ Embora sejam conhecidas normas de conflito de segundo grau. São os casos da norma do n.º 3 do art. 7.º do Código Civil português e da norma do art. 2.º, § 2, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, resultante do Decreto-Lei n.º 4657, de 4 de Setembro de 1942, na redacção actual. Em ambos os casos, são normas que determinam a prevalência da especialidade sobre a posterioridade, quando haja conflito entre as respectivas normas de prevalência.

escolha entre as normas conflituantes. Todavia, e em bom rigor, nada prejudicaria que a situação ficasse por aqui: como o direito é inconclusivo por excesso de normas, tendo excesso de estatutos deônticos para a acção, daí poderia decorrer que o caso poderia ficar sem qualquer solução jurídica.

É neste contexto que releva a vigência de uma norma como a da proibição de *non liquet*, exactamente a que proíbe que o caso fique sem a tal solução jurídica. Embora também se trate de uma norma estritamente contingente, pois podem conceber-se ordenamentos jurídicos em que ela não exista, o que é certo é que, nos conjuntos normativos contemporâneos, constata-se a regularidade da sua existência. Assim, com a proibição que encerra, a verificação das condições normativas necessárias da ponderação, agora vistas, cria uma espécie de beco sem saída: há mais do que um estatuto deôntico para a acção, não há norma que faça a escolha de qual deles é o aplicável, sendo que o direito obriga, ao mesmo tempo, e precisamente através da proibição de *non liquet*, que essa escolha se realize. O operador do direito, com relevo para o juiz, está, assim, obrigado a ponderar, devendo realizar a operação metodológica de escolha da norma com a solução para o caso.

A verificação desta condição suplementar, resultante de uma norma frequente nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, torna totalmente destituído de sentido o conhecido combate à ponderação.¹¹ A operação metodológica que a mesma consubstancia, na verificação das suas condições necessárias, é uma inevitabilidade normativa, inafastável sob pena de violação do direito. Por esta razão, é errado o caminho da censura à ponderação como operação metodológica de acentuado subjectivismo ou como porta para a introdução de considerações morais dentro do direito. Dada a sua inevitabilidade normativa, o que deve a ciência jurídica fazer, em vez de diabolizar a ponderação, é criar as condições metodológicas necessárias para que o processo de escolha da norma a aplicar ao caso seja o mais objectivo possível.¹²

11 Por exemplo, Jürgen Habermas (1996:259 e 260).

12 Caminho este, correcto, do qual é um excelente exemplo a fórmula do peso de Robert

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert - 2003. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 16. 433- 449.

BROZEK, Bartosz - 2007. *Rationality and Discourse*. Warsaw: Oficyna.

BULYGIN, Eugenio - 2010. Sobre la Equivalencia Pragmática entre Permiso y No Prohibición. *Doxa*. 33, 283-296.

DUARTE, David - 2012. An Experimental Essay on the Antecedent and Its Formulation. *i-Lex, Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*. 16. 37-60. - 2010. Normative Conditions of Balancing: Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts That Lead to Balances. *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*. Ed. Jan Reinard Sieckmann. Stuttgart: Franz Steiner Verlag. 51-62.

HABERMAS, Jürgen - 1996. *Between Facts and Norms*. Translated by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.

MACCORMICK, Neil - 2005. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.

NINO, Carlos Santiago - 2003. *Introducción al Análisis del Derecho*. 11ª edición. Barcelona: Ariel

ROSS, Alf - 1958. *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons Limited.

SCHAUER, Frederick - 2008. A Critical Guide to Vehicles in the Park. *New York University Law Review*. 83. 1109-1134.

WRIGHT, Georg Henrik von - 1963. *Norm and Action*. London: Routledge & Kegan Paul.

ZORRILLA, David Martinez - 2007. *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*. Madrid: Marcial Pons.



PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Doutor e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É ministro do Superior Tribunal de Justiça e professor de direito civil.

PAULO DE TARSO SANSEVERINO

A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DOS INTERESSES E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A partir do tema geral do Fórum – Reforma do Estado Social no contexto da globalização – e do título específico do painel *Adequação da ponderação como meio de adjudicação de conflitos constitucionais*, escolhi como tema para esta apresentação a possibilidade de aplicação da técnica da ponderação dos interesses na responsabilidade civil.

A exposição será dividida em duas partes, sendo a primeira dedicada aos aspectos teóricos da técnica da ponderação de interesses, enquanto a segunda analisará a possibilidade de sua aplicação concreta na responsabilidade civil.

A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

A análise da técnica da ponderação de interesses será desdobrada em dois tópicos: (a) o desenvolvimento da técnica no direito constitucional; (b) a possibilidade de sua aplicação no direito privado.

A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO DIREITO CONSTITUCIONAL

A técnica da ponderação de interesses tem sido muito utilizada no direito público, especialmente no direito constitucional, quando constatada a colisão de princípios de hierarquia equivalente.

O primeiro passo estabelece a noção de princípios, distinguindo-os das regras jurídicas.

No direito comparado, as principais tentativas para estabelecer critérios para essa distinção entre princípio e regra foram desenvolvidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Na perspectiva da *Common Law*, Ronald Dworkin, após criticar o positivismo de Hart,¹ procurou construir critérios para distinguir princípios (em sentido amplo) de regras. Denominou “princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social”, que são as *policies*, “mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.² Salientou que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”, sendo que as regras são “aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”:

“Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.³

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem, que é “dimensão do peso ou importância”, ou seja, “quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”.⁴ De outro lado, as regras não possuem essa dimensão, pois “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”.⁵

Na perspectiva da *Civil Law* (família romano-germânica), Robert Alexy, partindo das conclusões de Dworkin, conseguiu alcan-

1 HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito (The Concept of Law)*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, 3ª edição.

2 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

3 DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 39.

4 DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 42.

5 DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 43.

çar uma maior precisão conceitual na distinção entre princípios e regras. Em sua obra denominada *Teoria dos Direitos Fundamentais*,⁶ Alexy buscou sistematizar os direitos fundamentais que, na sua concepção, são aqueles positivados constitucionalmente, classificando-os quanto à matéria e quanto à forma.

Quanto à matéria, o autor preocupou-se em catalogar os direitos subjetivos a partir da posição jurídica do seu titular em relação ao seu objeto: direitos a algo ou pretensão (preocupação com o titular do direito); liberdades (preocupação com o seu destinatário); e competências (objeto da proteção).

Quanto à forma, Alexy procurou estabelecer a estrutura das normas de direitos fundamentais, fazendo uma distinção entre regras e princípios e buscando fixar as relações normativas nas hipóteses de conflitos e colisões. Deixou claro que "tanto regras como princípios são normas, porque ambos dizem com o que deve ser", ou seja, "ambos podem ser formulados com ajuda de expressões deônticas básicas de mandato, permissão e proibição".⁷

A diferença entre as duas modalidades de normas é qualitativa, e não de grau de generalidade. "Os princípios são mandados de otimização", que "ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes".⁸ De outro lado, "as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível", contendo "normas que somente podem ser cumpridas ou não". "Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos".⁹

Essa distinção apresenta-se especialmente relevante, quando ocorrem colisões entre princípios e conflitos entre regras que trazem soluções distintas.

6 ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

7 ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

8 ALEXY, Op. Cit., p. 86.

9 ALEXY, Op. Cit., p. 87.

Nos conflitos entre regras, uma delas deverá ser declarada inválida ou deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Exemplifica com o sinal sonoro para saída de uma aula. Nenhum aluno pode sair da sala de aula antes de tocar o sinal; entretanto, tocando o alarme de incêndio, os alunos devem abandonar o local imediatamente. Na realidade, a regra da saída apenas após o sinal sonoro apresenta uma cláusula de exceção na hipótese do alarme de incêndio.¹⁰

As colisões entre princípios resolvem-se de maneira diferente. Quando dois princípios entram em colisão, um deles deve preponderar sobre o outro, não havendo, porém, invalidação ou cláusula de exceção. Deve preponderar o princípio de maior peso.

Assim, enquanto nos conflitos de regras a questão resolve-se no plano da validade, na colisão entre princípios a solução está na dimensão do peso.¹¹

O autor explica, ainda, o funcionamento da lei de colisão dos princípios, observando que deve ser procedida “a ponderação de qual dos interesses, abstratamente da mesma hierarquia, possui maior peso no caso concreto”.¹² Logo, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, “se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada”, indicando-se as condições sob as quais um princípio precede ao outro naquela situação.¹³

A lei de colisão é um dos pontos centrais da teoria dos princípios de Alexy, refletindo que, sendo mandatos de otimização, não apresentam uma relação de absoluta precedência entre eles e se referem a situações que não são previamente quantificáveis.¹⁴

10 ALEXY, Op. Cit., p. 88.

11 ALEXY, Op. Cit., p. 89.

12 ALEXY, Op. Cit., p. 90.

13 ALEXY, Op. Cit., p. 92.

14 Alexy, Op. Cit., p. 95.

No plano do direito constitucional, tem-se um exemplo de colisão entre direitos fundamentais – entre o direito à vida e à liberdade religiosa no caso de necessidade de transfusão de sangue em um paciente vinculado às Testemunhas de Jeová.

São comuns também as colisões entre direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e a honra ou a imagem de uma pessoa, que se resolvem no plano da responsabilidade civil, especialmente à luz do instituto do abuso de direito, positivado no art. 187 do Código Civil.

A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO DIREITO PRIVADO

A possibilidade de aplicação da técnica da ponderação de interesses no âmbito do direito privado tem sido objeto de debate doutrinário.

Anderson Schreiber manifesta-se no sentido da possibilidade de aplicação dessa técnica no direito civil e, especialmente, na responsabilidade civil.¹⁵

Com efeito, há inequivocamente a possibilidade de sua utilização, em face da crescente adoção da técnica da estatuição aberta no âmbito do direito privado, como serve de exemplo o Código Civil de 2002 (CC/2002).

Miguel Reale, que presidiu a comissão de juristas encarregada da elaboração do Projeto de Código Civil, era criticado por ter elaborado o “Código Civil dos Juízes”, o que ele recebia como um elogio, pois a ampla utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados no texto normativo conferiu ao CC/2002 uma capacidade de permanente atualização diante de novas situações fáticas.¹⁶

¹⁵ Schreiber, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁶ REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 808, jan./fev. 2003.

Efetivamente, as mudanças operadas na vida social são muito mais ricas e céleres do que o poder de legislar, sendo necessário o fornecimento de instrumentos normativos aos juízes para resolverem novos casos.

Especificamente em relação aos princípios, como a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a função social da propriedade, o raciocínio são semelhantes ao desenvolvido no direito público.

Relembre-se de que os princípios são normas de elevado grau de abstração, que consagram os valores fundamentais de uma determinada ordem jurídica.

Os conceitos jurídicos indeterminados abrangem aqueles termos da norma jurídica em que o conteúdo e a extensão são, em larga medida, incertos, apresentando um núcleo conceitual definido e um halo conceitual impreciso. Exemplo disso são os conceitos normativos, em oposição aos descritivos, que exigem do intérprete a busca por seu significado. No Código de Defesa do Consumidor (CDC), por exemplo, ao tratar da responsabilidade por acidentes de consumo, o legislador utiliza a expressão “segurança legitimamente esperada”.¹⁷ Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que exige do juiz a busca por seu significado para identificar quando um produto, que não a apresenta, deve ser considerado defeituoso.

Já a cláusula geral é uma técnica legislativa em que a formulação da hipótese legal é feita em termos de grande generalidade, de tal modo que a norma respectiva abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Judith Martins-Costa, após referir que é mais fácil delinear os seus traços característicos em confronto com a técnica da enumeração casuística, em que a hipótese legal é claramente definida pelo legislador, explica com precisão que “a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”.

17 Art. 12, § 1º.

As cláusulas gerais são, portanto, normas que carecem, para sua aplicação concreta, de preenchimento conceitual e valorativo pelo juiz, que se utilizará de princípios não codificados e com vinculação a critérios extralegais. Como exemplo clássico de cláusula geral, tem-se, no direito alemão, a norma do § 242 do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), que consagrou a cláusula geral de boa-fé. Aliás, a grande virtude apontada no BGB é exatamente a prodigalidade em cláusulas gerais, que tem permitido sua permanente atualização pela jurisprudência. Outro exemplo tem-se na norma do art. 1.132 do Code Napoléon, que, não precisando o conceito de faute, permitiu a construção pela jurisprudência de toda a rica doutrina francesa da responsabilidade civil. Igualmente, no direito brasileiro, a norma do art. 186 do Código Civil de 2002, como já era sua antecessora do Código Civil de 1916,¹⁸ ao deixar em aberto o conceito de culpa, apresenta-se como uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva. No Código Civil de 2002, acrescentou-se ainda uma cláusula geral de risco (responsabilidade objetiva) no parágrafo único do art. 927.

No plano do direito privado, particularmente na responsabilidade civil, tem-se discutido a possibilidade de aplicação prática da técnica de ponderação de interesses para solução de casos concretos, especialmente nas hipóteses de abuso de direito, o que será objeto do próximo tópico.

CONCREÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um setor da ordem jurídica em que a técnica da ponderação de interesses tem grande utilidade, tendo sido escolhido para análise de sua utilidade concreta um caso de abuso de direito julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que a técnica foi utilizada.

18 Art. nº 159.

Com efeito, o instituto do abuso de direito, positivado no art. 187 do CC, permite observar bem a utilidade da técnica da ponderação de interesses.

Abuso de direito é, resumidamente, o exercício irregular de um direito. O titular de um direito, eventualmente, ao exercê-lo, excede-se manifestamente, agindo de forma irregular e tornando o seu ato ilícito. Isso configura o chamado abuso de direito.

A ideia de abuso de direito, como uma conotação subjetiva, por ato malicioso do seu titular já estava presente no Código Civil de 1916, em que, a partir de uma leitura contrario sensu da regra correspondente ao art. 188, I,¹⁹ era identificado o instituto.

O Código Civil de 2002 inovou na regulamentação do instituto, pois, além de lhe dedicar um enunciado normativo próprio, em seu art. 187,²⁰ esposou uma concepção objetiva, estatuiendo que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Estabeleceu-se, assim, um conceito objetivo para o abuso de direito como sendo um ato ilícito, sendo que a importância do enunciado do art. 187 do CC/2002 vai ainda mais além.

Ressalte-se que a ideia que prevalecia de abuso de direito, no Código Civil de 1916, era a sua concepção subjetiva, exigindo a presença de dolo, malícia ou a má-fé do agente causador do evento danoso.

No Código Civil de 2002, o legislador passou a adotar uma concepção objetiva de abuso de direito, não exigindo mais um elemento subjetivo específico e se contentando com o excesso manifesto no exercício desse direito.

¹⁹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

²⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Anote-se que, enquanto o enunciado normativo do art. 186²¹ faz expressa referência a um elemento subjetivo (dolo ou culpa) ao exigir a ocorrência de um ato voluntário, negligente ou imprudente, a disposição do art. 187 do CC não faz qualquer alusão ao elemento subjetivo do agente, estatuiu apenas que também comete ato ilícito quem se excede manifestamente no exercício do seu direito.

A exigência normativa passou a ser, portanto, da ocorrência de excesso manifesto no exercício de um direito, não sendo preciso que este ato seja necessariamente doloso, malicioso ou praticado com má-fé.

Ponto fundamental é que esse enunciado normativo do art. 187 é uma cláusula geral que serve de moldura para os princípios fundamentais do direito privado, pois quem excede os limites impostos pela ordem jurídica (fim econômico ou social, boa-fé, bons costumes), provocando um dano a outrem,²² comete um ato ilícito e passa a ter a obrigação de reparar o prejuízo causado.

São frequentes as colisões entre os princípios fundamentais do direito privado – especialmente, de um lado, o princípio da autonomia privada (liberdade no exercício dos direitos, poder negocial) e, de outro lado, os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato ou da função social da propriedade.

O enunciado do art. 187 atua como uma norma de sobriedade em relação a diferentes setores da ordem jurídica: Direitos Reais, Obrigações, Contratos, Família, Empresarial, Consumidor, Trabalho, Ambiental.

Pode-se construir, por exemplo, toda a responsabilidade civil no direito de família – um tema aliás bastante complexo e controvertido – com fundamento nesse dispositivo legal, verificando a ocorrência, ou não, de abuso de direito nas relações familiares.

21 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

22 Art. 927.

Igualmente no plano da responsabilidade civil dos meios de comunicação social (imprensa), a solução dos casos levados ao Poder Judiciário tem exigido a formulação de um juízo de ponderação entre direitos fundamentais, analisando-se a ocorrência de conflitos envolvendo, de um lado, a liberdade de informação ou crítica e, de outro lado, a honra, a privacidade ou a intimidade das pessoas.

O STJ teve oportunidade de apreciar um caso em que ficou claramente evidenciada a colisão entre direitos fundamentais.

A controvérsia debatida no recurso especial derivou de *habeas corpus* impetrado por um padre com o objetivo de impedir a interrupção da gestação de uma mulher, que fora autorizada judicialmente por ser o feto portador de uma rara moléstia denominada de síndrome de *Body Stalk*.

No julgamento, procedeu-se a uma ampla análise dos direitos fundamentais envolvidos, reconhecendo-se, no caso concreto, a ocorrência de exercício abusivo do direito de ação pelo manejo indevido de tutela de urgência sem as devidas cautelas, colocando em grave risco a vida e a saúde da gestante.²³

23 STJ, 3ª T., REsp 1.467.888/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 20/10/2016, DJe 25/10/2016: “Controvérsia: dizer se o manejo de *habeas corpus*, pelo recorrido, com o fito de impedir a interrupção da gestação da primeira recorrente, que tinha sido judicialmente deferida, caracteriza-se como abuso do direito de ação e/ou ação passível de gerar responsabilidade civil de sua parte, pelo manejo indevido de tutela de urgência. Diploma legal aplicável à espécie: Código Civil - arts. 186, 187, 188 e 927. Inconteste a existência de dano aos recorrentes, na espécie, porquanto a interrupção da gestação do feto com síndrome de *Body Stalk*, que era uma decisão pensada e avalizada por médicos e pelo Poder Judiciário, e ainda assim, de impactos emocionais incalculáveis, foi sustada pela atuação do recorrido. Necessidade de perquirir sobre a ilicitude do ato praticado pelo recorrido, buscando, na existência ou não - de amparo legal ao procedimento de interrupção de gestação, na hipótese de ocorrência da síndrome de *body stalk* e na possibilidade de responsabilização, do recorrido, pelo exercício do direito de ação - dizer da existência do ilícito compensável; Reproduzidas, salvo pela patologia em si, todos efeitos deletérios da anencefalia, hipótese para qual o STF, no julgamento da ADPF 54, afastou a possibilidade de criminalização da interrupção da gestação, também na síndrome de *body-stalk*, impõe-se dizer que a interrupção da gravidez, nas circunstâncias que experimentou a recorrente, era direito próprio, do qual poderia fazer uso, sem risco de perseguição penal posterior e, principalmente, sem possibilidade de interferências de terceiros, porquanto, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. (Onde existe a mesma razão, deve haver a mesma regra de Direito) Nessa linha, e sob a égide da laicidade do Estado, aquele que se arrosta contra o direito à liberdade, à intimidade e a disposição do próprio corpo por parte de gestante, que busca a interrupção da gravidez de feto sem viabilidade de vida extrauterina, brandindo a garantia constitucional ao próprio direito de ação e à defesa da vida humana, mesmo que ainda

O caso julgado foi um típico *hard case*, solucionado com a utilização da técnica de ponderação de interesses, analisando-se detidamente os direitos fundamentais envolvidos.

CONCLUSÃO

Mostra-se, enfim, perfeitamente possível a utilização da técnica da ponderação de interesses na responsabilidade civil, especialmente nas hipóteses de abuso de direito em que ocorra a colisão entre direitos fundamentais.

O importante é que se trata de mais um instrumento colocado à disposição dos operadores do direito para alcançarem a solução mais justa para os casos concretos, que é o objetivo maior do direito!

em estágio fetal e mesmo com um diagnóstico de síndrome incompatível com a vida extrauterina, exercita, abusivamente, seu direito de ação. A sôfrega e imprudente busca por um direito, em tese, legítimo, que, no entanto, faz perecer no caminho, direito de outrem, ou mesmo uma toldada percepção do próprio direito, que impele alguém a avançar sobre direito alheio, são considerados abuso de direito, porque o exercício regular do direito, não pode se subverter, ele mesmo, em uma transgressão à lei, na modalidade abuso do direito, desvirtuando um interesse aparentemente legítimo, pelo excesso. A base axiológica de quem defende uma tese comportamental qualquer, só tem terreno fértil, dentro de um Estado de Direito laico, no campo das próprias ideias ou nos Órgãos legislativos competentes, podendo neles defender todo e qualquer conceito que reproduza seus postulados de fé, ou do seu imo, havendo aí, não apenas liberdade, mas garantia estatal de que poderá propagar o que entende por correto, não possibilitando contudo, essa faculdade, o ingresso no círculo íntimo de terceiro para lhe ditar, ou tentar ditar, seus conceitos ou preconceitos. Esse tipo de ação faz medrar, em seara imprópria, o corpo de valores que defende - e isso caracteriza o abuso de direito - pois a busca, mesmo que por via estatal, da imposição de particulares conceitos a terceiros, tem por escopo retirar de outrem, a mesma liberdade de ação que vigorosamente defende para si. Dessa forma, assentado que foi, anteriormente, que a interrupção da gestação da recorrente, no cenário apresentado, era lícito, sendo opção do casal - notadamente da gestante - assumir ou descontinuar a gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina, há uma vinculada remissão à proteção constitucional aos valores da intimidade, da vida privada, da honra e da própria imagem dos recorrentes (art. 5º, X, da CF), fato que impõe, para aquele que invade esse círculo íntimo e inviolável, responsabilidade pelos danos daí decorrentes. Recurso especial conhecido e provido."



RICARDO CAMPOS

Bacharel em direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, pela Universidade de Frankfurt e pela Universidade de Passau. É mestre e doutorando em direito e professor da Universidade de Frankfurt.

RICARDO CAMPOS

Eu vou dividir esta apresentação em duas partes. A primeira delas é sobre o surgimento da ponderação que, de certa forma, ergue-se correlata a uma transformação do Estado e que depois reflete na metodologia jurídica. Na Alemanha, há uma diferença entre a prática e a teoria da ponderação e os seus pressupostos são diversos. Este será o segundo ponto abordado.

A primeira grande transformação, que deve ser lembrada para iniciar a primeira parte deste texto, talvez seja a transformação na função do Estado, principalmente com o instituto da representação constitucional. A representação, atualmente, sedimenta-se na semântica jurídica estabelecida a partir das revoluções constitucionalistas dos séculos XVIII e XIX.

Na teoria do Estado de autores tradicionais, como Hobbes e Schmidt, por exemplo, percebe-se que, para o primeiro, a representação é central, pois só se consegue sair do estado de natureza se a soberania for simbolizada em uma pessoa, e isso, de certa forma, estrutura a concepção moderna da soberania. Assim, o pressuposto central da soberania moderna, ou num conceito clássico, é a pessoa. Já Schmidt, que talvez seja o censor da passagem desse conceito clássico para uma sociedade mais dinâmica, lida também com os conceitos de representação e a situa no campo político. A representação e a dimensão pessoal da soberania para ele são muito importantes. Schmidt escreve durante a República de Weimar, na Alemanha, onde começaram

a surgir estruturas impessoais – por exemplo, sindicatos. Havia partidos políticos e o sistema político se fragmentou. Schmidt tenta, com seu conceito de soberania, se contrapor a essa nova dinâmica que surge na Alemanha, na República de Weimar, de uma sociedade que passa a ser mais impessoal. Neste sentido, fica evidente a precariedade da soberania moderna, que o constitucionalismo moderno tenta estabilizar. Logo, essa precariedade. Logo, as Constituições modernas lidam com a precariedade não deixando a representação ser total.

A ponderação é um reflexo também dessa transformação social. Na virada do século XIX para o século XX, principalmente no pós-guerra, surge uma sociedade complexa em que se fala em interesse e se inclui uma nomenclatura que não existia para o direito privado. Há o interesse do trabalhador em detrimento do empregador, interesses que se polarizam em pequenos grupos, e isso entra em uma semântica social devido à complexidade social e à necessidade do Estado de ter que lidar com isto. Do meu ponto de vista, o Tribunal Constitucional Alemão, no pós-guerra, com a necessidade de lidar com a precariedade e com esses grupos novos que surgem na sociedade, teve que ponderar interesses; logo, surge a prática da ponderação em detrimento da teoria, que só surgiu 30 anos depois. A prática da ponderação ocorria, então, nos casos em que o Estado tinha que lidar com pretensões normativas que vinham da sociedade, mas que ele próprio não tinha uma decisão concreta sobre aquilo. A prática da ponderação funciona, então, como uma transferência das articulações normativas da sociedade, que estavam até então fora do direito, ou que surgem fora do direito, para dentro dele. Isso gera vários problemas.

A teoria da ponderação vem depois, com a tese de livre docência de Alexy, e com pressupostos teóricos diferentes da prática da ponderação. A prática da ponderação tenta incorporar essa fragmentação do social, enquanto a teoria da ponderação e os conceitos centrais de Alexy – Pretensão de Correção e Mandato de Otimização – querem reintroduzir uma universalidade que já está perdida. Há, então, um anacronismo muito grande entre prá-

tica e teoria acerca da ponderação e a teoria da ponderação, porque uma lida com a fragmentação da sociedade, de pretensões normativas, e a outra quer reintroduzir a universalidade perdida no século XX. Na teoria da ponderação, a distinção entre regras e princípios é muito nova.

Concluo ressaltando a ideia de revitalizar a importância das regras. Talvez, hoje, no Brasil, haja, na academia, uma tirania dos princípios, que negligencia toda uma infraestrutura legislativa e não considera que uma lei não é feita só dentro do Parlamento. Há uma inteligência coletiva por trás, que não deve ser desconstruída depois, de uma forma tão rápida. Talvez a maior contribuição negativa hoje da teoria da ponderação, e não da prática, seja a negligência do efeito positivo da função da dogmática jurídica, que é criar condições de estabilidade, uma estruturação para os próximos casos, orientando as expectativas da sociedade. A teoria dos princípios está destruindo as bases da função da dogmática.



PEDRO MONIZ LOPES

Doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, investigador principal do Centro de Investigação de Direito Público, membro do Lisbon Legal Theory Group (IXltg), director executivo da e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público e advogado.

PEDRO MONIZ
LOPES

DERROTABILIDADE NORMATIVA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ultimamente tenho-me dedicado a algumas questões relacionadas à derrotabilidade normativa, matéria que, pese a sua dimensão teórica, entendo ter grande relevância prática para as discussões que se têm verificado a respeito da jurisdição constitucional portuguesa e brasileira.¹ Neste contexto, começo por referir que os *derrotabilistas* – i.e., os que sustentam cientificamente que todas as normas jurídicas são *derrotáveis* –, não são necessariamente os que sustentam que todas as normas devem forçosamente ser *derrotadas*. Há, nessa medida, uma diferença

¹ Entre a infindável bibliografia sobre a derrotabilidade normativa, pode verse F. SCHAUER, *Is Defeasibility an Essential Property of Law?*, *Is Defeasibility an Essential Property of Law?*, in J. F. BELTRÁN/G. B. RATTI (eds.) *The Logic of Legal Requirements - Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, pp. 77 e ss.; J. C. BAYÓN, *Why is Legal Reasoning Defeasible?*, *Why is Legal Reasoning Defeasible?*, in A. SOETEMAN (ed.), *Pluralism and Law*, Dordrecht, 2001, pp. 327-346; J.L. RODRIGUEZ, *Against Defeasibility of Legal Rules*, in J. F. BELTRÁN/G. B. RATTI (eds.) *The Logic of Legal Requirements - Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, pp. 89 e ss.; C. BÄCKER, *Rules, Principles and Defeasibility*, *Rules, Principles and Defeasibility*, in M. BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Proceedings of the Special Workshop “The Principle Theory”, 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Kraków, 2007, Stuttgart, 2010, pp. 79-93; B. BROZEK, *Defeasibility of Legal Reasoning*, Krakow, 2004, em especial, pp. 157 e ss.; R. GUASTINI, *Defeasibility, Axiological Gaps and Interpretation*, in J. F. BELTRÁN/G. B. RATTI (eds.) *The Logic of Legal Requirements - Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, pp. 182 e ss.; J.L. RODRIGUEZ / G. SUCAR, *Las Trampas de la Derrotabilidad: Niveles de Análisis de la Indeterminación del Derecho*, in *AeD*, 1999, pp. 277-305; P. CHIASSONI, *Defeasibility and Legal Indeterminacy* in J. F. BELTRÁN/G. B. RATTI (eds.) *The Logic of Legal Requirements - Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, pp. 151-182; J. FERRER BELTRÁN / G. BATTISTA RATTI, *Defeasibility and Legality: a Survey*, 2012, pp. 11 e ss.; in J. F. BELTRÁN/G. B. RATTI (eds.) *The Logic of Legal Requirements - Essays on Defeasibility*, Oxford, 2012, P. MONIZ LOPES, *Implicazioni derivanti dalla Genericità nella (In)coerenza e nella (In)completezza dei Sistemi Giuridici in Diritto & Questione Pubbliche* | XVII, 2017 / 1 (giugno) | pp. 275-327; IDEM, *The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles in Ratio Juris*, vol. 30, issue 4, 2017, pp. 471-490.

absolutamente marcante entre uma propriedade disposicional, em estado potencial (a *derrotabilidade* de uma norma), e uma propriedade categórica, em estado efectivado (a *derrota* de uma norma).² Da mesma maneira que algo é *quebrável*, esse algo não será necessariamente *quebrado*. Da mesma maneira que algo é *frágil*, esse algo não será necessariamente *fraco*. Também uma norma é *derrotável*, mas não será necessariamente *derrotada*.

A respeito deste assunto, deve, desde logo, compreender-se a importância que as regras desempenham na teoria normativa geral. Aqui avulta a compreensão da *força das regras enquanto regras*.³ Trata-se, abstraindo-se do conteúdo de uma regra, de compreender a importância que esta tem simplesmente em função de ser uma regra, ao invés de avaliar a sua importância simplesmente em função do seu conteúdo material ou, na expressão de Von Wright, do seu *norm-content*.⁴

Vou defender agora que é possível conciliar duas realidades. Por um lado, é possível – aliás, diria que é mesmo inevitável – sustentar-se que todas as normas são derrotáveis. Dito de um modo mais rigoroso, é inevitável considerar-se que o efeito estatuído por qualquer norma é susceptível de derrota. Isto porque a derrotabilidade normativa – e, em concreto no que respeita à ponderação, a *derrota de determinadas normas por ponderação* – não é algo, na minha opinião, cuja existência possa ser discutida. Digo isto porque entendo que a derrotabilidade resulta diretamente da própria estrutura normativa geral (i.e., de regras e princípios). Por outro lado, deve entender-se que as regras gozam de uma determinada resistência à derrota e, inclusivamente, de uma precedência aplicativa *prima facie* em relação a princípios conflitantes, o que significa que não basta afirmar que um princípio tem, *in casu*, mais peso que uma regra conflitante para que a última seja preterida em função do primeiro.⁵

2 Sobre as propriedades disposicionais, ainda, G. RYLE, *The Concept of Mind*. New York, 1949, pp. 100 ss.; H. PUTNAM, *The Many Faces of Realism*, La Salle, 1987, pp. 11ss.

3 Cfr. F. SCHAUER, *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Oxford, 1991, pp. 94 e ss. e pp. 125 e ss.

4 Quanto ao conceito de *norm-content* como aquilo que deve ou pode ou não pode ser feito, cfr. G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action*, New York, 1963, pp. 71-72.

5 Afirmando que “em caso de colisão entre uma regra e um princípio, a regra realiza-se

As posições ditas derrotabilistas consideram que a derrotabilidade corresponde ao que se chama de uma *disposição* ou, melhor dito, uma *propriedade disposicional*.⁶ Todas as normas têm uma *aptidão passiva* para ceder em determinadas circunstâncias, pela razão muito simples de que nenhuma norma determina, ela própria e em última análise, a totalidade das suas condições de aplicação definitiva.⁷ É impossível, em termos de proposição universal, dizer-se que uma norma, *qualquer que seja a norma*, determina as suas próprias condições de aplicação definitiva. As condições de aplicação definitiva de qualquer norma resultam sempre de uma, ou mais, terceira(s) norma(s).⁸ Assim, uma norma é *aplicável* – seja ela uma regra ou princípio – porque os seus pressupostos se preenchem na totalidade, mas ela apenas será *definidamente aplicada* se se formular correctamente uma proposição epistémica segundo a qual o caso jurídico em jogo não suscita os pressupostos de qualquer outra norma que, confluindo com a primeira, possa prevalecer à luz de normas de prevalência (*meta-normas*) ou critérios de ponderação (em caso de irresolubilidade conflitual).⁹

Todas as normas são sensíveis ao contexto pelo que, em última análise e no plano teórico, a sua aplicação definitiva dependerá do leque de factos que compõe o caso jurídico e do manancial de normas terceiras, potencialmente conflituantes com

inteiramente”, isto apesar de, logo de seguida, temperar a afirmação com “algumas suavizações” Cfr. A. SALGADO DE MATOS, A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado social de Direito, Coimbra, 2004, p. 364. Em sentido idêntico, cfr. D. DUARTE, A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória, Coimbra, 2006, p. 281. Com maiores cautelas, cfr. J. REIS NOVAIS, As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição, Coimbra, 2003, p. 331.

6 Cfr., em geral, S. CHOI/ M. FARA (2016). Dispositions in The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2016 Edition), ZALTA E. N. (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/dispositions/>>. Em concreto, J. F. BELTRÁN, Las Normas de Competencia. Un Aspecto de la Dinámica Jurídica, Madrid, 2000, p. 130.

7 Assim, H.L.A. HART, Problems of the Philosophy of Law in H.L.A. HART, Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 106.

8 Cfr. P. NAVARRO / J.J. MORESO, Aplicabilidad y Eficacia de las Normas Jurídicas in Iso, 5, 1996, 119-139.; G. PINO, La Applicabilità delle Norme Giuridiche in Diritto & Questione Pubbliche, 11, 2011, pp. 798-871.

9 O que se refere é semelhante ao que Holton considera com a cláusula “*that’s it*” aplicável à Moral. Cfr. R. HOLTON, Particularism and Moral Theory: Principles and Particularisms in Aristotelian Society Supplementary Volume, 76, 2002, pp. 191 ss.

a norma de partida, que são por aquele instanciadas. À luz do exposto, também entendo que as regras, porque são normas, são derrotáveis, mas – novamente – isto não significa que elas venham necessariamente a ser derrotadas.¹⁰ Uma boa metáfora explicativa é a do açúcar. O açúcar tem a propriedade disposicional da solubilidade: é *solúvel*. Todavia, apenas se dissolve em determinadas condições propícias a tal (i.e., água com um determinado nível de saturação). Também o efeito estatuído por normas jurídicas apenas é derrotado mediante determinadas condições (fáticas e jurídicas) propícias a tal. Assim, apenas quando se formular correctamente uma proposição epistémica segundo a qual o caso jurídico suscita os pressupostos de uma norma terceira que, conflituando com a norma de partida, prevalece à luz de normas de prevalência ou de critérios de ponderação será derrotado o efeito estatuído pela primeira norma. Novamente, pode suceder que tal nem venha a acontecer no mundo real – i.e., que o leque de factos e normas necessário para derrotar uma norma de partida seja actualmente inimaginável – mas, no plano teórico, parece incontornável que assim é.

Esta é, de certa forma, a raiz da derrotabilidade normativa. Daqui surge uma comparação muito evidente entre o grau de resistência à derrota das normas e os graus de resistência dos metais preciosos. É até, diria eu, uma metáfora bastante pertinente para a compreensão das normas de direitos fundamentais e a sua resistência a restrições normativas.¹¹ É, porventura, mais pertinente do que a metáfora dos trunfos (*rights as trumps*) desenvolvida por Dworkin. O próprio diamante, não obstante ser particularmente resistente, terá um ponto teórico a partir do qual quebra. De modo semelhante, todas as normas jurídicas, do ponto de vista estritamente científico, têm um ponto teórico a partir do qual são derrotadas.

10 Sobre a derrotabilidade das regras, A. PECZENIK, *On Law and Reason*. 2ª ed., New York, 2008, pp. 66-67; C. ALCHOURRÓN, *Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems in Law and Philosophy* 10, 1991, pp. 423 ss.; J. L. RODRIGUEZ, *Contradicciones Normativas: Jaque a la Concepción Deductivista de los Sistemas Jurídicos in Doxa*, 17/18, 1995, pp. 357-382, 371 ss.

11 Originariamente, C. LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata in Diritto e Questioni Pubbliche*, vol. 12, 2012, pp. 345-395, em particular, pp. 381-382. Usando essa metáfora, J. SILVA SAMPAIO, *Proportionality in its narrow sense and measuring the intensity of restrictions on fundamental rights in D. DUARTE / J. SILVA SAMPAIO (Eds.), Proportionality in Law - An Analytical Perspective*, Dordrecht, 2018, pp. 96 ss.

O que referi acima não significa que, por ser um derrotabilista, não entenda que a força das regras enquanto regras não seja particularmente relevante.¹² O que sustento é, então, que todos os princípios são ponderáveis, no sentido que são derrotáveis, *como as regras também o são*. Simplesmente, existem diferentes graus de aptidão passiva das normas para a derrota: há uma maior ou menor disposição para uma norma ser postergada quando é aplicável a um caso. E as regras têm claramente uma menor disposição para tal. O que antecede não significa, então, que eu entenda que a regra vale como um mandato de *tudo ou nada* como sustentava Ronald Dworkin.¹³ Não vale como um mandato de *tudo ou nada* porque também a regra é derrotável, aplicando-se-lhe tudo o que acima se referiu. Julgo, aliás, que Dworkin estava manifestamente equivocado, visto que o próprio exemplo que dá para a ilustração das regras como mandatos de *tudo ou nada* – o caso *Riggs vs. Palmer* – é um caso de derrota de uma regra em função de um conflito com um princípio. O efeito da regra jurídica o *herdeiro de um testamento válido deve herdar* acaba por ser derrotado pelo efeito do princípio jurídico conflituante, nos termos do qual *ninguém pode beneficiar da prática de um acto ilícito* (i.e., num caso em que o herdeiro assassinou o *de cujus*).¹⁴

12 Recordo um exemplo dado por FREDERICK SCHAUER sobre a importância de cumprir o limite de velocidade numa faixa rodoviária. Se um sujeito circular numa auto-estrada, à velocidade de 121 Km/h – quando o limite de velocidade é de 120 km/h – mas a estrada está limpa e o piso em boas condições, não existiam outros ocupantes dessa via rodoviária cuja vida pudesse perigar e o sujeito nunca cometeu nenhum tipo de infracção rodoviária, há ainda assim uma razão para o sujeito ser sancionado por ter incumprido o limite de velocidade. Porque uma regra tem uma força específica simplesmente por ser uma regra.

13 Assim, R. DWORKIN, *The Model of Rules – I*, in R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, 1978, pp. 22 ss.

14 Como se sustentou em P. MONIZ LOPES, *The Syntax of Principles*, cit., pp. 471 ss. Veja-se o mesmo artigo a respeito da qualificação da norma de que ninguém pode beneficiar da prática de um acto ilícito como um princípio, à luz de critérios de genericidade da conduta hipotética localizada na previsão da norma. No caso *Riggs vs Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889) julgado pelo Court of Appeals de Nova Iorque, as autoras, Sr.^a Riggs e Sr.^a Preston, intentaram acção de anulação de testamento do seu pai, Francis B. Palmer, o qual havia testado a favor de Elmer E. Palmer, seu neto. De acordo com os factos do caso, o testamento de Francis B. Palmer atribuía reduzidas partes da herança à Sr.^a Riggs e à Sr.^a Palmer, cabendo a parte significativa a Elmer R. Palmer, a ser gerido por Susan Palmer, mãe daquele e viúva de um filho entretanto falecido de Francis B. Palmer, até que Elmer E. Palmer fosse maior de idade. Temendo que Francis B. Palmer alterasse o testamento, Elmer E. Palmer assassinou Francis B. Palmer, por envenenamento. As autoras alegaram que permitir a Elmer E. Palmer receber a herança significaria permitir-lhe beneficiar de um acto ilícito. A maioria dos juízes deu razão às autoras, tendo a sentença ficado famosa pela mão do juiz-relator Robert Earl, que considerou que as máximas da lei universal seriam violadas se se permitisse que Elmer E. Palmer beneficiasse do crime de homicídio cometido contra o seu avô, referindo expressamente que “não é razoável esperar que os órgãos legislferantes concebam todas as contingências factuais aquando da criação de leis e que,

DERROTABILIDADE E PRINCÍPIOS FORMAIS

O enquadramento feito acima serve-me, então, para afirmar que não é por sustentar cientificamente a derrotabilidade normativa geral – e entender que, com base nos pressupostos referidos, ela não pode ser sujeita à discussão – que entendo que se deve adotar um *modelo conversacional* na ponderação inerente a conflitos normativos irresolúveis por normas de prevalência.¹⁵ Mais, concordo que é perigoso – e não me refiro apenas ao actual contexto do Supremo Tribunal Federal brasileiro ou do Tribunal Constitucional português – utilizar os princípios no contexto desse modelo conversacional, em que simplesmente se abstrai das propriedades de relevância das regras cuja previsão é preenchida pelas propriedades dos casos concretos e se *desaplicam regras sem mais*, limitando-se o debate ao elenco e sopesamento de prós e contras dos efeitos de cada uma das normas em conflito. Isto é problemático, porque, entre muitos outros aspectos, destrói a função estabilizadora do direito que as regras exercem, afectando o âmago da segurança jurídica.

Deve, portanto, haver um método através do qual, admitindo

tivessem esses órgãos motivo para suspeitar que alguém agiria como Elmer, certamente que teriam proibido a solução geralmente aplicável". O caso *Riggs vs Palmer* foi retomado por R. DWORKIN (*The Model of Rules*, I, pp. 37 ss.; *Law's Empire*, 1986, pp. 15-20) como instrumento de crítica ao positivismo de H.L.A. HART, o qual, na versão dworkiniana, divide os casos entre (i) casos de aplicação mecânica da norma aplicável e (ii) casos de penumbra, onde os órgãos de aplicação oficial do direito decidem discricionariamente, dentro do espectro de decisões admissíveis pela penumbra da norma legal, qual a decisão que melhor prossegue a social policy. Segundo R. DWORKIN, o caso *Riggs vs Palmer* demonstra também que, complementarmente às regras, também os princípios jurídicos – concretamente o princípio utilizado pelo Juiz Earl ("ninguém pode beneficiar da prática de um acto ilícito") e o princípio utilizado pelo Juiz Gray ("ninguém pode sofrer punição adicional à resultante da lei válida") integram o direito, algo que o positivismo hartiano não compreendia. A resposta de H.L.A. HART pode ver-se no *Postscript* à obra *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, 1994, em especial, pp. 259 e ss., onde o autor aceita, ainda que sem conferir grande relevância à distinção, a contraposição entre regras e princípios apenas numa diferenciação de grau, não qualitativa, mas onde, por outro lado, H.L.A. HART acusa R. DWORKIN de postular uma teoria incoerente na medida em que, sendo o direito, na teoria de DWORKIN, composto por regras e princípios, e funcionando as primeiras num modo all-or-nothing na sua própria definição, o próprio caso *Riggs vs Palmer* demonstra que um princípio pode, pelo peso demonstrado no caso concreto, derrotar uma regra, infringindo a própria teoria dworkiniana quanto ao modo de funcionamento das regras.

15 Cfr. J. RAZ, *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*, Oxford, 2009, pp. 7 ss. e, especialmente, F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, cit., pp. 51-52. No contexto dos modelos de decision-making, este último autor distingue dois modelos: de um lado, (i) o modelo conversacional ou transparente, no qual o decisor trata a generalização pré-existente (a norma) como se a mesma surgisse numa conversa, modificando-a quando e à medida em que, segundo os padrões do decisor, se demonstrar inadequada às justificações subjacentes a essa norma; do outro, (ii) o modelo entrincheirado e opaco, no qual o decisor trata a generalização normativa de forma essencialmente subsuntiva, aplicando o efeito jurídico da norma, ainda que nem sempre, à maioria dos casos nos quais a decisão, quando realizada apenas com base na justificação da norma, fosse distinta.

a derrotabilidade como propriedade disposicional de qualquer norma, estabelece-se que as normas têm um *determinado grau de resistência* que lhes permite não serem desconsideradas em função de quaisquer razões pró e contra resultantes de normas conflitantes, particularmente de princípios. E de onde resulta esse grau de resistência? Resulta, em grande medida, dos princípios formais, categoria normativa que tem sido particularmente desenvolvida pela *Prinzipientheorie* da Escola de Kiel, particularmente por Robert Alexy e Martin Borowski.

Como se sabe, o modelo original de ponderação principal, desenvolvido por Robert Alexy, traduz-se na fórmula do peso, que se sintetiza abaixo:¹⁶

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

A fórmula estabelece que o peso concreto do princípio P_i em relação com o princípio conflituante P_j , em certo caso, deriva do quociente entre, por uma parte, o produto da importância do princípio P_i , o seu peso abstracto e a segurança das considerações empíricas relativas à sua importância e, por outra parte, do produto da importância do princípio P_j , o seu peso abstracto e a segurança das considerações empíricas relativas à sua importância. Assim, W_{ij} significa o peso concreto de P_i em relação com o princípio conflituante P_j . A fórmula do peso define esse peso concreto como o quociente de três factores que estão em cada lado da ponderação. I_i representa a intensidade da interferência em P_i . I_j representa a importância do cumprimento de P_j . W_i e W_j representam o peso abstracto dos princípios P_i e P_j .¹⁷ Por fim, R_i e R_j reportam-se à certeza das suposições empíricas e normativas

16 Cfr. R. ALEXY, Die Gewichtsformel, in J. JICKELI ET AL. (eds.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnen-schein, Berlin, 2003, pp. 771 e ss.

17 Peso abstracto, aliás, muito criticável, como se pode ver em J. J. MORESO, Alexy y la Aritmetica de la Ponderación in M. CARBONELL (Ed.), El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, 2008, pp. 77 ss.

(*factor epistémico*), que dizem respeito à questão de quão intensa é a interferência em P_i e quão intensa a interferência em P_j seria se a interferência em P_i fosse omitida. Alexy defende que é possível atribuir, de forma metafórica, um valor numérico às variáveis da importância do peso abstracto dos princípios, mediante uma escala triádica: leve 2^0 , ou seja, 1; médio 2^{-1} , ou seja, 2; e grave 2^{-2} , ou seja, 4. A segurança das considerações empíricas pode dar-se uma expressão quantitativa da seguinte forma: certo 2^0 , ou seja, 1; plausível 2^{-1} , ou seja, 1/2; e não evidentemente falso 2^{-2} , ou seja, 1/4.

A fórmula do peso original foi sujeita a inúmeras críticas. Algumas, particularmente injustas e distantes do alvo, não vão sequer ser referidas, dado que, pressupondo o que Alexy nunca referiu (e.g., a redução da ponderação à matemática ou a logicismos), não podem ser respondidas. Outras são relevantes e devem ser consideradas. Refiro-me particularmente a duas. A primeira prende-se com a *objecção da racionalidade*. A segunda, já conexa com a matéria dos princípios formais, respeita à *objecção institucional*.

(i) *A objecção da racionalidade*

A objecção da racionalidade foi formulada, nomeadamente, por Bernard Schlink. A esta crítica pode responder-se, por exemplo, com os pressupostos da teoria céptica da interpretação, desenvolvida pela Escola de Génova. Como é possível pedir-se uma objectividade extrema à ponderação – na fase de resolução de conflitos entre normas potencialmente aplicáveis – se, logo na fase da interpretação, a objectividade é puramente quimérica? Na realidade, defender que interpretar é um ato de conhecimento (de *descoberta* do significado de um enunciado) é, a meu ver, cientificamente insustentável. Não existe nenhum significado à espera de ser conhecido porque não existe um critério de verdade para se interpretar. Nessa medida, interpretar um enunciado de determinado modo equivale a uma decisão interpretativa sobre as várias alternativas de significado que se verifiquem.¹⁸ A ob-

18 Quanto a todos estes aspectos, sobre as críticas ao cognitivismo interpretativo e à

jecção da racionalidade culmina, portanto, na hiperracionalidade, como nos diz Carlos Bernal Pulido:¹⁹ “é hiperracional aquele que não reconhece que a racionalidade tem certos limites”. Ao pedir-se uma racionalidade desmesurada para a actividade ponderatória, está-se simultaneamente a negar os limites da própria racionalidade. Pede-se à ponderação uma objetividade que nenhuma operação jurídica pode dar – somente num direito que fosse *virado para si próprio*, desprovido de elementos humanos a interpretar e a ponderar. Nada mais direi, portanto, a respeito desta crítica.

(ii) A objecção institucional

A segunda objecção, já mais relacionada aos princípios formais, é uma objecção institucional. Foi formulada por Wolfgang Böckenforde.²⁰ Trata-se, aliás, de uma objecção muito em voga na jurisdição constitucional. Segundo a crítica, a fórmula do peso opera como se fosse permitido ao juiz constitucional fazer exatamente as mesmas ponderações – e com a mesma extensão – que faz o legislador quando positiva normas jurídicas, em particular regras. A objecção institucional é, portanto, uma objecção respeitante à legitimidade da jurisdição constitucional, no contexto da separação de poderes. É atribuída à fórmula do peso – no âmbito de uma metáfora futebolística que costumo usar – o pressuposto de que a justiça constitucional se encontra num resultado de zero a zero no jogo disputado com o legislador. Ora, ao admitir que o juiz constitucional pode fazer exatamente as mesmas ponderações (com a mesma extensão) que o legislador, a fórmula do peso original transforma – assim reza a crítica – um Estado constitucional parlamentar num Estado constitucional jurisdicional. Isto

pressuposição de que os enunciados interpretativos são enunciados descritivos e, portanto, susceptíveis de verdade ou falsidade, R. GUASTINI, *Una Teoria Cognoscitiva de la Interpretación*, in *Iso*, n.º 29, 2008, pp. 16 e ss.; E. DICCIOTI, *L'Ambigua Alternativa tra Cognitivismo e Scepticismo Interpretativo*, 2003, disponível em <https://www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp45.pdf> (acesso em 22/09/2018), pp. 18 e ss. Em geral, sobre o problema, A. AARNIO, *Sobre la Ambigüedad Semantica en la Interpretación Jurídica*, in *Dx*, 1987, pp. 109 e ss.

19 Cfr. C. BERNAL PULIDO, *La Racionalidad de la Ponderación* in M. CARBONELL (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, 2008, p. 47.

20 Cfr. W. BÖCKENFORDE, *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1991, p. 190.

significa que se corre o risco de um *governo de juízes*, no qual toda a direção normativa e jurídica é feita a partir do Tribunal Constitucional, que se substitui ao legislador.²¹

(iii) A resposta da teoria dos princípios

A teoria dos princípios reagiu através da incorporação na fórmula do peso dos princípios formais. Incorporou-os como um critério de peso. Não terei possibilidade de expor em toda a extensão a relevância dos princípios formais no aperfeiçoamento da fórmula do peso, tal como desenvolvido – aliás, de modos distintos – pela Escola de Kiel, pelo que me limitarei a algumas considerações estruturantes.²²

Como refere Martin Borowski, um princípio formal é um princípio que, ao contrário de um princípio substancial, não vale pelo seu conteúdo. Por exemplo, a tutela de vida humana e a proteção do ambiente são princípios substanciais porque têm determinado conteúdo material intrínseco; já o princípio, do Estado de direito democrático, ou princípio da democracia, não tem. A única regulação que daí resulta é que se deve maximizar todas as decisões que forem adotadas pelo legislador democrático, parlamentar ou governamental.²³

O princípio do Estado de direito democrático é um princípio como todos os outros, que deve ser maximizado em termos fácticos e jurídicos: prescreve que seja maximizada uma determinada opção do legislador democrático, qualquer que ela seja. Daí o jogo entre justiça constitucional e legislador não começar *zero a zero*, mas sim *um a zero* para o legislador. Isto significa que terá

21 É esta a matriz da objecção do activismo judicial, muito criticada no contexto constitucional brasileiro e, ultimamente, também no português.

22 Sem pretensões de exaustividade, deve consultar-se R. ALEXY, *Princípios Formais* in A. TRIVISONNO / A. SALIBA / M. LOPES (Org.), *Princípios Formais – e outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*, Rio de Janeiro, 2014, pp. 3 ss.; M. BOROWSKI, *The Structure of Formal Principles – Robert Alexy's Law of Combination* in M. BOROWSKI (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Proceedings of the Special Workshop "The Principle Theory", 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Kraków, 2007, Stuttgart, 2010, pp. 19 ss.

23 Cfr., muito a propósito, H. Kelsen, *Foundations of Democracy in Ethics*, 66 (1), 1955, pp. 1-101, em particular p. 39.

de existir, no âmbito de uma teoria da evidência – e, também, no âmbito de uma teoria da discricionariedade legislativa que lhe é pressuposta – um especial peso superior ao resultado da mera fórmula do peso original para que a justiça constitucional derrote a ponderação realizada pelo legislador.²⁴

Cito um exemplo de Bartosz Brozek para explicar os princípios formais no contexto do que se discute.²⁵ Brozek inspira-se no conhecido exemplo de H. L. A. Hart, o no *vehicles in the park*. Numa placa estava escrito: “não é permitida a entrada de veículos no parque”. Trata-se de uma regra porque a conduta está especificada.²⁶ Se for necessário que uma ambulância atravessasse o parque porque está em causa a tutela da vida humana, o princípio da tutela da vida humana é instanciado, ou seja, deve ser derrotada a regra para que o princípio da proteção da vida humana deva, no caso, prevalecer. No modelo conversacional, abstrai-se da regra prevista na placa e leva-se a cabo uma conversa entre os prós e os contras de, de um lado, o efeito do princípio da tutela do ambiente (razão justificativa da proibição da entrada no parque) e, do outro, o efeito do princípio da tutela da vida humana. Ao invés, num modelo não conversacional, deve ponderar-se a tutela da vida humana com a tutela do ambiente, acrescida do fato de estar positivado – e dever ser considerado – um princípio formal segundo o qual devemos maximizar as decisões que foram adotadas por um legislador democraticamente legitimado. Há, portanto, um grau de resistência dessa regulação segundo a qual não é permitida a entrada de veículos no parque – e daí o jogo não começar zero a zero, mas sim *um a zero* para quem estabeleceu que não devem entrar veículos no parque. Uma vez mais, não está em causa o facto de o princípio da tutela da vida humana – atribua-se-lhe, ou não, um peso abstracto superior, como faz Alexy – resultar claramente vencedor nesta ponderação. Está apenas em causa o facto de essa sua prevalência implicar a

24 Assim, M. BOROWSKI, *The Structure of Formal Principles*, cit., p. 34.

25 Cfr. B. BROŽEK, *Legal Rules and Principles: a Theory Revisited* in *ilex*, n° 17, 2012, pp. 206 e ss.

26 Para a compreensão dos critérios distintivos entre regras e princípios com base na estrutura da previsão normativa, cfr. P. MONIZ LOPES, *The Syntax of Principles*, cit., pp. 472 ss.

postergação do princípio da tutela do ambiente e também do princípio formal que determina a aplicabilidade de uma regra que prescreve um efeito – ainda que sobre-inclusivo, i.e., aplicável a situações como as de urgência médica, onde, tudo considerado, tal não se justificaria – decorrente dessa prevalência.

CONCLUSÃO

O que se vem de referir significa que há condições que determinam a possibilidade de subverter a ponderação feita por um legislador democraticamente legitimado. Não são, todavia, quaisquer condições e não são certamente condições que devam ser discutidas no âmbito de um modelo conversacional. São condições que carecem de uma proteção adicional dada precisamente pelos princípios formais, que maximizam as opções de um legislador democraticamente legitimado. Isto permite-me concluir por aquela que julgo ser a melhor forma de conceptualizar as ponderações levadas a cabo pela Jurisdição Constitucional à luz da forma do peso. Julgo que a fórmula mais explicativa é a da integração na fórmula do peso de princípios formais, nomeadamente o princípio da democracia.²⁷ Estes fazem com que o juiz constitucional não possa, à partida, em função de um determinado princípio substancial ter sido já sujeito à *ponderação abstracta* com outro princípio substancial, pelo legislador, pura e simplesmente desconsiderar a legitimidade dessa ponderação e limitar-se a *reponderar*. A reponderação implica a integração no juízo de um princípio formal que determina que um legislador democraticamente legitimado deve adotar todas as decisões relevantes para a comunidade. Isto leva, por consequência, a que um outro princípio substancial invocado pela Jurisdição Constitucional, num eventual juízo de inconstitucionalidade, tenha de ser ponderado com o princípio substancial do lado oposto, mais o princípio formal que lhe estabelece, de certa forma, um *grau acrescido de proteção*.

A questão, naturalmente, prende-se com a conceptualização desse grau acrescido de proteção e, bem assim, com a estrutura

²⁷ Naturalmente, o leque de princípios a integrar é contingente, dado que depende das normas vigentes num determinado sistema jurídico.

de integração dos princípios formais na fórmula do peso. Várias questões se colocam a este respeito: qual o peso concreto da democracia? Tratar-se-á, de algum modo, de um peso variável ou, pelo contrário, de uma invariante? Devem os princípios formais ser ponderados com os princípios substanciais num *single step* ou, diversamente, deve a ponderação compreender duas fases distintas?²⁸ Trata-se de questões – cuja complexidade transcende largamente o limitado espaço deste artigo – às quais se voltará noutro contexto.

²⁸ Quanto a estas e outras questões, cfr. M. BOROWSKI, *The Structure of Formal Principles*, cit., pp. 30 ss., especialmente p. 35.

CAPÍTULO 7

A SUSTENTABILIDADE DA SEGURANÇA SOCIAL

JOÃO LOUREIRO

JOSÉ ROBERTO AFONSO

MARILDA SILVEIRA



JOÃO LOUREIRO

Licenciado, mestre e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atualmente, leciona na mesma instituição.

JOÃO LOUREIRO

(IN)SUSTENTABILIDADE DA SEGURANÇA/ SEGURIDADE SOCIAL: ENTRE AS “BRUMAS DA MEMÓRIA” E AS “BRUMAS DO FUTURO” EM TEMPOS DE NEOGLOBALIZAÇÃO E NEOGNOSTICISMO(S)

Perante o mote proposto – *Sustentabilidade da segurança/seguridade social* –, permitimo-nos acrescentar, à laia de complemento de título, “brumas da memória” e “brumas do futuro”. A primeira expressão remete-nos para o nosso hino nacional e, na história portuguesa e brasileira, para D. Sebastião e o sebastianismo, com a sua projeção utópica.¹ “Brumas do futuro” veio-nos à memória a partir da belíssima canção dos Madredeus² interpretada por Teresa Salgueiro e imortalizada no filme de Maria de Medeiros (*Capitães de Abril*). Em matéria de sustentabilidade, palavra que marca o tempo e que exige uma outra decodificação, as brumas parecem-nos conceito pertinente. Diz o indispensável Houaiss que bruma é

¹ Para uma síntese, vd. António Quadros, *Introdução à filosofia da história: mito, história e teoria da história no pensamento europeu e no pensamento português*, Lisboa: Editorial Verbo, 1982, 283, que, em relação ao caso brasileiro, lembra o imaginário em torno de D. Sebastião da Liberdade (Maranhão) e os movimentos de Pedra Bonita e Canudos, este na génese de uma obra prima da literatura em língua portuguesa (Os Sertões, de Euclides da Cunha).

² As brumas do futuro, 2000.

"designação genérica de nevoeiro, névoa ou neblina (...) nevoeiro denso que reduz ou anula a visibilidade. (...) fig. O que impede de ver compreender algo com clareza; fig. o que é pouco claro, pouco nítido, incerto, vago; coisa antiga, meio esquecida, esfumada no tempo".³

Procederemos a dois exercícios: por um lado, traremos algumas ilustrações de soluções passadas que, em regra, são convenientemente olvidadas em muitos debates. É verdade que a memória é seletiva, e muitos dos bloqueios de reformas da segurança social e, em geral, do Estado social resultam de uma nostalgia do passado, apontam para retrotopias.⁴ Por exemplo, encontramos vozes no debate que continuam presas à metanarrativa do Progresso, que, no registo positivista que Sampaio Bruno caracterizou em *O Brasil Mental*,⁵ teve expressão no lema inscrito na bandeira do Brasil. Desbancado Augusto Comte, mas tendo presentes chaves de leitura acaricidas pelos filões marxistas e marxizantes, que mergulham numa história mais longa – falamos, em termos que o aperto temporal não permite explicitar, do (neo) joaquimismo –,⁶ pensemos nas leituras duras ou ortodoxas do princípio da proibição do retrocesso social: atingindo um determinado grau de concretização dos direitos, seria proibido fazer marcha atrás.⁷ Esta conexão com o passado, agora num registo pós-moderno, tende a barricar-se dogmaticamente no conceito de direitos adquiridos – fórmula, que, aliás, no singular, tem assento na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)⁸ –, sustentando uma lógica de imunização, por exemplo, do mon-

3 Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa, V, Lisboa: Círculo dos Leitores, 2003, 672.

4 Zygmunt Bauman, *Retrotopia*, Cambridge: Polity Press, 2017 (há trad. brasileira: *Retrotopia*, Rio de Janeiro: Zahar, 2017).

5 Sampaio Bruno, *O Brasil mental: esboço crítico*, Porto: Lello, 1997 (a 1ª edição é de 1898).

6 Vd. João Carlos Loureiro, "Crise(s) de uma nota só? Constitucionalismo(s), escassez e neojoaquimismo", in: Paulo Augusto de Oliveira/ Gabriel Prado Leal (org.), *Diálogos jurídicos luso-brasileiros: vol. I Perspectivas atuais do direito público – o direito em tempos de crise*, Salvador: Faculdade Baiana de Direito/ JusPodium, 2015, pp. 69-110.

7 Sobre a formulação clássica do princípio, agora em termos críticos, vd. José Joaquim Gomes Canotilho, "«Metodologia fuzzy» e «camaleões normativos» na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais", *Estudos sobre os direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 22008, 97-113, 110-111 (edição brasileira: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

8 Art. 5º XXXVI CRFB.

tante das pensões, de uma forma perfeitamente ilegítima e até inconstitucional, atento o princípio da justiça intergeracional.

Propomo-nos a percorrer brevemente as seguintes etapas:

1) Clarificação conceitual (conceitualizações), focando-nos na segurança/seguridade social, na(s) sustentabilidade(s), na neoglobalização e no(s) neognosticismo(s);

2) Concretizações do problema da sustentabilidade, centrando-nos especialmente nas pensões de velhice do sistema previdencial;

3) Brevíssimos cenários de um futuro outro, à luz da Genética, Nanotecnologia e Robótica (a chamada revolução GNR);

4) Finalmente, despedidas, relembrando raízes latinas do termo.

CONCEITUALIZAÇÕES

A primeira tarefa passa por uma clarificação dos conceitos, que no caso tem uma razão adicional, dado que há diferenças, desde logo ao nível constitucional, entre Portugal e Brasil.

SEGURANÇA/SEGURIDADE SOCIAL

Com efeito, a Constituição de 1988, que, num *Olê, Olá*,⁹ “mostra o gingado” da festa dos seus 30 anos, integra sob o guarda-chuva conceitual de seguridade social a saúde, a previdência e a assistência social.¹⁰ Diferentemente, a Constituição da República Portuguesa (CRP), de 1976, separa claramente o direito à segurança social e o direito à proteção da saúde,¹¹ no qual se sublinha a centralidade do Serviço Nacional de Saúde – o equivalente ao Sistema Único de Saúde (SUS). Nesta distinção, os constituintes portugueses são tributários da lição inglesa, que,

9 Chico Buarque, *Olê, Olá* (Chico Buarque de Hollanda, 1966).

10 Art. 194º/1 CRFB.

11 Respetivamente, arts. 63º/64º CRP.

no pós-Segunda Guerra Mundial, criou, na esteira do chamado Relatório Beveridge,¹² o *National Health System*. Quer isto dizer que, em Portugal, o equivalente ao seguro-doença brasileiro – o subsídio de doença – cai no âmbito da segurança social, mas já não assim os cuidados de saúde.

Defendemos, noutro lugar,¹³ a possibilidade de recortar uma noção material de segurança social, entendida em termos tipológicos, mas não é aqui o sítio para a desenvolver. Sublinhamos, no entanto, que o direito da segurança social é:

a) Um direito que visa responder a défices ou carências – não apenas de rendimentos, mas de cuidados, também a uma pobreza relacional (a não confundir com a pobreza económica). Esta ideia da segurança/seguridade social como um domínio de “correção social” é muito bem sublinhada por Hans Zacher. Na verdade, o modelo subjacente assenta numa “fórmula básica”:¹⁴ em princípio, há uma responsabilidade das pessoas adultas por satisfazer as necessidades próprias e da família. Contudo, a experiência de vida mostra a existência de défices em diferentes campos e por distintas causas,¹⁵ que obrigam a soluções (“intervenções sociais”), que, no caso da segurança/seguridade social são, em regra, externalizadas,¹⁶ ou seja, os problemas são resolvidos numa instância exterior ao campo de emergência.

Em termos de dignidade da pessoa humana, cruzam-se aqui dois corolários: responsabilidade e solidariedade;¹⁷

12 William Beveridge, *Social insurance and allied services: presented to Parliament by command of His Majesty, November 1942*, London. Em Portugal, cf. O Plano Beveridge, Lisboa: Editorial O Século, 1943; no Brasil, vd. O Plano Beveridge: relatório sobre o seguro social e serviços afins, Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1943.

13 João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*, Coimbra: Coimbra Editora; Wolters Kluwer, 2010, 156-159; mais desenvolvidamente, Idem, *Direito da segurança social: entre a necessidade e o risco*, Coimbra Editora: Coimbra, 2014, pp. 46-53.

14 Hans F. Zacher, “Social insurance and human rights”, in: *Abhandlungen zum Sozialrecht II*, Heidelberg: C.F. Müller, 2008, 533-547, 537-538 [há tradução brasileira: “Seguridade social e direitos humanos”, *Arquivos de Direitos Humanos* 4 (2002) 117-136].

15 Hans F. Zacher, “Social insurance and human rights”, p. 539, apresenta uma lista exemplificativa, mas assinala a existência de “myriad deficits”.

16 Sobre a internalização e a externalização das intervenções, vd. a síntese de Hans F. Zacher, “Social insurance and human rights”, p. 540.

17 Cf., com outros desenvolvimentos e indicações, João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado social?*, pp. 193-198.

b) Um direito que tendo como linha de força não apenas o combate à pobreza, mas a prevenção desta, não se degrada num direito para pobrezinhos, que visaria apenas responder a “vidas severinas”,¹⁸ antes toma a sério a fragilidade e a vulnerabilidade sociais. Com efeito, a experiência da fragilidade – estrutural (própria da condição humana) e circunstancial ou epocal (por exemplo, “sociedade de risco”) – é pressuposto antropológico que nos remete para o porquê¹⁹ da proteção social (um conceito mais amplo, desde logo do ponto de vista temporal, do que a segurança/seguridade social, invenção relativamente recente na história da humanidade). Há, pois, uma “universalidade na necessidade”²⁰ que se expressa na afirmação de um conjunto de direitos sociais, generosamente consagrados nos textos constitucionais de Portugal e Brasil, em termos que estão longe de ser pacíficos.

SUSTENTABILIDADE(S)

O segundo termo proposto – que, aliás, está em alta – é “sustentabilidade”. Nos finais do século passado, pensava-se em sustentabilidade num registo marcadamente ambiental²¹ (“desenvolvimento sustentável”): recordem-se o relatório Brundtland²² e a Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento.²³ No entanto, ultimamente, no discurso dominante, num horizonte de crise, a sustentabilidade aparece associada (não raro, afunilada) à esfera económico-financeira. Socorremo-nos de Wolfgang Kahl²⁴ para enfatizar que estamos perante um “princípio federador” (na

18 A referência é aqui, naturalmente, João de Melo Cabral Neto, “Morte e vida severina”, in: Luiz Raul Machado (Org.), João Cabral de Melo Neto, Rio de Janeiro, 2002, pp. 59-101.

19 João Carlos Loureiro, “Cidadania, proteção social e pobreza humana”, Boletim da Faculdade de Direito 90 (2014/I), pp. 71-137, pp. 74-76.

20 José Carlos Vieira de Andrade, “O direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional: Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02”, Jurisprudência constitucional (2004/1) pp. 21-29.

21 Naturalmente, isto não quer dizer que a abordagem se limitasse a questões ambientais, como claramente sublinha, logo no Prefácio ao Relatório conhecido pelo seu nome, Gro Harlem Brundtland: cf. Report of the World Commission on Environment and Development: Our common future, United Nations, 1987 (em Portugal, cf. Comissão Mundial do Ambiente e do Desenvolvimento, O nosso futuro comum, Lisboa: Meribérica/ Liber, 1991; no Brasil, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Nosso futuro comum, Rio de Janeiro: FGV Ed., 1988).

22 Report of the World Commission on Environment and Development: Our common future.

23 Rio de Janeiro, 3 a 14 de junho de 1992.

24 Wolfgang Kahl (Hrsg), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

inspirada tradução de Gomes Canotilho).²⁵ Ou seja, há sustentabilidades da sustentabilidade, com diferente expressão jurídica. Em termos práticos, interessam-nos aqui especialmente a sustentabilidade económica e financeira, mas importa não olvidar a sustentabilidade social, isto é, o impacto das medidas no tecido social, nomeadamente nos mais pobres ou desfavorecidos.

O debate em torno da sustentabilidade pode pôr-se, em termos mais latos, em relação ao próprio Estado social, que assumimos com um sentido que não se confunde com o Estado-providência. Por exemplo, Andrew Gamble veio perguntar: *Can the welfare state survive?*²⁶

Noutro lugar,²⁷ e em termos que não podemos aprofundar aqui, considerámos que, numa aproximação tipológica, o Estado social é aquele em que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidades que se conectionam com bens básicos ou fundamentais (por exemplo, saúde, segurança/seguridade social) cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço.

Em termos teóricos, sublinharíamos que:

a) O Estado social é, em parte, vítima do seu próprio êxito. Na verdade, com a sua consagração, em maior ou menor grau, assistiu-se a um aumento significativo da esperança (no Brasil, ex-

25 José Joaquim Gomes Canotilho, "Sustentabilidade: um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática", Boletim da Faculdade de Direito 88, tomo I (2012) pp. 1-11.

26 Andrew Gamble, *Can the welfare state survive?*, Cambridge: Polity Press, 2016.

27 João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado social?*, pp. 73-74. Vd. também José Carlos Vieira de Andrade, "O papel do Estado na sociedade e na socialidade", in: João Carlos Loureiro/ Suzana Tavares da Silva (Coord.), *A economia social e civil: estudos*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, pp. 23-40, contrapondo "duas construções ideológicas de Estado Social" pp. 24-25.

pectativa) média de vida, em virtude, desde logo, do acesso a cuidados de saúde (com efeitos potenciados pela revolução bio-médica). Estamos no domínio dos chamados “riscos de segunda ordem”²⁸ (pense-se na necessidade acrescida de cuidados exigidos pela dependência), ou seja, resultantes da própria ação e sucesso da intervenção social do Estado;

b) O Estado social assume uma multiplicidade de configurações, quer diacronicamente – a sua história mergulha raízes na segunda metade do século XIX – quer sincronicamente – há diferenças significativas entre o Estado social em países como a Suécia e Portugal, entre os países do centro e os tradicionalmente considerados como integrando a periferia. Não concordamos, pois, com aqueles que entendem que estamos já no quadro de um Estado pós-social.²⁹

Na sua tradução constitucional, sublinha-se que Portugal e Brasil não consagram a fórmula Estado social, o que não significa que não acolham a substância.³⁰ Em Portugal, tal ausência ficou a dever-se, no essencial, ao facto de o Estado Novo ter, especialmente na fase marcelista, sublinhado a ideia de Estado corporativo como Estado social;³¹ ora, o novo regime, sem prejuízo de traços de efetiva continuidade, apresentou-se em clara rotura com

28 Socorremo-nos de expressão de Leisering citada por Carsten G. Ullrich, *Soziologie des Wohlfahrtsstaates: eine Einführung*, Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2005, p. 66, obra onde colhemos também o exemplo registado no corpo do texto.

29 Entre nós, paradigmaticamente Vasco Pereira da Silva, *Em busca do administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1996, 122 ss., e, já antes, em *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria do recurso de anulação*, Coimbra: Almedina, 1989, pp. 56-61, e também em “Estruturas da Sociedade: liberdade e solidariedade”, in: *Comissão Nacional Justiça e Paz, Gaudium et Spes: uma leitura pluridisciplinar vinte anos depois*, Lisboa: Rei dos Livros, 1988, pp. 125-133; no mesmo sentido, Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado*, Lisboa: Almedina, 1996, pp. 47-80, 96, 354. Carlos Blanco de Moraes (Curso de direito constitucional: Teoria da constituição em tempo de crise do Estado social, t. II, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 134) entende que “não será possível falar, ainda, em crise global do Estado Social, pois este ainda responde a exigências prestacionais elementares”.

30 Na doutrina brasileira, vd., por todos, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 12 2015 [há agora - 2018 - uma nova edição (a 13ª), que já não foi possível tomar em consideração]: “Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, caput, refere apenas os termos democrático e Direito) não restam dúvidas - e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina - de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição”.

31 Sobre este ponto, vd. agora Luís Reis Torgal, *Marcello Caetano, marcelismo e Estado social*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 2013.

a ditadura. Acresce que, para certos setores da sociedade portuguesa, o objetivo não era a construção de um Estado social, mas sim “abrir caminho para uma sociedade socialista”.³² O primeiro – o Estado social – seria, para algumas vozes, mera expressão de um Estado burguês, reivindicando-se um Estado socialista.

NEOGLOBALIZAÇÃO

Quando falamos de neoglobalização, pretendemos referir-nos à segunda globalização³³ (para alguns, terceira globalização). Já a primeira globalização reenvia-nos para o processo liderado por portugueses e espanhóis, pessoalmente expresso em poema: “E viu-se a terra inteira, de repente, Surgir, redonda, do azul profundo”.³⁴ Esta neoglobalização teve e tem um impacto profundo na socialidade em geral e na segurança/seguridade social em especial. Em termos de brevíssimas ilustrações, pense-se em questões como o chamado *dumping* social, a multiplicação das migrações, aumentando significativamente o número de pessoas com uma carreira laboral que se conexas com diferentes ordenamentos, apontando para mecanismos de coordenação, a não confundir com a harmonização dos sistemas.³⁵

NEOGNOSTICISMO(S)

Não é aqui possível desenvolver este tópico. Falamos de neognosticismo(s) para marcar simultaneamente a continuidade – a inserção nos filões gnósticos³⁶ de uma desvalorização corporal dualista (no limite, a corporeidade situa-se no terreno da im-

32 Vd. o Preâmbulo da CRP. Além disso por exemplo, o art. 2.º da CRP: “A República Portuguesa é um Estado democrático (...) que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa anotada, Coimbra: Coimbra Editora, 1980, 35) falavam, a este propósito, da consagração de um princípio socialista, reiterado ao longo do texto constitucional. Em 1982, na primeira revisão constitucional, consagrou-se a fórmula “democracia económica, social e cultural” (art. 2.º CRP),

33 Em língua portuguesa, vd. António Avelãs Nunes, *Neoliberalismo e direitos humanos*, Lisboa: Editorial Caminho, 2003, 77-78 (edição brasil.: Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

34 Fernando Pessoa, “O Infante”, in: Idem, *Mensagem* (in: *Obra poética e em prosa*, vol. I – Poesia, Porto: Lello e Irmão, 1986, 1154).

35 Mais desenvolvidamente, vd. o que escrevemos em João Carlos Loureiro, *Direito da segurança social: entre a necessidade e o risco*, 85-87.

36 Vd., entre outros, Hans Jonas, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, Bologna: Il Mulino, 1991; para uma síntese da sua visão sobre o gnosticismo leia-se Robert Theis, *Habiter le monde*, Paris: Michalon, 2008, 13-32.

pureza)³⁷ – e a diferença, resultante da tecnologia que anuncia um tempo novo.³⁸ A propósito da chamada revolução GNR, esta ideia gnóstica assume novos contornos e tem projeção, no que ora nos importa, especialmente no chamado pós-humanismo, no pós-envelhecimento, na pós-mortalidade e na pós-natalidade, tópicos que, como veremos, não podem deixar de ter profundo impacto na segurança/seguridade social. Há mais de duas décadas temos sublinhado o papel da corporeidade como chave de unidade da bioconstituição, que recortámos conceitualmente,³⁹ e que não tem apenas expressão no campo da biomedicina, mas também, por exemplo, no território da pobreza encarnada em pessoas concretas e com rostos.⁴⁰

CONCRETIZAÇÕES

Embora ao falar-se de segurança/seguridade social muitos tendam a centrar-se na questão das pensões de velhice do sistema previdencial, importa não esquecer a importância, por exemplo, da ajuda social⁴¹ no combate à pobreza. Aliás, esta, recorde-se, não se limita à pobreza económica, devendo considerar-se, sem prejuízo de não alargar tanto o conceito que o torne imprestável, a pobreza de cuidados e a pobreza relacional (cobrindo quer a pobreza de inclusão laboral, quer a pobreza relacional *stricto sensu*, resultante do isolamento e da marginalização sociais).⁴²

37 Derrick de Kerckhove [apud Jesús Ballesteros, “Biotecnología, biolítica y posthumanismo”, in: Jesús Ballesteros/ Encarnación Fernández (Coord.), Biotecnología y posthumanismo, Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2007, 21-46, 37], referindo a leitura puritana do corpo que o vê como “imperfecto, sucio, pecaminoso y absolutamente no indispensable”.

38 Falando, neste contexto, de “gnoses modernas”, vd. Jean-Gabriel Ganascia, O mito da singularidade: devemos temer a inteligência artificial?, Lisboa: Temas e Debates / Círculo de Leitores, 2018, 73.

39 Para uma síntese, vd. João Carlos Loureiro, “Prometeu, Golem & Companhia: Bioconstituição e corporeidade numa “sociedade (mundial) de risco”, Boletim da Faculdade de Direito 85 (2009), 151-196, esp. 167-168.

40 Especificamente, com outros desenvolvimentos, João Carlos Loureiro, “Responsabilidade(s), pobreza e mundo(s): para uma tópica (inter)constitucional da pobreza”, Fernando Alves Correia/ Jónatas Eduardo Mendes Machado/ João Carlos Loureiro (Orgs.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 395-424 (esp. 407-408).

41 Sobre os domínios típicos da segurança social, vd. João Carlos Loureiro, Adeus ao Estado social?, pp. 159-161.

42 João Carlos Loureiro, Direito(s) e pobreza(s): relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino do Direito da Segurança Social, Coimbra, 2017, Parte I, Cap. II.

No entanto, é verdade que as pensões de velhice se transformaram, nas últimas décadas, num ponto de fricção que desafia a sustentabilidade (económico-financeira) do sistema e em fator de queda de governos. As políticas públicas estão fortemente condicionadas por estes dados, em tempos marcados pelo "complexo de Matusalém"⁴³ e, mesmo, para alguns, por uma "conspiração grisalha".⁴⁴ Deixando de parte outros debates – por exemplo, a questão do voto familiar,⁴⁵ em contraste com o princípio do igual peso numérico –,⁴⁶ centraremos a nossa análise na defesa da redução do montante das prestações em pagamento consideradas intocáveis segundo a lógica dominante, mas já não pelo Tribunal Constitucional Português⁴⁷ e, em relação aos servidores públicos, admitida no Brasil, na sequência de uma Emenda Constitucional.⁴⁸

Não é aqui possível ir além de breves pinceladas sobre a questão.⁴⁹

PROBLEMA: "EROSÃO DOS PRESSUPOSTOS" E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Também em matéria de pensões de velhice se faz sentir a questão da "erosão dos pressupostos",⁵⁰ importando não enterar a cabeça na areia no campo político-social e não ignorar o impacto em termos teóricos e dogmáticos desta mudança. A

43 Frank Schirrmacher, *Das Methusalem-Komplott*, München: Blessing, 2004 (trad. brasil.: *A revolução dos idosos: o que muda no mundo com o aumento da população mais velha: como será o novo choque de gerações*, Rio de Janeiro: Campus, 2005).

44 Fernando Ribeiro Mendes, *Conspiração grisalha: segurança social, competitividade e gerações*, Oeiras: Celta Editora, 2005.

45 V.g., Werner Schroeder, "Familienwahlrecht und Grundgesetz", *JuristenZeitung* 58 (2003) pp. 917-922.

46 Sobre as duas dimensões do princípio da igualdade de sufrágio, vd., por todos, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 72003, p. 305.

47 Ac. TC n.º 862/2013.

48 Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003. Antes, a alteração tinha sido tentada por via legal (Lei n.º 9.783/99, que, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional: cf. STF - ADInMC 2010/DF - DJ de 12.04.2002).

49 Além de várias referências neste texto, vd., para outros desenvolvimentos, João Carlos Loureiro, "Sobre a chamada convergência das pensões: o caso das pensões de sobrevivência", *Boletim da Faculdade de Direito* 89 (2013) pp. 603-630.

50 *Erosion von Verfassungsvoraussetzungen: in Erlangen vom 1. bis 4. Oktober 2008, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: VVDStRL*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2009.

erosão do(s) solo(s) é aqui uma metáfora impressionante, num tempo em que se fala do triunfo do líquido.⁵¹ Os sistemas de segurança social e, no caso, as dimensões previdenciárias em termos de cobertura da eventual velhice foram construídas num tempo outro. Nas palavras-chave mobilizadas a este propósito, encontramos desde fatores políticos a jurídicos, passando pela economia e pela demografia.

Não raro, e em várias ordens jurídicas, a alteração relevante de pressupostos (por exemplo, demográfico) não foi acompanhada por uma adequação legislativa (por exemplo, em matéria de idade, no que toca às pensões de velhice). Pelo contrário: durante demasiado tempo, caminhou-se na direção contrária. Recorda-se, aliás, que, em Portugal, a idade de reforma (aposentadoria, no Brasil), na legislação republicana de 1919, era de 70 anos!⁵²

Aliás, os sistemas de segurança/seguridade social têm tudo a ganhar com o recurso a mecanismos de estabilização automática, procurando reduzir a tentação de interferências políticas.⁵³

(DES)ORDEM E PROGRESSO?

Palavras-chave como emancipação, progresso, revolução, evolução são "grandes categorias da modernidade".⁵⁴ A bandeira do Brasil é expressão desta visão, ao consagrar a divisa comtiana Ordem e Progresso. A "metanarrativa emancipatória" traduziu-se no chamado princípio da proibição do retrocesso social e na

51 Trata-se de um tópico recorrente na obra de Zygmunt Bauman: vd., por exemplo, *Liquid modernity*, Cambridge: Polity Press, 2000 (trad. brasil.: *Modernidade líquida*, Rio de Janeiro: Zahar, 2001).

52 Art. 15º do Decreto nº 5:638 (organizando os seguros sociais obrigatórios na invalidez, velhice e sobrevivência), de 10 de maio de 1919; quanto ao regime transitório, cf. art. 19º

53 Sobre estes, com exemplos, vd. João Carlos Loureiro, João Carlos Loureiro, "Contribuição de Sustentabilidade & Companhia: Linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. I – Pensões: entre a atualização e a redução", *Boletim da Faculdade de Direito* 92 (2016/2) 717-755, 721-727.

54 Quanto a este ponto, vd. Miguel Baptista Pereira, *Modernidade e tempo: para uma leitura do discurso moderno*, Coimbra: Minerva, 1989 (republicado em *Obras completas de Miguel Baptista Pereira: II – Leituras da modernidade e da secularização*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 333-464) que inclui na lista de descritores também secularização, crítica e desenvolvimento (associado a evolução).

ideia de constituição dirigente, esboçada por Peter Lerche.⁵⁵ O princípio teve significativo acolhimento em Portugal e no Brasil, mas temos vindo a considerar que se trata hoje de um princípio insustentável, se interpretado na sua versão rígida ou ortodoxa, como reconheceu o próprio Gomes Canotilho,⁵⁶ que passou a limitar o seu campo ao “núcleo essencial”; dispensável, no que toca a esta versão flexível ou *soft*, pois a projeção do princípio da proteção da confiança em matéria de sustentabilidade é apta e suficiente. Na chamada pós-modernidade, de uma forma mais limitada, o centro da tutela reside agora nos chamados direitos adquiridos.⁵⁷

RETRATO(S)

Em brevíssimo(s) retrato(s), diríamos que, olhando para muitos sistemas de pensões de velhice, deparamo-nos com soluções desigualitárias e, no limite, com uma “solidariedade invertida”, ou seja, com transferências dos mais pobres para os mais ricos. Na Alemanha, numa obra publicada há cerca de uma década – *Der Zweiklassenstaat: wie die Privilegierten Deutschland ruinieren* –, Karl Lauterbach⁵⁸ assinala uma clara distorção no sistema de pensões que leva pessoas com mais baixos rendimentos a subsidiarem os mais ricos. Na verdade, concluiu que, em regra, os pensionistas com rendimentos mais baixos têm uma esperança de vida mais curta, pelo que, vivendo menos tempo, beneficiam-se ainda menos do sistema. Ou seja: pensões menores, durante menos tempo. Estudos realizados na Alemanha apontavam para

55 Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Köln/Berlin/ München/ Bonn: Heymann, 1961. José Joaquim Gomes Canotilho (“Da constituição dirigente ao direito comunitário dirigente”, in: Idem, “Branquinhos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 205-226, 214) recorda que Lerche construiu o conceito de constituição dirigente no quadro de um direito de igualdade (por exemplo, fim da discriminação entre filhos “legítimos” e “ilegítimos”) e não associado à ideia de constituição programática.

56 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 339.

57 Daniel Innerarity, *El futuro y sus enemigos: una defensa de la esperanza política*, Barcelona/ Buenos Aires/ México: Paidós, 2009, 15: “A fuerza de explicar que los «grandes relatos» han muerto, su lugar ha sido ocupado por la defensa de los «derechos adquiridos»” (há edição port.: *O futuro e os seus inimigos: uma defesa da esperança política*, Lisboa: Teorema, 2011).

58 Karl Lauterbach, *Der Zweiklassenstaat: wie die Privilegierten Deutschland ruinieren*, Hamburg: Rowohlt Verlag, 2008.

o seguinte cenário: os homens com pensões superiores a 4500 € viviam em regra cerca de oito anos mais do que os pensionistas com um rendimento abaixo de 1500 €. ⁵⁹

Passando para o domínio da ajuda social, em Portugal encontramos prestações atribuídas sem a exigência de condição de recursos. Pensamos no complemento social, uma prestação que visa garantir valores mínimos de pensões (no que aqui nos importa, de velhice), ⁶⁰ inserindo-se no subsistema de solidariedade. Ao não depender de condição de recursos, muitas pessoas, ⁶¹ que não seriam elegíveis se fosse aplicável o quadro normativo geral que disciplina as prestações não contributivas, ⁶² acabam por beneficiar, mesmo que não sejam economicamente pobres. ⁶³

Em contrapartida, temos um conjunto de vítimas da pobreza em relação às quais é pertinente discutir a (in)suficiência das prestações, pois importa garantir o “mínimo para uma existência condigna”, ⁶⁴ que constitui “reserva do necessário”. ⁶⁵

⁵⁹ Karl Lauterbach, *Der Zweiklassenstaat*: cf. o capítulo intitulado “Die wahren Rentenlügen” (125 ss.); quanto aos números citados, vd. pp. 129-130.

⁶⁰ Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de maio, especialmente artigos 46.º e 47.º.

⁶¹ A questão é sublinhada num estudo já do início deste século: cf. Miguel Gouveia/ Carlos Farinha Rodrigues, *Para que servem as pensões mínimas?* (disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/rgp_MA_4649.pdf), 11 e 12 de Março de 2003. Transcrevemos uma parte do resumo: “[n]este trabalho usamos o Inquérito aos Orçamentos Familiares de 2000 para estudar as características redistributivas das pensões mínimas. A análise mostra que as pensões mínimas são instrumentos caros e ineficazes de solidariedade. Só 31.25% das pessoas que vivem em agregados familiares recebendo pensões mínimas são pobres” (itálico nosso).

⁶² Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho (Estabelece as regras para determinação dos rendimentos, composição do agregado e capitação dos rendimentos do agregado para a verificação das condições de recursos), alterado pela Lei n.º 15/2011, de 3 de maio, pelo Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 90/2017, de 28 de julho, e agora pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

⁶³ Criticamente, vd., por exemplo, Ilídio das Neves, *Lei de Bases da Segurança Social comentada e anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 125-126; na doutrina estrangeira, Ulrich Becker, “Leistungen für langjährlich Rentenversicherte in Südeuropa – eine rechtsvergleichende Analyse”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (2012/1) 1-15, 14.

⁶⁴ José Carlos Vieira de Andrade, “O direito ao mínimo de existência condigna”, que explicita a razão da escolha do para uma existência condigna em vez do tradicional de (29).

⁶⁵ José Carlos Vieira de Andrade, “Conclusões”, in: Tribunal Constitucional, 35.º Aniversário da Constituição de 1976, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 175-189, p. 184.

TOMAR A SÉRIO O QUADRO CONSTITUCIONAL OU PONDERANDO OS PRINCÍPIOS

Ainda antes da crise de 2007/2008, defendemos uma reavaliação dos chamados direitos adquiridos em matéria de pensões.⁶⁶ Com efeito, a sua imunização, num mundo em que se alteraram significativamente os pressupostos, coloca sérios problemas também em termos de justiça intergeracional.⁶⁷ No Brasil, a propósito da contribuição dos inativos, foi convocado este argumento:

“Os sistemas previdenciários dos servidores públicos são e eram sistemas custeados pelo regime de repartição simples, em que é nítida a solidariedade financeira intergeracional. A solidariedade (...) não foi instituída pela Emenda Constitucional 41/2003, mas constitui um dos objetivos da República (art. 3.º, 1, da Carta Magna) e pode ser considerado um princípio implícito ao modelo de Estado de Direito social adotado pela Constituição. Se há um deficit no sistema e se nem sempre houve um nível adequado de contribuições, o que se mostra mais justo e razoável: cobrar a contribuição do grupo específico beneficiado ou de toda a sociedade (...)?”⁶⁸

Em Portugal, uma solução deste tipo, mas não limitada aos servidores públicos, foi – em termos que oportunamente criticámos⁶⁹ – considerada inconstitucional.⁷⁰

66 João Carlos Loureiro, “Adeus ao Estado social? O insustentável peso do não-ter”, *Boletim da Faculdade de Direito* 83 (2007) pp. 99-182 (repblicado em *Adeus ao Estado social?*, pp. 45-138).

67 Sobre a sua relevância, especialmente no quadro das pensões, vd., por todos, Suzana Tavares da Silva, “O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013”, *Cadernos de Justiça Tributária* (2013/0) pp. 3-15.

68 Eduardo Rocha Dias/ José Leandro Monteiro de Macêdo, *Curso de direito previdenciário*, S. Paulo: Editora Método, 2010, p. 679 (há uma 3ª edição de 2012).

69 João Carlos Loureiro, “Contribuição de Sustentabilidade & Companhia: Linhas para uma discussão constitucional ou a arte de morrer ingloriamente em sede de fiscalização preventiva. I – Pensões: entre a atualização e a redução”, já anteriormente referido, e “II – Sobre o(s) modo(s) da realização da redução retrospectiva dos montantes de pensões”, *Boletim da Faculdade de Direito* 93 (2017/1) pp. 57-88.

70 Acórdão n.º 575/2014.

Repare-se que a posição tradicional apontava para o modelo de intocabilidade dos chamados direitos adquiridos. Ou seja, uma vez atribuída a pensão, esta não poderia ser objeto de redução nominal. Com o desencadear da crise, sustentou-se que seria possível, a título excecional e temporário, comprimir o valor nominal das pensões. No entanto, no acórdão nº 862/2013, o Tribunal Constitucional admitiu a legitimidade da redução das pensões em pagamento a título definitivo, e não meramente transitório, desde que as medidas se inserissem numa reforma estrutural (e não meramente conjuntural), global (i.e., para todo o sistema de pensões), gradual (tendo em vista respeitar o princípio da proteção da confiança) e visando à “sustentabilidade do sistema público de pensões, [à] igualdade proporcional e [à] solidariedade entre gerações”.

CENÁRIOS: “VIS[ÕES] DO PARAÍSO” (SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA)

Voltando-nos para o porvir, e não tendo os dotes deste génio luso-brasileiro chamado António Vieira, que escreveu uma *História do Futuro*,⁷¹ procuraremos entrever, neste tempo de inter-regno (Gramsci),⁷² o impacto de alguns cenários que estão a ser multimilionariamente impulsionados. Falamos do pós-envelhecimento, da pós-mortalidade, da pós-natalidade e do pós-humanismo. Ou seja, temos presente a chamada revolução Genética, Nanotecnologia e Robótica (GNR) ou Nanotecnologia, Biotecnologias, Informática – *big data*, Internet das coisas – e Cognitivismo – inteligência artificial e robótica – (NBIC) que desafia as sociedades em geral e que, pelo menos em relação a alguns desideratos prometidos, se concretizados, não deixará de ter forte impacto na segurança/seguridade social.

Neste ponto, que o espartilho temporal não permite agora aprofundar, notamos que Sérgio Buarque de Holanda, em *Visão do Paraíso – Os motivos edênicos no descobrimento e coloniza-*

71 António Vieira, *História do futuro*, Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1982.

72 Apud Zygmunt Bauman, *Lo spirito e il clic: la società contemporanea tra frenesia e bisogno di speranza*, Chinisello Balsamo – Milano: San Paolo, 2013, p. 25.

ção do Brasil (de 1958 na sua primeira versão de tese), relata-nos a importância da tentativa de localização do Paraíso em terras sul-americanas (para um marrano de origem portuguesa, mas nascido em Valladolid, António Pinelo, a fruta da perdição seria o maracujá e o Amazonas, um dos quatro rios do Éden;⁷³ o jesuíta Simão de Vasconcelos discute a possibilidade da sua localização no Brasil).⁷⁴ Tese reafirmada por Pedro de Rates Henequim,⁷⁵ lisboeta que virou mineiro, uma das figuras que, na primeira metade do século XVIII, tentou antecipar um Brasil independente, defendendo, em registo de Quinto Império, a proclamação do infante D. Manuel, irmão de D. João V, como Imperador da América Meridional. Para ele, cuja vida e obra alicerçaram a dissertação de Adriana Romero,⁷⁶ “o Paraíso Terreal está no Brasil em o meio de umas serranias”, Deus tinha criado o mundo no Brasil⁷⁷ e o português seria, na verdade, a língua divina.

Vem isto a propósito da ideia de um mundo sem morte e sem envelhecimento, de um retorno ao paraíso,⁷⁸ depois de um “paraíso perdido” – para citar John Milton.⁷⁹ Nele, não só não haveria envelhecimento – relembramos Ponce de León e a fonte de juventude – como também teríamos, pelo menos, uma longevidade relevante.

Na nossa contemporaneidade, com a “passagem do acaso à escolha”,⁸⁰ assinala-se uma mudança no modo de ter filhos. Nos

73 Sérgio Buarque de Holanda, *Visão do paraíso: os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, pp. 27-28.

74 Sérgio Buarque de Holanda, *Visão do paraíso*, p. 218.

75 Sérgio Buarque de Holanda, *Visão do paraíso*, p. 28.

76 Adriana Romero, *Um visionário na corte de D. João V: revolta e milenarismo nas Minas Gerais*, Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

77 Adriana Romero, *Um visionário na corte de D. João V*, p. 31.

78 John Milton escreveu também *Paradise regained* (há uma edição portuguesa: *O Paraíso perdido seguido de O Paraíso reconquistado*, Vila Nova de Famalicão: Húmus, 2016; no Brasil, São Paulo: Editora de Cultura, 2014).

79 *Paradise lost* (a primeira edição é de 1667). Há várias edições em língua portuguesa: por exemplo, em Portugal, *Paraíso perdido*, Lisboa: Cotovia, 32013; no Brasil, *Paraíso perdido*, São Paulo: Editora 34, 2015.

80 Allen Buchanan/ Dan W. Brock /Norman Daniels/ Daniel Wikler, *From chance to choice: genetics and justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000; também Luc Ferry, *La révolution transhumaniste: comment la technomédecine et l'uberisation du monde vont bouleverser nos vies*, Paris: Plon, 2016, pp. 61-65.

Estados Unidos da América, Henry T. Greely, em *The end of sex and the future of human reproduction*,⁸¹ afirma que, num intervalo de 20 a 40 anos, no Ocidente o sexo deixará de ser utilizado para a procriação, o que já nos aparece numa das distopias paradigmáticas do século XX. Falamos de *Brave New World*, de Aldous Huxley.⁸² Neste processo, a qualidade do embrião acaba por ser decisiva, assumindo um papel central os processos *in vitro*, nomeadamente em termos de um diagnóstico genético pré-implantação, num quadro de embaratecimento da biotecnologia. O número de pessoas afetadas pela deficiência à nascença reduzir-se-ia, como as técnicas mais simples de diagnóstico pré-natal já permitiram fazer, tragicamente, com portadores de trissomia 21. Olhando para a Lei de Bases da Segurança Social (LBSS),⁸³ no quadro do subsistema de proteção familiar, haveria impacto nos encargos no domínio da deficiência. Se triunfar um projeto de útero artificial, também as gravidezes de risco capazes de gerar uma incapacidade temporária da mãe para o trabalho tenderiam a reduzir-se.

Continuando a esboçar, em registro prospetivo, diferentes implicações com reflexos também em sede de segurança social, permitam-nos ainda referir as seguintes:

a) Com o pós-envelhecimento, acrescido, aliás, de uma longevidade matusalémica ou, no limite, de superação da morte, imaginam-se as consequências em sede de pensões de velhice;

b) Em termos do discurso da pós-mortalidade – “a morte da morte” –,⁸⁴ a sua radical efetivação faria desaparecer as prestações resultantes da verificação da eventualidade morte, desde o subsídio de funeral à pensão de sobrevivência⁸⁵ (aliás, já eliminada noutros países, mas aí por se entender que eventuais prestações devem ser recebidas a título próprio, e não derivado);

81 Henry T. Greely, *The end of sex and the future of human reproduction*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

82 Há diferentes traduções da obra: vd., por exemplo, em Portugal, *Admirável mundo novo*, Antígona, 2013; no Brasil, *Admirável mundo novo*, São Paulo: Globo, 2009.

83 Lei nº 4/2007, de 16 de janeiro (alterada pela Lei nº 83-A/2013, de 30 de dezembro).

84 Para nos socorrermos do título de uma obra de Laurent Alexandre, *La mort de la mort: comment la technomédecine va bouleverser la humanité*, Paris: Jean-Claude Lattès, 2011.

85 No Brasil, pensão por morte.

c) Acresce que, num mundo em que as gerações não partem para dar lugar a outras, estaria em risco a própria natalidade. Contrariamente a Martin Heidegger, que centrou as suas considerações no Dasein como um ser para a morte, Hannah Arendt, nessa obra notável que é *The human condition*,⁸⁶ cujos sessenta anos de publicação assinalamos, contribui para uma filosofia do natalidade,⁸⁷ sublinhando que, pelo nascimento, a novidade entra no mundo.⁸⁸ Para além de todo o mais, também haveria aqui um impacto no que toca às prestações da segurança/seguridade social (a começar pelos subsídios no âmbito da “parentalidade”, abolidas que fossem a maternidade e a paternidade);

d) Finalmente, o pós-humanismo, que, na verdade, se diz no plural,⁸⁹ aponta para cenários nos quais o homem pode dar lugar à máquina (“obsolescência do homem”)⁹⁰ ou, pelo menos, à hibridação trans-humanista. A robotização ameaça tornar muitos homens supérfluos em termos laborais, assumindo especial relevância, em sede de segurança/seguridade social, no campo do (des)emprego. Embora a relação entre tecnologia e (des)ocupação no mundo laboral não seja uma novidade na história – basta pensar nos luditas –, poderemos estar no limiar de um processo que não se limita a fazer de muitos homens descartáveis (para

86 Hannah Arendt, *A condição humana*, Rio de Janeiro: Forense Universitária; Rio de Janeiro: Salamandra; São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1981 (há edição portuguesa: Relógio d'Água, Lisboa, 2001).

87 Para uma filosofia do nascimento, cf. Ludger Lütkehaus, *Natalität: Philosophie der Geburt*, Kusterdingen: Die Graue Edition, 2006. Vd. também Hans Saner, “El significado político de la natalidade en la obra de Hannah Arendt”, in: Marco Estrada Saavedra (ed.), *Pensando y actuando en el mundo: ensayos críticos sobre la obra de Hannah Arendt*, México: Universidad Autónoma Metropolitana; Plaza y Valdés, 2003, 19-37, pp. 28-29.

88 Hannah Arendt, *A condição humana*, p. 259.

89 Podem recortar-se diferentes visões do pós-humanismo, a saber: a) zoológica ou animalista; b) biocêntrica; c) (biologicamente) híbrida; d) ciborguiana; e) informacional [cf., com outras indicações, João Carlos Loureiro, “Bios, tempo(s) e mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico”, in: Manuel da Costa Andrade/ Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 479-513, pp. 494-496; também publicado, com pequenas variantes, in: José de Faria Costa/Inês Godinho (Org.), *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal: uma perspectiva integrada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 195-230].

90 Jean-Pierre Dupuy, “O transhumanismo e a obsolescência do homem”, in: Adauto Novaes (org.), *A condição humana: as aventuras do homem em tempos de mutações*, Rio de Janeiro: Agir; São Paulo: Edições SESCSP, 2009, pp. 89-121. A referência fundamental é aqui a obra de Gunther Anders, *Die Antiquiertheit des Menschen*: vol.1: *Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution*, München: Beck, 2002; sobre ela, vd. Claudio Sarteau, *Biodiritto: fragilità e giustizia*, Torino: Giappichelli, 2012, esp. pp. 102-110.

recordar uma das linhas sublinhadas pelo Papa Francisco),⁹¹ mas torna o próprio homem descartável. Não podemos equacionar aqui outros domínios onde tem sido considerada a questão (por exemplo, em relação ao pagamento das intervenções de melhoria).⁹² Na visão zoológica ou animalista do pós-humanismo, desenham-se cenários de uma socialidade animalmente inclusiva, como um Serviço Nacional de Veterinária (SNV)/ Sistema Único de Veterinária (SUV) e de assistência social para animais, ou mesmo, no limite, licenças de “parentalidade” para os acolher.

DESPEDIDAS

A terminar, em tempo de despedidas, recordamos que, subindo à sua fonte etimológica, a palavra vem de espedir, remetendo para o verbo latino *expetere*, a que se associa a ideia de “desejar vivamente, (...) ansiar”.⁹³ Desejamos, pois, que estas singelas considerações possam contribuir, ainda que modestamente, para o multissecular diálogo luso-brasileiro. Fernando Pessoa, num anúncio da Coca Cola, escreveu que “primeiro estranha-se, depois entranha-se”. Em relação à nossa história comum, primeiro entranhou-se e, para muitos, hoje estranha-se, face a sedução outras que tendem a esquecer o passado partilhado e a possibilidade de um futuro cooperante, irmanados na língua e abraçados culturalmente, sem prejuízo das diferenças. Construir pontes num mundo que a tecnologia estreitou é tarefa também do direito, no caso da segurança/seguridade social. Tal é especialmente importante num tempo em que a segurança social conhece importantes desafios. Depois das tentativas de reforma da segurança/seguridade social (especialmente no campo das pensões) durante a intervenção da Troika em Portugal, no Brasil, a PEC nº 287/2016 deu novo fôlego aos debates em matéria pre-

91 Fala recorrentemente de uma “cultura do descartável” (por exemplo, no Brasil, na “Visita à Comunidade da Varginha em Manguinhos”, 2013: “Não deixemos entrar no nosso coração a cultura do descartável, porque nós somos irmãos. Ninguém é descartável!”).

92 Gregory J. Walters, “Transhumanism, post-humanism, and human technological enhancement: Whither goes enhancement?”, *Existenz - An International Journal in Philosophy, Religion, Politics, and the Arts*, 8 (2013/2) pp. 1-13, pp. 6-7.

93 José Pedro Machado, *Dicionário etimológico da língua portuguesa*, II, Lisboa: Livros Horizonte, 1995, p. 323, p. 463.

videnciária,⁹⁴ em termos que não podemos desenvolver. Discutir mudanças tendo presente um pano de fundo comparatístico é tarefa que se impõe, importando, de modo mais geral, repensar os direitos sociais nos trinta anos da Constituição cidadã, tomando a sério uma “dogmática da escassez”,⁹⁵ contribuindo para uma socialidade que rime com sustentabilidade e justiça intergeracional.⁹⁶ A terminar, em jeito de provocação, convocamos aqui Monteiro Lobato e o seu *Mister Slang e o Brasil*.⁹⁷ Este “inglês da Tijuca” pergunta a Manoel:

– Diga-me cá: se o seu armazém gastar 10 contos por ano e ganhar 8, o que é acontece?

– Vossa Senhoria está a brincar! Pois claro que quebra! Poço de onde sai mais água do que entra, seca...

Mister Slang sorriu-se e soltou uma gostosa cachimbada para o ar.

– Manoel, acabas de dizer uma verdade eterna, das que os homens da Academia chamam inconcussas. Verdade, no entanto, que jamais entrou na cabeça dos nossos governos. (...) Admitem que é possível encher-se um poço onde entra menos água do que sai”.⁹⁸

Apesar dos limites da imagem em matéria de finanças/dívida(s) pública(s) em geral (e aqui, em particular, da segurança social), importa não olvidar o princípio da realidade,⁹⁹ pois a sua

94 Para uma visão da mudança previdenciária então proposta, vd., por exemplo, os artigos dedicados ao tema publicados na *Revista Brasileira de Direito Público* 15 (2017/56).

95 Sobre esta, com outras indicações, vd. João Carlos Loureiro, “A “porta da memória”: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma “dogmática da escassez”, in: António Rafael Amaro/ João Paulo Avelãs Nunes (Org.), “Estado-Providência”, capitalismo e democracia, *Estudos do Século XX* 13 (2013), pp. 109-126.

96 Sem prejuízo da sua associação e de uma área de sobreposição, distinguimos os dois princípios: João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado social?*, p. 279.

97 Monteiro Lobato, *Mister Slang e o Brasil: colóquios com o inglês da Tijuca*, São Paulo: Globo, 2008.

98 Monteiro Lobato, *Mister Slang e o Brasil*, pp. 31-32.

99 Sobre a importância do princípio da realidade, vd. algumas pistas bibliográficas em João Carlos Loureiro, “Pessoa, democracia e cristianismo: entre o real e o ideal? Subsídios de (para a)

desconsideração acaba, mais cedo ou mais tarde, por ter consequências que, em regra, tocam duramente os mais pobres. Acresce que, aos problemas de cegueiras distópicas, ao peso assumido por dimensões atópicas – irrelevância do lugar –¹⁰⁰ junta-se, como sublinhámos, uma crescente incerteza em sociedades hipercomplexas. A torrente de informação debitada adensa as “brumas do futuro”. Ao contrário de Monteiro Lobato,¹⁰¹ não temos um “porviroscópio”.

leitura(s) de Barbosa de Melo”, Estudos em Homenagem ao Senhor Doutor António Barbosa de Melo, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 361-404, 385-387.

100 Helmut Willke, *Atopia: Studien zur atopischen Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2001.

101 Referimo-nos a *O Presidente negro* ou *O choque das raças*: romance americano do ano 2228, originalmente publicado com o título *O choque das raças* ou *O Presidente negro*: romance americano do anno de 2228, São Paulo: Ed. Nacional, 1926.



JOSÉ ROBERTO AFONSO

Mestre pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e doutor pela Universidade Estadual de Campinas. É economista e contabilista, professor do Instituto Brasiliense de Direito Público e pesquisador do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas.

JOSÉ ROBERTO AFONSO

O debate sobre a sustentabilidade da seguridade social no longo prazo passa pelo futuro do trabalho, uma questão que desperta atenção crescente de estudiosos e organismos internacionais.

A “cena presente” já está marcada pelo fenómeno em que há trabalho, mas não necessariamente com emprego (com carteira assinada). No caso brasileiro atual, essa faceta decorre de uma peculiaridade, uma espécie de planeamento tributário para enfrentar dos mais altos custos mundiais para contratação de um empregado – muitas vezes, passando pela formação de firma individual. No resto do mundo, por outras razões que não as tributárias, e sim tendo a ver com novos modos de relações produtivas e sociais, crescerá ainda mais o número de trabalhadores sem emprego formal – ou seja, por razões estruturais, será ainda mais acirrado o fenómeno, já em curso no Brasil, de diminuir o contingente de quem contribui para a previdência social como um empregado com carteira assinada.

Esse é um novo fator, que condicionará o futuro da seguridade social no Brasil e no resto do mundo, e ainda não tem sido suficientemente estudado e mensurado. Isso afetará gravemente o financiamento clássico da seguridade social, baseado na massa salarial. Vem a se acentuar aos outros efeitos mais conhecidos como o fim do bônus demográfico.

Já há uma preocupação grande e crescente no mundo com o trabalho desacompanhado do emprego, isto é, oportunidades e postos de trabalho que são ocupados por trabalhadores que não possuem carteira assinada, mas contratos firmados por empreitadas e projetos específicos – a chamada *gig economy*.¹ Esse debate no Brasil é incipiente.

A Intuit Research projeta que, até 2020, a *gig economy* compreenderá 40% dos trabalhadores americanos. No Brasil, esse fato possui características específicas e apresenta um grau de intensidade e diversidade que não é encontrado em outros países. Essa particularidade reside na questão do custo de contratação de um empregado, que, por aqui, é muito alto por causa, dentre outras razões, da previdência social. Nesse contexto, o empregador prioriza a contratação de pessoas jurídicas e prestadores de serviços, a fim de evitar assumir responsabilidades com pessoas físicas.

O emprego e o salário são componentes cruciais para a sustentabilidade da seguridade social. Mais do que o financiamento da seguridade pública, há o problema da seguridade social, em um sentido global. Aquele trabalhador que não tem emprego, mas que possui alguma fonte de renda – elevada, na maioria dos casos –, tem a possibilidade de fazer uma “poupança”. No caso brasileiro, verifica-se que esse trabalhador não poupa nem no sistema de previdência privada, ou, pelo menos, não poupa para o longo prazo, o que alimenta um problema sério, somente 2,4% da população com mais de 10 anos de idade declarou à PNAD ter tais planos.

Existe, no mundo inteiro, uma tendência de redução do peso dos salários na renda, em decorrência tanto de fatores conjunturais quanto estruturais. Nas economias avançadas, a participação dos salários sobre a renda era mais significativa; no entanto, está decrescendo. Já nas economias emergentes, seu peso sempre foi menor e, atualmente, está caindo de maneira mais

1 Intuit Research (2010) mostra que, até 2020, a *gig economy* compreenderá 40% dos trabalhadores americanos.

acelerada. Na União Europeia, os salários representam aproximadamente 47% da renda nacional, enquanto, em vários países da América Latina, eles sequer chegam a 30%. No Brasil, um pouco mais desenvolvido do que pares latino-americanos, fica em torno dos 40%. Logo, conclui-se que a tendência é: quanto menos desenvolvidos os países, menor é o peso do salário. Essa condição apresenta importantes implicações no financiamento da seguridade.

No Brasil, o problema do desemprego, independentemente dos efeitos da globalização e da automação, já era elevado e assim permanece, mesmo depois da saída da crise. No ano passado, cerca de 400 mil novos postos de trabalho foram criados no país, só que 600 mil, com carteira assinada, foram destruídos, totalizando um milhão de postos sem carteira assinada. Isto significa que nós estamos saindo da crise, reduzindo desemprego, em um movimento em que, ao mesmo tempo, contrata-se sem carteira assinada e demite-se com carteira assinada; por isso, temos mais postos de trabalho, porém sem carteira assinada. Outros países no mundo têm situação semelhante à brasileira, nos quais um terço da força de trabalho empregada é composto por trabalhadores que atuam por conta própria. Quanto menos desenvolvidos os países, maior será essa proporção.

O caso brasileiro, no entanto, possui uma particularidade, já que o Brasil é um dos países com menor taxa de informalidade, ou seja, nós temos trabalhadores formais que atuam por conta própria, e muitos não apenas autônomos, pois há a figura dos trabalhadores que se tornam proprietários de empresas. Na raiz desse processo está o fato de o Brasil ter uma previdência social grande e custosa, e, portanto, dependente de contribuições sociais para financiar um sistema de seguridade, cujo padrão se aproxima mais do verificado na Europa do que no resto da América Latina.

O Brasil possui o maior custo do mundo para se contratar um empregado, sobretudo de alta renda, segundo os cálculos de empresas de consultoria. Sai mais caro contratar alguém que

ganhe US\$ 300 mil como salário anual no Brasil do que na França, que é o país mais caro da Europa. Foi esse fato que ensejou uma destruição do emprego formal com alta renda – fora efeitos gerais, sobre todas classes de renda, como a recessão.

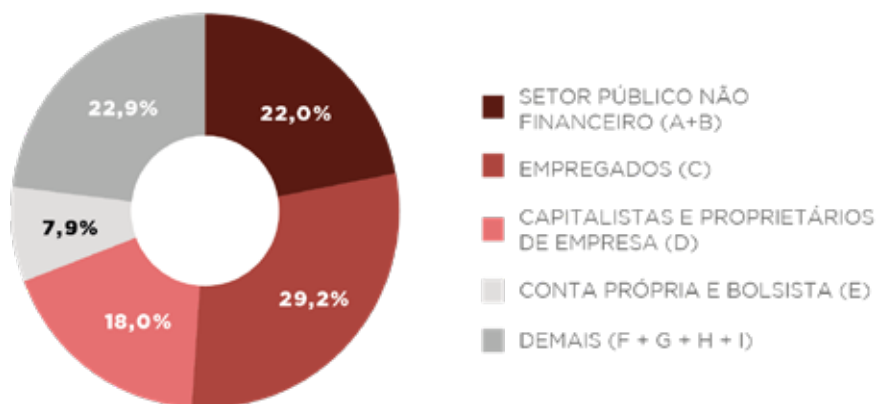
De 1996 até 2013, por exemplo, o país teve uma expansão importante do emprego, e o número de contribuintes na previdência social cresceu 6% ao ano. No entanto, esse crescimento diz respeito, majoritariamente, a quem ganha muito pouco, isto é, até três salários mínimos, ou até um pouco mais, de três a sete salários mínimos. Para quem ganha acima de sete salários mínimos, valor acima do teto previdenciário, o número desses empregados cresceu apenas 1% ao ano.

Para contextualizar, duas informações são importantes: em 1988, quando foi promulgada a Constituição brasileira, um terço dos contribuintes da previdência social ganhava acima do teto previdenciário, ou seja, eles contribuía até o teto e se aposentavam com esse valor. Os empregadores que contratavam os trabalhadores de maior renda subsidiavam os trabalhadores de menor renda. É um princípio de subsídio cruzado. Se, em 1988, um terço dos trabalhadores que contribuía para a previdência social ganhavam acima do teto, essa proporção caiu drasticamente cerca de 30 anos depois, para perto de 3% do contingente total.

É inegável a tendência a quase desaparecer o emprego de altíssima renda com carteira assinada no setor privado brasileiro. Hoje, esse tipo de emprego muito bem remunerado se tornou restrito basicamente a três blocos: funcionários de administrações públicas diretas, empregados de empresas estatais e empregados do terceiro setor. Este último grupo é pago muito bem, pois, em sua maioria, não contribui com a previdência social; logo, contrata, com altos salários, profissionais como médicos, pesquisadores e professores, por exemplo.

No setor privado, a destruição foi tamanha que uma situação peculiar foi revelada, a partir de dados do imposto de renda das pessoas físicas brasileiras: ao se analisar o total, dos quase 28

milhões de declarantes, 8,2 milhões se declaram empregados de empresas privadas e outros 7,3 milhões são donos de empresas ou autônomos, trabalhando por conta própria. Em um referencial marxista, há 1,1 proletário para cada capitalista. Nenhum país no mundo tem uma relação igual a essa, e isso tem um peso muito grande sobre a previdência social, ou seja, a base de financiamento da seguridade e de subsídio está sendo destruída.



Fonte: RFB. Elaboração própria.

Há outro lado ruim, que incide sobre quem ganha bem e não contribui para a previdência, ou até mesmo não contribui com todo o seu salário e também não poupa.

Segundo o Banco Mundial, o Brasil é um dos países em que a população menos poupa para a velhice, o que é compreensível. Afinal, o dono de uma empresa que nunca contribuiu para a previdência social e que tem, por exemplo, uma renda mensal em torno de 2.500 € – suponhamos que pensa em se aposentar daqui a 20 ou 30 anos, recebendo 2.500 € –, precisa ter cerca de 500 mil € para conseguir ganhar os mesmos 2.500 € por 20 anos, ou algo como 750 a 800 mil € para se obter uma renda mínima por 30 anos. Isso significa que ele teria que ter poupado cerca 40% do que ganha para poder continuar ganhando o mesmo na aposentadoria. Isso é uma taxa irreal, que configura o nosso problema atual.

Este contexto é passível de se agravar, pois, cada vez mais, a figura do trabalho independente se tornará uma realidade. Isso significa que um fenômeno peculiar do Brasil tende a se tornar uma realidade internacional, que é a prestação de serviços sem haver, necessariamente, um vínculo fixo permanente com carteira de trabalho. Isso é resultado das mudanças drásticas nas relações econômicas e sociais a que estamos submetidos, que transcendem a questão da digitalização e impõe um desafio muito grande ao sistema tributário como um todo, em particular no que se refere ao sistema de financiamento da seguridade social, atrelado ao salário.

A economia digital, ou compartilhada, nasceu e cresceu graças à tributação pesada de seus concorrentes. Se não incidissem tantos impostos sobre uma livraria física, provavelmente uma empresa como a Amazon não teria o tamanho atual. Segundo os cálculos da União Europeia, a Amazon arca com 11 vezes menos impostos do que uma livraria física. Esse fenômeno não é exclusivo e também se aplica a empresas como Uber, Spotify, Netflix etc.

É preciso atentar para o paradoxo de que essas companhias não chegariam a esse patamar se não transcendessem o sistema tributário vigente, que tributa pesadamente os negócios clássicos, enquanto o novo modelo conseguia, de uma ou outra forma, pagar menos tributos. Ao mesmo tempo, ao expandir, acabam concentrando e monopolizando, e até aniquilando, a concorrência. Não necessariamente, ao se tornarem os únicos *players* nos negócios, vão pagar mais impostos. Afinal, a tributação normal de um negócio físico gira em torno de 21% a 23%, enquanto a dos meios digitais fica abaixo de 10%.

É importante ressaltar que diversos estudos estão sendo feitos para avaliar o grau de destruição sobre certos empregos e quais áreas serão as mais afetadas. Essa destruição não se limita apenas à figura do robô que opera na fábrica – aliás, existem estudos que apontam que o impacto da automação no setor de serviços será muito maior do que na indústria fabril. Outra área afetada seria a dos serviços prestados pela advocacia, que prova-

velmente vai sofrer uma destruição de emprego numa proporção maior do que em uma fábrica automobilística, até pelo fato de esta já utilizar robôs há bastante tempo.

Diante do que foi exposto, conclui-se que é tremendo o desafio dos gestores e formuladores de política fiscal. Faz-se necessário gastar mais, inclusive em relação à previdência social, que pode sofrer uma perda grande de contribuintes. No que se refere ao sistema tributário, deve-se arrecadar mais, sobretudo a partir dos novos negócios. Por isso, identifica-se um paradoxo. Há um potencial imenso para se cobrar e se administrar melhor a arrecadação de impostos. Por meio da emissão de nota fiscal eletrônica, não tardará para que todos passem a fazer pagamentos, tanto de compras no comércio quanto de impostos, por meio do celular. De qualquer forma, é uma economia que funciona bem para a sociedade, pois possui um viés de menor incidência de impostos, o que implica um desafio muito grande.

O Brasil tem a tradição de fundamentar suas leis na Constituição Federal. Na minha opinião, o sistema tributário deveria ser retirado do texto constitucional; sugiro até mesmo que fossem aprovadas emendas constitucionais a cada trimestre. Ninguém sabe ao certo o que vem pela frente. A questão da seguridade social, em particular, é muito preocupante, uma vez que os empregos e salários vão reduzir de tamanho em relação à economia, impactando, portanto, o financiamento da seguridade.

Em conclusão: é necessário haver um aparato legal e jurídico flexível, com o intuito de lidar com as incertezas e mudanças que a sociedade demanda. A única certeza que existe é de que o futuro não será como o presente; portanto, todo o sistema tributário, além do pacto social, deverá ser repensado. Eis a grande preocupação que tem sido experimentada no Brasil: o aumento do trabalho e da renda sem emprego com carteira assinada, e, por consequência, sem proteção social.



MARILDA SILVEIRA

Mestre em direito administrativo e doutora em direito público pela Universidade Federal de Minas Gerais. É coordenadora dos cursos de pós-graduação em direito eleitoral e professora da graduação e do mestrado da Escola de Direito de Brasília. Além disso, é líder da pesquisa em rede sobre financiamento de campanhas e Constituição, membro fundadora da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político, diretora do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral e sócia da Silveira e Unes Advogados Associados.

MARILDA SILVEIRA

O tema da seguridade social no Brasil e em Portugal envolve não somente a questão da previdência, mas também da assistência e da saúde. Duas questões me fizeram refletir sobre essa relação. A primeira questão deriva de um fato novo no Brasil: o recebimento de imigrantes da Venezuela. Nos últimos anos, o Brasil recebeu quase 40 mil imigrantes da Venezuela, o que, proporcionalmente, significa uma migração maior que a da Síria, para uma pequena cidade do interior de Roraima, chamada Pacaraima. Essa migração impactou severamente no sistema de saúde e de assistência social da região, principalmente no requerimento de pensões dessas pessoas que moram nas ruas ou que estão ocupando residências, que abrigam de 32 a 50 pessoas em cada casa.

A segunda questão refere-se à judicialização das questões previdenciárias no Brasil. No ano passado (2017), o Justiça Em Números¹ revelou que o tema mais discutido na Justiça Federal foi pensão. Logo, o tema do qual a Justiça Federal brasileira e a previdência social mais se ocupam são as pensões e a saúde pública no Brasil. Embora os números não sejam precisos, as questões previdenciárias são as mais judicializadas atualmente, porque o Estado leva às últimas consequências tais temas, já pacificados não só no âmbito judicial, mas no âmbito administrativo. A dúvida é se a solução para este problema eminentemente financeiro passa necessariamente por novas fontes de financia-

1 Relatório preparado pelo Conselho Nacional de Justiça.

mento ou se devemos repensar o nosso sistema de seguridade social e, mais especificamente, a assistência, para converter a arrecadação em renda.

Pensar o sistema de seguridade social baseado em formas de arrecadação em um mundo em que está se discutindo economia colaborativa, destruição de emprego e redução de emprego formal, ou conversão de emprego formal em atividades de trabalho em empresas, ou mesmo fora de empresas, é limitante. Quando pensamos em formas de envolver a sociedade em matérias de seguridade, como na assistência, na saúde ou na previdência, os modelos que a administração pública propõe em matéria de gestão são a estruturação e a intermediação por empresas. Logo, quando pensamos em devolução dessa matéria para a sociedade, vamos nos deparar com estruturas como organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. Esta seria uma maneira de o Estado centralizar as atividades que são consideradas prioritárias.

Considero útil pensarmos em modelos de estruturação e segurança que não estão necessariamente ligados à arrecadação – para converter esse sistema em renda –, nem à estruturação de empresas, mas sim à descentralização individual desse modelo. Geralmente, quando pensamos na descentralização individual da assistência, nós a conectamos à filantropia ou esmola. A globalização e o mundo atual revelam uma nova perspectiva de colaboração, isto é, uma perspectiva de auxílio individual, e não de auxílio institucional. Antes, só era possível pensar no modelo no qual um grupo de pessoas se reúne para formar uma fundação, ou uma organização social, ou uma organização da sociedade civil de interesse público, para assumir uma tarefa que era do Estado e que impactasse na vida das pessoas e desonerasse o sistema de assistência ou o sistema de saúde. Isso auxiliaria a prestação dos serviços pelo Estado.

Atualmente, as pessoas agem individualmente de forma global, impactando na vida da coletividade. Eu selecionei alguns exemplos. O primeiro é uma rede de dentistas que se uniu individualmente em um grupo informal em que cada dentista atende

uma ou duas pessoas e acompanha aquele tratamento indefinidamente. Um outro exemplo são os guarda-roupas coletivos, que são locais nos quais as pessoas reúnem vestimentas, as usam-nas e devolvem-nas. Assim, estas vestimentas atendem diversas pessoas. Isso também acontece via um aplicativo de colaboração, no qual as pessoas fazem empréstimos de diversas coisas, sem contrapartida financeira. A partir disso, a minha pergunta é: como fazer com que esse tipo de iniciativa, ou essa economia que é pensada como modelo de negócio de uma economia colaborativa, possa reverter para o Estado, para que este não parta mais do pressuposto único de que só se pode fazer seguridade social em um modelo de arrecadação que seja convertido em renda?

O modelo mais próximo de uma solução para este problema é o modelo de incentivos. No Brasil, o modelo de incentivos baseia-se em incentivos fiscais, sendo muito limitado às grandes empresas. O modelo de incentivo fiscal atinge em torno de 70% das empresas que têm orçamentos maiores que R\$ 50 milhões. Esses incentivos recaem, em primeiro lugar, sobre a Lei Rouanet de incentivo à cultura; depois, sobre o esporte e às questões relacionadas à infância. Neste sentido, levanto a pergunta: seria possível repensar o papel do Estado na esfera de assistência social vinculado a um modelo de incentivos à economia colaborativa? Assim, as pessoas melhorariam suas vidas a partir de benefícios ou atividades que seriam oferecidas pela própria sociedade e ganhariam incentivos do próprio Estado, que agiria como gerenciador e incentivador desta economia colaborativa. O objetivo disso é reduzir a pobreza e promover a coesão social por meio da economia colaborativa que, inegavelmente, é a melhor forma de estabelecer a solidariedade.

É preciso repensar outras formas de sustentabilidade de segurança social, que não passem exclusivamente pela arrecadação. Talvez estejam faltando incentivos não só do Estado, mas também incentivos sociais para que as pessoas pensem em novas alternativas de colaboração. Então, é nessa perspectiva que eu coloco o desafio de pensar além das formas de financiamento que passem exclusivamente pela arrecadação financeira.

CAPÍTULO 8

O IMPACTO POLÍTICO E INSTITUCIONAL DA GLOBALIZAÇÃO NOS ESTA- DOS E NAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

LUIZ WAMBIER

CARLOS BLANCO DE MORAIS

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO



CARLOS BLANCO DE MORAIS

Licenciado, mestre e doutor em direito pela Universidade de Lisboa. Foi consultor principal para os assuntos constitucionais da Presidência da República. É professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa (FDUL), presidente do Departamento de Ciências Jurídico-Políticas e coordenador científico do Centro de Investigação de Direito Público, ambos da FDUL.

CARLOS BLANCO DE MORAIS

IMPACTOS POLÍTICOS E INSTITUCIONAIS NA NOVA ECONOMIA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

O presente Fórum Jurídico Luso-Brasileiro constitui, neste seu VI encontro, uma rampa de lançamento para um projeto internacional de pesquisa sobre o impacto da IV Revolução Industrial na governança do Estado e na reforma do Estado Social.

Uma das premissas destes nossos encontros é a diversidade de opiniões no quadro de um debate interno livre e incondicionado. Ora, neste projeto, não resistirei em dar conta, na qualidade de investigador responsável pela parte portuguesa, das minhas pré-compreensões moderadamente cétricas seja quanto a uma presumida irreversibilidade da atual dinâmica da globalização, seja aos benefícios positivos que esse processo trará para a boa governação, para a qualidade da democracia, para a paz pública e para a dignidade da pessoa humana. A ideia de que estaremos em breve perante um mundo novo não oferece dúvidas. As dúvidas repousam sobre o facto de se saber se esse mundo novo será tão admirável como o paradigma ficcional de Aldous Huxley.

Registrámos neste encontro que a Chamada IV Revolução Industrial, em curso, faz prever mudanças radicais no plano tecnológico, digital, energético, financeiro, comercial, de organização

do trabalho e comunicacional, associadas a um veloz potencial de inovação e expansão – mudanças que levam o direito por arrasto, ou seja, começam por se impor no plano dos factos, tendo políticos e juristas dificuldade crescente para disciplinar satisfatoriamente o fenómeno e os seus impactos.

Ainda não é possível antever todos os impactos, no plano constitucional e político, de semelhante processo revolucionário a uma escala nacional e global, cabendo a este painel discorrer sobre algumas pistas.

Gostaria, em primeiro lugar, de focar algumas antevistas da mudança avançadas por teóricos de referências, dentre os quais o professor alemão Klaus Schwab, ou o ex-diretor do Banco Mundial, Moisés Naim.

Delas, cumpre sublinhar dez ideias-força:

i) A governação experimentará um salto no plano da modernização, com a *e-governance*, a qual permitirá respostas rápidas, participação dos governados, aquisição de dados relevantes em tempo real, maior transparência na decisão e maior responsabilidade dos decisores;

ii) O poder político se tornará mais fácil de obter, mais difícil de exercer e mais propício a ser pedido, já que os governos passam a ser desafiados e desgastados por centros de poder rivais de carácter inorgânico, por forças transnacionais, locais e regionais e por micro-poderes ligados a grupos de informação, redes sociais e plataformas de interesse;

iii) As oposições tornam-se mais fluidas e dispersas, pois criam estruturas paralelas de base digital, que recrutam nas redes sociais os seus apoiantes, veiculam a sua ideologia simplificada e comprimida e promovem ações antigovernamentais não controladas pelos filtros tradicionais, a saber, partidos e sindicatos;

iv) O poder político é desafiado a ter respostas rápidas em termos de decisão, pois é submergido com eventos que sobre

ele recaem 24 horas por dia e com exigências de decisão;

v) As tecnologias digitais e o emprego informal criarão alterações no conceito clássico de trabalho que exige flexibilidade e transitoriedade, sendo o poder confrontado entre exigências de segurança e luta contra a precariedade laboral e imperativos de flexibilização e ajustamento do tempo de trabalho entre as conveniências individuais e os interesses das empresas;

vi) Será mais fácil controlar, no plano macrofinanceiro, fugas aos impostos pelas grandes empresas, mas mais difícil controlar micro-pagamentos descentralizados e ajustados a novas e informalizadas formas de trabalho;

vii) Uma sociedade em que a mão-de-obra industrial e de muitos serviços é dispensada em favor da automatização, digitalização e robotização gerará um aumento do desemprego, a necessidade de criação de uma renda básica universal que não aglutinará apenas operários e mão-de-obra administrativa dos serviços, mas profissões liberais e técnicos da administração.

viii) O Estado perderá poder para estruturas supranacionais – como a União Europeia (EU) e suas autoridades reguladoras ou transnacionais – e entes locais ou regionais ávidos de autonomia, com relevo para as grandes cidades clusters de tecnologia de ponta, despojando-se da solenidade identitária e transformando-se num gestor ou num mediador;

ix) A luta entre grandes potências e grandes conglomerados económicos internacionais providenciadores ou gestores de *big data* definirá quem são os verdadeiros possuidores do poder, pois controla a informação, influenciando decisivamente as nações;

x) A segurança nacional e internacional altera-se, com o terrorismo à escala global, conflitos de baixa intensidade e agressões larvares no ciberespaço que se não quadram nos conceitos de guerras de agressão definidos pela Organização das Nações Unidas (ONU)

e com respostas e contra-reações dos Estados que abalam conceitos tradicionais. A diferença entre guerra e paz diluiu-se no plano jurídico.

Para os impactos destas mudanças, há quem considere, numa visão otimista, que um Estado-gestor mais magro, menos poderoso, mais transparente e mais controlado será menos propenso à corrupção, mais proclive a reduzir a despesa pública, a devolver tarefas de produção de bens e serviços à sociedade civil e a responsabilizar-se perante os governados em rede. A democracia participativa eletrónica gerará decisões mais rápidas e mais calibradas com o contributo da cidadania.

A automação e robotização fariam perder empregos, mas criariam novos postos de trabalho no mundo digital, o que informalizaria o trabalho num universo atomizado, reduzindo o poder das confederações sindicais e patronais e reduzindo conflitos sociais. Por outro lado, a tributação da grande indústria em que se processa a automação geraria uma renda básica universal, com relevo para os que ficassem fora do mercado de trabalho.

A compressão simultânea do Estado por organizações transnacionais e por regiões autónomas ou grandes e poderosas cidades geraria um constitucionalismo pós-moderno, o constitucionalismo multinível em que as Constituições do Estado passariam a dialogar com normas de outras entidades internacionais e constituições de outros estados associados em rede, ficando o direito constitucional nacional mais limitado e mais horizontalizado. A separação de Poderes teria novos limites.

Contudo, fazendo um pouco o papel de “advogado do diabo”, não posso deixar de problematizar algumas consequências da 4ª revolução económica que comportam custos e riscos.

Em primeiro lugar, não está em causa a eficiência dos serviços e a transparência do Executivo com a implantação do e-governo. A e-administração na Alemanha e no mundo anglo-saxónico reforçou a cooperação intragovernamental, simplificou procedimentos, agilizou a procura externa de serviços e estabele-

leceu modelos mais eficientes de planeamento e controlo do desempenho. Duvido, contudo, da performance de um e-governo respondendo adequadamente a demandas legislativas “na hora”, oriundas dos grupos organizados dos cidadãos.

Não acredito num Governo parceiro ou “camarada” do Cidadão, estatuto incompatível com a soberania do mesmo Governo e com a defesa do interesse público geral frente a uma torrente de interesses particulares.

Tampouco acredito na virtude da participação cidadã digital junto do poder central em grandes Estados, como o Reino Unido (RU), os Estados Unidos da América (EUA) e o Brasil. Os interlocutores principais do e-governo não serão os cidadãos isolados, mas as grandes empresas, corporações e organizações não-governamentais (ONGs) que dominam o processo digital – daí uma maior desigualdade na participação e um maior risco de captura de um decisor governamental reduzido a gestor e a parceiro. Ademais, a mítica de uma abertura total da administração aos *inputs* permanentes da cidadania criaria uma tal superabundância de participantes que deixaria de haver interlocutores do lado público para processar tal quantidade de informação.

Por outro lado, a ideia de um centro de poder assolado por demandas de leis na hora geraria uma ordem jurídica retalhada, desigual e incoerente. A cultura euro-americana é a da avaliação do impacto dos custos, benefícios e riscos da lei. Ora, como avaliar previamente o impacto das leis e dos regulamentos com uma lógica frenética da norma na hora, com decisões feitas à medida, contraditórias e sem unidade de ação? E não se diga que os computadores garantirão avaliações de custos e benefícios feitas ao minuto. A lei é um ato iminentemente político, que envolve escolhas entre opções difíceis: uma lei que um computador calcule em 15 minutos como tendo um benefício líquido positivo pode ser desastrosa no seu impacto político se não for humanamente ponderado nos seus riscos dessa ordem.

Também a ideia da facilidade de aquisição e perda do poder governamental cria problemas ao *ethos* da democracia. Os titulares são eleitos por mandatos representativos limitados, e a ideia é que tenham tempo e legitimação para executar o seu programa. Membros do governo com a legitimidade pendente de plebiscitos quotidianos geridos pela mídia e pelas redes sociais degradam a democracia, geram a fuga de elites, potenciam a abstenção e substituem o consentimento dos governados na designação dos governantes pelo consentimento dos centros de poder mais fortes que dominam o ciberespaço e a comunicação de massas.

Um Executivo legitimado formalmente no voto, mas tornado refém das redes, passando a depender de *spin doctors* e “marqueteiros” para sobreviver, é um governo pós-democrático. Um Executivo que deixa de ser autoridade para passar a ser um gestor de serviços se banalizará e permitirá que o interesse público geral fique submergido numa sociedade fragmentária, fosca e anárquica com múltiplos polos concorrentes de autoridade.

Em segundo lugar, a automação, a digitalização crescente do trabalho e a robotização irão ter um impacto tremendo no mercado de emprego. Não serão apenas os operários mecânicos, os info-excluídos e os funcionários administrativos que serão lançados no desemprego. Técnicos de serviços, de profissões liberais (com relevo para a jurídica) serão dispensados igualmente. Dentre os vencidos da vida deste sistema estarão amplos setores das classes médias. Presentemente, a classe média não logra atingir o nível de vida que tinha 20 anos atrás, reconhece Klaus Schwab. No futuro, a situação poderá piorar, tanto mais que à redução da utilidade de serviços e profissões técnicas e liberais se juntarão numerosos empresários que não resistirão à concorrência global. Ora, a proletarianização da classe média é um risco para a democracia, pois esta classe foi sempre o seu sustentáculo social. Não é por mero acaso que teóricos de extrema esquerda, como Toni Negri e Michael Hardt, com as suas obras sobre o “Império” e “Multidão”, saúdam essa revolução económica à escala global,

pois ela porá em xeque o Estado soberano e a economia de mercado, na medida em que uma concentração anómala e transnacional da riqueza será enfrentada por uma imensa multidão de excluídos – no fundo, um *aggiornamento* da lei de acumulação capitalista de Marx, à qual se seguem roturas revolucionárias.

Dir-se-á que a criação de uma renda básica universal derivada da tributação das grandes firmas responsáveis pela automação resolveria o problema da exclusão. Não resolve. Para muitos países, a renda básica pouco mais será do que o mínimo existencial ou algo equivalente a um confortável subsídio de desemprego. Ora, uma imensa multidão de pessoas ociosas, agravadas por um fosso de desigualdade na distribuição de rendimento e esquecidas pelo desenvolvimento, é uma sociedade eticamente doente e politicamente perigosa. Jovens desocupados, ressentidos e digitalizados são fermento para uma revolução. Os partidos dos extremos que hoje cavalgam em sondagens alimentam-se deste “mal de viver” e têm o apoio dos sobereditos vencidos da vida e dos esquecidos do sistema. Partidos que já começaram, dos EUA à Áustria, Hungria e Itália a aceder ao poder. A automatação e a globalização do comércio trazem consigo as sementes de uma crise social e política de difícil gestão.

Em terceiro lugar, a ideia da subsidiarização do Estado soberano num universo transnacional e o aparecimento de um constitucionalismo multinível criam, no plano jurídico, mais dúvidas do que boas expectativas.

Se de constitucionalismo multinível falamos em Constituições com normas de receção de direito internacional ou supranacional, nenhuma dificuldade se coloca, sendo esta a realidade das Constituições brasileira e portuguesa. Conhece-se em Portugal hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, do direito internacional recebido e no Brasil, convenções internacionais que tenham valor constitucional carecem de uma deliberação do congresso por maioria qualificada. Contudo, a ideia de uma Constituição global, colocada acima das Constituições dos Es-

tados e integrando tratados, normas *soft law* e acordos atípicos que regulam organizações internacionais e transnacionais na esfera financeira criariam o caos na lógica das fontes de direito. A Constituição nacional passaria a ser interpretada em conformidade com os Tratados? Com recomendações de organizações internacionais? As diretrizes da Organização Mundial do Comércio (OMC) ou da UE passariam a primar sobre as nossas normas sobre direitos fundamentais? Com que base jurídica ou critério?

A Constituição multinível é um eufemismo para a UE criar um ireito europeu de valor Constitucional em rede com as Constituições dos Estados para, através desta mistura fosca de constitucionalismo em rede e em diálogo entre tribunais se fazer um downgrading do direito constitucional soberano e impor o direito europeu. À escala global esta mistura, este megamix destina-se a desvitalizar as normas que garantem direitos sociais em face de normas transnacionais. A ideia é criar fracos direitos fundamentais, fracas constituições e fracas soberanias. Um risco para o Estado de Direito (pois haverá crescente incerteza sobre qual o direito a aplicar e sobre o desfecho dos processos, largado ao alvedrio de ponderações incertas dos juízes). Um risco para a soberania, com captura dos Estados por estruturas económicas transnacionais ou para grandes potências que as controlam ou lhes serão próximas. Um risco para a democracia já que para muito pouco contarão os programas eleitorais e o sentido do voto se os ordenamentos passarem a ser colonizados por direito alienígena com pretensões de precedência sobre o direito interno.

Em quarto e último lugar, uma palavra para a solidez do veículo desta IV Revolução Económica e Industrial, que é a globalização dos capitais, da informação, do comércio e das pessoas.

É um facto que nos encontramos há anos num ciclo de globalização nas referidas áreas e que a dinâmica do processo tem sido expansiva. É mais arriscado, contudo, dizer que ela será irreversível ou imparável. Irreversível, na verdade, só parece ser a morte.

Sem contestar os benefícios económicos globais da globalização, o facto é que ela tem ganhadores e perdedores. Em 2016, enquanto a China teve um superávit de US\$ 294 biliões na balança de transações correntes e a Alemanha, US\$ 218 biliões, os EUA tiveram um défice de US\$ 476 biliões; o RU, de US\$ 138 biliões; e a França, de US\$ 27 biliões.

Ora, a travagem do processo com as recentes medidas protecionistas dos EUA, bloqueando o Acordo Transpacífico de Cooperação Económica (TPP) na área do Pacífico e uma convenção congénere com a Europa, seguida da elevação de tarifas para o aço, passíveis de criar uma guerra comercial, evidenciam uma primícia de protecionismo, que caminha ao arrepio da globalização. Por outro lado, um êxodo migratório da África e Ásia, que assolou a Europa e os EUA, tem favorecido partidos populistas que se propõem a limitar drasticamente os fluxos migratórios, e tanto Estados autoritários como a China e o Irão como democracias como a Alemanha iniciaram processos de limitação da informação no ciberespaço, desde a censura até a regulação e musculação penal.

O populismo, à esquerda ou à direita, é protecionista, é iliberal, é identitário, é contrário a fluxos migratórios, e capta eleitoralmente todos os descontentes e perdedores do processo de globalização. Pode ser, quiçá, uma contra-reação passageira, que não deterá a maré global. Contudo, quando os EUA e a Rússia se inscrevem nesse universo protecionista com viés populista; quando, na Europa a Áustria, a República Checa, a Itália, a Hungria, a Polónia tombam para este universo; e quando na Alemanha e no Brasil crescem exponencialmente na oposição forças desta natureza a partir do nada, haverá que se ponderar seriamente se a globalização, veículo da IV Revolução Industrial, continuará a progredir no mesmo ritmo. Para já uma dividida União Europeia dominada pela Alemanha como ganhadora do processo e a China, uma potência comunista, são os campeões da dinâmica global. Será suficiente?

Concluo dizendo que estas considerações não devem ser vistas como uma catilinária contra a globalização ou contra o notável progresso tecnológico contemporâneo, mas sim como problematizações que devem ser tomadas em conta e debatidas num projeto de pesquisa que, a par de otimista, deve ser realista, já que entre as mais belas rosas se podem ocultar perigosos e letais espinhos.



MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), doutor pela Universidade de Paris e doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Foi visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França) e professor da Faculdade de Direito da USP. Atualmente, é professor emérito da Faculdade de Direito da USP, membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

**MANOEL GONÇALVES
FERREIRA FILHO**

O IMPACTO POLÍTICO E INSTITUCIONAL DA GLOBALIZAÇÃO NOS ESTADOS E NAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Numa perspectiva sociológica – que é a que convém para este estudo –, a globalização consiste num nível nunca alcançado de integração das comunidades humanas, que importa numa interdependência quanto à sua vida política, econômica e social. Disso decorre, por um lado, ser a sua governança necessariamente condicionada pela governança das outras comunidades; em outros termos, como as comunidades hoje estão divididas e organizadas em Estados; a condução dos interesses dos negócios dessa comunidade estatal – a sua política – é necessariamente condicionada pela política dos outros Estados, em todos os planos de sua atuação.

Por outro lado, esse quadro importa numa interdependência global, de modo que suscita a institucionalização de entes supra-estatais, sejam supragovernamentais, sejam não governamentais, o que destaca o estabelecimento de uma ordem (dita) internacional. Esta interage com a ordem estatal numa intensidade desconhecida no passado.

O fenómeno da globalização se afirma na segunda metade do século XX, em razão do nível de desenvolvimento alcançado

pelos meios de transporte e de guerra, mas é potencializado pelos modernos meios de comunicação de fatos e ideias – estes que, ao vivo, difundem o que se passa pelo mundo afora, trazem a sensação da integração das comunidades humanas, bem como refletem uma cosmovisão mundializada. Tal fenômeno ensaia que a vida de todos seja como que imediatamente afetada pelo que se passa em todas as partes do mundo. Assim, são as comunidades impotentes para, isoladamente, perseguirem os seus interesses, reais ou supostos.

O IMPACTO SOBRE O ESTADO

As grandes comunidades humanas se organizavam politicamente em Estados, como ainda ocorre atualmente.

No passado, tais Estados eram vistos como entes que livremente governavam as comunidades humanas que lhes “pertenciam”, gerando apenas uma tênue rede internacional de relações, seja por tratados, seja por práticas consensuais.

Esse Estado – ou ao menos o tipo de organização que assim se designa, consagrado, segundo os historiadores, no século XVII, a partir da Paz de Vestfália – era, teoricamente falando, caracterizado pela soberania. Desde a obra de Jean Bodin, era concebido como uma organização política institucionalizada, caracterizada pela soberania.

Ser o Estado soberano significava ser ele independente, não estando, pois, sujeito a qualquer outro Poder, seja este leigo (um Império), seja ele religioso (uma Igreja), importando em adotar a organização política que quisesse e alterá-la a seu critério exclusivo. Isso lhe dava poder ilimitado sobre o “seu” povo, bem como sobre todos os que estavam em “seu” território. Podia, assim, dispor como lhe aprouvesse sobre os direitos e as obrigações de toda a população, em todo o âmbito espacial que lhe fosse atribuído. Dessa forma, era livre para conduzir a economia, para estruturá-la, como bem lhe apetecesse.

Consectário da independência, era vedada qualquer ingerência na sua atuação por parte de qualquer outra entidade, estatal ou não.

Esse quadro jurídico, que ainda remanesce na letra de Constituições no século XXI e na pena de tantos juristas, deixou de corresponder à realidade já na segunda metade do século XX. Fê-lo irreal exatamente a globalização, impondo essas mudanças que contrariam a essência da soberania.

É o que se vai procurar demonstrar.

O Estado contemporâneo conserva a independência?

Formalmente, sim, mas a afirmação é relativizada pela realidade. Da globalização resulta essa relativização.

Para ser plenamente independente, precisaria ele ser capaz de assegurar a sua segurança em relação a todas as ameaças. Isso implicaria um altíssimo grau de desenvolvimento tecnológico e científico, bem como de recursos materiais e financeiros que não dependessem de outros Estados. O exemplo é o caso da Coreia do Norte, que tem o primeiro requisito, não o segundo.

A história recente mostra que as superpotências, em face da questão da segurança depois do advento das armas nucleares, sentiram-se e ainda se sentem obrigadas a integrar a elas um grupo de Estados, sejam eles "satélites" ou associados. Estes associados seriam plenamente independentes? As superpotências não lidariam para com esses outros como Impérios? Elas próprias não estariam limitadas pela própria associação? Pode o Estado hoje organizar-se politicamente como entender?

Sim, formalmente, mas, se não adotar a democracia, ao menos no papel, não merecerá consideração. Ademais, também terá de fazê-lo se pretender ingressar em determinadas organizações supraestatais, como a União Europeia. É condição para esse ingresso a adesão à democracia, como o é para a Organização dos Estados Americanos.

Nem foi abordado ainda o condicionamento cultural resultante da globalização.

Na grande maioria dos Estados, em especial nas democracias, são reconhecidos os direitos humanos fundamentais, que limitam o poder ilimitado dos Estados sobre seus cidadãos ou sobre os que estão em seu território, afora a eventual vinculação a organizações supraestatais ou a adesão a pactos, como o de São José da Costa Rica. Juridicamente, os Estados não estão obrigados a subscrevê-los, mas serão, por isso, desprestigiados e menosprezados pelos que os assinaram, ainda que hipocritamente, eis que muitas vezes os que criticam não os cumprem.

Ademais, admite-se hoje a possibilidade de “intervenções humanitárias” – incluindo operações bélicas punitivas – contra Estados que vilipendiem os direitos fundamentais. Nisso, por mérito que seja, insere-se mais uma demonstração do esvaziamento do conceito de soberania.

Esses Estados podem, na teoria, não na realidade, adotar a política econômica que bem lhes parecer, ou que lhes convier, mesmo pondo-se de parte os condicionamentos explícitos de pactos livremente adotados. Realmente, outros há que decorrem diretamente da globalização do comércio e das finanças. Estes limitam as opções que, de fato, possam ser adotadas. Com efeito, não se faz comércio sem um mínimo de reciprocidade nas trocas, não se obtém financiamento ou crédito sem chegar a cláusulas condicionantes. A inconformidade a estas pode rapidamente sufocar a economia de um Estado.

Atente-se, por outro lado, que agentes importantíssimos do negócio são empresas ditas multinacionais, cuja política de aplicações, investimentos, vendas e compras não pode, via de regra, ser controlada ou orientada por um Estado. Sua autoridade não tem alcance total em relação a tais entes.

O ESTADO NO PRESENTE

Em face desses aspectos (interdependência quanto à segurança, limitação do poder de coerção sobre a própria população, limitação do poder de gestão dos próprios interesses e sob a pressão de uma opinião pública mundial, fundada numa ideologia comum), não falta quem pretenda que o Estado esteja morto ou em agonia.

Significa isso o fim do Estado ou o fim de um tipo de Estado caracterizado pela soberania?

Não faltam pensadores que apregoam o fim do Estado ou ao menos registram a sua agonia – alguns porque não imaginam Estado sem soberania; outros, talvez, porque nele vejam um fator de opressão.

Mais moderadamente, pode-se tomar partido pelo surgimento de um novo tipo de Estado – não soberano, segundo a versão tradicional –, mas, se é preciso dar-lhe um nome, um Estado cooperativo, porque atuará em consonância com os outros, obrigado que está a isso pela globalização.

Evidentemente, o poder estatal, nesse quadro, será limitado, ou seja, não poderá atuar como bem lhe apetecer, mesmo em relação aos seus “governados”. Não será “soberano”, no sentido de ter ilimitados os seus poderes, mas será independente no sentido de não estar juridicamente sujeito a outro Estado ou ao arbítrio de qualquer organização internacional.

No final do século XX, identificava-se uma tendência à associação de Estados em entidades de cunho regional. Forçados pelo pouco peso que isoladamente teriam num mundo globalizado, se uniriam para uma ação conjunta. O modelo que refulgia era a União Europeia, cuja estrutura seria uma combinação de confederação – pois preservaria a independência dos Estados – com elementos do Estado federal, divisão de competências, supremacia do direito comunitário, acompanhada por uma justiça

cogente para todos. Nela se inspiraram várias imitações, uma das quais o Mercosul.

Hoje, o Brexit e outros fatores põem em dúvida essa tendência. A União Europeia não é mais vista com os mesmos olhos e o Mercosul parece reduzido a uma menção na capa de passaportes.

A ORDEM CONSTITUCIONAL NO ESTADO COOPERATIVO

O direito comparado permite apontar alguns traços desse novo tipo de Estado que se sugere que exista.

O primeiro é uma tendência à uniformização do direito constitucional em pontos fundamentais.

Um destes é exatamente a supremacia da Constituição, a ser assegurada por verdadeiro poder independente dos demais. É o caso das Cortes constitucionais, que não se integram ao Judiciário na separação dos poderes.

Outra é a consagração da democracia representativa como estruturação do poder político, a ser alcançado em eleições livres, com a participação dos (futuros) governados.

O terceiro consiste na admissão, em favor de todos os seres humanos, de direitos fundamentais que limitam o poder político e não de ser garantidos contra este.

O quarto traço é a vocação do Estado para assegurar a todos um mínimo de bem-estar, condizente com a dignidade humana, numa atuação condicionada pelo fenômeno da globalização, e não comandada autoritariamente pelo poder. Esse comando, aliás, é impedido pela própria globalização.

O último a destacar, deixando muitos de fora, é o desenvolvimento de um direito constitucional internacional. Compreende a incorporação à Carta Magna da regulação das relações internacionais e, sobretudo, a disciplina da recepção do direito su-

pra-estatal e de sua aplicação no âmbito interno de cada Estado. Demonstra sua existência não ser aceita a supremacia do direito internacional sobre o direito interno.

Claro está que esse modelo traduz a prevalência das experiências do chamado Ocidente. Entretanto, não são elas renegadas pelo mundo afora, como revelam as constituições formais, embora sua interpretação e sua efetivação não sejam as mesmas em toda parte do globo.

Na verdade, pode-se apontar que a globalização realizou uma difusão das ideias do Ocidente. Isso não decorreu de ser melhor o pensamento nele gerado – e quanto de contestável gerou ele – do que o construído alhures. Por trás disso, a razão é evidente: trata-se da hegemonia no controle dos meios ultra-modernos de comunicação, que indubitavelmente pertence aos mais desenvolvidos Estados do Ocidente. Estão neles os “donos” da comunicação, que maciçamente difundem aquilo em que creem (ou que lhes convém), sobretudo após a implosão do sistema soviético, com a consequente desvalorização da “religião” marxista-leninista.

É visível haver-se formado no Ocidente uma ideologia, que vai muito além do que concerne à organização política. Ela impõe um ideário sobre a vida e o mundo “politicamente correto”, que repercute no estilo de vida, na moda, na diversão, em tudo – até na identificação dos problemas. Tudo se espalha como vírus.

Esse “politicamente correto” à moda da América e da Europa “modernizadas” (*up to date*) pretende ser a ideologia do mundo globalizado. Sem dúvida, está ela espalhada pelo orbe inteiro e é olhada, sobretudo por intelectuais e comunicadores, como a mais avançada expressão do pensamento humano e da sabedoria.

Ela, entretanto, se choca com cosmovisões que têm por si a religião, os costumes, tradições seculares. Tome-se, por exemplo, a diferença entre a visão “ocidental” dos direitos humanos e a

visão islâmica. Está nisso o motivo profundo do “choque de civilizações”, que é um choque de culturas.

Essa colisão, todavia, por não se limitar a ideias, mas envolver também crenças e modos de vida arraigados, gera mais que discordâncias – gera “guerras”, como o terrorismo. A principal fonte atual do terrorismo é esse choque cultural, que opõe o “politicamente correto” ocidental, que se afirma universal, ao tradicionalismo de comunidades islamitas.

Desses tradicionalismos, pede-se a renúncia ou, ao menos, um *aggiornamento* – claro nos termos do “politicamente correto” ocidental, decantado como modelo de avanço progressista. Isso, entretanto, não será uma nova versão do fardo do homem branco, a sua missão civilizatória? Será incontestavelmente sábio o “politicamente correto”?

A ORDEM JURÍDICA E A GLOBALIZAÇÃO

A interdependência estabelecida pela globalização impacta, como é óbvio e facilmente perceptível, a ordem jurídica estatal, levando-a a um fundo comum do Direito que está para o direito estatal como o direito natural o era para o direito positivo.

Realmente, essa interdependência reclama, para ser praticada, que as ordens jurídicas estatais se compatibilizem em pontos essenciais e mesmo, de certa forma, partilhem experiências e soluções. Para isto, evidentemente contribuem os muitos tribunais supranacionais hoje existentes. Isto é claro no desenvolvimento de uma *soft law*, ou, mais agudamente falando, um novo *ius gentium*, pela mesma razão que este se desenvolveu na Roma antiga.

Quanto ao direito infraconstitucional, é também nítida a tendência, se não o imperativo, de ajustarem-se uns aos outros os direitos dos Estados, exatamente para facilitar os intercâmbios econômicos.

Vale, neste ponto, observar que este ajustamento se faz, de modo geral, pela prevalência do modelo jurídico anglo-saxônico sobre o romano-germânico.

Não se ignore que, por influência do direito internacional, a arbitragem, como instrumento de composição de interesses, tem ganhado acentuada importância. Traduz isto, quem sabe, uma ideia de prevalência do pragmático sobre o estritamente legal (ou mais singelamente a prevalência da moderação dos interesses sobre o *fiat justitia pereat mundus*).

O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO QUANTO ÀS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

A multiplicação de organizações internacionais

É natural que o fenómeno da globalização tenha tido (e tenha) forte impacto no tocante ao desenvolvimento de organizações (ditas) internacionais. Obviamente, tendo a mundialização de interesses chegado a um ponto que ultrapassa o poder de controle dos Estados soberanos, qualquer regulação que se faça necessária – e ela evidentemente o é – impõe a instituição de entes supraestatais que a estabeleçam ou que tentem fazê-lo.

Isso ocorreu claramente a partir do final da Segunda Grande Guerra. Nesse momento, era clara a necessidade de que a paz, tão almejada, com segurança para todos os Estados da orbe, reclamasse uma instituição que servisse de foro e de local de conciliação para todos eles. Essa é a motivação que levou à criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Seu objetivo, realisticamente falando, não era levantar um poder supraestatal, como pretendem idealistas, mesmo porque todos os Estados ainda se apegavam ao entendimento clássico da soberania. Tal foro era ainda mais necessário, já que claramente os vencedores da guerra se dividiam em dois blocos hostis, o que a Guerra Fria veio em seguida comprovar.

Por outro lado, a guerra havia causado enorme destruição pelo mundo afora, com suas sequelas sociais, forte abalo – quase o caos – na economia dos Estados, ligados a uma profunda perturbação no plano financeiro.

Isso levou à criação – ou ao desenvolvimento – de instituições atuantes nos campos econômico e financeiro, como o Fundo Monetário Internacional e outros. Na verdade, esse fato veio, em seguida, a favorecer a globalização econômica, o que, com o passar do tempo, provocou o surgimento de outras instituições – algumas formalizadas, como a Organização Mundial do Comércio, e outras, informais, como o G7 ou o G20. Umas de alcance mundial; outras, regionais ou de escopo parcial.

Estas últimas nasceram para a defesa de interesses de grupos circunscritos de Estados.

Foi o caso da criação, na Europa, da organização de fins econômicos, que é o ponto de partida de um desenvolvimento e de uma generalização de funções que levou à atual União Europeia. Esta, hoje, é vista como um superestado ou um modelo de integração de Estados. Com efeito, além de suas competências nos planos econômico e financeiro, ela envolve aspectos típicos de uma organização de fins políticos, como a imposição da democracia a seus membros e, particularmente, aos que a ela pretendem aderir. Igualmente significativo é que no seu corpo se insira um sistema judicial, cujas decisões se impõem sobre o direito dos Estados-membros.

É o que se tenta (ou que se tentou) repetir com a instituição do Mercosul.

Registre-se que a maioria dos entes ditos internacionais são, na verdade, intergovernamentais e têm sua base em tratados, ou ao menos em acordos entre Estados. Isso demonstra que, apesar da globalização, juridicamente a soberania continua a ser um princípio respeitado, e não abandonado pelo Estado contemporâneo, apesar de contraditado pela realidade.

A MULTIPLICAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS (ONGs)

Cabe lembrar, todavia, que hoje pululam organizações não governamentais que atuam na órbita internacional. Têm elas, não raro, grande peso na formação da opinião pública e na difusão de “verdades” ou ideologias.

Sua influência sobre as decisões, sejam de entidades governamentais supranacionais, sejam dos governos de Estados soberanos, não pode ser ignorada. Exemplo disso é a repercussão da Anistia Internacional no plano das liberdades públicas, do Greenpeace, do meio ambiente etc. Beneficiadas pela tecnologia da informação, formam redes que se espalham pelo mundo e que instantaneamente são mobilizadas.

Destas, muitas têm o mérito de chamar a atenção para problemas relevantes que afetam o mundo todo ou para a opressão e as violações da lei em Estados soberanos; outras meramente servem para a defesa de interesses, sendo verdadeiros grupos de pressão.

Contudo, há as que perseguem finalidade ilegítima, como promover o terrorismo, e as que não têm escrúpulos e não hesitam em difundir mentiras – as *fake news* e calúnias – para promover seus objetivos.

Falta, em relação a elas, o controle, pois ninguém as controla – nem uma autoridade internacional que não existe, nem qualquer poder estatal que possa domá-las, visto que transcendem sua órbita de poder.

Essa ausência de controle também ocorre quanto a empresas que operam comercialmente com comunicações que se estendem além das fronteiras de um Estado – por exemplo, Facebook e Google – ou que são comandadas de fora dele (e nem ao certo, às vezes, sabe-se de onde). Dispõem eles de um universo de dados que podem ser usados para quaisquer fins, sejam co-

merciais, sejam políticos. Veja-se o caso da Cambridge Analytica, utilizando dados obtidos do Facebook.

Esse é um desafio não apenas para a democracia, como também para a segurança externa e interna de cada comunidade e para a própria dignidade do ser humano, que não tem como garantir a sua honra, por exemplo.

OBSERVAÇÕES FINAIS

A globalização certamente veio para ficar. Dada a revolução tecnológica que a provocou, nas comunicações, nos transportes etc., tudo indica ser irreversível. Com isso, a interdependência das comunidades humanas indubitavelmente se acentuará. Igualmente, não se reverterão nem a relativização da soberania nem a multiplicação e o fortalecimento das organizações internacionais.

Disso já advieram reflexos que não se reverterão – por exemplo, quanto à transformação do Estado e à multiplicação de organizações internacionais.

Entretanto, a globalização não traz, ela, o “fim da história”. A experiência do passado demonstra isso. Ela aponta inexistir o imutável. As ciências farão novas descobertas, filósofos repensarão as doutrinas, e a cultura evoluirá baseada em novas “verdades”. Mudará também a ideologia do correto, e o mundo mudará.

Tudo isto rejeita uma futurologia.

Este trabalho nada prevê, apenas procura registrar o quadro atual.

Antigamente, os grandes juristas terminavam seus pareceres com a cláusula “salvo melhor juízo”. Sigo a lição de meus mestres.



PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Doutor em direito pela Universidade de Brasília. É professor do Instituto Brasiliense de Direito Público e da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, bem como subprocurador-geral da República.

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

O IMPACTO POLÍTICO E INSTITUCIONAL DA GLOBALIZAÇÃO NOS ESTADOS

Na década de 1960, um hoje esquecido pensador, Marshall McLuhan, maravilhado com a interdependência eletrônica entre países, profetizava o destino do mundo, cunhando a expressão “aldeia global”, rica em alegoria.

A locução é sugestiva e passou a receber interpretações variadas, não necessariamente entrevistas pelo seu autor. Um dos seus significados possíveis sugere um mundo simplificado pela assimilação das disparidades. Afinal, a palavra *aldeia* denota um povoado com hábitos simples e compartilhados; acrescida do termo *global*, a ideia é a de que o mundo se tornaria unido, descomplicado, sem diferenças substanciais.

O fenômeno da globalização como testemunhado pelo terceiro milênio não produziu esses cidadãos puros, simples e despreocupados, à moda dos bons selvagens *rousseaunianos*. As novas inter-relações econômicas, sociais e culturais em escala planetária, se, certamente, enriqueceram o imaginário coletivo com novas perspectivas de vida proveitosa, não tornaram o mundo uma unidade cândida de interesses comuns. Passamos a conviver com novos conflitos, desafios e necessidades. Na realidade, o horizonte de metas e valores comuns da globalização mesclou-se com as múltiplas paisagens culturais e existenciais de cada ponto da Terra, sem as suplantar.

Definitivamente, o mundo não se tornou, sob esse enfoque, uma aldeia global. Talvez tenha-se tornado um aglomerado de aldeias mais próximas entre si, que, para conviver pacífica e frutuosamente, precisam adaptar-se e se reinventar.

Isso ficou claro nas exposições que compuseram o VI Fórum Jurídico de Lisboa. Há uma pressão crescente e atordoante para que sejam antecipadas reformulações da ordem interna de cada país tidas como inevitáveis.

A globalização, no plano institucional, exige reflexão aberta para o novo, embora, certamente, não seja avisado dar as costas para o que confere identidade a cada povo, às culturas singulares e às ordens constitucionais estabelecidas.

★

No caso brasileiro, a globalização trouxe alterações de que não podemos mais prescindir. Como viver sem Internet, com as suas facilidades comerciais, com as suas possibilidades de elevação cultural? Tal é a sua importância que a ordem institucional já se inclina a propostas de emenda à Constituição que buscam acrescentar à lista de direitos fundamentais o de acesso à banda larga.

Muito da globalização tem inspirado, porém, não tanto o alargamento dos direitos fundamentais, mas, justamente, em sentido contrário, a ideia de que alguns deles são prescindíveis, redutíveis ou mesmo indesejáveis. O campo dos direitos sociais tem sido alvo desse fenômeno, especialmente nos últimos dez anos, marcados pela crise econômica mundial a partir de 2008.

Um sistema econômico que tem na sua essência as crises cíclicas, em um cenário de globalização, seguramente propaga os efeitos de erros alheios, em especial os dos países centrais para os países periféricos, impactando sobre as suas instituições e os seus institutos, bem como atingindo – o que é mais dramático – esforços jurídicos em marcha, voltados para promover a igualdade por meio, especialmente, dos direitos sociais.

Nos países de democracia mais recente, sobretudo, de mais recente consciência da necessidade vital de aplainar desigualdades internas, como é o Brasil, a pergunta central diz em que medida os sacrifícios receitados para arrostar crises econômicas e financeiras podem ser acomodados na nossa ordem constitucional. Tem-se aí um desafio que deve ser abordado com olhos técnicos, tanto para evitar que a ordem constitucional seja reduzida a um retrato momentâneo, sempre mutante, do jogo de forças de poder como para prevenir um engessamento excessivo e desastroso da Constituição, à qual conduziria uma posição de antecipada repulsa a toda adaptação do velho ao novo.

Cabe, então, em rápidos traços, revisitar o tema das dificuldades formais para remodelar os direitos sociais no Brasil, à vista da opção de rigidez da Constituição acolhida pelo constituinte de 1988.

★

Um tópico a ser enfrentado diz com saber se os direitos sociais configuram cláusulas pétreas na Constituição Federal. Se assim forem, não poderão ser apequenados, já que isso corresponderia a uma tentativa de aboli-los; se não o forem, reformas trabalhistas poderão, por exemplo, revogar direitos previstos no art. 7º da Constituição. O problema se põe porque a lista das cláusulas pétreas na Constituição de 1988 não fala em **direitos fundamentais**, nem alude a direitos sociais. O art. nº 60, § 4º, IV, apenas se refere a **direitos e garantias individuais**. É sabido que os direitos sociais são vertidos em normas com características estruturais diferentes das que veiculam direitos individuais.

Os direitos de defesa se ocupam de assegurar liberdades básicas e costumam ser traduzidos em obstáculos aos Poderes Públicos, para que estes não interfiram no campo da autonomia dos cidadãos. Assim, a dimensão de custos públicos não é a sua tônica, embora, evidentemente, não lhe seja estranha.

Já os direitos sociais de prestação dependem substancialmente de recursos que os viabilizem. Direito à previdência, a salário mínimo condigno e às vantagens trabalhistas expressas em pecúnia sujeitam-se a fatores objetivos, nomeadamente à existência de recursos econômicos para que sejam satisfeitos. No entanto, os meios financeiros notoriamente são inferiores ao que é preciso para que se cumpram as promessas constitucionais, avultadas a partir da segunda metade do século XX, e ainda mais nas constituições que suplantaram regimes de concentração política e econômica, caso da Constituição de 1988. O conjunto desses direitos torna-se ainda mais dependente das contingências financeiras, aferidas pelo legislador democrático, a quem o sistema confia a alocação de recursos escassos. A consequência inescapável é a de que o conteúdo dos direitos sociais de prestação haverá de ser necessariamente inconstante.

Se assim o é, não faria sentido apresar um conteúdo momentâneo desses direitos de uma vez por todas ao longo do tempo, considerando-os, nessa medida, cláusulas pétreas. Estaria aí a razão de o constituinte não os ter arrolados como limites materiais ao poder constituinte de reforma.

Essa perspectiva, porém, concorre com outra, que, hoje, recolhe maior prestígio no Brasil. Pode-se também sustentar que os direitos sociais são cláusulas pétreas e que o constituinte disse menos do que desejava no inciso IV do § 4º do art. nº 60 da Constituição – ou que aí se tem uma cláusula pétrea implícita.

As cláusulas pétreas implícitas são admitidas tanto na doutrina como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Resultam da mesma lógica que cerca a instituição de um poder constituinte de reforma, distinto do poder constituinte originário. Se aquele não existe para confeccionar uma nova Constituição, não pode deturpar o sentido básico do Diploma que emenda.

O poder de reforma existe, ao contrário, para preservar os valores essenciais inspiradores da Constituição originária, porque permite que opções menos centrais possam ser modificadas, no

plano da continuidade institucional, sem os azares inerentes à convocação do poder constituinte originário, por natureza, ilimitado.

Se é assim, os princípios fundamentais da Constituição originária são – independentemente de assertiva expressa nesse sentido, mas por sua própria índole – insuscetíveis de abolição ou de mutilação por parte do poder reformador. São, portanto, cláusulas pétreas.

★

Em várias partes do globo, tem-se afirmado a invalidade por desvio ou excesso de poder, quando, a pretexto de emendar, desfigura-se o eixo de identidade da Constituição.

Aharon Barak narra episódio interessante, resolvido em 1980 pela Suprema Corte da Índia. O Tribunal havia, num primeiro instante, declarado a inconstitucionalidade de certas emendas à Constituição. O Legislativo reagiu, aprovando, em 1976, regra constitucional que bania todo limite material ao poder de reforma e proibia qualquer emenda de ser objeto de juízo de inconstitucionalidade. No último capítulo dessa crise, o Tribunal, no caso *Minerva Mills*, declarou, em 1980, a inconstitucionalidade dessa última emenda, afirmando que a limitação intrínseca ao poder de reforma é um componente básico da Constituição indiana, incompatível com emenda que o aniquile.

★

Nesse sentido, pode-se argumentar que também os direitos sociais previstos na Constituição de 1988 se acham protegidos como cláusulas pétreas, mesmo que não escritas. Afinal, o Preâmbulo da Carta ressalta que a Assembleia Constituinte se orientou pelo propósito de promover o bem-estar e a igualdade, valores esses elementares dos direitos sociais, indicando, assim, elementos que compõem o projeto básico do constituinte. É para a guarda dos princípios e valores estruturantes da Constituição que as cláusulas pétreas se destinam.

O constituinte ainda cuidou de explicitar, no Título que abre o texto constitucional, os princípios que denominou fundamentais. O primeiro Título da Constituição enuncia que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República (art. 1º, III) e que é objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I), a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV). Esses fundamentos e metas somente se permitem realizar por meio do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais. Por fim, e para não permitir dúvidas como as que ocorrem em outras latitudes, os direitos sociais foram inseridos no Título II da Constituição, que dispõe sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Direitos sociais são, portanto, cláusulas pétreas.

*

Certamente que a cláusula pétrea, aqui, há de ser compreendida de modo mais bem afeito à natureza dos direitos sociais.

Se os direitos sociais à prestação são elásticos no seu conteúdo, por imposição do seu objeto, não faz sentido fixar que um estágio do seu desenvolvimento legislativo se imponha como sua definição acabada e inalterável. Antes, deve-se identificar, nos direitos fundamentais sociais, o seu grau mínimo de eficácia, aquilo que seria indispensável para preservar a dignidade de cada um, conforme o atendimento possível em cada momento.

É esse núcleo básico de cada direito social que não pode ser desfigurado. Logo, conclui-se que nem todas as pretensões decorrentes de direitos sociais estão protegidas como cláusulas pétreas. Evidencia-se que direitos sociais podem ser reduzidos conforme os tempos o recomendem, desde que se respeite um mínimo como elemento intangível desses direitos.

O mínimo existencial protegido não está previsto em termos concretos. Tem-se um conceito tributário das concepções

de vida e das possibilidades tecnológicas do momento histórico. Que não se ceda a anacronismos delirantes do bom senso.

Assim, a ordem constitucional no Brasil não pode ser considerada imune a alterações de direitos sociais que a inserção do país nas relações econômicas globalizadas imponha, mas ofenderá cláusula pétrea anular todo o conteúdo de um direito social ou atingi-lo no seu núcleo essencial.

★

Há, ainda, um outro obstáculo que pode ser cogitado: a proibição do retrocesso não operaria contra mudanças dessa ordem?

A proibição do retrocesso tem sido bastante invocada, em especial em controle de constitucionalidade, embora, no Brasil, não se note uma atenção mais acentuada para os seus contornos dogmáticos e para as limitações das suas virtualidades.

A doutrina e a jurisprudência no STF confluem para associar a proibição do retrocesso a problemas de aplicação de direitos fundamentais que dependem de integração legislativa. A teoria, portanto, é lembrada, sobretudo, quando se trata de direitos fundamentais sociais. O postulado serve para afirmar inválida a redução por lei do piso de satisfação alcançado, em legislação anterior, por um direito de raiz constitucional.

Vista assim de modo tão abrangente, a proibição do retrocesso pode levar a equívocos lógico-jurídicos e a consequências indesejáveis. Deve-se estar atento aos transbordamentos de sentido válido da teoria.

Levada ao extremo, a teoria conduziria ao absurdo de tornar devido o que é materialmente impossível. Ao fim dos recursos de que a satisfação de um direito depende, não há como exigí-lo.

Em outro desvio, a teoria acabaria por elevar normas legais ao patamar de proteção típico de uma norma constitucional, o que, em um quadro de Constituição rígida, perfaz uma teratolo-

gia de sistema. Estaria, ainda, aniquilada a liberdade do legislador democrático.

Por isso, é sempre relevante assinalar que a teoria da proibição do retrocesso, quando aceita, deve conter-se em uma perspectiva moderada, para que nela se enxergue um veto a **retrocessos arbitrários**, que não encontrem motivação razoável em que se sustentar ou que deixem sem conteúdo útil um dado direito social.

As novidades legislativas que importem redução do anterior âmbito normativo de um direito social não são, desse modo, *ipso facto* proibidas, mas não podem atingir o núcleo essencial do direito fundamental concretizado pelo legislador. As normas ordinárias que densificam direitos sociais, assim, contam com uma proteção reforçada, mas não a ponto de se tornarem intocáveis.

O escrutínio da legitimidade da lei que reduz o campo concreto de satisfação de um direito social deve submeter-se a um juízo mais rigoroso de proporcionalidade, em que terão peso importante o princípio da segurança jurídica e o da proteção da confiança, além do veto à quebra da igualdade.

Esse acréscimo de cuidados na avaliação da legitimidade de leis que restringem direitos constitucionais antes concretizados por outros diplomas infraconstitucionais é, afinal, o efeito útil da teoria da proibição do retrocesso.

*

A teoria deve ser vista como limite ao legislador ordinário, e não ao legislador constitucional. Afinal, o que a teoria pretende é preservar um patamar de atendimento pelos poderes constituídos de um direito de contornos fluidos concebido pelo constituinte. Não há de servir de embaraço para que o próprio constituinte disponha sobre a norma. A teoria da proibição tem outro destinatário, visando preservar, no plano legal, o que o constituinte houver deliberado de modo apenas inicial, mas não ope-

rando contra o próprio constituinte. Ainda que possuam efeitos assemelhados, não se equiparam.

*

A globalização, portanto, pode induzir mudanças institucionais no Brasil que apresentam repercussão, de ordem formal, catalisadora da atenção do jurista. Essas mudanças normativas, quando importarem redução do escopo de direitos sociais com estatura legal, devem ter a sua legitimidade aferida segundo o prisma de uma teoria moderada da proibição do retrocesso. Quando elas assumem o feitiço de emenda à Constituição, limitam-se pela cláusula pétrea que protege os direitos fundamentais sociais, não podendo aboli-los integralmente, havendo, ainda, de respeitar-lhes um patamar de eficácia mínima.

Não é tudo o que um dado momento de consenso internacional entende como devido que pode ser absorvido pela ordem constitucional. É bom que seja assim e que se preservem alguns valores e princípios do entusiasmo que expectativas inconsideradas com modelos estrangeiros podem gerar.

Aproveito para relembrar uma crônica de Luís Fernando Veríssimo, referindo-se à história de um comediante americano que, quando encontrava um público menos favorável, dirigia-se à plateia, em um apelo meio cínico, meio patético: "Pessoal, as piadas são estas. Vamos rir delas porque não há outras". O escritor se referiu à anedota para ressaltar uma certa postura de conformismo que nos abate ocasionalmente. A mesma história, no entanto, pode ser recordada com um outro objetivo.

Expectativas demasiadas podem nos cegar, às vezes, para as virtudes do que já temos. Se as piadas não são o que esperávamos ouvir antes do show, quem sabe não valha a pena aproveitá-las mesmo assim? Por vezes, expectativas de grandes benefícios retiradas de histórias de sucesso de países desenvolvidos levam ao desprezo por nossas soluções já em curso, acaso mais modestas de escopo, mas que, ao fim e ao cabo, mostram-se mais consentâneas com as nossas particularidades históricas.

Os filtros formais para o acolhimento de novidades normativas no nosso sistema de direito mostram-se, portanto, da maior utilidade para que a globalização não nos subtraia o que construímos de único e de mais precioso na nossa identidade.

CAPÍTULO 9

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SOLUÇÃO DE CONFLITOS

LUIS WAMBIER

JULIANA LOSS

JOSÉ LEOVIGILDO COELHO

ALEXANDRE ZAVAGLIA COELHO

ATALÁ CORREIA



LUIZ RODRIGUES WAMBIER

Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, mestre pela Universidade Estadual de Londrina e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É advogado e professor do Instituto Brasiliense de Direito Público.

LUIZ RODRIGUES WAMBIER

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E MEDIAÇÃO

O alto índice de litigiosidade é um dos problemas que enfrenta a justiça brasileira, afetando não apenas os jurisdicionados, mas toda a sociedade. O excessivo volume de processos impacta negativamente não somente no tempo médio de duração dos processos, mas também na efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Os dados divulgados pelos órgãos oficiais brasileiros revelam que o número de processos em trâmite no país cresce ano após ano, aumentando constantemente o estoque daqueles que aguardam uma solução definitiva pelo Poder Judiciário.

No final do ano de 2009, por exemplo, tramitavam 60,7 milhões de processos. Em sete anos, este número cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes. Só em 2016, ingressaram na justiça brasileira 29,4 milhões de processos, o que representa uma média de 14,3 processos a cada 100 habitantes. Nesse mesmo ano, constatou-se que apenas 27% de todos os processos foram solucionados.

Não se pode dizer que tal circunstância tenha decorrido de eventual deficit na produtividade dos magistrados brasileiros. Conforme levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o índice de produtividade foi de 1.749 processos por magistrado, ou seja, contabilizando-se apenas os dias úteis do ano de 2016, excluídas as férias, o resultado é a solução de mais de sete processos por dia.

Certamente, há muito a fazer para que os conflitos sejam solucionados com maior eficiência, precisão e qualidade, especialmente porque o grande volume de processos em trâmite e a morosidade da Justiça se devem, em grande parte, a circunstâncias ainda muito arraigadas no sistema brasileiro, como a cultura de litigiosidade e o excesso de burocracia.

A IMPLEMENTAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS

Apesar das constatações sobre as dificuldades que decorrem do excessivo volume de processos em trâmite, não se pode negar que o Brasil, embora a passos lentos (se comparado a países desenvolvidos), já avançou bastante no tratamento desses problemas. Além da virtualização dos processos judiciais e, mais recentemente, da introdução de um novo sistema processual, que visa dar maior racionalidade à prestação da tutela jurisdicional, houve, nos últimos anos, a implementação de diversos recursos tecnológicos que são de grande auxílio aos operadores do direito. Alguns exemplos são:

(I) A possibilidade de oitiva de testemunhas por videoconferência, estreitando um caminho que antes somente poderia ser percorrido por meio de carta precatória;

(II) A criação da Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), voltada a apoiar o desenvolvimento de empresas que ofereçam serviços ou produtos através do uso de recursos tecnológicos para a área jurídica, a fomentar o crescimento desse setor, a tornar o conhecimento jurídico mais acessível e a ampliar o acesso à Justiça pelo uso da tecnologia;

(III) A criação de *startups* que combinam direito e tecnologia, direcionadas à gestão de processos, à pesquisa avançada de doutrina e jurisprudência, ao tratamento de processos de contencioso de massa, à análise de dados, à automação de agendamentos, à elaboração de documentos, à resolução *online* de controvérsias, entre outros, e que fazem uso da tecnologia *blockchain*, algoritmos avançados e inteligência artificial;

(IV) A implementação da Dra. Luzia, primeira robô-advogada no país, que surgiu de uma parceria entre a Legal Labs¹ e a Procuradoria do Distrito Federal, para trabalhar nos 393 mil processos de execução judicial em trâmite na nossa capital. Aliás, a fase de execução, segundo estudo anual realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, é justamente a fase em que se concentra o maior tempo de tramitação dos processos. Essa tecnologia, portanto, tem grande potencialidade para auxiliar na solução dos problemas tratados acima. Além disso, estima-se que aproximadamente R\$ 24 bilhões em impostos e multas não pagos que poderão ser resgatados;

(V) Escritórios de advocacia brasileiros já estão utilizando a inteligência artificial para atuar no contencioso de massa. Acredita-se que, em breve, outros escritórios passarão a fazer uso desse recurso.

O PAPEL DA JUSTIÇA MULTIPORTAS NO TRATAMENTO DA “CRISE DO JUDICIÁRIO”

Como se afirmou anteriormente, é evidente que os altos índices de litigiosidade impactam na prestação de uma tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável. Também é certo que a introdução de novos tratamentos legislativos, mais modernos e coerentes com a realidade atual (como o julgamento por amostragem, por exemplo, destinado à racionalização do tratamento de casos repetitivos), e a implementação de novas tecnologias são de grande auxílio para a solução desses problemas.

Em 2015, houve a promulgação do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 2016, além da Lei de Mediação,² com a atualização da resolução nº 125 do CNJ, no ano seguinte, para adequação a essas duas novas leis. No § 2º do art. 3 do Código de Processo Civil, há regra explícita no sentido de que o Estado deve promover a solução consensual dos conflitos, sempre que possível. Ademais, ao longo do texto legal, há também

1 *Startup que trabalha na aplicação de inteligência artificial ao direito.*

2 *Lei nº 13.140/2015*

outros dispositivos que reforçam esse dever. O escopo do legislador brasileiro foi o fortalecimento do sistema multiportas no ordenamento jurídico, para que se promova profunda mudança na cultura de litigiosidade e de burocratização na solução dos conflitos. Além dos inúmeros e evidentes benefícios de que cada vez mais se opte pelo sistema multiportas em vez da solução judicializada, não apenas para os diretamente envolvidos nos conflitos como também para toda a sociedade, há a concretização de princípios e garantias processuais, que se fortalecem com a utilização desse sistema.

Um exemplo disso é a razoável duração do processo. Segundo o relatório do CNJ, os processos levam, em média, quatro anos e seis meses somente na fase de execução. Esse é o tempo médio de apenas uma das fases do processo sincrético. Há processos cujo tempo de tramitação chega a ser de 20 anos ou mais. Nesse contexto, o sistema multiportas não apenas possibilita aos que optam por esse método uma solução mais célere como também diminui o tempo de tramitação dos processos judiciais pela redução do volume de trabalho.

Outro exemplo é o acesso à justiça. Há pouco tempo, a mediação, a conciliação e a arbitragem eram consideradas “meios alternativos” de solução de conflitos, no sentido de que seriam caminhos secundários, a que se recorreria subsidiariamente à solução tradicional judiciária. Com o passar do tempo, passou-se a entender que essa alternatividade existe entre todos os mecanismos de solução de controvérsias, incluindo o judicial, cabendo às partes identificar o mais adequado ao caso (e ao Estado incentivar as soluções consensuais). Por isso, não se fala mais em “meios alternativos”, mas em “meios adequados”. Acesso à justiça, mais do que o direito de ajuizar uma ação perante o Poder Judiciário, consiste no direito a uma ordem jurídica justa, que pode ser perfeitamente concretizado por meio da resposta desjudicializada, sempre que não haja impedimento previsto no ordenamento jurídico.

Os benefícios do sistema multiportas são inúmeros e impactam não apenas os que possuem conflitos a resolver, mas toda a sociedade, inclusive no que diz respeito aos gastos públicos. Somente no ano de 2016, estima-se que as despesas totais do Poder Judiciário foram de R\$ 84,8 bilhões, o que corresponde a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Logo, além da confiabilidade no sistema como um todo, pela celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional, que certamente resultará da diminuição do volume de processos em trâmite perante o Poder Judiciário, há outros resultados positivos que se podem extrair de uma mudança cultural quanto aos métodos eleitos para a solução dos conflitos.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ASSOCIADA À JUSTIÇA MULTIPORTAS, NO CONTEXTO BRASILEIRO

Nos primeiros tópicos desta breve contribuição, apresentou-se um panorama do alto índice de litigiosidade brasileira e dos problemas que dela decorrem, bem como das medidas que se tem tomado nesse sentido, como novas soluções normativas, a utilização de recursos tecnológicos voltados a simplificar alguns procedimentos, bem como ações para conscientização sobre as vantagens da opção por métodos desjudicializados de resolução dos conflitos.

Além disso, o Brasil tem buscado aliar o sistema multiportas ao uso de recursos tecnológicos, buscando extrair dessa simbiose o melhor resultado possível. O "Reclame Aqui", por exemplo, é um site de reclamações contra empresas sobre atendimento, compra, venda, produtos e serviços. Seguindo o exemplo do Ebay, que já faz isso há algum tempo, ele lançou, no ano passado, uma ferramenta *on-line* de solução de conflitos, chamada "O Mediador", com mediadores habilitados para trabalhar na plataforma. Há também outras *startups* que apostam em plataformas como essa: "Sem Processo" e "Mediação OnLine" são bons exemplos disso.

A Fundação Getulio Vargas (FGV), em parceria com a Câmara de Mediação e Arbitragem e com o Instituto Brasiliense de Direito Público, desenvolveu uma plataforma voltada à resolução de conflitos chamada “FGV Mediação”, que, além da mediação presencial, oferece mediação *on-line* e negociação automatizada.

Um exemplo interessante, que representa bastante bem os benefícios da associação de soluções desjudicializadas com a inteligência artificial, é o da Recuperação Judicial da Oi, uma das concessionárias de serviços de telecomunicações no Brasil. A Justiça autorizou a realização de mediação entre a empresa e pequenos credores. Foi a primeira vez, no país, que admitiu-se tal solução em um processo de recuperação judicial. Para agilizar as negociações, a Oi lançou, com a FGV, uma plataforma *online* de solução de conflitos para os credores interessados em receber até R\$ 50 mil. O resultado são milhares de credores que se enquadram nessa categoria e que ficam possibilitados de receber seus créditos rapidamente pelo uso da solução consensual associada a recursos tecnológicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas breves reflexões dizem respeito à realidade do Brasil, que ainda tem muito a avançar e que possui alarmantes índices de litigiosidade, de morosidade e de utilização de recursos públicos, e para o qual uma mudança estrutural profunda é fundamental. No entanto, essas questões devem ser objeto de aguda reflexão em todos os contextos, não apenas no brasileiro.

As mudanças já estão acontecendo, não somente na forma cada vez mais desjudicializada de se solucionar os conflitos, como também no uso massivo de recursos tecnológicos cada vez mais avançados. A associação entre inteligência artificial e direito já é uma realidade e certamente trará muitos benefícios, especialmente no que diz respeito ao tempo e à efetividade na solução de controvérsias. Não é mais uma questão de se, mas de quando essa tecnologia se tornará absolutamente comum a todos os profissionais do direito, que devem estar conscientizados e muito bem preparados para lidar com os desafios que essa nova revolução industrial nos trará.

REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias. São Paulo: Intelecto, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

DINAMARDO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: RT, 2011.

NUNES, Juliana Raquel. A importância da mediação e da conciliação para o acesso à justiça: uma análise à luz do novo CPC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: RT, 2013.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 17. ed. São Paulo: RT, 2018, vol. 1 e 2.



JULIANA LOSS

Doutoranda em direito privado pela Universidade Paris I Panthéon Sorbonne, na França, além de mestre e especialista em direito e mediação pela Universidade Carlos III de Madrid, na Espanha. É coordenadora de projetos da FGV Projetos na área de mediação e professora de mediação e negociação.

JOSÉ LEOVIGILDO COELHO

Bacharel em ciência da computação pela Universidade Federal de Pernambuco, pós-graduado em inovação e empreendedorismo pela Harvard Business School. Atualmente, é coordenador de tecnologia da informação da FGV Projetos, liderando as iniciativas de tecnologia da informação aplicada ao setor jurídico, mediação, concursos e exames.

JULIANA LOSS E JOSÉ LEOVIGILDO COELHO

ADR E ODR DA CONSENSUALIDADE À TECNOLOGIA APLICADA À SOLUÇÃO DE DISPUTAS CONECTADAS COM OS TRIBUNAIS

Desde os tempos em que *Online Dispute Resolution* (ODR) não era tema da moda, alguns estudiosos se dedicaram ao tema e ao aprofundamento tanto sob a perspectiva do direito como de outras áreas, relativas inclusive a temas de economia comportamental, psicologia e debates éticos relacionados à inteligência artificial. Um deles, Daniel Rainey, em palestra ministrada no Brasil, definiu o termo ODR como “o uso de qualquer tecnologia da informação e da comunicação para satisfazer qualquer das funções relacionadas à resolução e tratamento de conflitos”.

É certo que a ideia do ODR também está bastante atrelada ao termo *Alternative Dispute Resolution* (ADR), mas, para fins do presente texto, compreenderemos o ODR como um caminho à parte, que possui suas próprias características e não necessariamente se enquadra nos termos conceituais estáticos do que se entende até hoje como ADR, porquanto já plasmados há mais tempo na cultura jurídica como meios alternativos ou adequados de solução de conflitos, nos quais se incluem a arbitragem e a mediação, por exemplo. Assim, o foco importante aqui abordado será a ideia do prestígio da via consensual em relação ao ADR e o uso de tecnologia no ODR. Em relação ao primeiro, a experiência jurídica mundial, desde a década de 1970, vem, de uma

forma ou de outra, promovendo a ampliação do tratamento de conflitos por vias não judiciais, com o desenvolvimento do conceito de tribunal multiportas ou mesmo com normas e incentivos específicos para o uso de meios extrajudiciais baseados na consensualidade e na autonomia da vontade. No que se refere à tecnologia, as experiências são mais recentes e parecem impactar de forma mais generalizada e veloz a prática social de prevenção e solução de conflitos. Isso não quer dizer que as inovações tecnológicas tenham, em sua totalidade, emergido recentemente. A inteligência artificial e os algoritmos, temas mais debatidos, não surgiram agora. Boa parte desses recursos tecnológicos já existiam há décadas, mas o que hoje altera esse cenário são o fluxo e o montante de dados que temos em disponibilidade.

Naturalmente, os reflexos da revolução digital não são privilégio do direito. Em março de 2018, jornais de todo o mundo noticiaram que a Uber suspendera os testes que realizava com carros autônomos. Isso aconteceu após um acidente com uma vítima fatal no Arizona, no qual um automóvel dessa natureza protagonizou o triste episódio. Embora o carro fosse autônomo e houvesse um motorista, ao que parece, nem o sistema autônomo nem o motorista conseguiram evitar o ocorrido.

Tal situação chamou ainda mais a atenção para a inteligência artificial, um tema tão comentado quanto incompreendido. Por outro lado, poucos meses antes, na Arábia Saudita, o centro das atenções era Sophia, o primeiro cidadão ciborgue do mundo. Talvez a inovação social (cidadania de um robô) e as inovações tecnológicas (robô de elevado nível de inteligência) tenham concorrido com a "inovação" cultural de Sophia, que, paradoxalmente, ao arrepio das normas aplicáveis a todas as mulheres naquele país, não se submeteu ao uso do *hijab*, espécie de véu ou conjunto de vestuário exigido pela doutrina islâmica que "separa o homem de Deus", obrigatório no conservador país árabe.

Não sem sentido, o impacto da chamada Revolução Digital, potencializada com a popularização da *web* e, mais recentemente, pelo crescimento colossal do comércio eletrônico, é, por ve-

zes, comparado ao período de grandes navegações ou à Revolução Industrial. As transformações que estão a ocorrer são tão relevantes como inevitáveis.

É diante desse contexto de metamorfose social que um novo direito, ou melhor, uma nova justiça e uma nova forma de lidar com conflitos, se consolida. Essa “nova justiça” comporta duas grandes fontes de inovação: uma pelo desenvolvimento e prestígio de soluções consensuais e extrajudiciais de conflitos; outra pela intensificação da tecnologia aplicada ao sistema de justiça. Este último ponto chama ainda mais a atenção com o recente protagonismo dos debates envolvendo inteligência artificial e todos os dilemas jurídicos e éticos impulsionados sobretudo pelo uso de *Big Data* e pela normatização da proteção de dados em todo mundo e, há pouco, no Brasil.

No que se refere ao desenvolvimento de mecanismos consensuais, é notável a expansão de normas promovendo mecanismos negociais como a mediação, a conciliação e, mais recentemente, métodos de ODR, a exemplo do Regulamento (EU) nº 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 sobre a resolução de litígios de consumo em linha. Nesse sentido, o legislador brasileiro resguardou, no art. nº 46 do marco legal da mediação no Brasil,¹ a possibilidade de dito procedimento ser realizado pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo. A adequação tecnológica é evidente não só na legislação, mas na prática dos próprios tribunais, com a expansão do processo eletrônico e até mesmo com projetos relacionados à inteligência artificial em tribunais superiores.

Com base nesses avanços, o ODR implica ainda uma das vias possíveis para o tratamento de demandas repetitivas e contextos conflitivos de massa, um dos grandes desafios do sistema de justiça brasileiro. Foi precisamente essa percepção inovadora que permitiu que o maior processo de Recuperação Judicial da América Latina fosse viabilizado, em parte, pela conjunção justamente

1 Lei nº 13.140/2015.

da consensualidade e da tecnologia. Assim, em poucos meses, mais de 90% dos credores da empresa em recuperação tiveram a maior parte de seus créditos sanados por meio de ODR, com o Programa para Acordo com Credores Oi. É interessante que o custo total para que isso ocorresse não chega a atingir nem 1% do valor total de débito discutido no processo, sem contar os custos de tramitação desses processos pelo Judiciário.

Na trilha histórica, os primeiros passos em ODR foram dados a partir das novas disputas emergidas com o comércio eletrônico no meio da década de 1990,² porquanto havia a necessidade de dar algum tratamento aos conflitos surgidos nesse meio, muitas vezes envolvendo grandes distâncias, culturas jurídicas e países diferentes. Um dos casos mais conhecidos é o tratamento de conflitos *online* pelo Ebay e, mais recentemente, no Brasil, há exemplos de plataformas de ODR, a exemplo das soluções elaboradas pelo Mercado Livre e pelo Serasa, bem como outras instituições que parecem investir bastante no aperfeiçoamento do uso da tecnologia na pacificação de disputas. Essa é uma tendência dos negócios *on-line* que não se limita ao Brasil, ao contrário do que se repete em plataformas de uso globalizado e comum, como Airbnb, Facebook, Wikipedia e outros.

O interesse e a importância do ODR foram objeto inclusive de um grupo de trabalho, de 2010 a 2016, na Comissão das Nações Unidas para Direito Comercial Internacional (Uncitral).³ Ainda que o ODR tenha, em seu primeiro momento, crescido com base nas necessidades do mercado eletrônico (muitas vezes não abrangido eficientemente pelos sistemas de justiça tradicionais, em razão de sua transnacionalidade e informalidade), hoje o ODR atende também – e cada vez mais – a conflitos não originados pelas vias online. Em outras palavras, se antes o ODR era naturalmente uma via destinada ao tratamento daqueles conflitos surgidos em relações estabelecidas originalmente *online*, hoje se estende e aumenta sua aplicação em casos originados *offline*.

2 Ethan Katsh and Colin Rule, What we Know and Need to Know About Online Dispute Resolution (2016) 67 South Carolina Law Review 329, 330

3 Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html>

Há experiências de cortes judiciais totalmente online no Reino Unido e no Canadá. Além disso, existem ainda canais de arbitragem, mediação e negociação *online* em plataformas públicas e privadas na maioria dos países. No Brasil, destaca-se a plataforma *consumidor.gov*, que, de forma simplificada, processa e busca solucionar, por meio de comunicação assíncrona, um número relevante de disputas relacionadas ao consumo, além de algumas outras que se propõem a realizar mediação e conciliação *online*.

O uso de tecnologia e de ODR é predominante em vias extrajudiciais, mas há uma tendência e um desafio à aplicação de tecnologia dentro e em conexão com o sistema tradicional, de justiça, isto é, com o trabalho dos tribunais. Talvez aí resida uma das grandes inovações do mencionado Programa para Acordo com Credores Oi, que surge de uma necessidade originada em um processo judicial, mas se desenvolve por mecanismos extrajudiciais.

A inserção dessas inovações em um meio conhecidamente tradicional e conservador, que é o direito, não é simples. Os questionamentos são muitos, e um deles diz respeito ao papel dos advogados nesse novo cenário de justiça consensual e digital. A advocacia, assim como outras profissões jurídicas, passa por um momento de releitura e adequação em um mundo diferente, em que tarefas repetitivas não carecem de atuação de seres humanos.

No livro do ano eleito pelo Financial Times em 2017, "The Future of Professions", Richard e Daniel Susskind abordam como a tecnologia transformará o trabalho de experts humanos. Sobre as profissões jurídicas, afirmam que, em geral, o trabalho jurídico segue a tendência de divisão e *outsourcing*, pressionado sobretudo pelos altos custos do modelo tradicional de solução de conflitos. Os autores lembram ainda que contemporaneamente uma disciplina passa a ter mais importância – a análise de riscos jurídicos, justamente porquanto a percepção passa a ser não só a resolução, mas a prevenção de disputas.⁴ Esse "giro" da resolução à prevenção já era tratado em obra anterior, voltada especificamente para o futuro da profissão jurídica por Richard Susskind.⁵

4 Susskind, Richard. Susskind, Daniel. *The future of professions*. Oxford University Press: New York, 2017. pp. 68 e 69

5 Susskind, Richard. *The end of lawyers*. Oxford University Press: New York, 2010. p. 224

A tendência, assim, é que atividades que somente implicam o custo da burocracia ou que exigem menos atuação intelectual sejam automatizadas. Essa é, aliás, a base para o questionamento do Professor Carlos Ragazzo quando, em sua obra “Direito e Desenvolvimento”, de 2015, analisa uma iniciativa da gestão do Município de São Paulo de implementar projetos similares ao Poupa Tempo para auxiliar pequenos e microempresários na obtenção de microcrédito, apoio jurídico, entre outros serviços.⁶

Desta forma, por um lado, há questões que exigem reflexão; por outro, há cenários prospectivos extremamente positivos, como a viabilidade de mecanismos não só de solução, mas de prevenção de conflitos. O mapeamento da causa raiz e até mesmo a rápida detecção de situações potencialmente causadoras de conflitos em massa são viabilizados nesse novo cenário e com o uso de ODR.

Assim, com a inserção cada vez maior de ODR no tratamento de disputas, há algumas mudanças que são perceptíveis até mesmo pelo case do Programa para Acordo com Credores Oi supracitado. Ao mesmo tempo em que há uma ligação e todo um arcabouço normativo e conceitual aproveitado dos ADR, os ODR provocam algumas mudanças. As atividades saem do espaço físico e passam a ocorrer, ao menos preponderantemente, no plano virtual. Além disso, processos de tomada de decisão isolados passam a, muitas vezes, dar lugar a subsídios automatizados para processos de decisão automáticos ou ao menos otimizados.

Um outro ponto interessante do contraste dessa interseção do ADR e ODR diz respeito à confidencialidade, um dos grandes pilares e atrativos dos ADR. Muitas vezes, o uso de ODR não permitirá, na mesma medida, a proteção desse princípio. Mais do que isso: muitas vezes, o *design* dos processos pode, propositadamente, favorecer a troca e simetria de informações a diferentes atores, seja da disputa em si, seja do sistema de solução de conflitos. Especificamente no case em análise, os processos eram confidenciais; entretanto, passíveis de autoria ou supervisão do juízo da recupe-

6 Ragazzo, Carlos. *Direito e Desenvolvimento*. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2015. p. 73

ração judicial, porquanto há toda uma discussão a respeito da proteção de direitos de terceiros. Além disso, especialmente quando do uso de inteligência artificial, os designs de ODR devem prestigiar a transparência. Não necessariamente essa exigência irá de encontro ao princípio da confidencialidade, mas, sem dúvida, em regra, a confidencialidade de processos de ADR e a transparência que requer o uso de um sistema de ODR trarão muitas reflexões interessantes nos próximos tempos e à medida que meios de ODR expandirem sua aplicação no Brasil e em outros países.

Por outro lado, há uma diminuição evidente de custos de transação e de estruturação de programas de solução de conflitos, ademais da uniformidade e *accountability* viabilizada, sem dizer do acesso ampliado à justiça que a tecnologia pode permitir. Esse é o a ideal, por exemplo, do projeto-piloto da FGV com o Tribunal de Justiça do Amazonas, que busca levar meios de pacificação a locais de difícil acesso.

Finalmente, é sempre fundamental a avaliação do *designer* de resolução de conflitos, no tocante a interesse, economia, tempo e adequação dos meios à controvérsia apresentada, aliados a especialistas e advogados com conhecimento técnico para que se consiga garantir os resultados pretendidos com o método.

Muitos desafios terão que ser enfrentados com a disseminação dos métodos de ODR, que representam enorme avanço na efetivação da justiça social, com a desburocratização e a diminuição de custo e tempo. Nessa esteira, ADR e ODR sempre coexistirão. Restará somente compreender a melhor adequação de “como” isso pode ocorrer da maneira mais eficaz e segura ao sistema de justiça.



ALEXANDRE ZAVAGLIA COELHO

Mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e doutorando pela Universidade Estadual de Campinas. É diretor executivo do Instituto de Direito Público de São Paulo, vice-presidente de educação da Future Law e um dos coordenadores da Revista Direito e Novas Tecnologias da Revista dos Tribunais.

ALEXANDRE ZAVAGLIA COELHO

O USO DE AUTOMAÇÃO E DA COMPUTAÇÃO COGNITIVA (ROBÔS) NA ÁREA DO DIREITO E A ÉTICA PROFISSIONAL

Vivemos em um ambiente de grande transformação na sociedade, tanto pelo acesso à informação proporcionado pela internet como pelo avanço da tecnologia aplicada aos seus problemas e necessidades. Seguindo a Lei de Moore,¹ a capacidade de processamento amplia-se exponencialmente, com reduções drásticas de custos a cada 12 ou 18 meses. Com a mesma rapidez, aumenta-se a quantidade de armazenamento de grande massa de dados e o acesso facilitado pela computação em nuvem, por valores mais baixos. Somam-se a esses conceitos os dispositivos móveis (com câmeras e infinitas possibilidades), as redes sociais, os dispositivos conectados (internet das coisas) e toda a informação produzida nessas aplicações.

A partir desse cenário, especialmente na segunda década dos anos 2000, as teorias que discutiam a utilização de computação cognitiva (inteligência artificial) desde 1950² começaram a

1 Em 1965, Gordon Moore fez uma previsão sobre o ritmo da revolução digital moderna. A partir da observação cuidadosa de uma nova tendência, Moore concluiu que o poder da computação aumentaria tremendamente e que seu custo relativo cairia a um ritmo vertiginoso. Disponível em: <<https://www.intel.com.br/content/www/br/pt/silicon-innovations/moores-law-technology.html>>, acesso em setembro de 2107.

2 Donoho, David. 50 years of Data Science. Based on a presentation at the Tukey Centennial workshop, Princeton NJ, publicado em 18 de setembro de 2015.

ampliar sua viabilidade técnica e financeira. Foi a capacidade de processamento mais a possibilidade de guardar e acessar rapidamente todas essas informações (*big data*) o que, de fato, possibilitou o desenvolvimento de técnicas de aprendizagem de máquina (*machine learning* e *deep learning*), mineração de dados (*data mining*), linguagem natural, entre outras funcionalidades.

Os buscadores de informação e as redes sociais, com milhares de usuários e grande tráfego de dados, foram criados a partir de um modelo de negócios em que se fornece o serviço gratuito e, para monetizar a operação, sua principal fonte de receita é a veiculação de propaganda.

Rapidamente – até por terem nascido em um ambiente tecnológico –, os programadores e gestores dessas empresas perceberam que os dados gerados pelos usuários, em sua interação com os serviços, com o conteúdo da rede e/ou com os outros usuários, indicavam seu perfil e suas tendências de consumo. Assim, como a receita depende de cliques efetivos, quanto mais cliques, melhor será o resultado.

Isto impulsionou a consolidação da ciência de dados (*data science*) pela análise cada vez mais profunda (*machine learning*, *deep learning* + *analytics*) de todo esse comportamento, para gerar valor e *insights* para diversas áreas desses negócios – não só para incrementar os produtos e a receita, mas para orientar processos e a entrega de serviços, aprimorar a experiência de utilização, entre outras questões. A aprendizagem de máquina, em contato permanente com as situações da vida refletidas nessas interações, melhora, a cada dia, a acuracidade de seus modelos e previsões.

Seguindo o fluxo da inovação, essa tecnologia foi transferida do marketing para a indústria de música (*Spotify*, *Deezer*, entre outros), com ferramentas de indicação conforme o estilo de cada um. O produto único distribuído para a massa mudou para o conceito de entrega de produtos individualizados conforme o

interesse do cliente.³ A monetização desse modelo passou a ser não só a propaganda, mas também a compra sob demanda e a assinatura pelo tempo desejado. Usando essa lógica, foram lançados aplicativos para filmes (*Netflix*), livros (*Amazon*) e muitos outros, integrando a indicação de conteúdo com o acesso fácil entre o fornecedor e o seu consumidor, intermediado apenas pelo aplicativo. Tudo isso está gerando cada vez mais dados.

Além do processamento rápido da gigantesca massa de **dados estruturados**, já lançados em algum tipo de sistema, esse avanço da computação cognitiva chegou a uma nova dimensão, pela possibilidade de coleta e tratamento dos chamados dados não estruturados. Imagens, inclusive de textos escritos em papel escaneado, áudios, vídeos e outras fontes podem ser convertidos por esses métodos em um formato numérico, capaz de ser reconhecido e estruturado na linguagem computacional.

Esse fenômeno denominado *digitization* vem proporcionando uma revolução no modelo de produção, com muitos reflexos na prestação de serviços em geral. Diversas publicações mundiais mostram que mais de 80% dos dados produzidos no mundo são desestruturados. **Digitization**, portanto, é o fenômeno de representar uma imagem, som, documento, em um sinal numérico (binário), ou seja, é a conversão de uma fonte análogica em um formato digital, passível de "leitura" pela máquina,⁴ que ajuda a transformar dados dispersos e despadronizados em bancos de dados organizados e com uma granuralidade de *features* (colunas) que permitem muitos cruzamentos e *insights*. Por essa razão, ampliou-se imensamente a possibilidade de buscar e estruturar informações sobre qualquer assunto. Uma vez estruturados esses dados, são utilizadas muitas das técnicas já existentes de *analytics* ou *business intelligence* (B.I.), só que cada vez mais avançadas.

3 Andersen, Chris. *A Cauda Longa: do mercado de massa para o mercado de nicho*. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

4 Conforme o Gartner Glossary. Disponível em: <<https://news.sap.com/digitization-vs-digitalization-wordplay-or-world-view/>>, acesso em setembro de 2017.

A partir deste contexto, ocorreu uma rápida assimilação do potencial dessa tecnologia e do novo *mindset* para modernizar a prestação de serviços em outros setores da economia, e até mesmo em diferentes profissões, como medicina, contabilidade, direito, entre outras. O grande divisor de águas desse momento histórico foi o ano de 2016, devido ao avanço das novas tecnologias ou da inovação na forma de gerir as empresas e carreiras, com informações cada vez mais assertivas para a tomada de decisões. Assim cresceu o fenômeno *data-driven*, não se tratando somente de um ambiente que utiliza dados, mas sim de um ambiente orientado por dados.

Como consequência do processamento rápido e armazenamento de baixo custo, em conjunto com a “leitura” de dados não estruturados, ocorreu a consolidação de um movimento chamado **digitalization**, imbuído do conceito de que essa digitalização de todas as informações possíveis cria um novo modelo de negócio digital:⁵

“Digitalization is the use of digital technologies to change a business model and provide new revenue and value-producing opportunities; it is the process of moving to a digital business”.

Segundo a publicação da Gartner “Digitization leads to digitalization”, esta transformação digital, em conjunto com a análise de *big data*, para extrair valor das informações, é o que está transformando a prestação de serviços nos últimos anos. Respeitadas as peculiaridades de cada caso, a automação de tarefas repetitivas das fábricas chegou, portanto, aos serviços.

Ao mesmo tempo em que são inúmeros os benefícios, ficam evidenciados os novos dilemas relacionados aos direitos fundamentais (proteção de dados pessoais), responsabilidade civil, crimes cibernéticos, entre outras questões relevantes, que têm uma agenda própria para debater e prevenir situações indesejadas.

5 Conforme o Gartner Glossary. Disponível em: <<https://news.sap.com/digitization-vs-digitalization-wordplay-or-world-view/>>, acesso em setembro de 2017.

São questões que, por sua vez, criam um gigantesco campo de trabalho para os profissionais do direito, relacionados a atividades de regulação, *compliance*, conciliação e solução de conflitos, que surgem pela influência dessas soluções tecnológicas nos fatos sociais.

Discutir estas questões relacionadas ao reflexo do uso da tecnologia na vida da sociedade no direito material é muito relevante, mas não é o objetivo dessa reflexão, que analisa o impacto do uso das novas tecnologias na prestação de serviços jurídicos e suas implicações na ética profissional.

Em primeiro lugar, é preciso entender o fenômeno e constatar que esse é um movimento global (*digitization leads do digitalization*), com reflexos nos diversos setores de produção e áreas do conhecimento. Isto decorre não apenas do fato de a tecnologia estar agora acessível, mas também porque as pessoas se acostumaram a ter acesso direto e rápido a informações e serviços – literalmente na palma da mão (via dispositivos móveis) –, o que determina uma nova forma de relação entre os fornecedores e seus destinatários. Trata-se de um movimento crescente, caminhando em alta velocidade, que também influencia a forma de entender e entregar serviços tanto jurídicos como os vinculados a outras carreiras e profissões.

Outro ponto relevante para contextualizar essa discussão seria um estudo realizado pelos professores Ajay Agrawal, Joshua Gans e Avi Goldfarb,⁶ publicado na Harvard Business Review, explicando que as atividades humanas podem ser descritas em cinco níveis principais: "*data, prediction, judgement, action, and outcomes*". Desta forma, as questões ligadas a julgamento, criatividade, ação estratégica e monitoramento para a condução dos resultados efetivos ganham mais importância e valor, ao passo que são cada vez mais automatizáveis e acessíveis a questões relacionadas à organização de dados e relatórios, e à predição a partir da sua análise, conforme lecionam, a seguir, os autores:

⁶ Agrawal, Ajay; Gans, Joshua e Goldfarb, Avi. The Simple Economics of Machine Intelligence. Harvard Business Review, 11 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://hbr.org/2016/11/the-simple-economics-of-machine-intelligence>>, acesso em setembro de 2017.

"As machine intelligence improves, the value of human prediction skills will decrease because machine prediction will provide a cheaper and better substitute for human prediction, just as machines did for arithmetic. However, this does not spell doom for human jobs, as many experts suggest. That's because the value of human judgment skills will increase. Using the language of economics, judgment is a complement to prediction and therefore when the cost of prediction falls demand for judgment rises. We'll want more human judgment."

Ao aprofundar a discussão, vê-se que o atual momento dessa tecnologia na prestação de serviços no Brasil foca na obtenção e organização dos dados, otimização de documentos e na predição como suportes para a decisão de quem vai julgar e determinar a ação, isto é, daquele que vai propiciar o resultado efetivo, a fim de aumentar a velocidade e o escalonamento dessas tarefas. Desse modo, julgamento e o juízo de valor ganham força e importância. É evidente que os profissionais do direito não se preparam por anos para realizar tarefas repetitivas e de baixo valor agregado, mas para contribuir na evolução do direito como ciência e na sua missão de minimizar, conciliar e solucionar conflitos sociais.

Um exemplo muito interessante para ilustrar essa dinâmica é o da medicina. Se um médico vê indícios de alguma alteração no quadro de saúde de seu paciente, é prudente pedir diversos exames antes de definir o diagnóstico e o tratamento. Estes exames são realizados com equipamentos de última geração, cada vez mais aptos a explorar a definição de indicadores e a sugestão do diagnóstico. Logo, aquelas atividades de organização das informações e predição (com base em indicadores experimentados) são justamente as mediadas pela tecnologia, assim como a criação das ferramentas para otimizar a execução dos serviços. Ao médico cabe definir o diagnóstico, com informações mais precisas, a fim de melhorar a sua decisão, bem como o tratamento e acompanhamento dos resultados até a cura (efetividade). Por outro viés, a partir da união dos dados (anonimizados) de todos esses exames,

é possível compreender a existência de um surto ou epidemia por meio de *outcomes* extraídos de dados, para auxiliar o Poder Público nas ações de prevenção de sua propagação.

Na medicina, a interação entre serviço e tecnologia é bem mais antiga. Os desafios na criação de diretrizes e normativas correspondentes têm sido grandes, mas sempre seguiram mais no sentido da realidade aumentada e de apoio na execução das tarefas do que em direção à substituição. No direito, durante muitos anos, a relação com a tecnologia ocorria, basicamente, por meio de *softwares* de gestão de processos e de produção de textos, planilhas e apresentações. No entanto, na medida em que se aumenta o interesse por novas ferramentas tecnológicas nos serviços jurídicos, propagam-se textos e publicações sobre as façanhas do advogado robô ou sobre o quanto as máquinas já são autossuficientes. Esses são sofismas que precisam ser desmistificados, para uma discussão que seja coerente com a importância do tema.

A computação cognitiva está bastante desenvolvida para a sua aplicação em face de problemas jurídicos, mas os casos práticos ainda estão no começo, enquanto os que existem seguem a tendência do conceito referenciado na medicina (apoio na otimização dos serviços e realidade aumentada). Com mais de 100 milhões de processos em andamento no Brasil, como é possível conhecer qual jurisprudência seria dominante para definir o melhor caminho para cada caso? Se esta tecnologia fosse devidamente utilizada, o Poder Judiciário⁷ poderia compreender em detalhes todas as nuances dos maiores problemas da sociedade, buscando-se uma definição precisa dos temas que serão objeto de novos institutos, como os recursos repetitivos ou de repercussão geral? Os órgãos de controle serão mais eficientes no combate à corrupção, à sonegação fiscal, na identificação de casos de improbidade administrativa, se tiverem acesso a esses instrumentos inovadores? Com ferramental tecnológico e a possibilidade de análise de da-

7 A publicação do CNJ denominada "Justiça em Números" demonstra o avanço na organização de dados para a melhoria da gestão do Judiciário e da compreensão do contexto em que está inserido. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf> >.

dos complexos, os advogados e diretores jurídicos de empresas teriam mais tempo para focar em prevenção, contando com tempo para gerar informações relevantes para a gestão estratégica?

Todas essas questões mostram que o referido ambiente de avanço tecnológico vai proporcionar um novo momento para a prestação de serviços jurídicos, com mais rapidez e assertividade, de forma integrada ao seu conteúdo técnico. Além disso, o desenvolvimento e o uso de novas tecnologias para essa finalidade em nosso país será privilegiado, pois a obrigatoriedade de publicar informações para satisfazer a Lei de Acesso à Informação⁸ e a informatização dos processos judiciais⁹ geram muitas oportunidades. Aqueles que compreenderem rapidamente esse potencial terão grande diferencial em suas atividades profissionais, tanto no setor público como nos departamentos jurídicos de empresas e nos escritórios de advocacia.

Por outro lado, no que se refere ao desenvolvimento de *softwares* e modelos (algoritmos) para o universo jurídico, é imprescindível a organização de times multidisciplinares e a participação efetiva dos profissionais do direito. Tanto isso é fato que o conceito de cientista de dados vem mudando, para incorporar a ideia de que esse profissional não é mais somente o programador, o estatístico, mas também o modelador dos dados e da solução que servirá como base para a criação do algoritmo. A ciência de dados depende desse time multidisciplinar, especialmente da participação do profissional de cada área que entende do problema e consegue extrair o valor esperado dessa atividade, que conhece as perguntas e as peculiaridades de cada situação.

Neste contexto, vê-se que a verdadeira inteligência por trás de cada solução será sempre a dos profissionais, e não da máquina, cuja inteligência é considerada justamente como artificial.

8 Lei nº 12.527/11.

9 Lei nº 11.419/06.

Como são muitos os assuntos para se compreender esta problemática, certa confusão de temas e de institutos tem pautado a maioria das publicações e dos debates. A diferença entre automação e computação cognitiva, por exemplo, é uma das questões que mais revelam a multiplicação de conceitos equivocados.

Ao se usar o Excel, por exemplo, com o intuito de gerar relatórios a partir de determinados *inputs*, é possível automatizar um procedimento sem que isso esteja ligado à computação cognitiva ou à inteligência artificial. Se quisermos simplesmente alterar uma palavra que aparece várias vezes em um texto de milhares páginas no *word*, basta clicar em "substituir por" e a atividade é totalmente automatizada, assim como ocorre no preenchimento das partes de um contrato repetitivo conforme uma lista organizada em um arquivo paralelo de Excel. Isto posto, já existem muitos procedimentos automatizados por *softwares* simples ou mais potentes, que gerenciam os processos de um escritório, otimizam a organização e produção de documentos, entre outras funções. Sair da máquina de escrever para o computador foi uma grande revolução, alterou as formas de trabalho e a sua entrega, mas não afetou as prerrogativas profissionais, uma vez que são atividades de suporte.

Ademais, estamos vivendo em um cenário parecido com o da migração da máquina de escrever para o *desktop*, só que mais rápido e com ferramentas muito mais avançadas. Os cartórios judiciais faziam a autuação manual de processos judiciais e a carta de citação era datilografada, gerando uma fila de processos que aguardavam durante meses pela realização desses atos. No cenário atual, diante do processo eletrônico, como a qualificação das partes e os detalhes do processo já estão no sistema (dados estruturados), basta clicar no *link* correspondente e o próprio *software* automatiza a tarefa, bem como organiza a confecção do ofício de citação e das publicações correspondentes, conforme modelos padronizados. São apenas facilidades criadas pela automação, em sua maior parte para a realização de atos de um *workflow*, permitindo aos profissionais que utilizem o seu tempo e expertise em outras tarefas de maior valor agregado. Mais uma

vez, ressalta-se que esse tipo de automação não interfere na atividade principal do profissional, tampouco em suas prerrogativas profissionais – ao contrário, apenas melhora o ambiente e as condições de trabalho.

Deste ambiente automatizado e digitalizado, surgem os dados que são verdadeiros insumos para as técnicas de ciência de dados e para o uso de técnicas de computação cognitiva. Automação e ciência de dados são atividades diferentes, mas interligadas, na medida em que os dados contidos, de forma dispersa e despadronizada, nesses ambientes tecnológicos serão o objeto de análise e a base para o *design* de novas formas para solucionar problemas jurídicos. Assim, a automação e os ambientes digitalizados geram dados, que são o objeto de análise da ciência de dados, que, por sua vez, pode dispor de diversas técnicas para organizá-los e analisá-los, utilizando ou não técnicas de inteligência artificial (computação cognitiva).

Na ocasião em que o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por exemplo, cruzaram dados para encontrar possíveis fraudes nas eleições de 2016, foram encontrados registros de 250 pessoas falecidas que fizeram doações eleitorais. Para tal finalidade, não houve uso de inteligência artificial, apenas de técnicas de cruzamento de dados já estruturados, lançados nos sistemas do TSE, da Receita Federal, entre outros bancos de dados. A partir desta pesquisa, foi possível delimitar o alvo para uma investigação mais precisa e menos custosa, que ainda permitiu identificar doadores com rendas incompatíveis, entre outros indícios de irregularidades. Portanto, a automação e o cruzamento de dados já estruturados resolvem muitos problemas, com resultados importantes para apoiar a solução de problemas. Vale observar que ainda não estamos falando de *big data*, inteligência artificial, etc.

Outro exemplo interessante é o das grandes operações policiais, como a “Lava-Jato”, cujo sistema permite que as informações obtidas dos computadores apreendidos em uma fase inteira de investigação, por exemplo, estejam disponíveis para pesquisa

após um dia. É indiscutível a importância do uso da tecnologia na eficácia e velocidade desses serviços prestados pela polícia e pelo Ministério Público, bem como a utilização de inteligência artificial para a mineração, tratamento de dados e análises, permitindo uma expansão ainda maior desses resultados.

Onde entram, então, a computação cognitiva, a inteligência artificial, as redes neurais, a linguagem natural? No que diz respeito à colaboração com as atividades de automação, uma das principais aplicações dessa tecnologia é a transformação de dados não estruturados em estruturados (*digitization*). Nesses casos, além do cruzamento de dados estruturados, que são lançados nos sistemas de um modo geral por pessoas, é possível utilizar essa inteligência computacional para (a) ampliar a base de dados conforme o objeto de análise e predição e, em uma segunda fase, (b) para as análises e os *outcomes*.

Isto é o que a Receita Federal tem feito, ao estender o leque de fontes e utilizar as redes sociais para verificar se os posts do contribuinte são condizentes com os recebimentos e bens declarados. A Receita é um dos órgãos mais avançados do governo brasileiro na análise de dados e na determinação de padrões, de evidências de desvios, no que toca à chamada "malha fina". Já existem muitos processos automatizados há anos, e somente agora estão sendo desenvolvidos os primeiros projetos baseados em computação cognitiva, a fim de utilizar essa tecnologia para transformar fotos de viagens, por exemplo, em linguagem passível de leitura pela máquina e, a partir daí, usar uma nova gama de informações para afinar seus modelos preditivos sobre quem demonstra indícios de gastos incompatíveis com seu padrão.

A automatização na maioria das soluções, portanto, ainda não utiliza inteligência artificial. A técnica de computação cognitiva mais utilizada na área do direito, no momento, é o processamento de linguagem natural para buscar as informações nos próprios documentos (*digitization*). Além de auxiliar na leitura de dados não estruturados e gerar cadastros mais precisos e padronizados, essa tecnologia também ajuda, numa segunda fase, no

estabelecimento de padrões com base na leitura rápida de grande quantidade de informações, entre outras funcionalidades.

No entanto, apesar de termos à disposição essa tecnologia, ainda carecemos de um banco de dados organizado para que todo esse potencial seja explorado.

Apenas para entender como estas questões não acontecem de forma automática, outro exemplo da complexidade dessas atividades é a chamada Jurimetria, especialmente no que diz respeito à segurança cognitiva (acuracidade da resposta). Para Marcelo Guedes Nunes, autor do livro “Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito”, a jurisprudência representa o direito vivo, com todas as suas incertezas e variáveis, além de uma fonte inesgotável de informações para compreender os problemas sociais e balizar a tomada de decisões nas atividades do dia a dia de todas as carreiras jurídicas. A Jurimetria, segundo o autor, é a “aplicação de métodos de estatística e da probabilidade ao estudo e elucidação dos fenômenos jurídicos”.

As pesquisas publicadas pela Associação Brasileira de Jurimetria, entidade que preside, foram fundamentais tanto para alterações na Lei de Adoção quanto para o mapeamento da improbidade administrativa e a criação de varas empresariais na comarca da capital do estado de São Paulo, entre diversos outros serviços prestados à sociedade. Em suas aulas e publicações, Guedes Nunes evidencia que estas informações constituem um verdadeiro “pré-sal sociológico”, um material inexplorado em todo o seu potencial. Com mais de 100 milhões de processos e uma diversidade de ramos do direito e temas originados pelos conflitos sociais, a exploração desse petróleo – na metáfora utilizada pelo autor – requer a fase de perfuração, beneficiamento, entre tantas outras, que precedem a sua transformação em matéria-prima.

Nesse momento, já temos uma quantidade muito grande de dados estruturados nos sistemas dos tribunais, com muitos avanços em publicações como o Justiça em Números, do Conselho

Nacional de Justiça (CNJ). No entanto, as pesquisas são realizadas em metadados, e estes foram lançados nos *softwares* que gerenciam o processo eletrônico. Como não houve uma padronização, os campos foram preenchidos conforme a subjetividade de cada profissional, o que inviabiliza pesquisas mais precisas, demandando um tratamento na base de dados para garantir a acuracidade do resultado.

O direito é uma das ciências que mais necessitam ampliar suas pesquisas empíricas, devendo utilizar estatísticas e técnicas de análise de dados para sua sistematização, para melhor compreender os fenômenos sociais, bem como para o empoderamento de seus profissionais – sejam juízes, promotores, advogados ou delegados. Estas questões, entretanto, não são tão simples como alguns preconizam.

Uma pesquisa simples para volumetria (cuja objetivo seria a verificação de quantos processos existem sobre determinado assunto, onde estão, quais os valores envolvidos etc.) sobre erro médico e dano moral, por exemplo, pode trazer conclusões equivocadas sobre boa parte dos cadastros constantes apenas da informação de ação indenizatória, ou nos quais sequer consta o pedido de dano moral no cadastro. Por isso, a curadoria do banco de dados – para delimitar quais são os casos que devem pautar a base para a pesquisa e enriquecer o cadastro com a maior quantidade possível de informações sobre cada um, organizadas em diversas colunas (*features*) – é tão fundamental quanto as demais fases e a tecnologia empregada. De nada adianta usar análise de *big data* e inteligência artificial sobre uma base incompleta. A computação cognitiva e sua linguagem natural, neste caso, estão auxiliando a busca das informações na fonte, que seria a própria petição inicial, ao transformar esse dado não estruturado em estruturado (com as informações completas extraídas da inicial). Assim, é possível automatizar parte desse trabalho (*digitization*) para melhorar o cadastro de informações e garantir uma base de dados populada conforme as necessidades de cada estudo.

Nas boas pesquisas publicadas, mesmo com o uso crescente dessa tecnologia, são demandados meses de trabalho de profissionais do direito especializados em cada tema para a curadoria do banco de dados, a fim de preparar as perguntas corretas, organizar o modelo e, ao final, analisar os resultados. Após a primeira fase, ao se organizar os dados e a metodologia da pesquisa, será possível realizar a chamada Jurimetria, que pode ou não usar a computação cognitiva para turbinar seus modelos preditivos.

Como seria organizar pesquisas de todas as áreas e temas do direito? Certamente, seria algo feito ao longo dos anos e a partir do envolvimento de muitos profissionais nessas atividades, com a finalidade de tratar as informações para uma melhor tomada de decisão. Desse modo, é imprescindível a participação de profissionais do direito para preparar os dados de todos os temas e seus indicadores. No entanto, vale lembrar que tudo isso serve apenas para uma utilização muito assemelhada à dos exames solicitados pelo médico para balizar o seu diagnóstico e o tratamento indicado, com o objetivo de trazer evidências para que o profissional tire suas conclusões, defina o tratamento segundo seus conhecimentos técnicos sobre o caso e acompanhe o problema até alcançar a sua solução.

A computação cognitiva (inteligência artificial), portanto, pode ser útil aos processos automatizados, ao acelerar as tarefas e organizar o fluxo de informações, além de auxiliar na obtenção e organização dos dados (*digitization*), e, em um segundo momento, melhorar a acuracidade de modelos preditivos capazes de analisar rapidamente problemas jurídicos e gerar indicadores para a tomada de decisão – identificação da tese vencedora, da causa raiz, da probabilidade de ganho da causa, do valor ideal do acordo, do mapa de risco para *compliance*, entre outros, e com aprendizagem constante (*machine learning*). Nada disso, no entanto, na nossa visão, substitui o legítimo trabalho do jurista.

Apesar das preocupações com a proteção de dados pessoais e com o impacto no mercado de trabalho, a rapidez da ino-

vação e o potencial dessa tecnologia incentivou a criação, até o momento, de cerca de 700 empresas de tecnologias focadas no mercado jurídico no mundo, sendo que, apenas no Brasil, já existem, aproximadamente, 140 filiadas à Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L). Isso demonstra, por um lado, a velocidade com que estão sendo criadas empresas e soluções para o mercado jurídico, ou seja, é uma tendência do mercado; por outro, revela uma visão mais próxima e apurada, no sentido de que a grande maioria das empresas ou *startups* estão desenvolvendo soluções para a organização e gestão de processos, otimização de documentos e plataformas de conciliação que ligam os advogados de ambos os lados, além de acompanhamento legislativo, identificação de fraudes e análise de dados. Não são robôs advogados, mas *softwares* de última geração cuja função é dar cada vez mais suporte às carreiras jurídicas e suas atividades rotineiras. Ressalta-se que a AB2L tem feito um trabalho institucional muito relevante para elucidar as atividades realmente desenvolvidas pelas empresas de tecnologia, assim como para orientá-las a respeitar as prerrogativas dos profissionais da área do direito.

Finalmente, ao abordar esse tema, entendemos que: (a) a existência do fenômeno "*digitization leads to digitalization*" envolve a conversão em linguagem digital dos chamados dados não estruturados (textos, imagem, áudio etc.); (b) essa é a revolução que está transformando a prestação de serviços em geral e os modelos de negócios de todos os setores; (c) as atividades humanas podem ser descritas em cinco níveis principais: "*data, prediction, judgement, action, and outcomes*" – ao passo que os dois primeiros têm grande potencial de automação e aplicação de técnicas de computação cognitiva, as atividades humanas de juízo de valor e tomada de decisão ganham mais relevância; (c) a medicina traz um modelo referencial a ser considerado, pois utiliza tecnologia de ponta no suporte à tomada de decisão por parte do médico (realidade aumentada) e no auxílio da execução de suas atividades; (d) nos EUA, por exemplo, esses *softwares* usados pelo mundo jurídico são chamados de *legal assistance*

(incluindo os mais avançados), o que demonstra o foco na produtividade e na análise de informações para o suporte à decisão; entre outros aspectos mencionados. Diante dessa conjuntura, começamos a compreender que esse movimento caminha em prol do suporte tecnológico da prestação de serviços jurídicos, e não para a sua mera substituição. A compreensão dessas nuances fáticas é indispensável para balizar as discussões sobre quais seriam os limites ético-profissionais envolvidos, a fim de transcender critérios subjetivos na busca por um critério objetivo para a questão.

Nesse contexto, muitas profissões, como a da advocacia, detêm prerrogativas profissionais e atos considerados privativos dos integrantes da carreira. Não é objeto dessas considerações, ao menos nesse ensaio, descrever quais seriam exatamente esses atos privativos e como devem ser definidos, mas especialmente como podem nortear a definição de eventuais limites para o uso da tecnologia nas atividades das carreiras jurídicas.

Um editorial publicado recentemente no jornal New York Times, por Oren Etzioni, sobre os modelos de regulação da inteligência artificial, trouxe ponderações interessantes, que, de forma indireta, também podem contribuir para essa temática:

"First, an A.I. system must be subject to the full gamut of laws that apply to its human operator. This rule would cover private, corporate and government systems (...) Second rule is that an A.I. system must clearly disclose that it is not human. (...) Third rule is that an A.I. system cannot retain or disclose confidential information without explicit approval from the source of that information."

A primeira regra sugere que devem ser aplicadas aos sistemas de inteligência artificial toda a gama de leis aplicadas ao ser humano operador, algo que pode ser um bom início para a discussão acerca de quais seriam os limites ético-profissionais mencionados. Existem normativas que definem as prerrogativas dos

profissionais do direito? Nas atividades relacionadas à prestação de serviços jurídicos, existem atos considerados privativos de cada uma das carreiras jurídicas? Se sim, quais seriam?

Além da decisão do juiz e dos atos que lhe são privativos, muitas são as informações sobre o caso e as tendências de julgamento que podem auxiliá-lo nessa atividade. A automação pode diminuir consideravelmente o tempo de tramitação, garantindo a gestão do conhecimento sobre tudo o que aconteceu ao longo do processo.

Nesse sentido, se for definido o conceito de ato privativo do advogado, e seus elementos e requisitos, por exemplo, será possível identificar, de forma inversa, os atos acessórios, isto é, aqueles que não são atos privativos e que podem, eventualmente, ser realizados por terceiros ou até mesmo pelas novas ferramentas tecnológicas. Este mesmo exercício pode ser feito em todas as carreiras jurídicas, conforme o aprimoramento do conceito pelas vias próprias de cada uma, no que se refere aos atos privativos do juiz, promotor, delegado etc. Isto ocorre até mesmo em outras profissões.

Com o objetivo de compreender os limites do uso da tecnologia, inclusive da computação cognitiva (inteligência artificial) nas atividades jurídicas, pode-se utilizar um princípio do ato privativo do profissional do direito, que consiste em definir o conceito, elementos e requisitos dos atos privativos do advogado e das demais carreiras jurídicas. A partir desta definição, a identificação dos atos não privativos, pela via oposta, poderia ser realizada com apoio da tecnologia. Por essa lógica, pode-se distinguir, por consequência, os limites ético-profissionais do uso das novas tecnologias na prestação de serviços jurídicos. Assim, é importante, para esta finalidade, verificar se as regras existentes sobre o ato privativo já estão delimitadas o bastante, porém o objetivo dessa contribuição é outro: identificar um princípio ou uma diretriz capaz de dar subsídios objetivos às respostas esperadas para o questionamento sobre os limites ético-profissionais do uso de robôs, que se configura em um dos grandes desafios da modernidade.

Ademais, a definição desses atos privativos não é estanque, principalmente com o advento das sempre mutantes dinâmicas sociais. A regra ético-profissional e de ato privativo deve ser, portanto, aprimorada, a fim de acompanhar cada momento evolutivo. Mas isso não muda o princípio de que os atos considerados privativos em cada momento devem ser sempre respeitados, balizando, assim, pela via inversa, o limite da utilização da tecnologia como suporte às atividades e decisões desses profissionais do direito, sob pena de uma espécie de exercício irregular da profissão.

Como se trata de um movimento em criação, exige-se muito diálogo e lucidez para direcionar corretamente a utilização dessas novas tecnologias nas atividades da área do direito, garantindo o equilíbrio necessário para as suas prerrogativas e, ao mesmo tempo, não desestimulando a inovação. Deve-se permitir, também, que as tensões naturais desse momento sejam ajustadas à concepção de um ambiente propício à criação de soluções objetivas, desconstruindo os sofismas apontados e preservando os dados pessoais e as prerrogativas profissionais, a fim de projetar os benefícios para todos. Seguindo o referencial utilizado acima, a medicina, está, neste momento, em processo de debate público sobre a adequação de seu Código de Ética a essa nova realidade, tendo em vista o aprimoramento do conceito de “ato médico”, delimitando a sua interligação nas atividades conjuntas com outras carreiras tanto da área da saúde quanto da tecnologia, entre outros temas.

Seguindo esse raciocínio, precisa-se discutir se não seria mais adequado entender o que é o ato privativo de cada carreira, utilizando esse instituto para buscar entender os limites do uso da tecnologia, da sua regulação e seus rápidos avanços. É imprescindível, portanto, o conhecimento de noções básicas de tecnologia, seu real estágio de evolução, o potencial e as formas de uso dessas aplicações, visando a elencar os subsídios para um debate sobre os limites ético-profissionais do uso da automação e da computação cognitiva (inteligência artificial) na área do direito, colaborando-se com a definição de um critério objetivo.

Essa nova revolução industrial, que agora atinge a prestação de serviços, promoverá a alteração na forma de realizar diversas tarefas. Por outro lado, também surgirão novas funções, além de novos tipos de conflitos, fatos sociais e outras atitudes, de modo que precisamos preparar os profissionais para esse novo momento. É preciso entender quais tipos de atividade possuem as características para a aplicação dessas tecnologias inovadoras e quais as que serão sempre realizadas pelos seres humanos. Além disso, é necessário discutir com seriedade e rapidez as questões éticas relacionadas ao uso da automação e da computação cognitiva (robôs) na área do direito. Em contrapartida, na via paralela e sem perda de tempo, é preciso formar os estudantes e profissionais para assimilarem as novas habilidades e competências, compreendendo o uso de tais ferramentas e o seu potencial como suporte à solução de problemas jurídicos – sem falar nos inúmeros reflexos do uso dessa tecnologia em todas as atividades e setores da sociedade, e, assim, nos diversos ramos do direito, o que, por si só, gera uma quantidade gigantesca de novos trabalhos.

Será um debate contínuo, uma vez que as mudanças estão acontecendo neste exato momento, o que demanda a participação das entidades que representam os diversos interesses da advocacia, bem como a contribuição do Poder Público, das associações e de demais entidades das carreiras jurídicas, de instituições de ensino e de pensadores das áreas do direito e da tecnologia. Isto representaria o engajamento de todos os setores envolvidos, para garantir os benefícios do uso dessas ferramentas na prestação de serviços jurídicos, em consonância com o conhecimento técnico dos juristas e com o respeito às normativas que disciplinam as atividades profissionais na área do direito. Em suma, o princípio do ato privativo pode ser uma importante diretriz para balizar essas discussões no Brasil e, pelo aspecto lógico e principiológico, também pode se mostrar alinhado aos mesmos debates em outros países.

REFERÊNCIAS

AGRAWAL, Ajay; Gans, Joshua e Goldfarb, Avi. The Simple Economics of Machine Intelligence. Harvard Business Review, 11 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://hbr.org/2016/11/the-simple-economics-of-machine-intelligence>>, acesso em setembro de 2017.

ANDERSEN, Chris. A Cauda Longa: do mercado de massa para o mercado de nicho. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

COELHO, Alexandre Zavaglia. As 7 tendências para o uso de inteligência artificial no direito em 2018. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/legal-one/biblioteca-de-conteudo-juridico/as-7-tendencias-da-inteligencia-artificial-no-direito.html>, acesso em outubro de 2018.

DONOHU, David. 50 years of Data Science. Based on a presentation at the Tukey Centennial workshop, Princeton NJ, publicado em 18 de setembro de 2015.

ETZIONI, Oren. How to regulate Artificial Intelligence. New York Times, 2017. Disponível em: <<https://mobile.nytimes.com/2017/09/01/opinion/artificial-intelligence-regulations-rules.html?referer=android-app://com.linkedin.android>>, acesso em setembro de 2017.

GARTNER Glossary. Disponível em: <<https://news.sap.com/digitization-vs-digitalization-wordplay-or-world-view/>>, acesso em setembro de 2017.

GUEDES Nunes, Marcelo. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito. Revista dos Tribunais, 2016.

HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: uma breve história do amanhã. Companhia das Letras, 2016.



ATALÁ CORREIA

Doutorando e mestre em direito civil pela Universidade de São Paulo. Foi advogado. Atualmente, é professor do Instituto Brasiliense de Direito Público e juiz no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

ATALÁ CORREIA

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO ESPAÇO DA MEDIAÇÃO

Muito se diz sobre o dia em que as máquinas substituirão os homens em diversas tarefas. O avanço das tecnologias de inteligência artificial e as rápidas transformações do mercado de trabalho fazem imaginar que esse cenário deixa de ser um futuro remoto.

O objeto do presente estudo é investigar as relações entre inteligência artificial e mediação, avaliando o impacto da primeira sobre a segunda.

O texto desdobra-se em três partes relativamente independentes. O objeto da primeira delas é apresentar, sumariamente, a mediação e seu uso no contexto brasileiro. A segunda parte, sob uma proposta descritiva, apresenta a inteligência artificial, seus desafios e seu uso no espaço da mediação. A terceira parte leva em consideração perspectivas psicológicas. Por fim, a conclusão apresenta um confronto crítico entre as partes anteriores.

MEDIAÇÃO¹

Na mediação, um terceiro neutro, chamado mediador, procura facilitar a solução de um conflito estabelecido entre as partes, assistindo-as, segundo um procedimento de múltiplas fases,

¹ Esse trecho foi desenvolvido anteriormente, com alterações pontuais, em CORREIA, Atalá; SORRENTINO, Luciana Yuki F. Mediação em Conflitos de Família: a experiência do TJDF. Revista de Direito de Família e das Sucessões, vol. 2, 2014, pp. 11-27.

para que cheguem a um acordo satisfatório para ambas. O mediador não toma decisão pelas partes. Na mediação, as partes controlam o resultado do esforço de solução de controvérsias, pois não delegam a um terceiro a tarefa de dizer o que é justo.²

Vê-se, portanto, que a mediação depende, em larga medida, do profissionalismo do mediador.³ Espera-se que este seja devidamente treinado e que passe por reciclagens periódicas. Tanto quanto o juiz, o mediador precisa ser imparcial, ou seja, não pode favorecer uma das partes, devendo estar livre de pressões internas ou externas. Isso não significa, contudo, que o mediador seja um mero expectador do acordo; ao contrário, espera-se que ele leve as partes ao diálogo, estimulando-as a se perceberem como seres humanos merecedores de atenção e respeito (notadamente com técnicas de “validação de sentimentos”). O mediador há de ser, sobretudo, independente. Ele não pode assistir passivamente ao conluio das partes para lesar terceiros ou fraudar a lei. Por isso, ele pode, a qualquer momento, suspender a sessão de mediação.

A depender da situação, o mediador pode manter-se em uma posição mais neutra, em que só estimula o diálogo, para que as partes apresentem as soluções possíveis e que satisfaçam a ambas (*facilitative mediation*). Ao adotar essa posição, o mediador assume que as partes estão em posição adequada para encontrar, por si mesmas, uma solução para o litígio. Contudo, ele

2 “Mediation is a process by which parties utilize a third party, known as a mediator, to help them resolve a dispute. Some mediators meet with parties together and attempt to get them to agree to a settlement. Some mediators meet with the parties separately and ferry information back and forth in an effort to achieve a settlement. The goal of mediation is for the parties to reach a voluntary settlement which is then reduced to writing and becomes an enforceable contract. Conciliation is a process by which a third party attempts to induce parties to resolve a dispute by improving communications and providing technical assistance. It is generally less formal than mediation.” (STONE, Katherine V.W., *Alternative Dispute Resolution*. *ENCYCLOPEDIA OF LEGAL HISTORY*, Stan Katz, ed., Oxford University Press. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=631346>>. Acesso em: 4 jun. 2013. Em sentido similar, vide AZEVEDO, op. cit., p. 55.

3 Os Tribunais priorizam o recrutamento de mediadores dentro de seu quadro funcional, mas a enorme demanda torna bem-vinda a ajuda de colaboradores, muitas vezes universitários ou recém-graduados em busca de experiência. O voluntariado (exercício honorífico da função pública), dado seu baixo custo, torna o trabalho instável, pois a troca de colaboradores é grande e o treinamento, contínuo. Alguns Tribunais regularam a remuneração desses colaboradores externos. O projeto de lei nº 8046, de 2010 (projeto de Novo Código de Processo Civil), pretende dar ênfase ao profissionalismo do mediador, autorizando sua remuneração. Confirmam-se os termos do art. 152: “o conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça”.

pode adotar uma posição mais ativa, sugerindo soluções para as partes⁴ (*activist mediation*). Aqui, o mediador deve transmitir às partes informações disponíveis sobre o contexto fático em que estão inseridas, para que suas decisões não se deem em situação de assimetria de poder. Em poucas palavras, o mediador deve facilitar a decisão informada. Por outro lado, vem sendo questionada a postura do mediador que avalia os argumentos das partes, indicando fatores favoráveis e desfavoráveis, para, então, predizer qual seria, no seu entender, o resultado de um processo judicial (*evaluative mediation*).⁵

Vê-se, dessa forma, que as armas do mediador são, essencialmente, técnica, postura e palavra. A técnica da mediação pressupõe que o conflito representa uma oposição entre as partes, que leva à deterioração do relacionamento entre elas e ao rompimento do diálogo. Por isso, por meio da comunicação, o mediador procura interromper a escalada conflitiva, para trazer as partes à razão, recuperando a capacidade que elas têm de negociar.

Tradicionalmente, as mediações ocorrem em etapas. O procedimento inicia-se com a reunião das partes em uma sala apropriada, na qual o mediador se apresenta, explica as regras a serem seguidas, as fases e o propósito da mediação. Nessa sessão de abertura, o mediador afere a vontade das partes em seguir esse método de solução alternativa. Dá-se informação às partes e a seus advogados (caso estes participem) sobre as regras da mediação, e, assim, prestigia-se a autonomia da vontade. Caso haja interesse e as partes estejam de acordo com as regras, seguem-se tantas sessões de mediação quantas forem necessárias.

4 Art. 145 do projeto de lei nº 8046, de 2010 (projeto de novo Código de Processo Civil): "A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. § 1º: O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 2º: O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo".

5 "(...) considera-se que não são recomendadas sugestões de acordo ou direcionamentos quanto ao mérito em mediações. A despeito de considerar legítima a chamada mediação avaliadora, há técnicas autocompositivas que podem ser utilizadas para evitar que se desenvolva a mediação desta forma. Vale registrar ainda que não se considera legítimo o adiamento ou a previsão de qual sentença será prolatada em determinada disputa como forma de estimular as partes a um acordo. Isso porque tal orientação viola os princípios da ampla defesa e do devido processo legal previstos na Constituição da República no art. 5º, incisos LIV e LV." (AZEVEDO, op. cit., pp. 56-57)

O propósito do procedimento de mediação não é a obtenção de um acordo a qualquer custo, mas a análise do conflito, segundo as técnicas apropriadas, para que as partes, se assim quiserem, estabeleçam entre si o acordo. Acordo e pacificação social são as consequências naturais de um trabalho bem desenvolvido. Não há uma obrigação de resultado, podendo a mediação ser interrompida unilateralmente.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Feitas essas considerações de ordem geral, pode-se indicar que, com o avanço da tecnologia, surgem plataformas eletrônicas para a solução de conflitos. Por meio de redes de computadores, essas plataformas podem oferecer desde um simples espaço virtual onde as partes e o mediador poderão escrever, comunicando-se, até soluções mais complexas de videoconferência simultânea. A ideia geral do uso dessas tecnologias é permitir a redução de custos (como os relacionados ao transporte e à locomoção, por exemplo) e a facilitação da mediação. Está-se aí no campo da *Online Dispute Resolution* (ODR).

É esse o campo em que grassam soluções de automatização, que podem envolver processos relativamente simples, como, por exemplo, o preenchimento de formulários que permitam triagem de casos e encaminhamento para os mediadores apropriados;⁶ ou que permitam a escolha entre negociação direta e mediação.

Em tempos recentes, passou a ser comum designar esses processos de automação como trabalho de robôs ou de inteligência artificial. A ideia de inteligência artificial é bastante ampla e usualmente descreve o poder de uma máquina de copiar o comportamento racional humano. Há, no entanto, uma generalização, pois essas técnicas envolvem desde processos mais simples até o uso de algoritmos⁷

6 Vide, por exemplo, <http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>.

7 Hill define algoritmo como a fórmula matemática com "a finite, abstract, effective, compound control structure, imperatively given, accomplishing a given purpose under given provisions" (apud MITTELSTADT, Brent; ALLO, Patrick; TADDEO, Mariarosaria; WACHTER, Sandra; FLORIDI, Luciano. The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate. *Big Data & Society*. November 1, 2016, Vol. 3(2), DOI: 10.1177/2053951716679679, 2016, disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2909885>>, p. 6. Acesso em: 24 mar. 2018).

e, de modo mais complexo, a capacidade de aprendizado a partir das experiências.⁸

O que permite a existência dessas tecnologias é essencialmente o avanço de uma sociedade de informação, que, por meio da Internet, permitiu a coleta e divulgação de uma quantidade antes inimaginável de dados sobre os mais diversos aspectos da vida e do comportamento humano. Nesse cenário, a ciência da computação pode, através do emprego de algoritmos, avaliar, para além da capacidade humana, uma quantidade infinita de dados, interpretando-os ou sugerindo ações a serem tomadas. O avanço das estratégias permite, pouco a pouco, o auxílio à atividade humana e até mesmo sua substituição.

É interessante notar que, de modo metafórico, designamos as atividades desempenhadas por *softwares* e robôs propriamente ditos como expressões linguísticas que tradicionalmente aplicam-se aos seres humanos. Falamos, nesse sentido, de linguagem computacional, comandos, memória dos computadores e de inteligência artificial. Na verdade, o software não está propriamente copiando a inteligência humana, mas sendo criado para “aprender” por comparação, confrontando dados antigos e novos e estabelecendo padrões.⁹

O avanço dessas tecnologias no presente vem pondo em xeque o exercício de diversas profissões. Não faz muito tempo que enxadristas eram capazes de vencer ininterruptamente partidas jogadas contra computadores.¹⁰ Hoje, essa possibilidade é mais

8 “Machine learning is ‘any methodology and set of techniques that can employ data to come up with novel patterns and knowledge, and generate models that can be used for effective predictions about the data’ (Van Otterlo, 2013) Machine learning is defined by the capacity to define or modify decision-making rules autonomously. A machine learning algorithm applied to classification tasks, for example, typically consists of two components, a learner which produces a classifier, with the intention to develop classes that can generalise beyond the training data (Domingos, 2012)” (MITTELSTADT, Brent; ALLO, Patrick; TADDEO, Mariarosaria, WACHTER, Sandra; FLORIDI, Luciano. The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate. *Big Data & Society*. November 1, 2016, Vol. 3(2), DOI: 10.1177/2053951716679679, 2016, disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2909885>>, p. 10. Acesso em: 24 mar. 2018).

9 Disponível em: <<http://www.slaw.ca/2016/10/10/the-use-of-artificial-intelligence-to-facilitate-settlements-through-odr/>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

10 Disponível em: <<http://acervofolha.blogfolha.uol.com.br/2017/05/11/ha-20-anos-supercomputador-derrotou-o-campeao-mundial-do-xadrez-garry-kasparov/>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

remota. A capacidade de processamento de grandes computadores permite, por exemplo, que traduções entre idiomas sejam simplificadas e aceleradas, como se vê, com maior ou menor qualidade, na ferramenta do *Google Translator*. No dia a dia das grandes cidades, os aparelhos de posicionamento sugerem qual rota tomar para evitar congestionamentos ou para chegar mais rápido ao destino. Pode-se imaginar que o idioma é vivo, dinâmico, com expressões que surgem todos os dias, mas o surgimento e implemento da capacidade de aprendizado difunde o emprego da inteligência artificial e permite sonhar com o dia em que aparelhos eletrônicos farão traduções simultâneas.

No campo da advocacia, esses processos de computação têm ganhado enorme capacidade descritiva. A partir de uma base de dados, *softwares* são capazes de prever qual a solução já encontrada no passado para um caso análogo. Recentemente, 100 advogados londrinos participaram de uma competição com um *software* denominado Case Cruncher Alpha. A todos foram distribuídos os dados básicos sobre disputas securitárias, para que pudessem indicar qual seria a solução apontada pelo regulador. Dos 775 casos avaliados, o *software* obteve resultados adequados em 86,6% deles contra o índice de 66,3% obtido pelos advogados.¹¹ O *software* chamado Premonition apresenta-se como um sistema de inteligência artificial que minera dados para descobrir quais advogados ganham ações perante quais Tribunais, separando-os por taxa de sucesso, tipos de caso, duração do processo e juiz.¹²

Embora esses resultados sejam surpreendentes, ainda há casos difíceis a julgar, questões morais ou legais intrincadas, dentre outras características. Há questionamentos morais delicados, porque os algoritmos são construídos a partir de valores, ou seja, parâmetros operacionais especificados por seus desenvolvedores e que privilegiam certos resultados em detrimento de outros.¹³

11 Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-41829534>>. Acesso em 19 mar. 2018.

12 Disponível em: <<http://www.slaw.ca/2016/10/10/the-use-of-artificial-intelligence-to-facilitate-settlements-through-odr/>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

13 MITTELSTADT, Brent; ALLO, Patrick; TADDEO, Mariarosaria, WACHTER, Sandra e FLORIDI, Luciano. The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate. Big Data & Society. November

De forma sugestiva, Brent Mittelstadt indica que pode haver seis tipos diferentes de problemas com o uso de algoritmos, a saber: (i) evidência inconclusiva, (ii) evidência inescrutável; (iii) evidência desviada (*misguided evidence*); (iv) ações injustas (*unfair outcome*); (v) efeitos transformativos; e (vi) rastreabilidade (*traceability*).¹⁴

É importante notar que essas tecnologias apontam probabilidades estatísticas, mas não certezas; podem indicar correlações, mas não nexos causais. A tecnologia não é construída para ser infalível (evidências inconclusivas). De modo análogo, nem sempre é claro qual o universo amostral tomado em consideração no processo de análise dos dados, o que pode levar a resultados limitados (evidência inescrutável). Também pode não estar clara a confiabilidade da informação acessada e tomada em consideração no processo de análise (evidência desviada). Com isso, é importante entender quem assume o risco dos erros correlatos. Pode ser, no entanto, que os dados coletados levem a análises e resultados fidedignos, mas que o *software* tome ações que, de um modo ou de outro, tenham aspectos discriminatórios (ações injustas). Eventualmente, os resultados parecem ser corretos e justos, sem prejuízos quaisquer, mas o emprego da tecnologia afeta a forma pela qual construímos conceitos sobre a realidade, transformando sua estrutura social e política (efeitos transformativos). Por fim, considerando o amplo espectro de dados pessoais usados, eventualmente é difícil entender o prejuízo causado e sua causa, bem como, em consequência, estabelecer quem deve ser responsável pelos danos (rastreabilidade).

Apesar dessas limitações, é de se esperar que, nos próximos anos, sobretudo com o incremento da capacidade de processamento e o aumento das bases de dados disponíveis, aumente o emprego da tecnologia e que sua qualidade seja aprimorada, com resultados mais significativos.

1, 2016, Vol. 3(2), DOI: 10.1177/2053951716679679, 2016, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909885>, acesso em 24.3.2018, p. 3.

14 Idem, p. 13.

Diante desse cenário, parece estar claro que esse tipo de tecnologia pode, em grande medida, auxiliar as partes e os mediadores a entender, para além de suas perspectivas pessoais, as reais chances de sucessos de suas pretensões. No entanto, em adição a um papel auxiliar, pode a inteligência artificial substituir pessoas que exercem papéis complexos, interativos e interpessoais? Quais são as limitações desse processo de avanço tecnológico, caso existam? Naturalmente, respostas para essas perguntas só podem ser feitas no campo especulativo, pois o futuro não é dado e as variáveis de análise são infundáveis. Isso não impede, no entanto, que a reflexão seja feita.

O RECONHECIMENTO VIA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Para entender o papel que a tecnologia pode exercer no processo de mediação, é necessário compreender os mecanismos utilizados pelo mediador na tentativa de auxiliar as partes na solução de seus conflitos.

A estratégia do mediador envolve, inicialmente, ganhar alguma confiança das partes, para que possam percebê-lo como terceiro independente e disposto a escutá-los. Diz-se que, nas etapas preliminares, o mediador busca estabelecer um vínculo, uma relação ou um *rapport* com as partes. A literatura é ampla,¹⁵ mas, para exemplificar a questão, basta tomar como referência o “Manual de Mediação Judicial”, editado e divulgado a partir de 2009 pelo Conselho Nacional de Justiça, obra que se tornou referência na formação de mediadores. O livro dedica um capítulo para analisar técnicas que possam estabelecer uma relação de confiança.¹⁶ O pressuposto aqui é que, havendo a percepção de que os sentimentos foram bem compreendidos, as partes

15 Veja ainda GOLDBERG, Stephen B. The Secrets of Successful Mediators. *Negotiation Journal*, Vol. 21, Issue 3, Julho 2005, p. 365-376, <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.2005.00069.x>; GOLDBERG, Stephen B. e SHAW, Margaret L. The Secrets of Successful (and Unsuccessful) Mediators Continued: Studies Two and Three, *Negotiation Journal*, Vol. 23, Issue 4, Outubro 2005, p. 393-418, <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.2007.00152.x>; SWAAB, Roderick I. e BRETT, Jeanne M. Caucus with Care: The Impact of Pre-Mediation Caucuses on Conflict Resolution. IACM 2007 Meetings Paper, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1080622> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1080622>, acesso em 24.3.2018.

16 AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009, p. 131.

comunicam mais facilmente dados de sua vivência e facilitam a mediação. Trata-se de técnica comumente designada como “reconhecimento e validação de sentimentos”. A estratégia “consiste em identificar sentimentos, ainda que as partes não os revelem explicitamente, reconhecer estes perante as partes e contextualizar o que cada parte está sentindo em uma perspectiva positiva, identificando os interesses reais que estimularam o referido sentimento”.¹⁷ Para além disso, a confiança construída possibilitará a elaboração de soluções para o conflito.¹⁸

Assim, para obter alguma conclusão sobre o problema proposto, cabe investigar se as soluções tecnológicas podem estabelecer relação de reconhecimento e confiança mútuos com seres humanos.

A resposta mais intuitiva a esse problema parece ser negativa, salvo se consideramos a fantasia e a ficção científica, como no filme *Inteligência Artificial* (2001), de Steven Spielberg, que narra a jornada de um robô em forma de criança, David, programado para amar sua mãe humana, mas que é por ela rejeitado.

Essa não é, entretanto, a opinião de David Allen Larson.¹⁹ O professor americano mergulha a fundo na análise de tecnologias de inteligência artificial, que são construídas para parecerem humanos, sejam robôs propriamente ditos ou formas virtuais de *software*, como os avatares, que acabam recebendo tarefas relacionais (*relational agents*) no intuito de criar relações de longo

17 Idem, p. 139.

18 “More than seventy-five percent rated their ability to develop rapport with the parties – a relationship of understanding, empathy and trust – as the most important ingredient of their success. In our experience, most effective mediators engage in various forms of “rapport-building” persuasion, for example, by describing their credentials or previous successes as a mediator as a way of gaining the parties’ confidence, or by listening “actively” to demonstrate understanding of the participants’ feelings and concerns, thereby establishing a relationship of trust. Active listening by mediators is inherently desirable because it helps mediation participants feel heard. But it can also be used (and often is used) for instrumental purposes by mediators to inculcate trust and rapport so that their later, more overt persuasion efforts will be more effective.” (STARK, James H. e FRENKEL, Douglas N. *Changing Minds: The Work of Mediators and Empirical Studies of Persuasion*. Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 28, No. 2, Pg. 263, 2013; U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 11-07, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1769167> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1769167>

19 LARSON, David Allen. *Artificial Intelligence: Robots, Avatars and the Demise of the Human Mediator*. Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 25, No. 1, Feb, 2010, pp. 105-164, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1461712>

prazo, *rapport*, confiança e finalidades terapêuticas. Essas tecnologias seriam capazes de mimetizar comportamentos humanos, gestos e aparência, ganhando o reconhecimento dos humanos com quem interagem. Suas habilidades envolvem estabelecer vínculos,²⁰ emoção, colaboração e relacionamento social, mas o seu uso não dependeria apenas da aparência humanoide, pois há situações em que a ausência de contato humano pode facilitar a confiança entre as partes. Para fundamentar sua visão, Larson indica que psicólogos vêm utilizando esse tipo de tecnologia para interações sofisticadas com pacientes que sofrem de autismo, com resultados positivos.²¹ Na pesquisa com o robô Keepon, que se assemelha a um brinquedo, notou-se que crianças autistas aos poucos se aproximaram e mantiveram comunicação, compreendendo as emoções expressadas pela máquina. Eventualmente, as crianças utilizaram o robô para facilitar a comunicação com terceiros. O autor também menciona a pesquisa realizada com idosos que mantiveram relação com a inteligência artificial, estimulando-os à prática de exercícios. Com base nessas e em outras experiências, Larson conclui que “robôs e avatares podem atuar, ao menos para alguns fins, tão efetivamente quanto mediadores humanos”.²²

Arno R. Lodder e John Zeleznikow também se mostram otimistas quanto às possibilidades. Esses autores estão mais focados em tecnologias atualmente em uso, com finalidade auxiliar. Eles fazem uma análise pormenorizada das tecnologias em utilização, destacando: (i) Sistemas de Apoio à Decisão (*Decision Support Systems*), que suplementam o conhecimento humano com base nas informações obtidas pelo *software* – em regra, não apresentam uma solução, mas apenas indicam se as partes estão próximas ou não de um acordo, considerando experiências pas-

20 “Engagement refers to initiate, maintain and terminate a connection to another individual” (idem, p. 112).

21 Para além do próprio estudo de Larson, sobre o MyKeepon vide KOZIMA, Hideki, MICHALOWSKI, Marek Piotr e NAKAGAWA, Cocoro. Keepon: A playful robot for research, therapy, and entertainment. Carnegie Mellon University, International Journal of Social Robotics, Vol. 1, No. 1, January, 2009, p. 3-18, disponível em <http://dx.doi.org/10.1007/s12369-008-0009-8>, acesso em 26.3.2018.

22 Idem, p. 111.

sadas; (ii) ferramentas que tomam por base a teoria dos jogos e que sugerem se a demanda formulada pela parte pode ser considerada justa ou razoável (como os *softwares* Adjusted Winner and Smartsettle); (iii) ferramentas de apoio à negociação, que auxiliam as partes com base nas estratégias de negociação por princípios (*softwares* Negoplan e Persuader).^{23,24} A análise desses autores aponta não só os caminhos já percorridos, mas tendências importantes. O progresso de tecnologias auxiliares, com amplo uso de inteligência artificial, é realmente espantoso.

Deve haver, entretanto, algum ceticismo quanto ao uso central da tecnologia de inteligência artificial como meio para substituir o trabalho humano do mediador. Em primeiro lugar, conquanto custos específicos em situações concretas bem delimitadas possam justificar o desenvolvimento da inteligência artificial como sucedâneo da função humana, é certo que, fora dessas hipóteses economicamente justificáveis, a mão de obra ainda continuará a ser um recurso abundante e barato ao redor do globo, com eficiência incomparável no que diz respeito a afetuosidade e inter-relacionamento.

Em segundo lugar, o indivíduo constitui-se ao se reconhecer na consciência alheia. Fora da ficção científica, a máquina é objeto da consciência e não consciência de outrem na qual possamos nos espelhar. A máquina não expõe o seu Eu. Sua capacidade é analítica, e não inovadora ou inventiva. Um robô talvez possa transmitir conhecimentos a um humano e possa tomar decisões que coincidem com a atitude de muitos de nós, talvez possa si-

23 LODDER, A.R.; ZELEZNIKOW, J. Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution. Online Dispute Resolution: Theory and Practice. Editor M. Wahab; E. Katsh; D. Rainey. Den Haag: Eleven Publishers, 2012. pp. 61-82, disponível em <https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/3097325>, acesso em 26.3.2018.

24 Eles construíram um modelo para avaliar se a tecnologia de inteligência artificial pode, de fato, auxiliar as partes. Trata-se de um sistema trifásico. Em primeiro lugar, a ferramenta precisa apresentar às partes os caminhos mais prováveis caso não haja acordo - *best alternative to a negotiated agreement* (Batna). Ela, precisa, para além disso, tentar resolver quaisquer conflitos com uso de argumentação e técnicas de diálogo. Em terceiro lugar, caso o conflito não seja resolvido até aqui, ela precisa empregar técnicas relacionadas à análise de decisão e a compensações. Caso, ainda assim, não haja acordo, as partes podem retornar às etapas anteriores quantas vezes for necessário (LODDER, Arno R. e ZELEZNIKOW, John. Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model. Harvard Negotiation Law Review, Vol. 10, pp. 287-337, 2005, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1008802>, acesso em 26.3.2018).

mular nossas feições e afetuosidade, mas o que nos constitui não é a média matemática dos comportamentos sociais, e sim o reconhecimento de nós mesmos no outro. Isso só ocorre de forma concreta, em que outras pessoas com características particulares e bem identificadas se relacionem entre si.

ARTIGOS SELECIONADOS EM VIRTUDE DO EDITAL DE SUBMISSÃO

ADLER LUIS DA NÓBREGA CARNEIRO E SILVA

ALICE OLIVEIRA DE SOUZA CAVALCANTE E JOSÉ DAVI CAVALCANTE MOREIRA

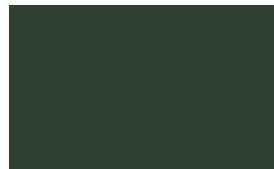
CAROLINA ÂNGELO MONTOLLI E CARLA FERNANDA CRUZ

CRISTIANE GUIMARÃES

EMELLIN DE OLIVEIRA E FERNANDA CLÁUDIA ARAÚJO DA SILVA

LEONARDO BUÍSSA E LUCAS BEVILACQUA

LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERÍSSIMO



ADLER LUIS DA NÓBREGA CARNEIRO SILVA

Bacharel em direito pelo Centro Universitário Projeção e especialista em direito do trabalho e processo do trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Atualmente, é advogado.

ADLER LUIS DA NÓBREGA CARNEIRO E SILVA

A TEORIA DOS CUSTOS COMO REFORMA DO MODELO SOCIAL DE ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS

A complexidade que envolve a tarefa de correlacionar direito e economia, embora não represente novidades, adquire contornos cada vez mais instigantes, especificamente, no que concerne à realidade brasileira e aos seus mais diversos interesses. Na verdade, fatores como a competitividade do mercado, o impacto dos avanços tecnológicos sobre o conhecimento e o desenvolvimento de novas formas de comunicação e relacionamento promoveram, como ainda promovem, profundas repercussões sobre as dinâmicas sociais, políticas e econômicas.

Dentro desse contexto, as perspectivas provenientes dos mais diversos segmentos da sociedade ensejaram, certamente, uma inevitável necessidade de reconstrução do papel assumido pelo Estado e, por conseguinte, do modelo vigente de atribuição de direitos. Há de ser mencionada, a esse despeito, uma hodierna tendência, inclusive, em contexto globalizado, de rompimento com a doutrina que reconhece a imprescindibilidade do modelo intervencionista do Estado sobre as dinâmicas sociais, além da exigibilidade de reavaliações sobre a elevada extensão protetiva conferida aos direitos fundamentais.

No caso, todas as variáveis envolvem a análise de fatores econômicos sobre a racionalidade jurídica, ocasião em que também

serão retomados os debates acerca da viabilidade de observância dos custos necessários à concretude de direitos. Aliás, ainda hoje, a estrutura estatal não possui as condições devidas ao cumprimento de todas as suas obrigações, e, muito embora a concepção de novos paradigmas objetive cumprir com a finalidade de trazer soluções às controvérsias, a tentativa de harmonizar tais pressupostos ao modelo construído em décadas de sobreposição das questões sociais não parece ser tarefa das mais fáceis.

De fato, temos uma proteção constitucional potencialmente elevada com a positivação de pressupostos principiológicos. Tendo em vista que o conteúdo material da norma torna-se resultado da análise interpretativa, o Judiciário assume, em face das inércias do Estado, a responsabilidade por estabelecer condições capazes de proporcionar a esperada justiça social. Nesse passo, os contornos mais inclusivos de proteção também foram incorporados à estrutura decisória, e, apesar dos avanços promovidos, a respectiva proatividade intensifica os debates no que tange aos recursos financeiros e à extensão protetiva destinada à necessidade de subordinação de direitos fundamentais aos recursos financeiros.

Longe do alcance de respostas, as soluções a serem encontradas, obviamente, não podem perdurar na desconsideração dos efeitos econômicos das decisões ou no estímulo da condução de inconvenientes excessos de poder. Da mesma forma, a escassez financeira não deve servir de mero óbice à efetividade de direitos fundamentais e à garantia do mínimo existencial. Desse modo, todos os fatores devem ser sopesados para o alcance de uma integral e efetiva reforma do modelo de Estado, seja na construção de parâmetros capazes de assegurar a entrega por vindoura de suas prestações, seja nas reavaliações aptas a instigar o instituto da reserva do possível como limite aos direitos fundamentais.

DA MORTE DE TÊMIS EM DESLINDES (NEO)CONSTITUCIONAIS

A ideia de Constituição como sinônimo de documento jurídico surge em meados do século XVIII como forma de contenção ao Estado absolutista a partir da revolução norte-americana de 1776 e da revolução francesa de 1789. Não obstante a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito, a substituição do monarca pela figura da Constituição exprime apenas uma das fases ou gerações do movimento denominado constitucionalismo,¹ visando, em essência, à proteção de liberdades até então não preservadas a partir da desconcentração dos Poderes.

Sob alicerces jusnaturalistas e inculpada pelo liberalismo econômico, sua norma fundamental estritamente individualista determinava a impossibilidade de intervenção do Estado nas liberdades individuais e econômicas, seja na propriedade privada, na celebração de contratos ou mesmo nos direitos de ir e vir.² Entretanto, a preservação da autonomia da vontade, em toda a sua amplitude, fomentou novas formas de exploração humana, demonstrando que as liberdades e os interesses individuais deveriam ser limitados.

Muito embora grandes progressos tenham sido alcançados por meio da edição da Constituição Americana de 1787 e da Constituição Francesa de 1791, a concentração de riquezas e o avanço industrial demandaram novos movimentos revolucionários, buscando efetivar as promessas de liberdade anteriormente conquistadas. Nesse sentido, a fim de trazer equilíbrio às relações sociais, a intervenção do Estado surge como forma de restrição ao gozo de determinados direitos. Em compreensão de normas fundamentais como as da Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, abandona-se o Estado Liberal de Direito, em observância à igualdade material, haja vista a grave violação de direitos fundamentais, pertinentes à ascensão da burguesia.³

1 MIRANDA, 2003, p. 105.

2 SARLET, 2009, p. 47.

3 DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 27.

O Estado assume grande responsabilidade por implementar políticas públicas suficientemente capazes de garantir direitos essenciais, influenciadas diretamente pelos estudos econômicos de John Maynard Keynes⁴ em contraposição ao liberalismo. Muito embora esse Estado Social de Direito não objetive a estatização, uma nova organização político-econômica tornava-se imprescindível para o correto desenvolvimento da sociedade, restando demonstrada a intrínseca necessidade da adoção de uma função assistencialista como forma de atendimento à manutenção do mínimo existencial.⁵

De outro modo, apesar dos esforços realizados, o constitucionalismo, em suas duas primeiras gerações, não cumpriu seus encargos, isso porque a simbologia da deusa grega representava a justiça abstrata, das quais as normas fundamentais tornavam-se declaradas sob a perspectiva do positivismo jurídico, reduzidas a textos normativos em conceitos estritos. Ademais, embasado pela Teoria Pura do Direito, o legalismo rasteiro afastava a existência de lacunas que permitissem interpretações não reconhecidas pelo Estado, o que, inclusive, serviu de parâmetro para a emancipação de Estados totalitários durante o período compreendido pela Segunda Guerra Mundial.⁶

Nesse passo, em face das mais diversas transformações ocorridas no papel do Estado, a morte de Têmis proporciona a reconstrução necessária do direito vigente a partir do retorno de valores e princípios em substituição às retrógradas interpretações mecanicistas. Sob tal premissa, o constitucionalismo passa a ser efetivado por uma nova perspectiva, compreendida, especialmente, em deslindes neoconstitucionais.⁷

4 Em meio à crise econômica americana de 1929, o economista inglês John Maynard Keynes defendia o Estado como agente indispensável na economia, contrapondo-se, assim, ao liberalismo, na qual a função assistencialista deveria ser prestada quando não pudesse ser suprimida pela iniciativa privada. (SOUZA, 2012, p. 42).

5 VASCONCELLOS, 2008, p. 274.

6 Em análise da teoria kelseniana da norma fundamental, Bobbio estabelece que o sistema constitucional fechado considera que o constituinte, autorizado por norma fundamental, estabelece que todos devem obedecer normas por ele emanadas, correspondendo, assim, à força política capaz de pôr normas para toda a sociedade. (BOBBIO, 1995. p. 20).

7 NEVES, 2006, p. 18.

Dentro dessa nova realidade, a Constituição adquire a força normativa, paradigma de validade em todo o ordenamento, retirando da órbita política um conjunto de decisões, tomadas em caráter definitivo pelo constituinte originário, contra as quais eventuais maiorias legislativas não poderão se insurgir.⁸ Em observância a essa supremacia constitucional, a leitura moral em substituição à legalidade estrita dirige-se à verdadeira eficácia, vez que os direitos fundamentais se encontram irradiados pela dignidade, o que justificaria a adoção de novos critérios hermenêuticos, bem como o expansionismo jurisdicional.

Portanto, a implementação do Estado Constitucional de Direito requer efetividade através de uma série de direitos justamente por nos proteger da arrogância e da prepotência do Estado.⁹ O constitucionalismo moderno ainda busca ir além da imposição de limites ao poder público, haja vista que a incorporação de seus valores morais e políticos, sobretudo no que tange à promoção de direitos fundamentais, não surge como uma verdade absoluta, mas de construções históricas, a partir do espaço de luta social em constante processo de reconstrução.¹⁰

Em linhas gerais, denota-se que as inércias legislativas e executivas transpuseram ao Judiciário a responsabilidade por assumir protagonismos/paternalismos diante dos conflitos sociais. Ademais, como à jurisdição constitucional cabe a última palavra na interpretação, não é de surpreender que o juiz assumia parcela considerável de poder sobre as deliberações, haja vista a tendência contemporânea da edição de cartas prolixas,¹¹ cujo conteúdo se equipara a abstratividades, ao passo que o neoconstitucionalismo não admite sua conversão em garantismos irrealizáveis.

8 PAIVA, 2013, p. 508.

9 DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 103.

10 MENDES; BRANCO, 2013, p. 61.

11 A tendência contemporânea em editar cartas constitucionais prolixas ou analíticas decorre da preocupação de dosar certos institutos de proteção, considerando que determinada rigidez é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, valendo-se ainda do anseio em conferir estabilidade ao direito legislado. (DIMOULIS; MARTINS, 2011. p. 96).

Assim, em decorrência de imprecisões e de espaços por vezes não preenchidos pela Constituição, o papel reservado à jurisdição torna-se objeto dos maiores debates, uma vez que, apesar da imprescindibilidade do resgate de direitos, também não se admite a indiscriminada aceitação lograda pelos juízes ao alocarem recursos para a tutela de direitos fundamentais. Intervenções incondicionais nos gastos, por meio de ativismos judiciais,¹² gradualmente interferem nas outras esferas do poder, influenciando, em especial, nos orçamentos públicos aos quais o Estado também se submete, motivo pelo qual se faz necessária uma delimitação a estabelecer até que ponto poderá um direito ser constitucionalmente assegurado.

DA TEORIA DOS CUSTOS DO DIREITO

Em ápices do Estado liberal, a preservação da autonomia da vontade originou uma clássica dicotomia fundamentada sob o comportamento do Estado em face dos anseios sociais. Tendo em vista que a ideologia liberal importava na impossibilidade de intervenção estatal nas liberdades individuais, restaria caracterizada uma prestação negativa, também reconhecida por direito de resistência.¹³ Em sua contraposição, no momento em que o Estado apresenta a visível preocupação com o bem-estar da coletividade, intervindo, assim, nas relações interindividuais,¹⁴ resta caracterizado o caráter positivo de suas prestações.

De outro modo, no intuito de questionar a clássica concepção acerca da natureza dos direitos, a Teoria dos Custos, atribuída aos estudos realizados por Cass Sustein e Stephen Holmes e desenvolvida em referência aos casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, nasce da necessidade inicial de reconhecer que todos os direitos demandam uma prestação pú-

12 Em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, Lenio Luiz Streck orienta que as “pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. (STRECK, Lenio, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em 27.03.14.)

13 GALDINO, 2005, p. 159.

14 SOUZA, 2012, p. 42.

blica.¹⁵ Nesse passo, mesmo as ditas liberdades individuais, consideradas uma limitação ao exercício do Estado, não poderiam ser consideradas negativas, uma vez que demandam, no mínimo, a criação e manutenção de uma complexa estrutura pública, de modo a assegurar o acesso dos indivíduos a uma esfera própria da tutela dos direitos.¹⁶

Portanto, a partir da construção ideológica de que todas as atividades estatais possuem o caráter prestacional, ainda que equivocadamente ditas por negativas, torna-se viável afirmar que elas encontram-se sujeitas à reserva material do Estado, constituindo os recursos econômicos e financeiros uma restrição à efetividade dos direitos fundamentais.¹⁷ Sobre tal aspecto, a necessidade de harmonizar a intrincada relação travada entre economia e direito acaba por traduzir a possibilidade de que os custos integrem as discussões acerca da concretude dos direitos fundamentais, o que exige maior aprofundamento nos debates para o adequado aperfeiçoamento do modelo instituído.

Por sua vez, cumpre mencionar que a mais influente escola voltada para análise econômica do direito foi desenvolvida nos Estados Unidos, entre os anos de 1958 e 1973, a partir do utilitarismo do jurista e filósofo Jeremy Bentham.¹⁸ Em tais concepções, a integração da racionalidade econômica a qualquer ramo científico dificilmente encontraria compatibilidade, mesmo porque sua essência apresenta uma visão reducionista da personalidade humana, inclusive com a tendência de sobreposição de seus paradigmas sobre as demais. Nesse sentido, intensas são as críticas realizadas, em âmbito jurídico, diante do distanciamento para com valores principiológicos.

15 A partir dos estudos desenvolvidos por Cass Sustein e Stephen Holmes, o impacto de suas ideias sobre a concepção tradicional da natureza dos direitos adquiriu grande relevância quando da edição da obra "Os Custos do Direito" (The cost of rights, Cambridge Harvard University Press, 1999).

16 GALDINO, 2005, p. 218.

17 SARLET, 2009, p. 265.

18 BOBBIO, 1995, p. 92.

Aliás, as barbáries provocadas pela ideologia nazista decorreram de premissas semelhantes, uma vez que o positivismo jurídico edificou a estrutura normativa do ordenamento como ciência distanciada dos axiologismos. Justamente por esse motivo que o direito acaba por se tornar, na atualidade, a fonte de aproximação da moral a qualquer análise econômica, de modo que seus valores e princípios possam ser integrados sob equilíbrio. Tendo em vista que a correlação entre os institutos é recíproca, a mesma postura torna-se exigível do direito – qual seja, incluir em seu raciocínio os resultados da análise econômica.

No caso, os custos financeiros ainda são vistos como meras externalidades ao direito, nos quais eventuais reconhecimentos independem de qualquer análise pormenorizada no que tange a reais possibilidades de concretização. Por um lado, temos as prestações públicas que devam integrar o chamado mínimo existencial,¹⁹ como corolário da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que os direitos fundamentais seriam indispensáveis ao próprio exercício da liberdade.²⁰ Sob outra perspectiva, as mesmas prestações encontram-se sujeitas aos recursos econômico-financeiros do Estado. Caso os limitados recursos e bens existentes não influenciassem na satisfação de todas as necessidades humanas, sequer existiria a necessidade da economia.²¹

Nesse sentido, na medida em que o Estado é considerado indispensável ao reconhecimento e à efetivação dos direitos, cujo funcionamento decorre da contingência de recursos captados junto aos indivíduos, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita,²² ou seja, uma falsa política redistributiva não atende a parâmetro algum de justiça. Ademais, a incompatibilidade entre a complexidade da vida real e a abstração simplificadora da norma leva o ope-

19 ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. *A Eficácia dos Direitos Sociais e a Reserva do Possível*. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/AnoV_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf>. Acesso em: 19.08.2014.

20 ROCHA, 2005, p. 08.

21 GALDINO, 2005, p. 159.

22 GALDINO, 2005, 204.

rador jurídico a encaixar, à força, situações reais nos conceitos jurídicos.²³

A esse respeito, cumpre mencionar que a interpretação dá sentido ao alcance da norma, mas as soluções emanadas pelas cortes ignoram as variáveis, não se analisando os efeitos econômicos de suas decisões e, por vezes, conduzindo a inconvenientes excessos de poder. Se não há recursos públicos suficientes à garantia de direitos, será necessário optar por um ou algum deles, sendo, em alguns casos até mesmo impossível uma ponderação. Desse modo, o conflito proveniente da escassez de bens passa a ser resolvido por meio da ponderação de princípios, mas os recursos podem impedir a realização dos objetivos sociais de tal modo que a efetividade de um direito invocado impõe, em alguma medida, o sacrifício de outros.

Por certo que conceitos abertos ou vagos viabilizam aos intérpretes da norma o acompanhamento da dinâmica social, mesmo porque a elaboração de eventuais normas específicas estaria por restringir o âmbito de aplicação.²⁴ Entretanto, assegurar direitos (até então) não concretizados cumpre apenas funções ideológicas, só contribuindo para o descrédito das instituições. Sua não concretude os transforma em meras normas programáticas,²⁵ enumerando conquistas que não cumprem os objetivos para as quais foram destinadas.

De fato, normas fundamentais são indispensáveis a uma vida digna, mas todas elas se encontram sujeitas aos recursos econômicos. Nesse diapasão, atender a demandas sociais exige reconstruções paradigmáticas no modelo de atribuição de direitos, traduzidas ainda na necessidade de que os custos necessariamente integrem as discussões acerca dos direitos fundamentais, vez que as escolhas trágicas impostas pela escassez de recursos refletem na séria preocupação destinada à injusta alocação de re-

23 DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 55.

24 SARLET, 2009, p. 82.

25 Dimoulis estabelece que a referida postura predominou na França por dois séculos e influenciou o pensamento constitucional mundial, ainda presente na realidade brasileira como indício de inércia histórica a desprezar o valor jurídico do texto normativo. (DIMOULIS; MARTINS, 2011. p. 17).

cursos.²⁶ Desse modo, não há que se falar em retrocesso por supostas diminuições de garantias, mas a imprescindibilidade por um redimensionamento da extensão protetiva, das quais a escassez financeira do Estado não deve servir de artifício ideológico para denegação de direitos, da mesma forma que mecanismos judiciais como ponderação de valores ou livre convencimento não devem ser invocados como justificação para arbitrariedades.

TRAÇOS NEOLIBERAIS EM REORGANIZAÇÃO DO MODELO ADMINISTRATIVO DO ESTADO

O Estado contemporâneo apresenta visível preocupação com o bem-estar da coletividade, de modo a concretizar o princípio da igualdade.²⁷ Através de direitos sociais, determinados serviços públicos serão considerados imprescindíveis à garantia de equilíbrio nas relações, mesmo porque a função assistencialista visa atender à manutenção do mínimo existencial compreendido, especialmente, sob o pilar da dignidade da pessoa humana.

Tais premissas decorrem de construções históricas e ideológicas, fruto de um longo processo de embates sociais. Sob o alicerce jusnaturalista, as relações privadas, em toda a sua extensão, impregnadas pela ideologia do liberalismo econômico, não correspondiam aos anseios sociais, haja vista que a preservação da autonomia da vontade determinava a impossibilidade de intervenção do Estado nas liberdades individuais e econômicas, nos quais os direitos de ir e vir, aliados à propriedade privada e à celebração de contratos em toda a sua amplitude, demonstraram que as liberdades e os interesses individuais deveriam ser limitados, motivo pelo qual o gozo de direitos deveria ser restringindo, a fim de se evitar formas de exploração do homem.²⁸

Como reflexos da industrialização e concentração de riqueza

26 GALDINO, 2005, p. 184.

27 Nas lições de Hely Lopes Meirelles, "bem-estar social é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias. Nele se incluem as exigências materiais e espirituais dos indivíduos coletivamente considerados; são as necessidades vitais da comunidade, dos grupos, das classes que compõem a sociedade". (MEIRELLES, 2007. p. 599).

28 SARLET, 2009, p. 42-44.

zas, gradualmente, fez-se necessária a substituição do Estado liberal por um novo modelo capaz de assegurar a igualdade material intermediada pela justiça distributiva. O *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar Social, portanto, ainda se deve presente à realidade brasileira, vez que a essencialidade de determinados serviços públicos acaba por exigir do Estado a organização necessária à sua entrega.²⁹ Entretanto, o modelo de Estado Democrático de Direito previsto na ordem constitucional reflete a intrincada convivência estabelecida face aos anseios neoliberais.³⁰

A compreensão da realidade evidencia que uma imensidão de direitos não é efetivamente respeitada, tendo em vista que o Estado falha na tutela de valores mínimos, desamparando a sociedade à beira do descaso. Apesar da dúvida acerca da existência de recursos ou da necessidade de sua melhor distribuição, há de ser salientado que, apesar de o Estado não prestar as obrigações às quais está adstrito, as frustrações perante a efetivação de direitos fundamentais em perspectiva nacional não decorrem simplesmente da extensão orçamentária, mas também da opção política de não gastar com o aludido direito.³¹

Não obstante, determinada escassez de recursos não deve servir de mero artifício ideológico capaz de justificar denegações, mas deve ser ressaltado que apenas a crença cega na ausência de custos permite a ideologia da máxima proteção de direitos preconizada pela atual Constituição. Desse modo, a reconstrução de conceitos há de proporcionar uma nova perspectiva sobre a figura da administração pública, de forma a se atender a demandas sociais sob novos parâmetros.

Nesse sentido, não há que se falar em retrocesso por supostas diminuições de garantias, mas um redimensionamento da extensão protetiva. A esse despeito, uma série de alterações legislativas vem sendo promovida com o objetivo de implementar um modelo de administração conhecida como gerencial, em substi-

29 FREITAS, 2004, p. 221.

30 MELLO, 2013, p. 1089.

31 GALDINO, 2005, p. 213-216.

tuição ao padrão tradicional até então burocrático. A finalidade reside no alcance da maior eficiência e unidade no ordenamento, sendo seus defensores adeptos da corrente político-econômica neoliberalista, marcada pela doutrina do Estado mínimo.

Aliás, a eficiência e a doutrina do Estado mínimo caminham sob os mesmos direcionamentos a partir do reconhecimento de que a crise do Estado seria traduzida pela incapacidade deste em realizar investimentos e desempenhar eficientemente todas as determinações constitucionais previamente estabelecidas. Nesse passo, a retirada do setor público de todas as áreas em que sua atuação não seja imprescindível dá início a novos paradigmas de gestão.

Nesse diapasão, cumpre salientar que o princípio da eficiência foi inserido no art. nº 37 da Constituição por meio da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1988, tornando-se instrumento extremamente relevante para o alcance de uma reforma administrativa, deslocando o enfoque concedido aos controles procedimentais para o controle de resultados ou finalístico.³² Assim, o mais moderno princípio da função administrativa passa a ser considerado como pilar da atuação estatal, vez que o desempenho sob a égide da legalidade não mais coaduna com as aspirações da coletividade.

As modificações gradualmente promovidas, das quais a referida emenda faz parte, acabam por integrar um projeto mais amplo, que engloba toda a reformulação da administração pública brasileira, como a imposição do Decreto-lei nº 200/67. Ademais, o modelo de administração gerencial adquiriu contornos efetivos em 1995, quando da elaboração do Plano Diretor da Reforma do Estado, pelo ministro Bresser Pereira, cujo intuito reside principalmente na ampliação da capacidade financeira

32 Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da eficiência “é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta com desempenho apenas sob a legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade, impondo a todo agente público a realização de suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional” (DI PIETRO, 2013. p. 84).

do Estado e na concentração de recursos apenas nas áreas nas quais seria indispensável sua intervenção.³³

Como decorrência, toda e qualquer prestação pública que possa gerar lucro deixa de ser executada por empresas estatais, motivo pelo qual vêm sendo privatizados os serviços economicamente sustentáveis em regime de mercado, como alternativa para um sistema ineficiente e deficitário. Adiante, o fomento ao Terceiro Setor, às concessões, permissões ou mesmo terceirizações também adquirem, por finalidade a ampliação do controle de produtividade em detrimento das políticas públicas, levando, inclusive, ao alargamento estatal em sua função regulatória/fiscalizatória, em face de sua retirada da prestação direta de determinados serviços.

Assim, valendo-se de instrumentos tendentes a assegurar a produtividade dos agentes públicos, bem como da autonomia de órgãos e entidades da administração, resta demonstrada a inegável preocupação do Estado de que os custos não mais devem ser enfrentados como óbices, mas como pressupostos, uma vez que os recursos destinados à tutela de direitos fundamentais devem se ater às condicionantes que a realidade impõe, de forma a se estabelecer o equilíbrio na intrincada relação transposta entre neoliberalismo e *welfare state*, ambas impressas na ordem constitucional.

DOS RECURSOS ECONÔMICOS COMO LIMITAÇÃO AO PROTAGONISMO JUDICIAL

Em compreensão neoconstitucional, a imparcialidade frente aos anseios sociais e aos eventuais procedimentalismos não será admitida no atual ordenamento, visto que o direito deve atingir não somente a prescrição legal, mas deve acompanhar a dinâmica social, sob pena de a sociedade novamente vivenciar suas aflições. Nesse diapasão, a existência de uma constituição analí-

33 ALEXANDRINO, 2011, p. 132.

tica, a estabelecer um rol de direitos fundamentais aos cidadãos, proporciona possibilidades para uma progressiva atuação do Judiciário na resolução de conflitos, embora objeto de inúmeras críticas neoliberais.³⁴

O avanço da jurisdição, portanto, constitui importantíssimo passo na construção do constitucionalismo e da prática dogmática de direitos fundamentais, nas quais a redemocratização de uma sociedade carente da realização de direitos acaba por traduzir o progressivo aumento da judicialização dos conflitos sociais.³⁵ Entretanto, não obstante o elevado poder criativo do intérprete judicial em razão das cláusulas constitucionais abertas e do fato de que a corte não deve ser cega diante dos conflitos a serem enfrentados, também é certo que somente poderá agir dentro das possibilidades estabelecidas.

De fato, aos juízes incumbem a tarefa de interpretação e declaração do direito ao caso concreto, sem se limitarem à realização de leituras mecânicas da lei. Contudo, podem estes se deparar com mais de uma interpretação razoável, o que se revela, especificamente, diante dos denominados *hard cases*, da mesma forma que o operador jurídico pode enfrentar particular dificuldade em encontrar a solução para os casos políticos ou economicamente controvertidos. Por esse motivo, uma juristocracia³⁶ dá origem a intensos embates normativos, uma vez que deve ser considerada a intrincada relação interinstitucional entre as três esferas do Poder.

Todo esse cenário expõe o fato de que a crise do Estado demanda mudanças mais profundas em suas estruturas. No momento em que não se levam em consideração os recursos econômicos necessários ao reconhecimento de direitos, inconvenientes excessos de poder podem surgir, mesmo porque não

34 BARROSO, 2006, p. 61.

35 CARVALHO FILHO, 2014, p. 08.

36 Nas lições de Paiva, a juristocracia corresponde a um governo de juízes, nos quais o Judiciário assume o acentuado protagonismo diante da resolução dos conflitos sociais, determinando os rumos da sociedade. (PAIVA et al., 2013, p. 506)

cabe à autoridade jurisdicional mensurar capacidade financeira ou prioridades políticas.³⁷ Talvez por esse motivo tenha surgido o instituto da reserva do possível, como limite aos casos de interferências judiciais que possam influir no orçamento público.

Delimitando até que ponto poderá um direito ser assegurado constitucionalmente, a efetividade dos direitos sociais estaria vinculada, essencialmente, aos recursos disponíveis, tornando-se o instrumento verdadeiro limite fático à realização concreta desses direitos.³⁸ No caso originário da Corte Constitucional Federal da Alemanha, a reserva do possível surge a partir da sustentação de que limitações de ordem econômica podem comprometer a efetivação dos direitos sociais. A decisão, conhecida por "*Numerus Clausus Entscheidung* (BVerfGE, 33, 303 – 333)", recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.³⁹

Por sua vez, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exoneração do cumprimento de suas obrigações constitucionais, vez que esta não possui, por escopo, a mera demonstração de que o Estado não dispõe de recursos.⁴⁰ Sua invocação apenas decorre da comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, ainda que insuficientes, a fim de que a efetividade dos direitos possa ser alcançada da forma menos gravosa à coletividade.

Com efeito, a simples reflexão permite elucidar alternativas que possibilitem ao Estado a prestação de políticas públicas, haja vista que a contenção de despesas ou mesmo reavaliações orçamentárias tornam-se instrumentos capazes de materializar os direitos expressamente previstos no texto constitucional. A esse respeito, uma série de alterações no ordenamento vem sendo

37 DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 99.

38 SARLET, 2009, p. 265.

39 NUNES, 2013, p. 09.

40 NUNES, 2011, p. 09.

promovida em adoção da corrente político-econômica neoliberalista, cujo objetivo reside na implantação do modelo de administração conhecido por gerencial, ampliando a capacidade financeira do Estado e retirando-o de atividades dispensáveis.⁴¹

Nesse passo, atender a demandas sociais exige a reconstrução do modelo de atribuição de direitos, vez que as normas fundamentais, apesar de imprescindíveis a uma vida digna, estão sujeitas ao orçamento público disponibilizado, revelando, assim, a necessidade de integração dos custos à temática jurídica. Tornar o plano da justiça como as esperanças de poucos indivíduos acaba por agravar uma crise generalizada nas esferas do poder, haja vista que as instâncias legislativa e executiva encontram-se desestimuladas.⁴² Desse modo, apesar de a judicialização dos conflitos sociais assegurar condições mínimas de existência do indivíduo, essa não parece ser a melhor das alternativas, tendo em vista que grande parte da sociedade, principalmente as camadas mais baixas, não possui conhecimento suficiente acerca das formas de acesso à Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em observância à supremacia constitucional, as mais diversas transformações ocorridas no papel do Estado demandam recorrentes perspectivas. De fato, o constitucionalismo moderno passa a ser efetivado pela leitura moral das normas, em substituição à legalidade estrita, de modo a buscar a reconstrução do direito vigente especificamente no que concerne à promoção dos direitos fundamentais. Não obstante, na medida em que o Estado se torna indispensável ao reconhecimento de tais direitos, este também deve reconhecer que suas atividades decorrem de reservas materiais.

A despeito disso, uma série de alterações no ordenamento vem sendo promovida em adoção da corrente político-econômica neoliberal. O objetivo reside na ampliação da capacidade financeira do Estado e da sua retirada de atividades, tidas por

41 BONAVIDES, 2004, p. 281.

42 STRECK, 2013, p. 62.

dispensáveis, a partir da implementação de um modelo de administração denominado gerencial. A proposta ainda visa alcançar a contenção de despesas ou mesmo reavaliações orçamentárias como instrumentos necessários à materialização dos direitos previstos no texto constitucional, além do redimensionamento da extensão protetiva fundamental.

Por óbvio que a escassez financeira e eventuais protagonismos judiciais não deve servir de artifício ideológico para a denegação de direitos. A supremacia constitucional requer a efetividade de suas disposições justamente por não admitir a mera enumeração de conquistas em descumprimento dos objetivos para as quais foram destinadas. Contudo, há de ser ponderado que a desconsideração de fatores econômicos contribui para uma crise generalizada nas esferas de poder, especialmente em razão de o Estado não realizar obrigações em relação às quais está comprometido, ao passo que ingerências na alocação de recursos não foram autorizadas ao Judiciário.

Dentro dessa realidade, a adoção de novos critérios – inclusive hermenêuticos – constitui um importantíssimo passo na construção de um novo segmento, capaz de ofertar equilíbrio aos vastos e pertinentes interesses inerentes à sociedade. Desde que realizado dentro das possibilidades permitidas, o atendimento das demandas sociais deve ser realizado sob novos parâmetros, sem que, para tanto, sejam desconsiderados os valores neles insculpidos. Desse modo, a reforma do Estado Social de Direito não deve ser compreendido como retrocesso por supostas diminuições de garantias, mas um redimensionamento conduzido pelas condições econômicas e políticas da sociedade, e também como tentativa de alcance da melhor estrutura de convivência social.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, FILHO, José S. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (Org.). Judicialização da política e democracia. Brasília: IDP, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS, Ney José. et. al. Repensando a teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GALDINO, FLÁVIO. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Preliminares: O Estado e os sistemas constitucionais. 7. ed. [S.L.]: Coimbra, 2003.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. Direito Público. Porto Alegre, ano 08, n. 40, p. 09, jul./ago. 2011.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? As novas faces do ativismo. In: Fellet, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Org.) As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podium, 2013.

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. A Eficácia dos Direitos Sociais e a Reserva do Possível. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/AnoV_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf>. Acesso em: 19.08.2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SOUZA, Nali de Jesus de. Economia Básica. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 42.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. Fundamentos da economia. 4. Ed.- São Paulo: Saraiva, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

_____. O Ativismo Judicial existe ou é imaginação de alguns? Revista Consultor Jurídico. 13 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em 27.03.14.



ALICE OLIVEIRA DE SOUZA CAVALCANTE

Bacharel em direito pela Universidade de Fortaleza e especialista em direito público, bem como em direito do trabalho e processo do trabalho, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Além disso, é pós-graduanda em direito administrativo pelo IDP e advogada.

JOSÉ DAVI CAVALCANTE MOREIRA

Bacharel em direito pela Universidade de Fortaleza, mestre em direito constitucional pela Universidade Federal do Ceará e pós-graduando em governança e direito corporativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

**ALICE OLIVEIRA E
JOSÉ DAVI CAVALCANTE**

ASPECTOS SOCIOLÓGICOS DA ATUAL REFORMA DO ESTADO E UM NOVO PARADIGMA DE EFICIÊNCIA

Reforma do Estado é um tema recorrente, na medida em que a humanidade está em constante mutação. Esse reflexo se revela em todos os aspectos da vida, inclusive na estrutura estatal que organiza essa sociedade.

O processo de evolução da sociedade ao longo da história estabeleceu diferentes paradigmas para o Estado. Não cabe esgotá-los, nem mesmo apontar todos; imperativo é compreender a relação entre a sociedade e o Estado, tendo em vista que a primeira é criadora do segundo e que são suas demandas, nos mais diversos aspectos, que moldam a estrutura administrativa estatal.

Historicamente, muitos tópicos nortearam reformas do Estado, como o estabelecimento da monarquia constitucional, para limitar o poder do rei, fim das corporações de ofício, conferindo liberdade para o exercício de diversas profissões, limitação da capacidade tributária dos Estados, reduzindo o arbítrio dos governantes para aumentar a liberdade econômica, entre outros. Atualmente, as demandas socioeconômicas são mais complexas, sendo a eficiência um tópico essencial para a resposta das demandas hoje apresentadas no processo de reforma do Estado.

A sociedade moderna e globalizada tem acesso a um volume de informações sem precedentes, por uma diversidade também inédita de meios, e várias atividades providas por particulares contribuem para estabelecer novos paradigmas de eficiência, os quais têm se tornado referência para os cidadãos. Esses novos modelos têm inspirado movimentos de reforma do Estado, que ainda busca um reposicionamento para atender à sociedade, manter sua legitimidade e alcançar um novo significado social, em um processo ainda em andamento, que nos permite observar um movimento sociológico em pleno curso.

Acompanhar esse processo de ressignificação da atividade estatal e propor a eficiência como paradigma decorrente dos anseios sociais modernos merece ser defendido no contexto de que as sociedades se desenvolvem de maneira diferente, desejam diferentes mudanças, mas com o ponto comum de maior eficiência estatal.

A SOCIOLOGIA DA EVOLUÇÃO SOCIAL

A perspectiva segundo a qual o Estado é o provedor de segurança e serviços aos cidadãos, em troca da submissão da vontade individual à vontade coletiva, consagrada por Rousseau,¹ não perdeu seu sentido; contudo, outros conceitos são igualmente capazes de conceituar o Estado moderno, como o de Peter Burnham,² que entende o Estado como o conjunto de instituições exercendo soberania política sobre um território definido.

Esses conceitos gerais de sociologia política explicam a formação estatal e a sua estruturação básica, não sendo seu papel descer às minúcias da relação entre a administração e o administrado, que mudam conforme mudam as relações sociais. Mesmo a noção de que o Estado deve permear todos os setores da vida,

1 Rousseau, Jean-Jacques. [apresentação de João Carlos Brum Torres; tradução Paulo Neves]. *O Contrato Social*. 1ª.ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. pp. 32-35.

2 Burnham, Peter. 2009. "State." In *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, 3. ed., editado por Iain McLean and Alistair McMillan. Oxford: Oxford University Press. apud DARDANELLI, Paolo. *Restructuring the European State: European Integration and State Reform* (Locais do Kindle 6743-6744). MQUP. Edição do Kindle. [S.l.]. Tradução nossa.

representando uma estrutura grande, vasta, burocrática e lenta, e igualmente serão seus serviços, enfrenta a dificuldade de ser ineficiente.

Historicamente, nunca houve coesão entre os povos ou Estados, no sentido de uma evolução uniforme em costumes, demandas, regulamentações ou atividade estatal, se muito instituições de direito internacional formadas por acordo entre Estados, as quais dependem de adesão voluntária dos membros e da mesma vontade para sua permanência nelas, ainda que a estrutura de poder venha assumindo um caráter supranacional – por exemplo, blocos político-econômicos e acordos comerciais multilaterais, o que exige Estados mais estruturados. Conforme Anne-Marie Slaughter, em um sistema sem um “governo mundial”, qualquer estrutura supranacional não tem meios coercitivos para efetivar suas decisões;³ logo, os Estados mais estruturados e eficientes ascendem a posições de maior poder.

Ausente a coesão na evolução e da organização das sociedades, não há que se buscă-la nas conformações estatais, nem nos serviços prestados seja pelo Poder Público, seja pelos particulares, o que não impede a adesão a determinados paradigmas alcançados por certos povos, como se pode dizer da democracia grega, do direito romano, do direito administrativo francês, entre outros sistemas e regulamentações que influenciaram diversos povos ao longo da história. Nessa heterogeneidade evolucionária, cada sociedade desenvolveu suas demandas ao longo do tempo e cada Estado passou a atender a tais demandas de diferentes maneiras, geralmente de forma única em cada sociedade, considerando a já mencionada falta de coesão entre os povos.

No contexto de heterogênea evolução social, Gunther Teubner entende que o desenvolvimento dos setores sociais vem ocorrendo de forma desarticulada, sem depender da política ou de ordenamentos jurídicos, para construção de “aldeias globais”.⁴

3 Slaughter, Anne-Marie. *A new world order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004. p. 15.

4 Teubner, Gunther. *Global Bukowina: legal pluralism in the world society*. In: TEUBNER,

Outro termo utilizado para fazer referência a esse movimento é “globalização”.

No mundo globalizado, as sociedades se aproximaram e a informação se tornou um ativo mais valioso, propiciando o contato entre os modelos políticos e jurídicos. É nesse cenário que as sociedades passam a desejar elementos disponibilizados a outros povos, elevando o nível de exigência imposto ao Estado, especialmente quanto aos serviços públicos, cada vez mais exigidos.

O professor Gustavo Esquivel Vázquez, considerando a constante mutação social, apresenta, nas seguintes palavras, a dificuldade inicial de definir serviço público:

Definir o serviço público sempre foi e continuará sendo complicado, já que é complexo e está em evolução, dada a própria atividade do estado e as necessidades da sociedade, as quais se encontram em constante transformação por sua própria evolução devido às alterações demográficas, aos avanços tecnológicos, entre outros.⁵

Seguindo a doutrina estrangeira, encontramos definições de serviço público em plena transformação, com um conceito mais tradicional e centralizado, defendido pela Corte Suprema do México (Suprema Corte de Justiça da Nação):

SERVIÇO PÚBLICO – Em Direito Administrativo, entende-se por serviço público um serviço técnico prestado ao público, de forma regular e contínua, para satisfação da ordem pública e por organização pública. É indispensável, para que um serviço seja considerado público, que a Administração Pública o tenha centralizado e que o atenda por si própria, com caráter de dona, para satisfazer interesses gerais; e que, conseqüentemente, os respec-

Gunther, et al. (Ed.). *Global law without a state*. Dartmouth: Aldershot, 1997. p. 17.

5 V., Esquivel; A., Gustavo. “Prestación de um Servicio Público por um organismo público autónomo”. In: BÉJAR RIVERA, Luis José (Coord.). *Derecho administrativo: Perspectivas contemporáneas*. México: Porrúa, 2010. p. 201.

tivos funcionários e empregados sejam nomeados pelo poder público e façam parte da administração, ficando sujeitos ao respectivo estatuto ou, em outros termos, ao conjunto de regras que regulamentam os deveres e direitos dos funcionários e empregados públicos, entre os quais constam: a obrigação de jurar o cargo antes de tomar posse e o direito de receber a remuneração, que será obrigatoriamente fixada pela Câmara dos Deputados, no orçamento de despesas.⁶

É perceptível que a Suprema Corte mexicana pontuou alguns caracteres de uma doutrina tradicional dos serviços públicos, amplamente aplicada no direito administrativo, como a prestação de um serviço prestado pela própria administração pública, com caráter de dona e pessoal próprio, este submetido ao regime jurídico de direito público, indicando que os serviços públicos são compreendidos como obrigação do Estado.

Ocorre que o Estado tem deixado de ser o único prestador de serviços públicos, passando a delegar, autorizar, conceder, entre outras formas de prestar serviços públicos utilizando o setor privado. Esse modelo ensejou mudanças no próprio conceito de serviço público, visto que não mais se poderia concentrá-los nos entes públicos, conforme conceitua Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez:

[...] uma atividade geral, uniforme, regular e contínua, realizada pelo Estado ou pelos particulares, conforme disposições legais que a regulamentam, destinada à satisfação de necessidades coletivas de interesse geral.⁷

O conceito acima já contempla a participação de particulares e obediência à legislação de regência, a qual não está mais res-

6 México. Suprema Corte de Justiça da Nação. Tese Isolada apresentada pelo Plenário da Suprema Corte de Justiça da Nação, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XV, [México]. p. 1251. apud. BÉJAR RIVERA, Luis José. *Uma aproximação à teoria dos serviços públicos*. Tradução da Editora Contracorrente. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016. pp. 37-38.

7 Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. *Elementos de derecho administrativo: Primer Curso*. 2. ed. México: Limusa, 2003, p. 286.

trita ao regime jurídico de direito público, embora sofra sua influência, demonstrando uma atualização doutrinária relevante para remodelar o conceito de serviço público diante da ampliação nas formas de sua prestação e regulamentação.

Assim, é visível que o Estado e seus serviços acompanham a mutação social, por exemplo, quanto ao prestador de serviços públicos e o regime jurídico aplicável, antes quase que exclusivamente centralizado e regido pelo direito público, para uma crescente descentralização e participação de entes de direito privado. Ainda pode a administração intervir e mesmo restringir a vida dos administrados, estabelecendo limites, condições ou restrições ao exercício de direitos ou mesmo sanções a fatos decorrentes do uso de serviços públicos, de maneira a adequar a atividade estatal às necessidades dos administrados, as quais crescem no contexto de um mundo globalizado.

O NOVO PARADIGMA DA ATUAÇÃO ESTATAL E SUA SIGNIFICAÇÃO

Podemos destacar várias mudanças, nas últimas décadas, que resultaram em grandes impactos sociais, como a integração de países, cujo maiores expoentes são a União Europeia, a formação de blocos econômicos, o incremento do comércio internacional e do trânsito de pessoas entre países, a interação entre pessoas propiciada pela Internet etc.

As gerações mais recentes, que vêm acompanhando esse processo de globalização, passaram a ter contato com nações tidas como mais desenvolvidas, com empresas e serviços que representam modelos mais modernos de negócios, além de estabelecer padrões de qualidade e eficiência inéditos,⁸ os quais se tornaram os novos referenciais para as exigências sociais com relação ao Estado e aos serviços públicos.

⁸ Por exemplo, as empresas que prestam serviços *on-line* em escala mundial com padrão de qualidade semelhante, como o Google, ou que adentraram em áreas antes dominadas por instituições públicas, como a SpaceX.

Repisando a noção de ineficiência que historicamente o Estado se permitiu construir para si, o descompasso com as novas exigências sociais deixou de ser uma lacuna para se converter em um abismo. Uma situação de abismo entre o Estado e os cidadãos não é sustentável no longo prazo, exceto no estabelecimento de um governo autocrático, o que aqui não se cogita. Sobre ao Estado rever sua atuação, para agir com eficiência mais próxima à dos entes privados, os quais passaram a atuar em atividades antes exclusivas dos Estados.

Entendendo o Estado como ente social, ele está sujeito a pressões de pessoas e grupos, o que induz o processo de reforma da estrutura estatal como reflexo de mudanças da estrutura social. As novas exigências dos administrados, aliadas a interesses político-econômicos, são formas de exercício de poder sobre o Estado, no sentido de que, segundo Paolo Dardanelli, em uma macroanálise, existem duas formas de reestruturação do Estado: de cima para baixo ("*top-down*") e de baixo para cima ("*bottom-up*"), as quais se diferenciam conforme os atores e a origem dos movimentos em cada processo:

[...] nós podemos dizer que a distinção conceitual entre as formas de reestruturação do Estado de baixo para cima e de cima para baixo encontram validação empírica. As duas formas diferem consistentemente em termos de configuração dos atores, dinâmica e significância constitucional, e essas diferenças têm profundas implicações para a compreensão do fenômeno da reestruturação do Estado e avaliação da influência da dimensão europeia nisso. Como conceituado no capítulo 1, a abordagem de cima para baixo emerge da competição entre partidos com atuação apenas estadual, que acontece para incrementar o funcionamento do Estado, e não muda a natureza constitucional deste. As reformas na Itália na década de 1960, na França na década de 1980, e na Dinamarca na década de 2000 se adequam com proximidade a esse modelo.

Reestruturação de baixo para cima, em contraste, emerge da competição entre um ou mais partidos regionais (tipicamente regional-nacionalistas) e seus rivais estaduais, acontece em resposta ao desafio proposto pelos primeiros para os segundos em termos de apoio eleitoral e integridade territorial do Estado. As reformas ocorridas na Bélgica (em algumas etapas desde 1970), Itália (nas décadas de 1990 a 2000), Reino Unido (décadas de 1990 e 2010), após uma tentativa mal-sucedida na década de 1970) e Espanha (décadas de 1970 a 1980 e, potencialmente, na década de 2010) fornecem o retrato claro desta segunda forma. Em todos esses casos, o desafio regionalista foi o coração do processo, as reformas ocorreram através de partidos regionalistas para enfrentar o desafio e tiveram de envolver mudanças constitucionais significativas. A experiência italiana ilustra a conexão entre desafios regionais e profunda reforma do Estado particularmente bem. A falta de demanda de baixo para cima por autonomia levou a uma atrasada e fraca implementação de regiões ordinárias nas décadas de 1960 e 1970. Após a ascensão da "Lega Nord", houve imediato fortalecimento da autonomia regional, sob os termos das reformas constitucionais de 2001, o declínio subsequente do partido tem relação de causa e efeito, novamente, com o enfraquecimento do espírito materializado nas reformas, cujas previsões foram implementadas de forma incompleta, notadamente no que se refere ao federalismo fiscal [...]

[...] we can say that the conceptual distinction between the bottom-up and the top-down form of state restructuring finds empirical validation. The two forms consistently differ in terms of actor configuration, dynamic, and constitutional significance, and these differences have profound implications for understanding the phenomenon of state restructuring and for assessing the influence of the European dimension on it. As conceptualized in chapter 1, the top-down form emerges out of competition among statewide parties only, is enacted to improve the functioning

of the state, and does not change the latter's constitutional nature. The reforms in Italy in the 1960s, in France in the 1980s, and in Denmark in the 2000s closely conform to this model."⁹

A abordagem de cima para baixo ("*top-down*") caracteriza-se pela iniciativa de partidos com ampla participação nacional, ao passo que a abordagem de baixo para cima ("*bottom-up*") decorre da participação de partidos com presença mais regional, em geral de caráter regional-nacionalistas, com diferentes episódios na área da União Europeia, ilustrando diferentes resultados conforme a abordagem sociopolítica que influenciou cada reforma nos diversos Estados. Percebe-se que a experiência europeia comporta influências de grupos regionais e nacionais sobre os parlamentos e governos centrais.

No Brasil, os partidos políticos têm caráter nacional; logo, a influência regional ocorre dentro dos partidos ou em articulações políticas, o que não exclui a influência de ambos os modelos, "de cima para baixo" e "de baixo para cima", nas reformas ocorridas dentro do processo político, sendo, contudo, inegável a prevalência do modelo "de cima para baixo", no qual as lideranças políticas nacionais exercem controle sobre os partidos e sobre as pautas em discussão no parlamento, bem como dos assuntos encampados pelo Executivo. Dentre as pautas tratadas de forma recorrente está a presença do Estado na economia e sua atuação enquanto prestador de serviços.

9 Dardanelli, Paolo. *Restructuring the European State: European Integration and State Reform* (Locais do Kindle 4870-4886). MQUP. [S.l.]. Edição do Kindle. Tradução nossa.

"[...] Bottom-up state restructuring, by contrast, emerges out of competition between one or more regional (typically regional-nationalist) parties and their statewide rivals, is enacted in response to the challenge posed by the former to the latter in terms of electoral support and the territorial integrity of the state, and transforms the constitutional nature of the state. The reforms enacted in Belgium (in several rounds since 1970), Italy (in the 1990s- 2000s), the UK (in the 1990s and the 2010s, after a failed attempt in the 1970s), and Spain (in the 1970s- 80s and, potentially, in the 2010s) provide clear illustration of this second form. In all these cases, a regionalist challenge was at the heart of the process, the reforms were enacted by statewide parties to address the challenge, and they have entailed significant constitutional change. The experience of Italy illustrates the connection between regionalist challenges and strong state restructuring particularly well. The absence of a bottom-up demand for autonomy led to a delayed and weak implementation of the ordinary regions in the 1960s and 1970s. After the rise of the Lega Nord prompted a major strengthening of regional autonomy, under the terms of the 2001 constitutional reforms, the subsequent decline of the party has gone hand in hand, again, with an atrophying of the spirit embodied in the reforms, whose provisions have only patchily been implemented, notably as regards fiscal federalism [...]"

Nas atividades em que se percebe que o Estado não mais consegue prover os serviços públicos necessários, surgem outras formas de prestá-los, como a concessão, a permissão ou mesmo a total privatização dos serviços, nas quais o Estado deixa o papel de prestador para ser o regulador dos serviços outrora públicos que passaram a ser prestados por particulares. Um exemplo da experiência brasileira foi a redução da presença estatal na atividade bancária, com a privatização dos bancos públicos estaduais e a concentração da atividade bancária federal em um número menor de instituições, ocorrida a partir da década de 1990 e influenciada pelo Consenso de Washington, de 1989.

Trata-se de lançar mais luz sobre um dos aspectos das demandas sociais que tornam necessárias adaptações do papel do Estado perante a sociedade: a exigência de eficiência na prestação de serviços públicos.

Não se pode ignorar a dimensão econômica do movimento de diminuição da presença do Estado em determinados setores econômicos, ou mesmo de sua saída deles. Há um evidente interesse econômico em ocupar o papel estatal de prestador de serviços, com o conseqüente incremento da atividade e dos lucros de grupos privados. Contudo, igualmente, não se pode ignorar a dimensão político-jurídica das mudanças sociais que ocorrem no contexto das sociedades globalizadas. No mesmo sentido entende Eli Diniz:

"O termo [globalização] adquiriu um sem-número de sentidos, que mais confundem do que esclarecem seu real significado. Entre os equívocos mais correntes, situa-se a visão da globalização como um processo exclusivamente econômico. Trata-se de uma simplificação, pois o processo de globalização não se resume a uma dinâmica puramente econômica, senão que se trata de um fenômeno multidimensional, que obedece a decisões de natureza política. Em outros termos, a economia não se move mecanicamente, independente da complexa relação de forças políticas que se estruturam em âmbito

internacional, através da qual se tecem os vínculos entre economia mundial e economias nacionais. Portanto, um dos efeitos da visão economicista é obscurecer o papel da política. A globalização e a pressão das agências internacionais exercem, sim, forte influência na determinação das agendas dos diferentes países, mas não o fazem de modo mecânico e determinista. As opções das elites dirigentes nacionais $\frac{3}{4}$ suas coalizões de apoio político $\frac{3}{4}$ tiveram e têm um papel importante na escolha das formas de inserção no sistema internacional e na definição das políticas a serem implementadas."¹⁰

Carlos Ari Sundfeld aponta a origem francesa do direito administrativo brasileiro, quando, ainda nascente na França, o Visconde do Uruguai publicou seu Ensaio Sobre o Direito Administrativo, em 1862; seguido de período de influência norte-americana, com a publicação de Direito Administrativo Brasileiro, de Alcides Cruz, em 1912; consolidando-se a partir da década de 1930, com controle judicial de atos administrativos, legislação especial, carreiras públicas regulamentadas, "tudo destinado a criar uma burocracia do tipo weberiana".¹¹

O mesmo autor segue apontando, a partir de 1980, com a publicação de Elementos de Direito Administrativo, de Celso Antônio Bandeira de Mello, a incorporação de uma mudança de paradigma, com uma noção de "direito dos administrados", que se propôs a superar a noção anterior de direito dos "poderes administrativos", como defendido por Hely Lopes Meirelles. Atualmente, fala-se de um "direito em reforma", com a tendência ao abandono de diversos pressupostos anteriores, como a desregulamentação do regime dos serviços públicos, crescimento do "terceiro setor" para realizar atividades públicas, parcerias público-privadas, reforma do regime de licitações e até mesmo o

10 Diniz, Eli. Globalização, reforma do estado e teoria democrática contemporânea. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 15, n. 4, pp. 13-22, Dec. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 fev. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400003>.

11 Sundfeld, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2.ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. pp. 49-52.

princípio da “supremacia do interesse público sobre o privado”, com movimentos de privatização e de reforma da administração pública.¹²

Eli Diniz pontua os grandes movimentos de reforma do Estado e o fenômeno da ocorrência de regimes autoritários:

"Com efeito, historicamente, as duas experiências relevantes de reforma do aparelho de Estado no Brasil, antes da instauração da chamada Nova República, em 1985, foram efetivadas sob regimes fortemente autoritários. Esse foi o caso da primeira dessas reformas, realizada pelo presidente Getúlio Vargas (1930-1945), quando assumiu o poder após a vitória da Revolução de 1930, à frente de uma ampla coalizão comprometida com um projeto modernizante, que culminou com a ditadura estadonovista. A segunda experiência relevante foi levada a efeito pelo primeiro governo do ciclo militar (1964-1985), sendo introduzida pelo Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967. Em contraste, entre 1945 e 1964, os governos democráticos que se sucederam no poder não realizaram nenhum experimento de vulto no tocante à reforma do Estado, preservando-se, em suas grandes linhas, o padrão anterior.

[...] Não se verificou uma preocupação com o aperfeiçoamento dos demais poderes e, sobretudo, com a questão fundamental num regime constitucional, qual seja, a articulação e o equilíbrio entre os três poderes, atribuindo-se ao Executivo e às agências administrativas um amplo espectro de prerrogativas no que concerne à formulação e implementação de políticas públicas. Aliás, a trajetória do Estado no Brasil revela a precedência das burocracias militar e civil, que, historicamente, foram estruturadas e definiram suas identidades coletivas antes da institucionalização, em âmbito nacional, do sistema de representação política sem que tais movimentos

12 Sundfeld, Carlos Ari. *Op. cit.*, pp. 52-53.

signifiquem um aperfeiçoamento do equilíbrio entre os Poderes, mas sim uma hipertrofia da burocracia estatal e concentração de poderes no Executivo."¹³

É visível a proximidade entre o histórico das reformas do professor Carlos Ari Sundfeld, elaborado sob o ponto de vista jurídico, com o da professora Eli Diniz, que abordou os mesmos movimentos sob o prisma econômico-político. Nesse sentido, demonstra-se que grupos à frente de regimes autoritários, ou que participaram de momentos de ruptura institucional, como os governos do presidente Getúlio Vargas e o período dos governos militares entre 1964 e 1985, buscaram adaptar o sistema administrativo a seus interesses e a suas ideias, naturalmente na intenção de implantá-los e aplicá-los no exercício do poder conquistado, e, por isso, realizar reformas no Estado.

Ocorre que essas reformas são igualmente fenômenos sociológicos, visto que indivíduos e/ou grupos sociais se articulam e exercem o governo, ao mesmo tempo em que todos os indivíduos são governados. Diante do significado das reformas anteriores, cumpre tentar entender as reformas atuais, uma vez que não se trata de período autoritário ou de ruptura institucional; logo, outros fatores estão a influenciar as reformas em marcha.

Na perspectiva de Max Weber, a significação dos fenômenos sociológicos é dada pelo homem, e esse é um dos objetivos da sociologia.¹⁴ Nessa perspectiva, o cidadão é a célula do Estado, bem como é o destinatário de suas ações e, em especial, dos serviços públicos. Assim, o cidadão aceitou limitar sua liberdade, em troca de, entre outros, organização social e serviços públicos. A tudo isso o cidadão atribui significação, e nessa significação estão contidos seus valores e suas aspirações.

A significação atribuída às ações estatais acompanha as mudanças sociais, especialmente os problemas práticos com os

¹³Diniz, Eli. Op.cit. p. 17.

¹⁴ Weber, Max. A "objetividade" do conhecimento nas Ciências Sociais. In: COHN, Gabriel. (Org.). Max Weber. Sociologia. São Paulo: Ática, 2004. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

quais os cidadãos se deparam, no sentido da quinta tese apresentada por Karl Popper na conferência de abertura das Jornadas da Sociedade Alemã de Sociologia, em 1961:¹⁵

Quinta Tese: À semelhança de todas as outras ciências, também as ciências sociais são bem ou mal sucedidas, interessantes ou insípidas, fecundas ou estéreis, em estrita relação com a importância ou o interesse dos problemas em causa. E naturalmente também em estreita relação com a honestidade, a intensidade e a simplicidade com que esses problemas são tratados. Tais problemas não devem, de modo algum, ser sempre de ordem teórica.

"Alguns problemas graves, de ordem prática, como o problema da miséria, do analfabetismo, da repressão política e da instabilidade legal, constituíram pontos de partida importantes para a investigação sociológica. Estes problemas práticos conduzem, porém, a reflexões, a teorizações, e por consequência a problemas de natureza teórica. Em todos os casos, sem exceção, é a natureza e a qualidade do problema – jumentamente, como é óbvio, com a ousadia e a especificidade da solução proposta – que determinam o mérito ou não do trabalho científico. O problema é, pois, sempre o ponto de partida; e a observação só constitui uma espécie de ponto de partida quando detecta um problema, ou, por outras palavras, quando nos surpreende, quando nos mostra que algo no nosso saber – nas nossas expectativas, nas nossas teorias – não está totalmente certo. As observações, portanto, só são geradoras de problemas quando contrariam as nossas expectativas conscientes ou inconscientes."

E então o que constitui o ponto de partida do trabalho científico não é tanto a observação enquanto tal, mas a observação no seu sentido específico, ou seja, justamente a observação ge-

15 Popper, Karl R. Conferência de abertura das Jornadas da Sociedade Alemã de Sociologia, Tübingen, 1961. Esta conferência foi publicada pela primeira vez na *Kbiner Zeáschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 14.4 série, 1961, Caderno 2. [S.I.]. pp. 233-248.

radadora do problema.

Assim como nas ciências sociais, o direito administrativo igualmente se justifica como resposta a problemas de ordem prática e graves a ponto de demandar respostas do Estado.

Contudo, a sociedade atual passou a ter demandas diferentes, que exigem respostas do Estado em níveis diferentes do que ocorria no passado. Por exemplo, nunca se deixou de desejar eficiência do setor público, ao mesmo tempo em que nunca se desejou tanta eficiência quanto hoje.

EFICIÊNCIA: O NOVO PARADIGMA DA MODERNIDADE

Desde o final da década de 1980, a expressão “governabilidade” tem sido frequentemente utilizada nos momentos de grande cobrança social e de esforço político para se implantar políticas públicas diferentes das anteriormente praticadas, sem olvidar que a mesma expressão igualmente abriga a justificativa para movimentos políticos nem sempre republicanos.

Ainda que quem exerce o poder político possa, direta ou indiretamente, imprimir sua marca na gestão e nos serviços públicos, essa possibilidade já foi maior. A modernidade trouxe novos mecanismos de participação social, ainda crescentes, como a ampla divulgação de fatos e dados via redes sociais ou outros veículos de comunicação independentes de meios de comunicação ou grupos de mídia tradicionais, que amplificam a repercussão social de atos de gestores públicos, prestadores de serviços, empresários, entre outros,¹⁶ gerando uma necessidade crescente de resposta aos anseios sociais, e que tal resposta seja cada vez mais célere.

Considerando que se trata de um movimento de reforma em curso, não há o benefício de observarmos uma obra acabada para análise, impedindo opinar-se sobre os resultados, mas que

¹⁶ Por exemplo a grande capacidade de influência de blogs, canais de vídeos on-line e redes sociais, inclusive a crescente presença de políticos e instituições em redes sociais, como Facebook e Twitter.

possibilita levantar questionamentos sobre o processo em andamento, como o fazem Leo Kissler e Francisco G. Heidemann, quando analisam a “modernização do setor público”, entendendo a estruturação de uma administração “mais empresarial” e “menos onerosa” da Alemanha na década entre 1996 e 2016:

Deve-se às condições insatisfatórias da modernização praticada até agora o surgimento e atratividade de um novo modelo: a governança pública (public governance). Até que ponto trata-se de um novo conceito para regular as relações de troca entre os setores público e privado, entre Estado, mercado e sociedade? É particularmente desafiador responder em termos científicos a essa pergunta. O entendimento que se tem sobre governança pública não é muito claro; Max Weber diria tratar-se de um conceito sociologicamente “amorfo”. Não existe um conceito único de governança pública, mas antes uma série de diferentes pontos de partida para uma nova estruturação das relações entre o Estado e suas instituições nos níveis federal, estadual e municipal, por um lado, e as organizações privadas, com e sem fins lucrativos, bem como os atores da sociedade civil (coletivos e individuais), por outro. Pairam dúvidas não somente sobre as bases de cooperação entre esses atores, mas também sobre seus resultados.¹⁷

Thomas Piketty aponta as diferenças entre as abordagens desse Estado que busca um novo papel ao afirmar que uns “clamam em alto e bom tom pelo retorno do Estado, em todas as formas, deixando a entender que ele desapareceu; outros exigem seu desmantelamento imediato”.¹⁸

Nesse sentido, não há coesão nas reformas implementadas

17 Kissler, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, pp. 479-499, jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 fev. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122006000300008>.

18 Piketty, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 461.

por cada Estado, assim como pontuou-se que não há tal coesão na própria evolução das sociedades, mas, em todos os casos, há questionamentos acerca do sucesso social da experiência acumulada até o momento, de modo que o Estado de caráter mais próximo da iniciativa privada ainda busca uma adequação aos anseios dos administrados. Na busca pelo seu novo papel em uma sociedade mais ágil e com novas demandas, parece-nos que a eficiência é um ponto-chave para estabelecer o novo paradigma da presença estatal na sociedade.

Muitas questões, como ideologias políticas e interesses econômicos, permeiam as opiniões sobre a atuação estatal atual; ocorre que novos paradigmas, como governança, privatização, performance, entre outros, cabem na noção de eficiência. A esse respeito, ensina Lucas Furtado:

O primeiro aspecto a ser considerado em termos de eficiência é a necessidade de planejamento, de definição das necessidades e a indicação das melhores soluções para o atendimento dessa necessidade pública. [...] O interesse público, reiteramos, deve ser realizado em diferentes níveis. O primeiro diz respeito ao dever de realização dos fins do Estado Democrático de Direito, relacionado à satisfação das necessidades da população. O exame da eficácia, como aspecto da economicidade, confere importância especial aos resultados decorrentes do exercício de qualquer atividade estatal.¹⁹

Um Estado provedor ou regulador pode ser eficiente dentro do papel a que se propõe. Os Estados hoje enfrentam o problema de sua resignificação, com reformas econômicas e sociais de várias naturezas e diversos graus de sucesso, desde a rejeição da renda mínima na Suíça em 2016 até a chamada "primavera árabe", ambos assuntos de amplo destaque na mídia tradicional

¹⁹ Furtado, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 97.

e em outros meios de comunicação. Os Estados envolvidos tiveram que reagir para evitar uma medida contra seu interesse; no caso suíço, até mesmo viram rupturas revolucionárias que derrubaram seus governos, como na Líbia, que viu a queda do regime, então no poder, e a morte de Muammar Gaddafi.

No Brasil, a eficiência do Estado vem sendo amplamente questionada, por exemplo, com protestos populares contra a corrupção, decorrentes de casos investigados em uma proporção sem precedentes, como na “Operação Lava Jato”, que, inclusive, tem ramificação em Portugal e em quase 50 países;²⁰ a aprovação das políticas e dos serviços é amplamente questionada; as reformas econômicas e sociais enfrentam resistência mesmo diante das contas públicas alcançando seguidos recordes negativos; os governantes enfrentam uma crise de legitimidade; tudo isso em meio a um período em que as instituições democráticas seguem funcionando, ainda que com sobressaltos.

Percebe-se que o Estado em geral necessita de um novo papel social, reformulando sua atuação e deixando determinadas funções onde não mais subsiste sua razão de ali estar, ao mesmo tempo em que assegure uma presença capaz de manter sua relevância e o papel regulador, uma ressignificação, e essa ressignificação vem dos administrados, cujos questionamentos e contestações ao Estado respondem, em grande parte, pelo nome de ineficiência, enquanto as reformas desejadas atendem por eficiência.

Analisando o viés sociológico da reforma do Estado, entende-se ser inegável que esta decorre de anseios sociais, de um novo modelo de sociedade que deixou de aceitar a ineficiência estatal, que questiona a qualidade da prestação que recebe, especialmente diante da carga tributária que suporta, e aponta nos particulares o modelo de gestão a ser seguido, com novos paradigmas de eficiência para os serviços públicos.

20 Souza, Renato. Lava-Jato atinge 49 países e rende 340 pedidos de cooperação bilateral. *Correio Braziliense*. 04 dez. 2017. Política. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/12/04/interna_politica,645204/paises-atingidos-lava-jato-cooperacao-internacional.shtml>. Acesso em: 26 fev. 2018.

CONCLUSÃO

Cada vez que se fala em reforma do Estado, busca-se espelhar a realidade social que passou a demandar tal reforma. De maneira alguma se trata de um processo único ou com um final definido, mas de movimentos que, ciclicamente, ocorrem pelos mais diversos motivos e igualmente com diversos resultados. Ciclos de aumento ou redução da presença estatal, com expropriações de bens de capital privados ou privatizações de bens estatais, rupturas ou reconstruções institucionais, todos ocorrem em um processo de ressignificação do Estado.

Repita-se que a significação dos fenômenos sociais, segundo Max Weber, é dada pelo homem; logo, o Estado igualmente tem sua significação dada pelo administrado. Essa significação é o fundamento de legitimidade necessário à sustentação do Estado.

A sociedade atual vem estabelecendo novos níveis de exigência para a ação do Estado, na busca, afinal, por eficiência na gestão e nos serviços públicos, dando uma nova significação ao Estado, com o paradigma dos entes privados, exigindo um movimento de reforma, no sentido de superar o estigma histórico de burocracia e ineficiência.

Não se trata de crer que apenas o desejo público de melhoria basta para o efetivo incremento de qualidade do Estado e dos serviços públicos, mas sim de que esse fator é decisivo para impulsionar uma nova reforma do Estado, no sentido de uma visão aperfeiçoada dos serviços públicos, maior eficiência e um decisivo aumento da qualidade da prestação recebida pelos administrados.

REFERÊNCIAS

BURNHAM, Peter. 2009. "State." In: *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, 3.ed., editado por Iain McLean and Alistair McMillan. Oxford: Oxford University Press. apud DARDANELLI, Paolo. *Restructuring the European State: European Integration and State Reform*. MQUP. Edição do Kindle. [S.l.]. Tradução nossa.

DARDANELLI, Paolo. *Restructuring the European State: European Integration and State Reform*. MQUP. [S.l.]. Edição do Kindle. Tradução nossa.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto. *Elementos de derecho administrativo: Primer Curso*. 2ª. ed. México: Limusa, 2003.

DINIZ, ELI. Globalização, reforma do estado e teoria democrática contemporânea. *São Paulo Perspec.*, São Paulo , v. 15,n. 4,p. 13-22, Dec. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 fev. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400003>.

ESQUIVEL VÁZQUEZ. Gustavo A. *Prestación de um Servicio Público por um organismo público autónomo*. In: BÉJAR RIVERA, Luis José (Coord.). *Derecho administrativo: Perspectivas contemporâneas*. México: Porrúa, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G.. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 479-499, Junho. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 fev. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122006000300008>.

MÉXICO. Suprema Corte de Justiça da Nação. Tese Isolada apresentada pelo Plenário da Suprema Corte de Justiça da Nação, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XV, [México]. p. 1251. apud. BÉJAR RIVERA, Luis José. *Uma aproximação à teoria dos serviços públicos*. Tradução da Editora Contracorrente. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.

PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI; tradução de Monica Baumgarten de Bolle. – 1ª. ed. – Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POPPER, KARL R. Conferência de abertura das Jornadas da Sociedade Alemã de Sociologia, Tübingen, 1961. Conferência publicada pela primeira vez na *KbinerZeáschriftfür Soziologie und Sozialpsychologie*, 14.4 série, 1961, Caderno 2. [S.l.].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. [apresentação de João Carlos Brum Torres; tradução Paulo Neves]. O Contrato Social. 1ª.ed. Porto Alegre: L&PM, 2016. pp. 32-35.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A new world order. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

SOUZA, Renato. Lava-Jato atinge 49 países e rende 340 pedidos de cooperação bilateral. *Correio Braziliense*. 04 dez. 2017. Política. Disponível em http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/12/04/interna_politica,645204/paises-atingidos-lava-jato-cooperacao-internacional.shtml. Acesso em 26 fev. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2ª. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2014.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther, et al. (Ed.). *Global law without a state*. Dartmouth: Aldershot, 1997.

WEBER, Max. A "objetividade" do conhecimento nas Ciências Sociais. In: COHN, Gabriel. (Org.). *Max Weber. Sociologia*. São Paulo: Ática, 2004. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

CAROLINA ÂNGELO MONTOLLI

Bacharel em direito pela Universidade Salgado Oliveira e em comunicação social pela Universidade Federal de Minas Gerais, pós-graduada em direito público, civil e processual civil pelo Centro Universitário Newton Paiva em parceria com a Associação dos Magistrados Estaduais, em gestão estratégica de recursos humanos e em comunicação e marketing pelo Centro Universitário de Belo Horizonte. Além disso, é mestre em teoria do direito e doutora em direito público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), pós-doutora em direito penal e garantias constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza e ciências jurídicas – direito penal internacional humanitário pela Universidad del Museo Social Argentino, ambas em Buenos Aires, na Argentina. É, também, aluna de pós-doutorado da Università degli Studi di Messina, Itália, e da PUC Minas. Atua como advogada, jornalista, professora da Fundação João Pinheiro, conselheira e membro da Comissão de Direitos Humanos e vice-presidente da Comissão de Direito Militar da Seccional de Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil.

CARLA FERNANDA CRUZ

Graduada em direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), especialista em direito penal militar e processo penal militar pelo Centro de Pesquisa e Pós-Graduação da Academia da Polícia Militar de Minas Gerais e em ciências penais pela PUC Minas, além de mestranda em ciências criminológicas-forense pela Universidad de La Empresa, no Uruguai. Atua como advogada e professora e é membro Comissão de Direito Militar e da Comissão OAB vai à Escola da Seccional de Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil.

CAROLINA MONTOLLI E
CARLA CRUZ

REFORMA DO ESTADO SOCIAL NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO E A INTERNALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NA DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL:

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E AS MEDIDAS
DE POLÍTICA CRIMINAL EM SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA (DIÁLOGO
BRASIL-PORTUGAL)**

O imperialismo ianque acreditava ser a onipotência mundial e a única verdade; por isso, acabava desprezando a autonomia dos países vizinhos em escolher a melhor forma de serem administrados. Com isso, os americanos resolveram investir maciçamente nas Américas Central e do Sul, respectivamente, contra o comunismo, incitando os militares do continente a tomarem o poder para proteger a nação.

Após anos de torturas, em 1988, no bojo das mudanças e dos ventos de uma nova ordem de pensamentos liberais, os congressistas brasileiros implantaram e sancionaram a primeira Constituição verdadeiramente democrática, o que foi afirmado desde seu preâmbulo.

Isso sem falar do art. nº 5 e seus incisos, que estabelecem, entre outros assuntos, a igualdade de homens, mulheres, crianças

e idosos diante da lei, igualando ainda os brasileiros natos aos estrangeiros que aqui vivem, garantindo-lhes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.

Não obstante, o artigo supracitado constitui um marco para a jurisdição brasileira e até mesmo internacional, uma vez que, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, diversos países do mundo vinham esboçando, em suas respectivas constituições acionais, alguns desses preceitos, além do fato de desejarem pôr fim à guerra e a tantos crimes cometidos contra a humanidade.

Isso porque o nexo entre garantismo e constitucionalismo é a única ordem constitucional possível para a realização do projeto garantista; sua positivação é dever constitucional e impõe ao próprio direito positivo a sua efetivação. O constitucionalismo em si se alimenta do projeto garantista para condicionar a legitimidade do exercício do poder em face do cumprimento de certas exigências morais, que se aglutinam nos direitos fundamentais.

A partir desse nexo, surge a mudança do foco de parâmetro de validade da lei penal. Essa transformação consistiu na alteração do paradigma de que antes somente a lei penal dependia, em um novo contexto, de coerência constitucional, justificada por meio dos direitos fundamentais.

Outra premissa do garantismo é a separação entre direito e moral. A distinção reside na autonomia das esferas do direito e da moral, ou seja, o direito não deve ser nunca utilizado como instrumento de coação moral; portanto, tampouco a moral deve ser pautada pelo o direito.

GARANTISMO PENAL E NOVO CONSTITUCIONALISMO

O garantismo tem suas bases conceituais descritas na obra “Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, do jurista italiano Luigi Ferrajoli. O capítulo 13 da referida obra, inclusive, é totalmente destinado à proposição de definições sobre o que é o garantismo.

Inicialmente, para o jurista supracitado,¹ o garantismo é “um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”. Nesse contexto, o princípio de legalidade é a base do Estado Democrático de Direito, caracterizando-se, no plano jurídico, como o conjunto de normas impostas pelo Estado, com vistas à garantia dos cidadãos. Em um segundo significado,² o garantismo é tido como “uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, também pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas”. A validade e a efetividade são, portanto, categorias diferentes, que separam, consequentemente, o “ser” e o “dever-ser” no direito, despontando, a partir disso, divergências existentes entre os modelos normativos e as práticas operacionais.

Trata-se, portanto, de uma “teoria de divergência”. Nesta perspectiva, o garantismo requer um comportamento constantemente crítico e respaldado na dúvida quanto à validade das leis e sua eficácia. Por fim, em um terceiro significado,³ o garantismo é uma “filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”.

Tal conceito é caracterizado pela separação que faz entre direito e moral, entre validade e justiça, entre pontos de vista externo e interno, destacando-se, inclusive, a importância do ponto de vista externo, representado por valores extrajurídicos que fazem despontar a necessidade de atendimento aos interesses e às necessidades naturais do indivíduo, a serem satisfeitos pelas instituições “artificiais”, jurídicas e políticas. Tais conceitos de garantismo, apresentados por Luigi Ferrajoli, não se excluem, mas se complementam, levantando, cada um deles, questões relevantes para a definição mais precisa da teoria garantista.

A confirmação política de enfrentamento das barbáries cometidas pelos regimes autoritários, aliada à adoção da democracia,

1 FERRAJOLI, 2002, p. 684.

2 FERRAJOLI, 2002, p. 684-685.

3 FERRAJOLI, 2002, p.685.

representou um forte movimento de consolidação de textos constitucionais com um caráter de rigidez mais acentuado, em nome da efetivação da ideologia política. Nesse ponto é que Ferrajoli afirma que as constituições, por meio da constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, não podem sofrer alterações nesses direitos, mesmo em uma convenção majoritária. A natural rigidez dos direitos fundamentais e, portanto, das normas constitucionais correspondentes, são precisamente direitos de todos e de cada um, não podendo ser suprimidos nem reduzidos pela maioria.

Para Ferrajoli, que propõe uma definição estrutural, os direitos fundamentais, estipulados positivamente e sancionados pela lei e constituições nas atuais democracias, prescindem da circunstância do fato de que tais direitos se encontrem formulados em cartas constitucionais ou leis fundamentais. Assim, os direitos fundamentais devem estar posicionados em textos constitucionais, dotados de supremacia, para sua imposição em face do poder estatal.

A EXECUÇÃO PENAL E MEDIDAS DE POLÍTICA CRIMINAL

A execução penal tal como deveria ser

A Lei de Execução Penal prevê, em seu art. nº 1, que a execução “tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.⁴ O legislador coloca, assim, a ressocialização do sentenciado como algo a ser buscado pela execução, e, para tanto, vários são os dispositivos previstos que buscam moldar a execução, a fim de tornar esse objetivo possível ou, ao menos, diminuir as chances de dessocialização do réu. Essas prescrições representam a positivação, em nosso ordenamento jurídico, das Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos da Organização das Nações Unidas, de 1955.

Tais dispositivos, tornando a execução mais “humana”, acabam por densificar o princípio da humanidade das penas, trazem-

4 BRASIL, 1984.

do uma concretização desse princípio na execução penal. Faz-se importante também apontar que a humanização da execução penal, com o objetivo de propiciar a ressocialização do condenado, tem como fim mediato a busca pela redução da criminalidade. A busca pela não dessocialização é associada ao princípio do *nihil nocere*, segundo o qual “os efeitos deletérios da internação forçada devem ser evitados através de um procedimento prisional que reduza significativamente o perigo da dessocialização”.⁵

Uma das previsões legislativas mais importantes, nesse sentido, diz respeito à conservação pelo preso dos direitos não atingidos pela perda da liberdade, o que está previsto no art. nº 38 do Código Penal – “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” – e também no *caput* do art. nº 3 da Lei de Execução Penal (LEP) – “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. – Essa disposição, em tese, teria o condão de impedir que o condenado fosse tratado como “coisa”; realça, assim, a ideia de que é um sujeito de direitos, os quais, exatamente da mesma forma que os direitos dos cidadãos livres, devem ser respeitados, o que representa a verdadeira *contidio sine qua non* para a não dessocialização do condenado.⁶ Nesse diapasão, a Exposição de Motivos da LEP (datada de 1983) dispõe, na nota nº 65: “tornar-se-á inútil, contudo, a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado”.

Em contrapartida, o excesso ou desvio de execução ocorrerá “sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares” (art. 185 da LEP).⁷ Todavia, como também destacado na Exposição de Motivos da LEP, em sua nota nº 171, “a impotência da pessoa presa ou internada constitui poderoso obstáculo à autoproteção de direitos ou ao cumprimento dos princípios da legalidade e justiça que devem nortear o processo de execução”.

5 FRANCO, 2007, p.60.

6 BRASIL, 1984.

7 BRASIL, 1984.

Em seu art. 41, a LEP elenca os direitos do preso, que são: "alimentação suficiente e vestuário"; "atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social"; "constituição de pecúlio"; "proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação"; "exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena"; "assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa"; "proteção contra qualquer forma de sensacionalismo"; "entrevista pessoal e reservada com o advogado"; "visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados"; "chamamento nominal"; "igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena"; "audiência especial com o diretor do estabelecimento"; "representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito"; "contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes".

O grande penalista Alberto Silva Franco brilhantemente aponta a relação entre a observância do princípio da legalidade e uma execução penal humana.⁸ O respeito a esses direitos mostra-se fundamental para a efetivação do princípio da humanidade das penas na execução penal. Ora, de nada valerá a previsão legislativa de penas humanas se, em seu cumprimento, o que acaba acontecendo é uma hipertrofia da punição, excedendo-se os limites previstos em lei.

A Lei de Execução Penal também prevê como dever do Estado a assistência ao preso, que será, tal como dispõe seu art. nº 11, "material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa".⁹ A primeira das espécies de assistência elencada, a material, "consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações

8 Durante largo espaço de tempo, o princípio da legalidade tangenciou a fase da execução da pena. Confirmada a realização do fato criminoso e imposta a sanção punitiva, com pleno respeito ao devido processo legal, o cidadão despojado de seu direito de liberdade era deixado à mercê de um sistema prisional, organizado pelo Estado repressor, no qual era havido como uma pessoa de segunda classe, sem direitos ou garantias jurídicas (FRANCO, 2007, p. 207).

9 BRASIL, 1984.

higiênicas" (art. nº 12 da LEP) ao preso e ao internado.¹⁰ A segunda espécie, por sua vez, "compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico" (art. nº 14 da LEP),¹¹ que deverá ser prestado em outro local, quando o estabelecimento penal não tiver condições para provê-lo.

A assistência jurídica é "destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado" (art. nº 15 da LEP).¹² Previu-se, para sua execução, a existência de um local apropriado destinado ao atendimento do defensor público nos estabelecimentos penais. Já a assistência educacional "compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado" (art. nº 17 da LEP), enquanto a social objetiva ampará-los e prepará-los para o retorno à liberdade. Dentre suas funções, está a de "promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação" (inciso IV do art. 23 da LEP).¹³ Por último, a assistência religiosa tem como objetivo permitir aos presos e internados "a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa" (art. nº 24 da LEP).¹⁴

É internado o sentenciado sujeito às sanções penais consubstanciadas nas medidas de segurança. Todavia, não trataremos delas, tendo em vista que a pena é o foco do presente trabalho. Foi prevista a reserva de um local, nesses estabelecimentos, apropriado para os cultos religiosos, e também foi estabelecido que as mulheres e os maiores de 60 anos serão recolhidos em estabelecimentos próprios e adequados às suas condições pessoais. As penitenciárias femininas, por exemplo, deverão ser dotadas "de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa" (art. nº 89 da LEP).¹⁵

10 BRASIL, 1984.

11 BRASIL, 1984.

12 BRASIL, 1984.

13 BRASIL, 1984.

14 BRASIL, 1984.

15 BRASIL, 1984.

Estabeleceu-se igualmente que os presos provisórios fiquem separados dos condenados por sentença transitada em julgado (art. nº 84 da LEP), assim como os primários deverão cumprir pena em seção distinta dos reincidentes (parágrafo primeiro do art. nº 84 da LEP).¹⁶ O art. 88 prevê ainda que todos os presos deverão ser alojados em “cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”, além de ter “salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana” e área mínima de seis metros quadrados.¹⁷ Também prevê a LEP, em seu art. nº 85, que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade”.¹⁸

A Lei de Execução Penal também trata dos estabelecimentos penais fundamentais para o funcionamento do sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade, sistema esse que, como já vimos, consiste em verdadeiro imperativo constitucional. Prescreve a lei que as colônias agrícolas, industriais ou similares poderão alojar o condenado em compartimento coletivo, que deverá ser adequado à existência humana. Na busca por garantir a exequibilidade do regime aberto e igualmente permitindo a realização da restritiva de direito que consiste na limitação de fim de semana, previu a LEP, em seu art.º 95 que “em cada região haverá, pelo menos, uma casa de albergado”.¹⁹

Como consequência da inobservância de seus dispositivos, a LEP previu a interdição, pelo juiz da execução, do estabelecimento penal, no todo ou em parte (art. 66, inciso VIII da LEP),²⁰ assim como a suspensão de ajuda financeira destinada às unidades federativas, pela União, “para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança” (art. 203, parágrafo 4º, da LEP).²¹

16 BRASIL, 1984.

17 BRASIL, 1984.

18 BRASIL, 1984.

19 BRASIL, 1984.

20 BRASIL, 1984.

21 BRASIL, 1984.

A Lei de Execução Penal prescreve, pois, uma execução penal humana, em observância ao pressuposto de que o sentenciado seria tratado com respeito à sua dignidade, inerente a toda pessoa, mas a partir de uma realidade bem diferente.

A execução penal tal como é

“Lixo humano!” – essa foi expressão usada pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, de 2008, para definir a maneira com que muitos presos são tratados no Brasil. A realidade da execução penal brasileira mostra-se em verdadeiro descompasso com o Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição Federal de 1988, em que a dignidade da pessoa humana foi alçada a valor máximo de nosso ordenamento jurídico. Ela viola a Constituição, a legislação infraconstitucional e muitos documentos internacionais.

As espécies de assistência ao preso – elencadas no art. 11 da Lei de Execução Penal e consideradas pela lei como dever do Estado – mostram-se, na grande maioria dos casos, meras promessas vazias do legislador e, por conseguinte, ilusória ressocialização, tida pela lei como objetivo da execução penal. Na prática, o que ocorre é uma dessocialização do condenado, o que inevitavelmente contribui para o aumento da criminalidade.

A IDEIA DE UM ESTADO FORTE E A RELAÇÃO DO INDIVÍDUO COM O PODER PÚBLICO NA ATUALIDADE

Na história da humanidade, especificamente na Idade Moderna, há uma análise fantástica da relação entre os indivíduos registrada em uma das obras mais importantes da época, “Leviatã”, escrita pelo matemático, filósofo e teórico político Thomas Hobbes, que viveu no século XVII entre os anos de 1588 e 1679. Ele foi o responsável pela célebre frase – que resistiu ao tempo – de que “o homem é o lobo do próprio homem”, muito em razão de defender a igualdade entre os homens, a tal ponto que esses seriam os únicos animais capazes de fazer o que quisessem uns com os outros para poder sobreviver. Explica que os homens

têm, em si mesmos, natureza má e perversa, e são capazes de fazer coisas irracionais, porque a igualdade, nesse caso, é fundada no medo, e esta seria a justificativa para demonstrar que as paixões humanas estão na origem da guerra de todos contra todos e da violência geral, comportamento típico dos grupos humanos que antecedeu a criação de uma sociedade civil.²²

Com o surgimento do “pacto social”, proposto no Estado hobbesiano, marca-se a passagem do estado de natureza para o estado civil, nascendo também a atribuição do Estado de garantir a segurança e a liberdade, sem que os indivíduos ajam por conta própria ou mesmo de acordo com as suas próprias convicções e necessidades naturais instintivas (uma guerra de todos contra todos).

Segundo essa teoria do Estado, surge o poder absoluto concentrado na figura do Rei, cujo absolutismo foi reprovado por Montesquieu, visto considerar que tudo estaria perdido se um homem ou um conselho exercesse ao mesmo tempo as três funções dos poderes, quais sejam: a de fazer as leis, a de executá-las e, também, a de julgar os crimes e as controvérsias havidas entre os indivíduos. No entanto, não era assim que Hobbes pensava, e, ao se transferir a capacidade de autogoverno individual para uma pessoa – equivalente ao monarca ou uma assembleia (parlamentarismo) –, haveria segurança e paz, desde que não fosse contestado o poder absoluto do Leviatã.

Existe certa ligação entre o passado e o presente desta relação indivíduo-Estado, desde o primeiro momento em que o Estado se formou – a partir da visão antropológica do homem na sua forma mais primitiva e rudimentar, desprovida de organização sistematizada de propósitos, aliada à vontade de separação total da Igreja Católica e à influência do seu poder –, até chegar ao que vivemos atualmente – no Estado Democrático de Direito.

A questão é se o Estado tem ou não desempenhado minimamente o seu papel funcional e constitucional em prol dos mem-

22 HOBBS, 2015, p. 128.

bro da sociedade. Se, naquela época, havia uma necessidade – até mesmo para se evitar a destruição de uns pelos outros, diante da constante ameaça de ser atacado por falta de regras ou de quem devia obediência e respeito –, hoje temos um sistema normativo complexo. Contudo, mesmo diante dos avanços da era digital e dos controles e conscientizações de direitos que se possa ter, em especial, da população mais carente, ainda se está longe de atender aos direitos fundamentais do indivíduo, consagrados na Constituição Federal de 1988.

A CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO CRIMINAL QUE REFLITA UMA VERDADEIRA FICÇÃO JURÍDICA

Com o monopólio estatal para as resoluções dos conflitos de natureza penal, na seara jurisdicional, é impossível não tecer algumas considerações sobre o *modus operandi* ou modelo procedimental adotado pelo Poder Público na apuração preliminar de um fato.

Nesse viés, percebe-se que, desde o momento da descoberta do fato delituoso pelas autoridades policiais, independentemente da via em que se expressa, deve-se adotar critérios sobre os quais vale a pena refletir, questionando a sua legitimidade, validade e eficácia, para haver um futuro desdobramento que possibilitará ou não o processo judicial. Sem dúvida alguma, esse processo deveria estar instruído com elementos concretos e dados confiáveis, tomados na esteira da ordem estrita da lei, com respeito a todas as garantias individuais, a fim de que possa cumprir o seu propósito derradeiro quanto à definição segura acerca da responsabilidade atribuída a alguém.

Entretanto, se voltarmos nosso olhar para os procedimentos hodiernos para assentamentos, desde a *notitia criminis* até o relatório final da autoridade policial que preside o inquérito policial – necessariamente, “relatado” por este, e não pelo seu escrivão designado para o encargo –, perceberemos que as peças que compõem, por exemplo, qualquer autuação em flagrante delito de alguém (no âmbito da polícia judiciária nos estados e de um modo

geral) se apresentam com um teor peculiarmente repetitivo em todas as narrativas inseridas no corpo dos textos correspondentes a cada oitiva dos protagonistas da cena do crime.

Os fatos narrados sempre na terceira pessoa são reduzidos a termo por quem os interpreta, consoante ao avanço da inquirição sobre o sujeito investigado, ou sobre as demais inquiridas na ocasião (condutor da ocorrência, declarações do ofendido, testemunhas e indiciado). Com habitual frequência, os depoimentos de policiais militares são idênticos. Embora uma pessoa seja diferente de outra e tenha percepções distintas, facilita-se o trabalho reproduzindo *ipsis litteris* o que o colega de farda descreveu genericamente sobre a ocorrência, acautelando-se em modificar a identificação dos depoentes.

Basta observar que, em todos os depoimentos, em especial aqueles que envolvem policiais militares – em que um deles é o que apresenta a ocorrência e o outro se coloca como testemunha dos fatos –, ambos, quando ouvidos na delegacia, apresentam versões que são cópias fiéis uma da outra. Ora, isso não deveria de ser assim, uma vez que as impressões que um colega de farda (ou qualquer outra testemunha que tenha sido arrolada como presencial ou não do fato em apuração) podem ser sentidas ou vistas de modo completamente diverso.

Deve-se se considerar o campo de visão e de estado de cada uma dessas pessoas, além do estado emocional em que se encontram. Especialmente se a ocorrência envolver não apenas a prisão em si, mas, por exemplo, uma perseguição e troca de tiros entre perseguidor e perseguido. Nesse primeiro relato, a preocupação começa a tomar corpo com a lisura do ato em si, sob o ponto de vista da interpretação real dos fatos tal como se deram.

Não há nessa sentença nenhum juízo de valor preconceituoso quanto ao ser em questão, que é tão profissional como qualquer outro dentro de sua significância e grandeza na prestação do serviço público. De acordo com a versão por ele dada ou com a interpretação dada ao tomador das declarações, dar-se-á o histórico dos fatos no boletim de ocorrência, que fará o registro.

Não se pode olvidar que a denúncia do órgão encarregado de promover a acusação criminal se restringe apenas aos fatos que foram retratados pelos condutores da ocorrência ao distrito policial, responsáveis pela prisão do indivíduo, bem como aquilo que dito foi pela própria vítima da ação criminosa – quiçá porque, nesta fase da persecução criminal, a posição majoritária é de que não se aplicam os princípios da ampla defesa e do contraditório ao averiguado.

Daí decorre a raiz de todos os males e desserviços no atendimento dos preceitos mandamentais consagrados que, durante o processo judicial, difícil ou impossivelmente poderão ser assegurados de modo efetivo, como desenhou o constituinte de 1988.

Isso não quer dizer que ao preso foram assegurados os direitos constitucionais de permanecer em silêncio, enquanto bradava pelos corredores a fim de dizer ao delegado de polícia que se tratava de um inocente.

É nesse cenário de penumbra ou de escuridão plena que o futuro acusado se vê imerso e subjugado ao processo criminal, para responder a uma imprecisão judicial por quem a deduz com a força de expressões vagas e terminologias genéricas, em vez de afirmações categóricas, dignas de uma verdadeira “acusação”, a ser formulada em juízo.

Seguramente, este processo haverá de ser admitido, pois se valerá dos mesmos mecanismos automatizados para o “conhecimento” da causa embrionária a ser deflagrada, tendo em vista que a ocupação desta fase está relegada a meros cumprimentos de protocolos mínimos legais quanto à forma como deve ser apresentada a *priori* – no entanto, sem tecer maiores incursões sobre a prova indiciária ou mesmo os fatos que deveriam ser levantados com mais seriedade e comprometimento, até para propiciar meios seguros e idôneos à efetivação dos princípios de processo penal constitucional, que incidem durante a realização dos atos futuros.

Portanto, é sobre esse vazio de conteúdo mínimo necessário para o conhecimento que especificamente se trata o processo desencadeado, sobre o qual muitos devem indagar quando vem à lembrança o cenário kafkiano na fantástica obra “O Processo”,²³ que, apesar de escrita no século XIX, está mais atual do que nunca.

Atualmente, os mecanismos de investigação parecem medievais, e, apesar de os avanços tecnológicos não serem aproveitados à grande massa carcerária que compõe a maioria esmagadora dos processos judiciais relacionados a crimes comuns e decorrentes do cotidiano em ascensão violenta, ainda estão funcionando em velocidade incompatível, dando pouca importância ao processamento das informações tão necessárias quanto úteis para a definição futura da deflagração do processo judicial.

Naturalmente, os recursos da era digital são empregados em maior escala àqueles ilícitos mais específicos, como os chamados do colarinho branco e os que decorrem das operações simuladas para lavagem de dinheiro, até pela sua própria especificidade para a apuração.

É nesse plano da ineficiência e do descaso do aparelho estatal que as semelhanças se entrelaçam no universo de hoje a certas amarras. Do princípio ao fim daquela obra, o personagem principal Josef K. se mantém na posição defensiva, em meio à retórica exercida em causa própria, mesmo sendo gerente de um importante banco.²⁴

Entretanto, comporta-se como se fosse culpado, investindo contra os seus algozes, responsáveis pela sua prisão, não de grades, mas do processo, ou seja, de uma teia de situações que o sufocam no emaranhado complexo e indecifrável, por falta de uma acusação precisa, objetiva e concreta contra si, que mina

23 “O Processo” é uma obra fictícia de Franz Kafka, em que o protagonista se vê completamente perdido no emaranhado de um processo, sem saber sequer como este teve início, muito menos qual a acusação que lhe é imputada. Assim, sem saber qual é a acusação, não tem como exercer o seu direito de defesa, e, sem ter qualquer conhecimento do rito procedimental a ser seguido, não vislumbra qual o próximo passo a ser dado, nem por ele e tampouco pela Justiça.

24 KAFKA, 2014, p. 31.

suas forças e começa, também, a lhe subtrair a lucidez, parecendo-lhe mais lógico conhecer quem é o acusador para então entender o seu crime.

Essa invisibilidade kafkiana é a mesma que afeta muitos que não são ouvidos minimamente a contento nos saguões distritais onde são confeccionadas peças fictícias de condutas amoldadas, em certo sentido, às exigências legais, para se tornarem reprováveis ou ilícitas.

É nesse viés, e dentro desse contexto delimitado pelo objeto em estudo, que os olhos deveriam se voltar com um pouco mais de sensibilidade e, ante a reflexão dos elementos disponibilizados, direcionar o caminho para encontrar a solução possível. Se quisermos uma sociedade civil organizada como um todo, em alguma parte, e por partes, deve ser iniciado o processo.

O REFLEXO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS VULNERABILIDADES SOCIAIS: O DIREITO PENAL-CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com o fim da Idade Média, surgiu o Estado Absoluto, ou a monarquia absoluta, representada pela figura do príncipe, que era a origem de todas as coisas, inclusive das normas jurídicas. Tinha como objetivo se afastar do poder da Igreja Católica e do Império Romano, que assumiu a produção do direito em busca de um ordenamento jurídico estatal, que, em outras palavras, nada mais era do que a vontade do príncipe em relação aos seus súditos.

Nessa concentração de poder é que se manifestavam as atividades estatais e que, posteriormente, Montesquieu cuidou em repartir suas respectivas funções. Apenas no começo da Idade Moderna que foi sedimentada a base da reflexão proposta neste trabalho, nas palavras proferidas por Francisco Cesar Asfor Rocha:

O início da era moderna, com o Estado Absoluto, legou à cultura jurídica ocidental a produção estatal do Direito

como única fonte da regulação das condutas humanas, mas a ausência de limites das ações do Estado permitiu que, na fase seguinte do curso histórico, a classe burguesa procurasse, com o fortalecimento do Poder Legislativo, composto quase que só de indivíduos provindos da burguesia, imprimir fronteiras ao Estado (Poder Executivo), bem como aos Magistrados (Poder Judiciário), fortalecendo, assim, a lei, uma vez que esta era produto das suas vontades políticas e nela estavam resguardados todos os interesses daquela nova classe que crescia progressivamente no continente europeu.²⁵

Essa herança é sentida até hoje, pois cabe ao Poder Legislativo a edição das normas jurídicas, parecendo não existirem meios de se harmonizar ao sistema de leis em vigor pela diversidade de propósitos e fins a que chegam os mandatários eleitos para o cargo em especial. Foi com o liberalismo na Europa, inspirado nas ideias iluministas que fortaleceram as revoluções burguesas, que se pode constatar o ponto mais relevante deste movimento: a obstinada formulação dos seus teóricos meios para impedir o abuso de poder que, na tradição inglesa, ganhou o nome de constitucionalismo.²⁶

Foi, portanto, nessa época que o Estado de Direito se aperfeiçoou e, com ele, os direitos fundamentais conhecidos como de primeira geração, sendo consagrados nos mais diversos textos constitucionais como garantia de defesa individual contra o Estado e a sua potencial tirania. É nesse contexto que se insere a análise dos mais diversos modos de violações protagonizadas pelo Estado – ainda que sem o emprego de violência física, posto que aqui não foi estabelecido este propósito para a presente reflexão. Trata-se da violência promovida pelo ente estatal, de modo velado ou na forma dissimulada que a autoridade autoritária investe contra o indivíduo – este último, sujeito de direitos, e não mais um mero objeto da investigação, como era interpretado pelas normas processuais penais anteriores à Constituição Federal de 1988, ou seja, como instrumento a serviço do Estado.

25 ROCHA, 2007, p.58.

26 ROCHA, 2007, p. 59.

Tal mudança de paradigma viabilizou mais segurança ao indivíduo contra o arbítrio estatal de passado absolutista tirânico, incorporando os direitos fundamentais ao ponto mais alto do ordenamento jurídico dos países regidos pelo direito e pela democracia. Todavia, há que se fazer uma ponderação para exigir a efetiva aplicação desses sublimes direitos já positivados em nossa Constituição Federal, recebendo o devido e merecido respeito às regras de interpretação na categoria normativa correspondente aos princípios de ordem constitucional nela inseridos.

Nesse caso, tomando por empréstimo as lições hermenêuticas de Paulo Bonavides sobre como devem ser interpretados os direitos individuais: a hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendam os caminhos abertos pelo emprego dos métodos interpretativos da escola clássica de Savigny. Isso deriva da peculiaridade mesma imanente à estrutura normativa desses direitos fundamentais, que exigem, segundo Koch, decisões de prioridade ou primazia, tais como a pretensão de tutela (*Schutzanspruch*) e as interferências legislativas ou entre direitos fundamentais conflitantes, isto é, posições constitucionais cuja harmonia deve ser levada a cabo por via do legislado.²⁷

Apenas no plano da necessidade discursiva é que surgem as condições para estabelecer os critérios para afirmar que tanto os procedimentos investigativos de um crime como o processamento deste em juízo se dão com violação a direitos fundamentais de primeira geração, bem como que, pelo tempo e pela distância em que já o foram reconhecidos e consagrados na dinâmica em que o mundo gira, parece que o retorno à discussão não faria muito sentido; entretanto, faz.

É fato sabido que os sistemas constitucionais contemporâneos, que incluem o modelo brasileiro, devem ser interpretados a partir de uma ideia de sistema hierarquicamente organizado, deductivamente, de cima para baixo, tendo a Constituição como seu órgão diretor, sendo a visão sistêmica uma construção científica responsável pela boa e correta interpretação das normas infra-constitucionais, pois cria um tipo ideal, a partir da concepção de

27 BONAVIDES, 2002, p. 545.

sentido, como sendo aquilo que faz sentido – um verdadeiro modelo de interpretação, segundo Luiz Antônio Rizzatto Nunes.²⁸

A unidade, por fim, enfeixa o sistema como um todo unitário – isso porque, dentro da moderna hermenêutica sistêmico-constitucional, que vai além dos métodos tradicionais conhecidos na arte da interpretação, leva-se em conta, por força do reconhecimento da influência do texto constitucional, que não se concebe, atualmente, uma interpretação que não culmine em “conforme a Constituição”.²⁹

O supracitado autor, para explicar o sistema como modelo ideal de interpretação, utiliza como exemplo um estudante de geografia que, munido de um mapa, intenciona conhecer pessoalmente o rio Amazonas, surpreendendo-se com a realidade diversa. Todavia, o mapa é a base que serve como um redutor em relação à realidade e, transportando-se para o sistema jurídico, este é composto por um conjunto de elementos que se interrelacionam mediante regras, cuja estrutura é formada pela hierarquia, coesão e unidade.

Hierarquia, porque a Constituição está no posto mais alto de comando, emanando seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, como demonstração de união entre normas e princípios em perfeita harmonia e coerência.

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO EXIGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os princípios constitucionais desempenham papel fundamental dentro do Estado Democrático de Direito, sobretudo na interpretação e correta aplicação dos demais diplomas legais que integram o ordenamento jurídico normativo e da própria lei maior por si mesma, uma vez que, conforme Celso Ribeiro Bastos,³⁰ por definição os princípios constitucionais são aqueles

28 NUNES, 2002, p. 30.

29 NUNES, 2002, p. 32.

30 BASTOS, 2002, p. 241.

que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica e, por tal razão, não se limitam ao regramento específico e limitado de uma norma. Antes, lançam a sua força por todo o ordenamento jurídico, perdendo em carga normativa, mas ganhando em força valorativa, para se atingir todas as normas em geral, e dar um caráter sistêmico à Constituição.

Sua função, portanto, é a de servir como critério de interpretação das normas constitucionais,³¹ tanto na fase da criação, exercida pelo legislador, quanto no momento em que deve ser aplicada pelo órgão julgador, atentando para a efetiva entrega da tutela jurisdicional dos direitos dos cidadãos que tenham sido contemplados pela prova devidamente analisada.

Em suma, os princípios sistematizam a Constituição, atuam como base de interpretação e emanam seus efeitos a todo o ordenamento jurídico. A Constituição da República promulgada em 1988 acolheu os dois princípios (Estado Democrático e o Estado de Direito), em função da ineficiência do princípio republicano que deveria garantir a soberania popular. Porém, ainda que consagrado o "estado" de regime e direitos como forma e sistema jurídico para o funcionamento das relações de toda ordem e natureza, ainda hoje o atendimento específico desta categoria – tão importante e tão cara, e que levou tempos até ser, no Brasil, conquistada – não espelha a grandeza do título que ostenta ou mesmo do sentido e significado que representa, considerando as manifestações e atuações estatais em relação a esses direitos fundamentais não efetivados pelo Judiciário em suas atividades regulares.

Nesse viés, cabe ao Poder Judiciário a decisão, literalmente falando, de dar ao conceito o conteúdo que ele merece, ainda que sua decisão dependa de outros fatores e setores públicos para ser devidamente cumprida. Fabio Konder Comparato afirma com toda propriedade que, na Idade Moderna, só se pode considerar democrático o regime político fundado na soberania popular e cujo objetivo último consiste no respeito integral aos

31 BASTOS, 2002, p. 242.

direitos fundamentais da pessoa humana. A soberania do povo, não dirigida à realização dos direitos humanos, conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito integral aos direitos do homem, por sua vez, é inalcançável quando o poder político supremo não pertence ao povo.³²

Considerando a diferença de como se compõe outros poderes públicos, que são eleitos pelo voto popular, o autor vai mais adiante para afirmar categoricamente que o

"Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função de ambas essas exigências. (...) Embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, na generalidade dos países os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular".³³

Essa grande diferença representa um fator que é fundamental para a compreensão do importante papel que desenvolve o juiz perante o povo, que não o elegeu para o exercício de tal cargo público. De algum modo, os juízes gozam de um prestígio público fundado no respeito moral e na confiança que inspiram, daí a legitimidade total para o exercício de suas funções com a independência que lhes é inerente e, também, esperada pelo povo, que, diante de uma democracia, é o soberano.

Não sem motivo ou justificativa constitucional, a ministra Carmem Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) no biênio 2016-2018, em seu discurso de posse, ao invés de seguir o protocolo cerimonial, deu lugar ao povo brasileiro, a quem saudou primeiramente, comprometendo-se a cumprir a lei e a Constituição da República do Brasil.

32 COMPARATO, 2004, p.151.

33 COMPARATO, 2004, p.151.

A LEGITIMAÇÃO DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS NUM SISTEMA DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS GARANTIAS NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Em resposta à democracia da maioria dominante e ainda presente nos dias atuais como forma de legitimação dos Estados Constitucionais, detendo a característica de soberania popular, representada pelos interesses da maioria, não se mostrou suficientemente capaz de resolver os problemas por eles mesmos criados. Esse problema impulsionou a reflexão de outra fonte de legitimação.

Essa outra forma de legitimação para a tomada de decisões, fundamentada em um conjunto de limites impostos pela Constituição a todo o poder, é que Ferrajoli chamou de democracia constitucional. O sistema de garantias concebe a democracia como um sistema frágil e complexo, pautado na separação e no equilíbrio entre os poderes, bem como de garantias dos direitos fundamentais, por meio de técnicas de controle e de reparação contra suas violações. A mudança do paradigma da democracia da maioria para uma democracia constitucional ocorreu justamente com a verificação de como o direito foi utilizado durante a ditadura militar brasileira, sendo impulsionada pela força da maioria, única fonte de legitimação do poder.

Por conta disso é que o ponto de partida da democracia constitucional consiste no fator de legitimação do poder, não residindo somente no caráter popular, sob pena de violação aos direitos fundamentais.

Há o estabelecimento de um elo entre a regra da maioria e o Estado como forma de verificação da legitimidade na tomada de decisões. Por conta disso é que, na democracia constitucional, além da dimensão formal da democracia, existe a sua dimensão substancial. A dimensão substancial da democracia constitucional representa o conteúdo das decisões, fundamentada na garantia e nos métodos de proteção dos direitos fundamentais.

A preocupação reside não somente em estabelecer previamente as regras do jogo, ou seja, não basta entender a democracia como sendo o respeito às regras do jogo, mas sim discutir também o caráter substancial dessas regras na formação das decisões. O objetivo precípua da democracia constitucional é encontrar sustentáculo em um modelo de garantias, limites e vínculos aos poderes da maioria, por obra das constituições nacionais, sempre com a função de proteger os direitos fundamentais.

Assim, o objetivo da democracia constitucional ou funcional é a de impor, por meio das constituições, um sistema de garantias dos direitos fundamentais contra qualquer ato de poder que venha a limitar ou suprimir tais direitos, mesmo sob a “legitimação” dos interesses da maioria. Por esse motivo, é indispensável situar os contornos dos direitos fundamentais.

A força contramajoritária dos direitos fundamentais, representada pelo conjunto de garantias asseguradas universalmente e igualitariamente aos indivíduos, constitui a declaração da exclusiva tutela dos frágeis. A noção de proteção integral mediante os direitos fundamentais efetiva-se sempre que exista uma relação de desequilíbrio entre detentor do poder e o indivíduo. A consagração dos direitos fundamentais foi uma importante conquista das sociedades pós-guerra, pois iniciou um processo gradual de consolidação da democracia. A ausência de legitimidade democrática no exercício do poder representou uma marca dos Estados autoritários, muito embora repousassem em grande apelo popular. A democracia constitucional, na via do novo constitucionalismo, tenta maximizar as garantias constitucionais quando houver a necessidade de proteção dos direitos fundamentais ou da própria democracia.

O princípio da humanidade das penas prescreve que as penas devem ser, o máximo possível, humanas. Trata-se, como vimos, de um conceito vago, que varia no contexto sociocultural, tendo como marco histórico o movimento iluminista – regido pelos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade –, sendo Beccaria um de seus principais expoentes.

Esses princípios estão presentes na Constituição Federal de 1988, em incisos do art. nº 5, expressando-se tanto por meio de vedações – que proíbem as penas corporais, cruéis, de morte – como por meio de obrigações impostas ao Estado – as quais demandam prestações positivas, a exemplo do dever de assegurar às presidiárias condições para que permaneçam com seus filhos durante o período da amamentação. Assim como em todos os princípios, o da humanidade das penas também encontra dificuldades em relação às regras, ao se reconhecer sua vinculatividade jurídica, cujo reconhecimento depende da aceitação de sua natureza normativa.

Todavia, é imprescindível, em um Estado Democrático de Direito, que haja uma modalidade mais evoluída do Estado de Direito, na qual o valor da pessoa humana passa a ser o centro axiológico de todo o ordenamento jurídico, bem como o reconhecimento do caráter vinculante dos princípios constitucionais e a busca incessante por sua efetivação, no sentido de tornar realidade o “dever ser” que trazem.

A máxima valorização da pessoa humana ganhou destaque no plano internacional a partir da Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, foi criado o direito internacional dos Direitos Humanos. O Brasil, por meio da ratificação de vários tratados dessa natureza, tem se comprometido internacionalmente a respeitar os direitos fundamentais do homem e a assegurar o seu pleno exercício.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, criou dois órgãos de suma importância: a Convenção e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que merecem especial alusão nessas considerações finais, uma vez que poderão ser acionadas na hipótese de graves violações dos direitos fundamentais dos presos perdurarem após esgotadas as vias internas (condição para se acionar os órgãos internacionais).

Ressalta-se que as “Regras de Tóquio”, adotadas pela Organização das Nações Unidas, em 1990, trataram das penas e medi-

das alternativas. Essa busca pela substituição da pena privativa de liberdade representa um novo capítulo da história das penas, a qual é marcada por uma progressiva limitação do poder punitivo, o que ocorreu primeiramente com o Estado tomando para si o *ius puniendi* e, posteriormente, com o próprio Estado se limitando e humanizando as penas.

Num plano interno, a Lei de Execução Penal traz vários dispositivos que, se respeitados, tornariam a execução penal mais humana. Dentre eles, destaca-se a previsão de que o condenado conservará todos dos direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Todavia, a realidade de nossa execução penal é gritantemente diferente de sua previsão legal. A maioria dos presos é tratada como “lixo humano”, sendo-lhes cerceados muito mais direitos do que aqueles previstos na sentença e na lei. Não apenas a Lei de Execução Penal mostra-se, assim, violada como a própria Constituição Federal e alguns tratados internacionais.

Nosso sistema penitenciário é precário e profundamente marcado pela falta de infraestrutura. Justamente dessa situação decorrem as graves violações de direitos fundamentais dos presos, as quais demandam providências por parte da Administração Pública, de forma urgente, no sentido de construir novos estabelecimentos penais, melhorando os já existentes, aumentando o número de funcionários dedicados a assistir os presos e investindo no revigoramento das penas restritivas de direitos.

Como ficou evidente, a distribuição de justiça vai muito além do mero cumprimento formal de procedimentos e regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico em vigor, como se esta fosse a única via de acesso ao Judiciário – sobretudo quando as decisões judiciais não exprimem ter havido valoração correta e isenta da prova, trazendo-a para o universo do processo, deixando cada vez mais os julgadores distantes da causa e do possível causador de danos a direitos de outrem.

Não estão longe de alcançar redenção aqueles que exercem a atividade jurisdicional. Com os avanços da tecnologia, nada impede que possa ser usada em prol da garantia dos direitos fundamentais aqui analisados, mas, por outro lado, em total violação pela forma com que são manejados no momento mais crucial da vida de quem são os seus detentores, isto é, os cidadãos processados pelo Estado.

Via de regra, o teor das versões apresentadas a que é dado registro em solo policial por vezes não reflete a realidade da ocorrência em si mesma, o que interfere negativamente na análise do titular da ação penal quanto ao cabimento e à pertinência ou não da denúncia em cada caso.

Quando a relação processual é instaurada nessas condições, é possível constatar o distanciamento da realidade com aquilo que o processo penal revelou ao magistrado. Por consequência, percebe-se o resultado prejudicial inerente à prestação jurisdicional quanto à negação da tutela a direitos fundamentais, decorrentes desta relação do indivíduo com o Estado, o qual deveria ser o protagonista e assegurador desses consagrados princípios fundamentais.

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO PENAL NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

O sistema de garantias concebe a democracia como sistema frágil e complexo, pautado na separação e no equilíbrio entre os Poderes, bem como de garantias dos direitos fundamentais, por meio de técnicas de controle e de reparação contra suas violações. A mudança do paradigma da democracia da maioria para uma democracia constitucional ocorreu justamente com a verificação da forma de utilização do direito durante a ditadura militar brasileira, sendo impulsionada pela força da maioria, única fonte de legitimação do poder. Por conta disso, o ponto de partida da democracia constitucional consiste no fator de legitimação do poder, não se pautando somente no caráter popular, sob pena de violação aos direitos fundamentais.

A preocupação reside não somente em estabelecer previamente as regras do jogo, ou seja, não basta entender a democracia como sendo o respeito às regras do jogo, mas sim discutir o caráter substancial dessas regras na formação das decisões. O objetivo precípua da democracia constitucional é encontrar sustentáculo em um modelo de garantias, limites e vínculos aos poderes da maioria, por obra das constituições nacionais, sempre com a função de proteger os direitos fundamentais.

Desse modo, o objetivo da democracia constitucional ou funcional é a de impor, através das Constituições, um sistema de garantias dos direitos fundamentais contra qualquer ato de poder que venha a limitar ou suprimir tais direitos, mesmo sob a "legitimação" dos interesses da maioria. Por esse motivo, é indispensável situar os contornos dos direitos fundamentais.

A força contramajoritária dos direitos fundamentais – representado pelo conjunto de garantias asseguradas universalmente e igualitariamente aos indivíduos – constitui a declaração da exclusiva tutela dos frágeis. A noção de proteção integral mediante os direitos fundamentais efetiva-se sempre que exista uma relação de desequilíbrio entre detentor do poder e o indivíduo. A consagração dos direitos fundamentais foi uma importante conquista das sociedades pós-guerra, pois iniciou um processo gradual de consolidação da democracia. A ausência de legitimidade democrática no exercício do poder representou uma marca dos Estados autoritários, embora repousassem em grande apelo popular. A democracia constitucional, na via do novo constitucionalismo, tenta maximizar as garantias constitucionais sempre que necessário à proteção dos direitos fundamentais ou da própria democracia.

A globalização, apesar de acarretar uma ampliação no campo social e econômico, não permitiu a mesma evolução no campo público, implicando diminuição da atuação do Estado em sociedade, principalmente em países em desenvolvimento, como o Brasil. Isto se deve ao fortalecimento da iniciativa privada na globalização, em que a imposição do livre mercado implica num Es-

tado abstencionista, atuando apenas em situações excepcionais.

Neste sentido, jaz a absoluta desconformidade da globalização com o Estado Democrático de Direito, em descompasso com a lógica da economia de mercado, que, juntamente com a corrupção que assola os países em desenvolvimento, culmina na preponderância do crescimento econômico como um fim em si mesmo, viabilizando uma espécie de recolonização pelas forças financeiras e pelas empresas transnacionais.

Não há como negar que o fenômeno do constitucionalismo se vê minimizado frente à globalização. O século XXI tem como principal desafio a preservação das evoluções advindas do modelo democrático de organização política. Seja como for, abstraindo por um momento a perversidade dessa teoria, que procura pasteurizar as culturas e as tradições de cada povo, é certo que um dos desafios do constitucionalismo social, especialmente no Brasil, seria conciliar eficiência e solidariedade social, fomentando os princípios da solidariedade e da subsidiariedade, a fim de instaurar um marco do federalismo de cooperação e, ao mesmo tempo, garantir a participação popular, sem descuidar do desenvolvimento nacional.

Não há oposição na hipótese de as técnicas incrementarem o desenvolvimento econômico e social. Entretanto, em um país em que o Legislativo está impregnado pela omissão legislativa, o Executivo se revela descontrolado na edição de medidas provisórias (auferindo verdadeiro caráter autoritário na condução da nação), e o Judiciário está tomado pela morosidade, deve-se necessariamente repensar qual o papel do Estado dentro do processo de globalização? E, principalmente, qual seria o papel do direito penal? A aplicação do direito penal brasileiro, nesse sentido – uma vez superada a fase positivista/jurídica do sistema fechado –, terá em conta, na análise dos fatos relevantes para o direito penal, os enunciados dogmáticos como juízos subjetivos de valoração, a fim de aplicar um tratamento de um determinado conflito social ou uma série de casos que necessitem de interferência do direito penal, dentro dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Disso se extrai que o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Em determinado momento histórico, espelha as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: assegurar ao Estado mecanismos para atuar por meio de seu poder punitivo e garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais para preservação da sua liberdade.

CONCLUSÃO

A proposta desenvolvida concentra-se em verificar a falha dos procedimentos policiais na apuração dos fatos que desencadearão o futuro processo penal, o qual não passa de uma obra de ficção jurídica, em que a verdade substancial é algo inatingível, diante da excessiva carga subjetiva empregada pelo julgador em suas decisões, que pouco analisa a prova e os argumentos em debate, preferindo se manifestar por meio de decisões pré-moldadas e desvinculadas da causa, em vez de uma participação autoral no processo.

No entanto, um grande passo para a melhoria da qualidade e eficiência na prestação jurisdicional seria a fundamentação das decisões judiciais em consonância com a ordem constitucional, algo que evitaria todo tipo de investida contra direitos e garantias fundamentais no que se toca à dialética processual.

Deste modo, seria compatível o modelo democrático de participação autoral do juiz em suas próprias decisões, no sentido de enfrentar a realidade dos fatos e das provas, reativar a confiança e esperança do povo oprimido, das minorias e dos menos favorecidos economicamente – grupo que mais sente o desatendimento dos preceitos mais basilares do indivíduo no processamento de uma demanda criminal.

Para tal, faz-se necessário que a independência funcional do magistrado esteja desatada dos nós da burocracia e das pressões dos relatórios demonstrativos de estatísticas inoperantes,

que apontam baixas de acervos processuais como sinônimo de eficiência na prestação da tutela jurisdicional, para se voltar ao garantismo de direitos fundamentais da pessoa humana.

Livre da manifestação estatal absolutista arbitrária e tirana, que fere direitos individuais, em que não se conhece a realidade da causa desencadeadora do processo, diante da invisibilidade do ser humano que não é ouvido porque já existem prontas respostas para o seu problema, haverá de ser reconhecida a sua culpa.

Qualquer que seja a situação, é certo que o indivíduo já está preso, ainda que possa se locomover, embora preso eternamente ao processo kafkiano, sem forças para reagir, ainda que possa ser inocente.

Para se libertar do processo injusto e desequilibrado, nada mais razoável que as decisões enfrentarem o âmago dos fatos e permitirem que as provas sejam produzidas em igualdade de condições, preterindo às negativas de ordem judicial pré-moldadas e orações sem força semântica, a fim de devolver o mínimo de prestação jurisdicional com o apreço da grandeza dos direitos fundamentais, como a liberdade do indivíduo que está em jogo, inserida no rol dos direitos e das garantias fundamentais pelo constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 3 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: consequências humanas. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Do Estado Liberal do Estado Social. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código de Processo Penal (1941). Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Lei de Execução Penal. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 30 set. 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. 1. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CAZENAVE, Michel. Mythes et histoire. Paris: Albin Michel, 1984.

CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO EREMIAS DELIZOCOIV. Desaparecidos Políticos. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/>>. Acesso em: 15 ago.2017.

CERTEAU, Michel de. A Escrita da História. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

CHALHOUB, Sidney, PEREIRA, Leonardo Affonso de M. (orgs.). A história contada.

Capítulos de história social da literatura no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Filosofia do Direito na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças; PASSOS, Eduardo; BARROS, Regina Benevides de. Direitos Humanos no Brasil e o Grupo Tortura Nunca Mais/RJ. Rio de Janeiro: UFF – Universidade Federal Fluminense. 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

COMPARATO, Fábio konder. O Poder Judiciário no regime democrático. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10004>>. Acesso em: 31 de jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: a teoria do garantismo penal. GOMES, Luiz Flávio et. al (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Derechos humanos y constitucionalismo. Marcial Pons: Barcelona, 2005.

_____. Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. Garantismo: uma discussão sobre derecho y democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Tradução: Rozina D'Angina. 2. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2012.

KAFKA, Franz. O Processo. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade a pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Francisco Cesár Asfor. A luta pela efetividade da jurisdição. São Paulo: RT, 2007. SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



CRISTIANE S. GUIMARÃES

Graduada em direito e história pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e em administração pública pela Universidade do Estado da Bahia, especialista em direito administrativo e tributário pela UFBA e em direito constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional, bem como mestranda em direito, governança e políticas públicas pela Universidade Salvador. É procuradora do estado da Bahia, vice-presidente da Associação de Procuradores do Estado da Bahia e superintendente da Câmara de Mediação e Arbitragem da mesma instituição.

CRISTIANE S.
GUIMARÃES

TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E O NOVO DESENVOLVIMENTISMO: REDUZINDO A DUALIDADE ENTRE MERCADO E ESTADO

A sociedade contemporânea passa por um modo especial de prestação do trabalho e de comunicação (a exemplo do tele-trabalho, da comunicação via *Skype*), decorrentes de inovações tecnológicas, provocando o surgimento de profundas mudanças comportamentais, as quais conduzem à necessária reformulação de governos e instituições com diversos sistemas orgânicos da administração pública, para adequá-la à nova revolução industrial – a então conhecida como quarta revolução industrial.¹

Se, por um lado, o desenvolvimento é incerto na adoção das tecnologias emergentes, por outro, a complexidade e a interconexão entre os diversos setores implicam a conjugação de todos os *stakeholders*² da sociedade globalizada – sociedade civil, Estado, empresas, academia –, trabalhando juntos para o máximo entendimento dos efeitos das tecnologias emergentes, tornando, assim, cada vez mais crível a ideia preconizada por Edward Lorenz³ e seu efeito borboleta.

1 Schwab, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 15.

2 Partes interessadas que podem influenciar a tomada de decisão.

3 Em 1960, Edward Lorenz descobriu o efeito borboleta, que deu origem à não menos conhecida teoria do caos, também chamada de terceira revolução científica do século XX. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2008/04/18/jornal/19172008-edward-lorenz-o-pai-do->

Conhecimento compartilhado, futuro coletivo, valores e objetivos comuns são palavras de ordem para a manutenção do Estado Social, no contexto da globalização, bem como para a compreensão das mudanças orientadas pelas tecnologias que alteram a vida contemporânea e a sustentabilidade geracional, na medida em que remodelam os contextos econômico, cultural e social. Tal movimento exige dos tomadores de decisão, governos, legisladores e julgadores, comumente acostumados ao pensamento linear ou imbuídos de preocupações imediatas, a aproximação das causas e dos efeitos das forças de ruptura, das inovações e dos negócios disruptivos dos tempos atuais.

Algumas tarefas são primordiais para os pré-falados *stakeholders*, em especial o Estado e o empresariado (mercado), de modo que deem passagem às inovações dos tempos atuais. O pensamento econômico dicotômico a conceber o mercado e o Estado como entidades estanques,⁴ opostas e díspares, além de preconceituosa, sempre fez parecer, para a sociedade em geral, que o Estado é o ser problemático, enquanto no Mercado reside o campo da solução de todos os males econômicos.

Os estudos contidos no presente artigo, à luz de aportes teóricos multidisciplinares, pretendem demonstrar uma nova visão do papel do Estado – não mais aquele arquétipo burocrático, engessado, à imagem do polvo e seus tentáculos, ser de dominação da totalidade ao seu alcance, ou, ainda, da figura do leão que somente dilapida os cofres empresariais. Propõe apresentar um Estado que sempre assumiu os desafios da inovação, ou seja, o risco que não é bancado pelo investidor do mercado; enfim, a posição do Estado que alimenta a dinâmica do capitalismo, mesmo sem deixar de corrigir as falhas do mercado.

efeito-borboleta-257586>. Acesso em: 20 mar. 2018.

4 REIS, José. Estado e mercado: Uma perspectiva institucionalista e relacional. *Revista Crítica de Ciências Sociais (On-line)*, 95 | 2011, colocado on-line no dia 01 dezembro 2012. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/4355> ; DOI : 10.4000/rccs.4355>. Acesso em: 06 jul. 2017.

No segundo título, o estudo se serve dos relatórios do Fórum Econômico Mundial para demonstrar a força tecnológica e os giros das inovações disruptivas que se apresentam na contemporaneidade, as quais devem ser observadas pelos *policy makers*, por tomadores de decisão e líderes, de modo a ser este o amálgama que ligará o Estado e o Mercado. Se, em dez anos, o grafeno, por exemplo, alcançar preço competitivo, as indústrias siderúrgicas provavelmente não subsistirão.

Ao final, no terceiro título, o artigo sugere a busca pelo novo-desenvolvimentismo como coexistência entre Estado e Mercado, em uma perspectiva institucionalista e relacional, caminhando na lição galbraithiana, diante da qual a vida econômica pode ser compreendida muito mais claramente se houver esforço para analisá-la integralmente. É simbiótica essa relação entre Estado e Mercado, dado que o mundo globalizado, as tecnologias e os negócios disruptivos são fatores de mudanças instantâneas dos dois *stakeholders*, situação esta que não pode ser olvidada pelos decisores e que demandam cuidar da aproximação, para superar as dicotomias.

QUEM É O TIGRE E QUEM É O GATO? POR UMA COEXISTÊNCIA ENTRE ESTADO E MERCADO

Seja em uma publicação sobre as “Causas da Riqueza das Nações”, de Adam Smith (1776), ou na batalha discursiva de Mariana Mazzucato,⁵ aqui importa desfazer o mito da força paralisante do Estado em contraste com a força dinâmica, competitiva e inovadora da atividade comercial. Muitas imagens são projetadas com força no mental social, a exemplo do baiano⁶ preguiçoso deitado em uma rede, ou do mexicano preguiçoso sob a palmeira e do alemão destruidor do mundo; de igual modo, o Estado tem sido

5 Mazzucato, Mariana. O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público x setor privado. São Paulo: Portfolio Penguin, 2014. p. 35.

6 Baiano é o povo que vive na Bahia, estado nordestino da federação brasileira, que, em razão da musicalidade, fala arrastada e bairrismos entre regiões do país, carrega o estereótipo de pessoa vagarosa nas ações. Esclareça-se a excessiva mitologia arraigada nessa forma preconceituosa de pensar sobre determinado povo.

atacado com imagens de sua burocracia, engessamento e estrutura pesada, ou de um Estado a “abocanhar” ferozmente toda a riqueza patrimonial do indivíduo, como um leão faminto.

Nessa linha de pensamento, Mariana Mazzucato relata um estilo denominado de panfletário dos anos 1800, pelo sentido de urgência reclamado, de modo a convencer o governo britânico a mudar a estratégia de cortes dos programas do Estado e repensar no que o Estado pode fazer para retomar a sustentabilidade pós-crise.⁷

Destaca o papel do Estado como “incubadoras” de inovação e empreendedorismo – a exemplo do Vale do Silício –, projeto facilitador da economia do conhecimento. Investe a autora pesquisa suficiente para demonstrar o papel do Estado nos investimentos por trás da revolução da internet e o apoio estatal recebido pela Apple, e discorre sobre o Estado e a economia verde.

Não há como olvidar que os países nos quais a economia verde mais evoluiu são aqueles em que o Estado mais desempenhou um papel ativo, para além de buscar reduzir as falhas do mercado.

Chama-se atenção, neste artigo, ao fato de que o empreendedorismo – elemento que todo formulador de política pública quer estimular – não se trata apenas de *startups*, capital de risco e dos gênios “stevejobianos”, mas da disposição de os agentes econômicos assumirem riscos diante das incertezas, do desconhecido, das ameaças de falhas das tentativas de inovação, que, no mais das vezes, não são bancadas pelo investidor privado.

Em contrapartida, ao longo da história, o Estado bancou e desenvolveu as inovações, das ferrovias à Internet, todas, inclusive as destacadas pela aludida autora, do smartphone à Siri – o Estado se apresenta na ponta do fomento, alimentando a dinâmica do capitalismo. Será que tais inovações ocorreriam se o “merca-

7 MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado*. São Paulo: Portfolio Penguin, 2014. p. 35.

do” ficasse de lado e o governo pousasse no mínimo essencial?

Seguindo a entusiástica lição de Keynes, “o importante para o governo não é fazer coisas que os indivíduos estão fazendo, mas fazer aquelas coisas que no momento não são feitas de forma alguma”.⁸ Para que a visão se transforme em acontecimentos, exigem-se não apenas habilidades burocráticas, mas conhecimento específico da tecnologia e do setor. Mais uma vez, Mazzucato nos empresta o exemplo do “segredo” da Darpa, que, segundo a autora, inventou e comercializou a Internet no Departamento de Defesa Americano⁹ – “... sua capacidade de atrair talentos e gerar entusiasmo em torno de missões específicas”.¹⁰

Interessante que os exemplos até agora fornecidos vêm exatamente dos Estados Unidos, o país mais representativo do “mercado livre”, com um dos governos mais intervencionistas no tocante às inovações, copiado pelos países emergentes, como o Brasil, onde bancos estatais de investimentos estão dirigindo empréstimos para áreas de incertezas, tão severamente temidas pelos bancos privados, vide exemplo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) investindo em setores de tecnologia limpa e biotecnologia (Plataforma para o Biofuturo, Fundo Amazônia, energia pública eficiente, Inova Mineral e Inova Social).¹¹

De fato, a mão do Estado não é pesada, é firme, avança por caminhos da inovação que nenhuma atividade privada ousa, não é limitadora do crescimento econômico, mas parceira, e também não deve se curvar a grupos econômicos que se aproximam para benefícios eventuais, como anistias tributárias. De todo esse in-

8 A mais importante agenda do Estado não está relacionada às atividades que os indivíduos articuladamente já realizam, mas às funções que estão fora do âmbito individual, àquelas decisões que ninguém adota se o Estado não faz. Para o governo, o mais importante não é fazer coisas que os indivíduos já estão fazendo, fazendo-as um pouco melhor ou um pouco pior, mas fazer aquelas coisas que atualmente deixam de ser feitas. KEYNES, J. M. O fim do laissez-faire. Disponível em: <http://www.ct.utfpr.edu.br/deptos/ppgpgp/documentos/III_fimlaissezfaire.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2017.

9 DARPA - Agência de projeto de Pesquisa Avançada de Defesa.

10 DARPA - Agência de projeto de Pesquisa Avançada de Defesa, p. 27.

11 Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Hotsites/Relatorio_Anual_2016/index.html#msg_pres>.

vestimento, ousado e empreendedor, o Estado deve assumir o seu papel de liderança, não apenas de corretor das falhas do mercado, o que é um grande desafio. O que ocorre em países no qual o Estado é subalternizado é que, além de não protagonizar o empreendedorismo, marginaliza-se na atividade puramente administrativa e, ao final, é cobrado pelo não atuar.

Desafios socioeconômicos, como a questão climática em voga, exigem um Estado protagonista, atuante nas parcerias público-privadas. Será mesmo a imagem do rei dos animais destinada ao espírito empresarial, a do leão rugindo, e, ao Estado, o de gatinho fraco e impotente?

Mesmo sob o ativismo de correção das falhas do mercado para uma nova visão do papel do Estado, aproximamo-nos muito mais da ideia do professor de Coimbra, José Reis, quando, seguindo a linha de Karl Polanyi, é destacado que o Estado sempre esteve na criação e formação dos mercados:¹²

"O Estado ordena e consagra padrões hierárquicos de organização coletiva (como decorre do que se disse atrás sobre economias de escala e de aprendizagem e coordenação na produção), define e redefine os domínios públicos e privados e isso exerce se através de diversos papéis, que não se limitam à lei, à formulação regulamentar ou ao seu papel político. Exerce se também através de políticas substantivas, quer as mais longamente consolidadas, com as que estruturam a prestação de serviços de educação, de saúde, de formas de ação social de incidência pessoal, quer as que desenvolvem formas de estruturação moderna das sociedades, nos domínios urbanos, da mobilidade, da ciência, do ordenamento e desenvolvimento dos territórios. Ora, os mercados, na dimensão e na forma que assumem, relacionam se e dependem deste papel substantivo do Estado,

12 Reis, José. Estado e mercado: uma perspectiva institucionalista e relacional. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [On-line], 95 | 2011, colocado on-line no dia 01 dez. 2012. Acesso em: 06 jul. 2017.

e não apenas da sua função estritamente política. A este propósito, pode retomar-se aqui o diálogo com Chang e anotar a análise que, num plano distinto daquele em que anteriormente discuti, ele faz do papel das empresas públicas na correção das deficiências do mercado e na construção de relações de desenvolvimento no longo prazo, sobretudo em países menos desenvolvidos”.

Como bem dito por Mazzucato, “Na inovação, o Estado não apenas ‘reúne’ *crowd in*, os investimentos do empresariado, como também ‘dinamiza’ – criando a visão, a missão e o plano”.¹³

Quando o professor José Reis, acima citado, oferece uma perspectiva institucionalista e relacional entre Estado e mercado, ele adota uma visão holística, de uma filosofia de vida coletiva. Parte do pressuposto de que a compreensão da matriz constitutiva do Estado carece de narrativa sobre as relações entre as dinâmicas materiais e relacionais da sociedade de um lado e entre elas, e as dinâmicas institucionais de outro. A considerar o Estado – instituição das instituições –, a mais complexa entidade institucional, o mestre de Coimbra dispõe de singular espessura organizacional e de uma forte capacidade de retroação sobre as circunstâncias que lhe deram forma e razão de ser.

Desse modo, na visão holística da contemporaneidade, contra José Reis a relação intrínseca entre Estado e mercado, não a antinomia sugerida ao longo dos séculos.

Se o mercado é uma construção com densidade institucional interligado ao Estado, é certo que, nas sociedades capitalistas desenvolvidas ou em desenvolvimento, o Estado não seja uma entidade estritamente política, mas que intervém nas motivações dos indivíduos. Cai por terra a ideia de que o Estado é sede exclusivamente política e que o mercado e a economia são entidades despolitizadas.

13 José Reis, « Estado e mercado: Uma perspectiva institucionalista e relacional », *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 95 | 2011, colocado online no dia 01 Dezembro 2012. Acesso em 06/07/2017, p. 33.

Nessa linha, comungando com os argumentos apresentados, Chang sugere:¹⁴

(...) uma economia política institucionalista capaz de iluminar a complexidade institucional do mercado e, em especial, o fato de os mercados serem, irredutivelmente, construções políticas, em vez de estados naturais ou dados de fato sobre que assenta a vida dos indivíduos e das comunidades. São construções políticas porque os direitos de propriedade e os outros direitos que definem as condições dos participantes no mercado se tornam artefatos estabelecidos através das relações de poder, de formas de legitimação e de consagrações jurídicas, políticas e institucionais sem as quais não existiriam. Eles são, de fato, o resultado de um exercício altamente político, desde a acumulação primitiva capitalista até as formas de privatização contemporâneas.

Considerar a Constituição de um Estado capaz de regular a economia, ou seja, que financie a atividade produtiva, e não a especulativa, traduz o signo de uma atuação estatal realizada de forma inteligente e complementar à atividade privada. Nesse sentido, asseveram os doutrinadores adeptos do novo-desenvolvimentismo¹⁵ que

é necessário (...) proporcionar condições para que o Estado possa desempenhar de forma mais eficaz sua ação – para o que pode ser necessário uma ‘reforma da gestão pública’. Trata-se de adotar uma forma de gestão que aproxime as práticas dos gerentes públicos às dos privados, tornando-os ao mesmo tempo mais autônomos e responsáveis perante a sociedade.

14 Chang, Ha Joon (2001), “Breaking the Mould - An Institutional Political Economy Alternative to the Neo Liberal Theory of the Market and the State, Social Policy and Development Programme”, Paper 6. New York: United Nations, Research Institute for Social Development.

15 Siscu, João; Paula, Luiz Fernando de; Michel, Renalt. Por que novo-desenvolvimentismo? Rev. Econ. Polit. [on-line] 2007, vol. 27, n. 4, pp. 507-524. ISSN 0101-3157. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572007000400001>>.

Uma reforma deste jaez requer não somente uma maior profissionalização da gestão pública, como também certo grau de descentralização do Estado, com a transferência de determinadas funções específicas do Estado às agências (semi)autônomas e a transferência de serviços sociais e científicos às organizações de serviço públicas, semi ou não estatais. Note-se, contudo, que isso não significa que as decisões mais importantes relativas às políticas públicas a serem implementadas devam ser igualmente descentralizadas, pois cabe às esferas governamentais, eleitas democraticamente, a definição delas.

TECNOLOGIA: RUPTURAS E INOVAÇÕES QUE MUDAM TUDO

Uma das determinantes para o progresso consiste no quanto a tecnologia é adotada pela sociedade e como tal inferência é dada pelos cidadãos. Contudo, também é tarefa do governo e das instituições públicas, tanto quanto da atividade privada. Os setores ainda se encontram despreparados com relação aos níveis de liderança necessários para o enfrentamento das mudanças que já estão em curso, em face das inovações tecnológicas, as quais trazem rupturas, exigindo-lhes repensar os sistemas econômicos, políticos, sociais e jurídicos.

Vejamos, como exemplo, a medida de um século para que a máquina de tear pudesse se espalhar para fora das fronteiras europeias comparativamente à rapidez com que a Internet se espalhou pelo globo. Os atuais disruptores – Uber, Airbnb, Alibaba –, desconhecidos de todos há um par de anos, hoje são muito familiares. Tudo leva à ilação de que, com menos trabalho e mesmo com muito menos trabalhadores, pode-se gerar mais riqueza do que há uma década.

James Manika e Michel Chui,¹⁶ a título de comparação dos negócios de automação em hiperespaços, revelam, ao comparar Detroit em 1990 e o Vale do Silício em 2014, que:

¹⁶ Manika, James; Chui, Michel. "Digital Era Brings Hiperescale Challenges", The Financial Times. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/f30051b2-1e36-11e4-bb68-00144feabdc0?mhq5j=e3>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

As três principais empresas em Detroit produziram receitas de US\$ 250 bilhões com funcionários de 1,2 milhão e uma capitalização de mercado combinada de US\$ 36 bilhões. As três principais empresas do Vale do Silício em 2014 tiveram receita de US\$ 247 bilhões, apenas 137 mil funcionários, mas uma capitalização de mercado de US\$ 1,09tn.

As megatendências, em termos de inovações e tecnologia, possuem uma característica em comum: o aproveitamento da capacidade de disseminação da digitalização e da tecnologia da informação. Klaus Schwab¹⁷ as categorizou em tipos que se relacionam e se beneficiam mutuamente na medida de seus avanços. Uma categoria física, por suas tangibilidades, veículos autônomos, impressão 3D, robótica avançada e novos materiais; daí, podemos falar de drones, da produção agrícola, da impressão de objetos 3D (partindo para evolução em 4D), falar do uso dessa tecnologia na produção de sapatos e roupas projetados para se adaptarem à variação climática do corpo humano; robôs com estruturas de biomimetismo, capacitados para tarefas puramente domésticas ao chão de fábrica; os novos materiais, a exemplo do grafeno (200 vezes mais forte que o aço e milhões de vezes mais fino que um cabelo, supercondutor de calor e eletricidade), que inevitavelmente causará uma ruptura na indústria siderúrgica; e a descoberta dos polímeros recicláveis, estreando uma nova era dos riscos climáticos globais.

Na categoria digital, ladeando a categoria física, surge a Internet das coisas, que simplesmente estabelece a relação entre os produtos, serviços e lugares às pessoas, através de plataformas, em hiperconexão. Tom Goodwin, estrategista de mídia, escreveu para o TechCrunch:¹⁸

O Uber, a maior empresa de táxis do mundo, não possui um veículo. O Facebook, o proprietário de mídia mais popular do mundo, não cria nenhum conteúdo. Alibaba,

17 Schwab, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. pp. 23-30.

18 Goodwin, Tom. *In the Age of Disintermediation the Battle is all for the Consumer Interface*. TechCrunch, mar. 2015. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/battle-customer-interface-tom-goodwin>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

o varejista mais valioso, não possui estoques. E o Airbnb, o maior provedor de hospedagem do mundo, não possui sequer um imóvel.

Na categoria biológica, o sequenciamento genético pode ser feito em poucas semanas e por cerca de seis mil reais.¹⁹ O próximo passo será a biologia sintética: criar organismos a partir dos DNAs, especialmente na agricultura e na produção de biocombustíveis.²⁰

O maior desafio em relação às três categorias consiste na categoria biológica, dado que o desenvolvimento das tecnologias debaterá com o próprio significado do ser humano, exigindo o amparo de normas sociais e regulamentações. Diga-se como exemplo a manipulação do genoma humano de embriões viáveis para o advento de bebês projetados com características escolhidas e resistentes a doenças – surgirão os superbebês, a produção dos super-homens.

O que essas megatendências têm a ver com o Estado? Se discutidas assim, abstratamente, nada, mas elas projetam um futuro de aplicações no cotidiano, que irão modificar, em breve, a vida em sociedade. O Fórum Econômico Mundial publicou, em setembro de 2015, um relatório, no qual foram identificados 21 pontos de inflexão, a marcar o momento em que as inovações tecnológicas irão formatar nosso futuro hiperconectado. A tabela 1 mostra o percentual de entrevistados (mais de 800 executivos e especialistas do setor de tecnologia da informação) a respeito do Futuro do Software e da Sociedade.

¹⁹ <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2013/05/sequenciamento-genetico-detecta-predisposicoes-doencas.html>>.

²⁰ Biocombustíveis na era Pós-Genômica: Panorâmica e Perspectivas. Disponível em: <<http://arquivo.ufv.br/dbg/resumos2008b/Resumo%20Janaina.htm>>.

Tabela 1 (os pontos de inflexão da tabela serão esperados até 2025)²¹

<i>10% of reading glasses connected to the internet</i>	85,5
<i>80% of people with a digital presence on the internet</i>	84,4
<i>The first 3D-printed car in production</i>	84,1
<i>The first government to replace its census with big-data sources</i>	82,9
<i>The first implantable mobile phone available commercially</i>	81,7
<i>5% of consumer products printed in 3D</i>	81,1
<i>90% of the population using smartphones</i>	80,7
<i>90% of the population with regular access to the internet</i>	78,8
<i>Driverless cars equalling 10% of all cars on US roads</i>	78,2
<i>The first transplant of a 3D-printed liver</i>	76,4
<i>30% of corporate audits performed by AI</i>	75,4
<i>Tax collected for the first time by a government via a blockchain</i>	73,1
<i>Over 50% of internet traffic to homes for appliances and devices</i>	69,9
<i>Globally more trips/journeys via car sharing than in private cars</i>	67,2
<i>The first city with more than 50,000 people and no traffic lights</i>	63,7
<i>10% of global gross domestic product stored on blockchain technology</i>	57,9
<i>The first AI machine on a corporate board of directors</i>	45,2

Source: Survey

Na melhor das hipóteses, de acordo com os executivos e especialistas em tecnologia da informação, algumas profissões sofrerão descontinuidade, a exemplo dos auditores corporativos e dos agentes fiscais. Não obstante o primeiro farmacêutico robótico esteja programado para até 2025, no Brasil já se propagandeou a primeira robô advogada, Luzia, em 2017. Ela daria vazão a mais de 390 mil processos do Estado,²² que representam 24 milhões de multas e impostos em atraso.

Os modelos de negócios que surgirão combinando os bens digitais e as plataformas não se traduzem apenas em aumento

²¹ Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report_2015.pdf>.

²² Disponível em: <<https://canaltech.com.br/noticia/robo/dra-luzia-primeira-robo-advogada-do-brasil-ja-tem-sua-primeira-missao-96658/>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

de preços, mas em custos mais baixos, se pensarmos na utilização das tecnologias de ponta a ponta da produção até a entrega do produto, ou da aquisição do serviço até a sua entrega.

Uma nova abordagem de mercado retira da zona de conforto os seus operadores, porque novos disruptores crescem rapidamente com custos menores do que os deles, gerando efeitos rápidos com o uso da rede, além de trazer novos limites para a indústria. A Amazon (que evoluiu de editora a um conglomerado de vendas), por exemplo, demonstra como a fidelização de clientes, combinada ao conhecimento de suas preferências, levou a empresa a realizar vendas com várias indústrias.

Na indústria automotiva, a combinação das tecnologias digitais aproxima produtos e serviços, diluindo as fronteiras entre as indústrias: o automóvel hoje é quase um computador sobre rodas.²³ O setor de finanças e a consultoria robótica (*robo-advisory*) estão sob mudanças disruptivas com as plataformas P2P (*peer-to-peer*). O *blockchain* inaugura uma nova era de armazenamento de dados compartilhados (pagamentos internacionais e compensação e liquidação comerciais). Nesse cenário, as empresas que sobreviverem precisarão aprimorar a vantagem inovadora. As grandes empresas sobreviverão pela sua capacidade de produção em escala e investimentos em *startups* e parcerias com empresas menores, mais inovadoras, em tentativa de preservação de seu ecossistema.

Uma vez que as rupturas reformulam o funcionamento das organizações, obrigam também os governos – do nível nacional ao local – à adaptação com o setor privado, bem como à colaboração entre governos. De fato, empresas, governos e líderes da sociedade civil devem combinar o mesmo objetivo geral na criação de normativas que permitam o progresso das inovações, de modo a minimizar os riscos e garantir a estabilidade social.

23 Kelly, Kevin. Inevitável: as 12 forças tecnológicas que mudarão o nosso mundo. Trad. Cristina Yamagami. São Paulo: HSM, 2017, p. 12. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?isbn=8567389917>>.

A adaptação dos governos também passará pela desconcentração do poder, porquanto os agrupamentos sociais facilitados pelas novas tecnologias permitirão novos influenciadores, e as autoridades públicas ficam mais suscetíveis ao crivo social, também mais exigente e com maiores expectativas. Observe-se, como exemplo, o WikiLeaks: o Davi contra o Golias.

Com tantas possibilidades provenientes da revolução tecnológica, alguns cenários futuros, em termos de posição política dos governos e da população, podem ser esperados, como cidadãos com aptidão para opinar e exercer o contrapoder. Em contrapartida, é possível a exsurgência de excessos de poder, de autoritarismos, decorrentes da máxima vigilância tecnológica. Poderá existir, ainda, a pulverização de estruturas paralelas, com aparato ideológico capaz de concorrer com o Estado oficial.

Os regramentos serão necessários para que a adaptação e a difusão de novas tecnologias aconteçam de forma eficiente, contudo com mudança de abordagem. A velocidade da informação exige das autoridades públicas e dos tomadores de decisão a ação imediata, e isso pode ter como consequência a perda de controle, somente com a chamada para uma governança ágil.

Essa foi a conclusão do Fórum Econômico Mundial, segundo o relatório intitulado "Os princípios de Governança Ágil em tempos de ruptura".²⁴ Seis princípios são apontados no dito relatório: mercado de trabalho; dinheiro e tributação; responsabilidade e proteção; segurança e privacidade; disponibilidade e inclusão; e, enfim, assimetrias de poder.

Se, por um lado, os mercados são fatores de geração de riqueza, diante da revolução tecnológica, é fato que a ética e o plexo de valores centrais nos comportamentos individuais e coletivos deverão atuar de modo pendular a eventual desenfreamento das inovações tecnológicas. Tanto o modelo de geração de riqueza como os sistemas atuais de tomadas de decisão criados diante

²⁴ A Call for Agile Governance Principles. World Economic Forum Global Agenda Council on the Future of Software and Society.

das três revoluções industriais anteriores não mais cumprem seus desideratos nas gerações atual e futura.

A concorrência é necessária para o estímulo à inovação, tornando o capitalismo (como ele deve ser por natureza) revolucionário e fazendo com que os empresários que se empenham maximizem seus lucros e haja remunerações diferenciadas para os indivíduos conforme suas formações, capacidades e habilidades.

Contudo, as normatizações devem existir, para evitar ou reduzir uma concorrência desleal e injusta, porque, diante dela, perdem os grandes e os pequenos – os grandes porque os embates sempre demandam custos e os pequenos porque são hipossuficientes, simplesmente. Na lição de Keynes,²⁵ existem dois tipos de girafas, cujo sofrimento ou bem-estar não devemos menosprezar: aquelas de pescoços mais curtos, que morrem de fome por não alcançarem as melhores folhas em galhos mais altos, ou a superalimentação das que possuem pescoços compridos.

Uma economia de mercado atual, com os níveis de profusão tecnológica aqui citados, não pode coexistir com um Estado fraco, pois não cria um ambiente de concorrência saudável, tampouco permite o crescimento econômico, a redução do desemprego e a eliminação das desigualdades. Transitar na linha da disjunção entre Estado e mercado é um voo cego, tão cego quanto aquele que vislumbra a mão invisível do mercado.

O AMÁLGAMA DO NOVO DESENVOLVIMENTISMO

O novo-desenvolvimentismo utiliza-se da estratégia teórica de Keynes de "transformação produtiva com equidade social", permitindo a compatibilização da distribuição de renda e do crescimento sustentável. Uma visão novo-desenvolvimentista preconiza, na visão do Keynes e dos economistas contemporâneos, um Estado forte, que estimula um mercado também forte. Portanto, pela conjugação das teorias analíticas, o novo-desen-

25 Keynes, J. M. "O fim do laissez-faire."

http://www.ct.utfrp.edu.br/deptos/ppgpgp/documentos/III_fimlaissezfaire.pdf.

volvimentismo busca compatibilizar o crescimento econômico e a equidade social como alternativas ao projeto liberal.

João Sicsú²⁶ e outros colaboradores do artigo denominado “Por que novo-desenvolvimentismo?”, publicado na Revista de Economia Política, apresenta, de forma mais sumarizada, a evolução da relação entre Estado e mercado para alcançar a via novo-desenvolvimentista, modelo mais adaptável à natureza do homem, da sociedade e do Estado, em face à escassez e às mudanças tecnológicas que causam disrupção nos negócios e mudam, em termos de segundos, o mercado da contemporaneidade. Dizem os autores:

Na visão smithiana, o Estado seria um corpo estranho, com capacidade de interferir e atrapalhar a realização de impulsos, necessidades e recompensas individuais naturais. O Estado, se utilizando de regras e/ou políticas governamentais, segundo a visão dos conservadores liberais dos dias de hoje, unicamente seria capaz de melhorar a vida de uns em detrimento da qualidade de vida de outros. Por exemplo, a concessão de subsídios seria necessariamente uma transferência deformadora, um privilégio, que retira parte da remuneração considerada justa dos mais habilidosos para recompensar indivíduos e/ou empresas não-merecedoras, porque seriam inábeis.

Em seguida, os autores trazem a visão monetarista neoliberal, para acrescentar que a interferência pública na economia gera os mais graves problemas macroeconômicos, a exemplo da inflação e das crises cambiais.

Segundo a visão monetarista neoliberal, o câmbio e os fluxos de capitais devem estar livres. Se movimentos bruscos de capitais ocorrem, provocando flutuações não desejáveis na taxa de câmbio, é porque foi implementa-

26 Sicsú, João; Paula, Luiz Fernando de; Michel, Renalt. Por que novo-desenvolvimentismo?. Rev. Econ. Polit. [on-line]. 2007, vol. 27, n. 4, pp. 507-524. ISSN 0101-3157. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572007000400001>>.

da alguma política governamental (de gastos públicos ou de redução de juros) considerada indevida pelo mercado (leia-se financeiro), que prontamente tenta vetá-la. Assim, a disciplina do mercado impõe aos governos (ditos "irresponsáveis") a adoção de políticas econômicas consideradas "sólidas" e "corretas". Governos são julgados e condenados ou absolvidos pelas ações dos investidores financeiros internacionais (dito "racional"). A receita convencional consiste em ter um Estado mínimo e fraco e amarrar as mãos do governo para que a mão invisível possa operar livremente.

Nessa senda, os mesmos autores compartilham a visão de Keynes e Polany sobre mercados regulados numa necessária complementaridade entre Estado e mercado. *In verbis*:

Para Polanyi (1980), em livro escrito originalmente em 1944, mercados modernos são instituições socialmente constituídas, isto é, que devem ser organizados e regulados pelos Estados nacionais, tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional. Stiglitz (1999) sustenta que o Estado deve agir como complemento dos mercados, ao contrário da visão de Estado minimalista, não-intervencionista, defendida pelo Consenso de Washington. Para ele, o Estado deve adotar ações que façam os mercados funcionarem melhor, procurando corrigir as falhas no funcionamento destes. Destaca, além de sua importância na regulação apropriada, seu papel na proteção social, no sistema previdenciário e na promoção da educação pública.

[...] Para Keynes deveria haver uma complementaridade entre o Estado e o mercado: quase todas as atividades econômicas do capitalismo exigem o estímulo ao ganho individual, cabendo ao auto-interesse a determinação do que será produzido e em que proporção se associarão os fatores de produção para realizar tal tarefa. Contudo, em determinadas condições o livre jogo das

forças do mercado precisa ser refreado ou mesmo guiado. Portanto, a principal ação do economista e do policy-maker é fazer a distinção entre a Agenda do Governo e a não-agenda: 'a mais importante Agenda do Estado não diz respeito às atividades que os indivíduos particularmente já realizam, mas às funções que estão fora do âmbito individual, àquelas decisões que ninguém adota se o Estado não o faz. Para o governo, o mais importante não é fazer coisas que os indivíduos já estão fazendo (...), mas fazer aquelas coisas que atualmente deixam de ser feitas' (Keynes, 1984, p. 123). Keynes avaliava que o Estado seria capaz de arbitrar e estimular a concorrência e, além disso, de influir de forma decisiva sobre as variáveis econômicas mais relevantes, como o desemprego, a inflação e a distribuição de renda e da riqueza.

O caminho seguro fornecido pelo novo-desenvolvimentismo é aquele que conecta o Estado e o mercado, amalgamados pelas inovações, pelos modelos disruptivos de negócios, pelas megatendências digitais. Não há como escapar da realidade global, da disseminação da comunicação rápida, que muda instantaneamente a identidade, a imagem e a reputação de pessoas e empresas. Não cabe mais, no atual estágio de desenvolvimento, um Estado-empresário ou de um mercado interno protecionista.

Diante da efervescência tecnológica, o novo-desenvolvimentismo propõe um Estado remodelado e politicamente capaz, amparado pelas forças sociais, portanto em diálogo constante com a sociedade; um Estado regulatório e, acima de tudo, financeiramente sólido. Para tanto, é preciso desenvolver nacionalmente políticas públicas voltadas ao progresso técnico e políticas econômicas preparadas para as externalidades negativas que exsurtem do mundo globalizado; uma política econômica que crie uma estabilidade empresarial que permita novos investimentos e aumente o nível de demanda agregada; uma política de estabilidade macroeconômica (por exemplo: estabilidade de preços), e não somente controle de inflação, bem como o preparo de instituições com capital intelectual que permita conduzir o Estado ao desenvolvimento.

Encarar o desenvolvimento como um processo de “sangue, suor e lágrimas” distancia-se muito da corrente alternativa do desenvolvimento, que vê esse processo com naturalidade e de forma “amigável” pelas trocas mútuas, benéficas, com redes de trabalho e assistência social, liberdades políticas e desenvolvimento social. Como muito bem dito por Amartya Sen,²⁷ “é preciso resistir a tentações como a previdência social, os serviços sociais, o desvio das orientações institucionais inflexíveis, e o ‘luxo’ da democracia. Aqui e agora o que é preciso é ‘rigor e disciplina’”.

CONCLUSÃO

A interdependência das nações, segundo a ideia da globalização, é muito profunda, e, como visto pelo Relatório do Fórum Econômico Mundial, as tecnologias agem de forma tão planificadora que os Estados nacionais se tornam irrelevantes diante do furor da aceleração dos movimentos de inovação. Esse é um desafio que deve ser reconhecido pelos decisores.

Nesse cenário, em que os mercados globalizados nacionais tendem a ser tragados pelos mercados internacionais, o projeto do novo-desenvolvimentismo visa ligar, convergir os mercados, de modo que se permita o ganha-ganha e, principalmente, que possa ser blindada a soberania das nações com normativas de contenção.

No contexto em questão, o Estado é um elemento estratégico, um verdadeiro instrumento de ação coletiva, para que as nações se tornem competitivas internacionalmente. É sob os auspícios da mesma tecnologia enfurecida que o gestor, o líder, o decisor irá conseguir unificar os *stakeholders* – mercado e Estado –, o leão e o gato (não respectivamente), para o enfrentamento do projeto globalizante.

27 Sen, Amartya. Desenvolvimento com liberdade. Disponível em:

<https://www.fep.up.pt/docentes/joao/material/desenv_liberdade.pdf>, p. 11.

REFERÊNCIAS

CHANG, Ha Joon (2001), "Breaking the Mould - An Institutional Political Economy Alternative to the Neo Liberal Theory of the Market and the State, Social Policy and Development Programme", Paper 6. New York: United Nations, Research Institute for Social Development.

GOODWIN, Tom. "In the Age of Disintermediation the Battle is all for the Consumer Interface". TechCrunch, mar. 2015. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/battle-customer-interface-tom-goodwin>. Acesso em 07 de julho de 2017.

KELLY, Kevin. "Inevitável: as 12 forças Tecnológicas que mudarão o nosso mundo." Tradução Cristina Yamagami. São Paulo: HSM, 2017. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?isbn=8567389917>

KEYNES, J.M. "O fim do laissez-faire." Disponível em: http://www.ct.utfpr.edu.br/deptos/ppgpgp/documentos/III_fimlaissezfaire.pdf. Acesso em 06 de julho de 2017.

MANIKA, James; CHUID, Michel. "Digital Era Brings Hiperescala Challenges", The Financial Times; Disponível em: <https://www.ft.com/content/f30051b2-1e36-11e4-bb68-00144feabdc0?mhq5j=e3>. Acesso em 04 de julho de 2017.

MAZZUCATO, Mariana. "O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público x Setor privado". São Paulo: Portfolio Penguin, 2014.

REIS, José. "Estado e mercado: Uma perspectiva institucionalista e relacional", Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 95 | 2011, colocado online no dia 01 Dezembro 2012, criado a 06 Julho 2017. Disponível em: <http://rccs.revues.org/4355> ; DOI : 10.4000/rccs.4355. Acesso em 06 de julho de 2017.

SEN, Amartya. "Desenvolvimento com liberdade". Disponível em: https://www.fep.up.pt/docentes/joao/material/desenv_liberdade.pdf

SISCU, João; PAULA, Luiz Fernando; MICHEL, Renalt. "Por que novo-desenvolvimentismo?". Rev. Econ. Polit. [online]. 2007, vol.27, n.4 ISSN 0101-3157. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31572007000400001>.

SCHWAB, Klaus. "A quarta revolução industrial". São Paulo: Edipro, 2016.

World Economic Forum Global Agenda Council on the Future of Software and Society. "A Call for Agile Governance Principles."

[http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_"Technological_Tipping_Points"_report_2015.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_). Acesso em 09 de julho de 2017.

<https://canaltech.com.br/noticia/robo/dra-luzia-primeira-robo-advogada-do-brasil-ja-tem-sua-primeira-missao-96658/> Acesso em 09 de julho de 2017.

<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2013/05/sequenciamento-genetico-detecta-predisposicoes-doencas.html>. Acesso em 07 de julho de 2017.

<http://arquivo.ufv.br/dbg/resumos2008b/Resumo%20Janaina.htm>. Biocombustíveis na era Pós-Genômica: Panorâmica e Perspectivas. Acesso em 07 de julho de 2017.

http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Hotsites/Relatorio_Anual_2016/index.html#msg_pres. Acesso em 06 de julho de 2017.

<https://www.publico.pt/2008/04/18/jornal/19172008-edward-lorenz-o-pai-do-efeito-borboleta-257586>. Acesso em 20 de março de 2018.



EMELLIN DE OLIVEIRA

Bacharel em direito pela Universidade Federal do Ceará, com especialização em estudos da paz e da segurança pela Universidade de Coimbra. Mestre em migrações internacionais pelo Instituto Universitário de Lisboa. É doutoranda em direito na Universidade Nova de Lisboa e pesquisadora no Centro de Investigação sobre Direito e Sociedade da Universidade Nova de Lisboa.

FERNANDA CLÁUDIA ARAÚJO DA SILVA

Mestre em direito público pela Universidade do Ceará. É doutoranda em direito na Universidade de Lisboa e professora e chefe do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Ceará.

EMELLIN DE OLIVEIRA E
FERNANDA ARAÚJO

AS MIGRAÇÕES NA CONTEMPORANEIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NO ESTADO SOCIAL: O CASO BRASILEIRO NO RECEBIMENTO DE VENEZUELANOS

As migrações no atual século afetam a própria condição do Estado recebedor. O migrante, em busca de melhores condições de vida, desloca-se em direção a um país próximo, no qual encontre melhor situação econômica e/ou social, ou para uma localidade mais distante que lhe favoreça suprir as necessidades de seu Estado originário. Esse é o paradigma mundial, e não seria diferente com as migrações ocorridas na região da América Latina e do Caribe, cujo contexto permite verificar diversos tipos de migrações, como a ultramar (ocorrida com os haitianos), a intrarregional (que está a ocorrer com os venezuelanos para o Brasil) e a fora da região (ocorrida com os sírios que se destinam à Europa e a outros continentes).

No presente estudo, busca-se estabelecer uma análise sobre o atual movimento de venezuelanos que chegam ao Estado brasileiro, dentro de uma migração intrarregional (Mercosul), que tem gerado uma grande repercussão mundial não só pelo trânsito de pessoas, mas pela própria crise econômica por que passa a Venezuela dentro de um cenário sociopolítico. Desde que a situação de crise político-econômica da Venezuela se agravou, a

travessia da fronteira para o Brasil já foi feita por mais de 40 mil venezuelanos.

Venezuelanos, índios e não índios, entram pela fronteira brasileira através da cidade de Pacaraima, em Roraima, e superlotam hospitais públicos e postos de saúde na expectativa de atendimento médico. Tal situação decorre do estado de desabilidade quando de sua chegada no território brasileiro, que se agrava pela falta de estrutura local em receber tão elevado número de usuários, culminando num quadro de pessoas – das mais diversas idades e origens étnicas – com necessidades sanitárias e econômicas nas ruas das cidades, entregues à mendicância.

O presente artigo analisará esse cenário em três partes. No primeiro momento, será realizado um estudo sobre a situação migratória dos venezuelanos no Brasil que transpuseram a fronteira norte com o intuito de encontrar melhores condições de vida. Em seguida, será abordado o confronto da lei migratória brasileira e a situação dos venezuelanos, que gerou um descontrole na saúde pública daquele município. Destacaremos uma eventual contradição da norma estabelecida na lei e a sua aplicabilidade real, pondo em causa a efetivação dos direitos sociais constitucionalmente consagrados, seja para os brasileiros, seja para os estrangeiros, em especial os venezuelanos. Por último, a análise incidirá sobre uma abordagem da lei migratória brasileira como instrumento de efetivação dos direitos sociais para os migrantes oriundos da Venezuela.

Quanto aos aspectos metodológicos, as hipóteses serão investigadas por meio de pesquisa bibliográfica. Em relação à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, sendo realizada com o intuito de aumentar o conhecimento acerca dos efeitos da migração venezuelana. No que toca à abordagem, é qualitativa, com a observação intensiva de fenômenos sociais ocorridos envolvendo a área em estudo. Em relação aos objetivos, a pesquisa é exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão, e descritiva, descrevendo fatos, natureza, características, causas e relações com outros fatos.

A MIGRAÇÃO VENEZUELANA PARA O BRASIL EM BUSCA DE MELHORES CONDIÇÕES SOCIAIS

A migração venezuelana tem ocorrido de forma maciça e desordenada, causando problemas sociais e administrativos em Pacaraima (a 220 km da capital, Boa Vista), cidade que faz fronteira com a cidade de Santa Elena de Uairén, na Venezuela, e que tem uma maioria de tribos indígenas nas proximidades da fronteira.¹

Com a intensificação do fluxo humano em Roraima, emergiu uma crise que teve de ser minimizada com a intervenção da Polícia Federal – que agiu de forma mais ostensiva –, além de um evidente descontrole na gestão de entradas e saídas na fronteira com o Brasil. Foram solicitadas ajudas externas ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur), ao governo estadual e ao governo federal, sendo, neste quadro fronteiriço, o município de Pacaraima, no estado de Roraima, o mais afetado. No entanto, ao mesmo tempo em que Roraima enfrentava problemas gerados pelo deslocamento de pessoas em direção ao seu território, principalmente em busca de assistência na área da saúde, foi editada, em maio de 2017, a lei nº 13.445/2017, hoje já em vigor. Ela traz um outro contexto de recebimento de migrantes fronteiriços, refugiados e asilados, com uma proposta aberta, humanitária e de extensão aos direitos sociais previstos constitucionalmente,² em substituição à antiga lei migratória editada no ano de 1980. Essa nova lei facilita o recebimento de migrantes e, principalmente, tem o propósito de regularizar sua situação.

1 E, ao mesmo tempo, o governo venezuelano expulsa os imigrantes que chegam no seu território: “A partir de julio de 2015, las fuerzas de seguridad venezolanas han llevado a cabo más de 135 operaciones, incluidas redadas en comunidades populares, en el marco de la ‘Operación de Liberación y Protección del Pueblo’ (OLP), lo que luego se tradujo en la situación de las deportaciones que llegó a su punto más álgido en el mes de agosto de 2015. Cabe destacar que este tipo de intervención ha sido justificada de dos maneras. La primera, guiada por un interés en combatir las bandas criminales que acrecientan la tasa de violencia en Venezuela. La segunda, por razones políticas que tienen como fin liberar al país de grupos armados y políticos de derecha” (DURAN; GONZÁLEZ, 2016, p.37).

2 SILVA; MARQUES, 2018.

Diante dessa movimentação, não se pode deixar de mencionar a Declaração de Nova York³ (ONU, 2016), que foi ratificada pelo Estado brasileiro e se comprometeu a proporcionar uma migração segura, ordenada e regular em direção ao seu território, evitando desequilíbrios e descontrole infraestrutural quando do recebimento de migrantes. A Declaração de Nova York reconhece como ponto importante as diferenças políticas, econômicas e culturais de todos os países signatários, tendo em vista que nem todos têm uma estrutura econômica e financeira para direcionar ao recebimento de refugiados e migrantes. Além disso, o documento prioriza uma gestão efetuada internamente, de forma a manter as deslocações dentro das fronteiras dos Estados. Assim, eles mesmos podem oferecer meios de prevenir os seus conflitos e controlar a saída das pessoas. O que se busca é evitar que seja necessário ultrapassar fronteiras e adentrar o território de países vizinhos, que, no contexto latino-americano, por muitas vezes já têm dificuldades em oferecer condições dignas aos seus próprios cidadãos, sendo um encargo superior oferecer as mesmas garantias ao elevado número de migrantes e requerentes de asilo que chegam aos seus territórios de forma descontrolada. É o cenário que enfrenta hoje a cidade de Pacaraima.

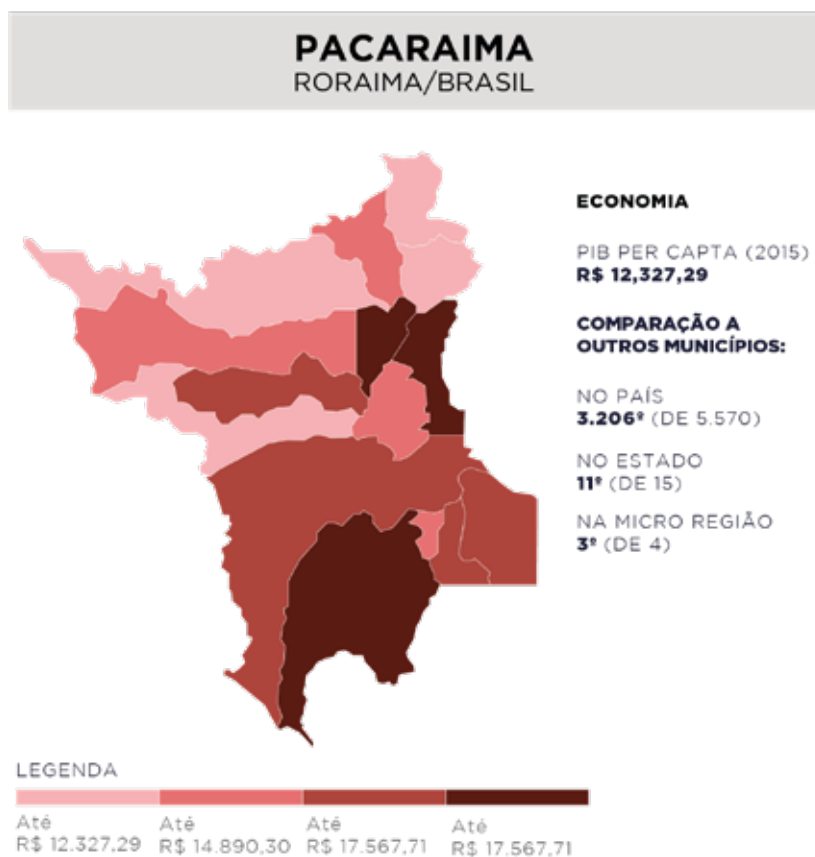
A situação da Venezuela gera o denominado migrante econômico como forma de superar a situação de pobreza daquele país,⁴ porém não cabe, na atual conjuntura vivenciada pelo estado de Roraima, principalmente pela cidade de Pacaraima, estabelecer críticas à legislação brasileira pela incongruência de receber migrantes ante a problemática sociofinanceira gerada. Entrementes, o que se deve ressaltar é que essa incongruência faz parte da agenda de trabalho do próprio estado de Roraima e do município de Pacaraima, tendo em vista que, de fato, a migração é inevitável e o aparato legal é condizente com o recebimento de venezuelanos, principalmente em face da proximidade decorrente da localização geográfica dos dois países (dentro do Mercosul).⁵

3 Uma proposta de redução das barreiras migratórias nos países, estimulando uma maior intensidade e heterogeneidade de rotas migratórias, sem embargo à mobilização de movimentos sociais.

4 SKELDON, 2002, pp. 75-79.

5 "A temática da mobilidade humana constitui um complexo fenômeno e tem características

Na realidade, a atitude concreta do Estado brasileiro foi de receber os fronteiriços,⁶ adequando-se à política migratória proposta, mesmo sendo hesitante, ambígua e reativa, pela quantidade de problemas sociais que emergem, sobretudo pela própria condição socioeconômica do município de Pacaraima, que tem indicadores muito baixos, como o índice de desenvolvimento humano (IDH), o produto interno bruto (PIB) e o PIB *per capita*.



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁷

próprias em processos de integração regionais. À tentativa de compreender o fenômeno da migração na América do Sul não pode deixar de abarcar a dimensão que diz respeito à formação de vínculos, redes e políticas de integração” (LUSSE et al., 2017, p. 299). Assim, é importante que a questão do Mercosul seja mencionada nesse contexto de aceitação dos venezuelanos no Brasil.

6 Essa é a melhor nomenclatura a ser dada aos venezuelanos, e não refugiados.

7 IBGE. Pacaraima: Panorama. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rr/pacaraima/panorama>. Acesso em: 04 de junho de 2018.

Dessa forma, a baixa capacidade financeira do município é fonte de limitação no recebimento dos venezuelanos, mesmo diante da existência de uma responsabilidade compartilhada entre estado e União para suportar esse fluxo migratório.

Ainda que se deva assegurar o recebimento de pessoas num contexto de solidariedade intrarregional, urge a existência e a manutenção de uma gestão migratória como necessidade precípua do próprio Estado de acolhimento, a fim de que este possa prover as respostas sociais aos seus nacionais – obrigação decorrente do Direito Internacional e Constitucional – e dos estrangeiros já residentes – responsabilidade de cariz constitucional. Nesse sentido, entendeu a Comissão Económica para a América Latina y el Caribe (CEPAL):

"Em matéria de políticas de migração, a globalização fará cada vez mais necessária a transição do 'controle migratório' para a 'gestão migratória' em um sentido amplo. Isso não significa que os Estados abandonem sua atribuição de regular a entrada de estrangeiros e supervisionar suas condições de assentamento, senão aceitar formular políticas razoáveis de admissão que contemplem a permanência, o retorno, a reunificação, a re-vinculação, o trânsito nas fronteiras e a mudança de pessoas a outros países".⁸

A CEPAL, em vários documentos, expõe e comenta os fluxos migratórios na América Latina e no Caribe, correlacionando as migrações ao desenvolvimento, governabilidade, importância econômica e social, diplomacia multilateral e direitos humanos dos imigrantes.

Há uma vasta classificação que demonstra a escolha dos países para migração, mas a questão venezuelana recai em uma situação híbrida, tendo em vista que os migrantes venezuelanos não estão em busca de uma migração qualificada, tampouco se encontram como requerentes de asilo, já que ficam em zona de fronteira e transitam de um país para o outro (Brasil – Venezuela).

8 CEPAL, 2002, pp. 267-268.

Importa, ainda, destacar que a questão jurídica relacionada à localização geográfica se estabelece numa regulamentação fronteiriça e de cariz econômico, visto que trata de países contíguos e localizados no Mercosul. Assim, ao aplicar-se normativos específicos, como a Resolução Normativa Brasileira nº 126/2017, do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), independentemente da situação (quer imigrante, quer refugiado) e de forma específica, o fluxo de pessoas no norte do Brasil permite que lhes seja concedido o direito de residência temporária, desde que efetuem o pagamento das taxas de registro e emissão do título de residência, o Registro Nacional do Estrangeiro⁹ (RNE).¹⁰

A busca por melhores condições de vida é o principal objetivo dos venezuelanos que transpõem a fronteira, e o Estado brasileiro, em uma postura diplomática, está a recebê-los. No entanto, deve haver uma política pública de alocação dessas pessoas, sob pena de gerar graves constrangimentos à ordem pública e social estatal. Tal constrangimento já ocorrera em fins de 2016, quando Roraima decretou Estado de Emergência na saúde pública diante do crescimento da demanda de atendimentos nos hospitais públicos, com um aumento de mais de 300% nos atendimentos médicos habituais, nos quais se registraram doenças infecciosas, tais quais: malária (dos 2.517 casos, 1.947 são venezuelanos), leishmaniose tegumentar americana (somente nos migrantes), além do significativo aumento da taxa de infecções pelo vírus HIV que ocorreu entre venezuelanos.¹¹

A crise de demanda na saúde dos municípios de Pacaraima e Boa Vista decorreu em razão da ausência de infraestrutura adequada para atendimento e para assistência médico-sanitária. Importa ainda destacar que uma política de municipalização da saúde – segundo a diretriz constitucional – e a manutenção dos custos pelas localidades tornam-se incompatíveis com o aumen-

9 Aliás, recente decreto (decreto nº 9.277, de 5 de fevereiro de 2018) regulamenta o registro provisório de migrantes que chegam ao território nacional, o que será bastante útil no caso dos venezuelanos que chegam ao Brasil sem documentos ou registros, principalmente os indígenas.

10 SILVA, MARQUES, 2018.

11 Reportagem do “acrítica”. Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/governo-de-roraima-decreta-emergencia-com-aumento-de-fluxo-de-venezuelanos>. Acesso em: 29 de janeiro de 2018.

to exponencial de usuários em determinado serviço. O município prescinde, para continuar a prover assistência médico-sanitária, de maior participação dos outros entes do Estado, uma vez que a imposição do recebimento de imigrantes venezuelanos é oriunda de uma postura política do Estado brasileiro como um todo.

O ESTADO SOCIAL BRASILEIRO E O COMPROMETIMENTO ADMINISTRATIVO COM OS VENEZUELANOS EM RORAIMA

Há uma assimetria aparente entre a aceitação dos fronteiriços e o comprometimento dos municípios de Roraima, como o do próprio estado federado, em gerir as inconsistências sociais, que já têm causado grande impacto local. As questões relacionadas à saúde pública, ao acesso escolar e ao aumento da prostituição *versus* a falta de recursos públicos para suportar essa nova demanda certamente é uma das contradições que emergem do cenário nessa zona da fronteira brasileira.

A crise de demanda na saúde do município de Pacaraima ocorre, principalmente, em razão da ausência de infraestrutura para o atendimento, já que a municipalização da saúde e a manutenção dos custos pelas localidades não são capazes de suportar aumentos inesperados de utilizadores do serviço público. Levando também em consideração que os indicadores do município de Pacaraima são muito baixos, pode-se concluir que, além da baixa capacidade financeira do município, é necessária uma adaptação da divisão de responsabilidades, que deveria ser compartilhada entre estado e União, com o intuito de suportar as consequências sociais e econômico-financeira desse aumento no fluxo migratório.¹²

Em 2016, foi realizado um Acordo de Cooperação Técnica entre a Federação Humanitária Internacional – Fraternidade e a Prefeitura Municipal de Pacaraima, por meio do qual foi possível oferecer suporte aos imigrantes que estão na cidade, sobretudo no que toca ao tratamento de saúde. Dessa forma, foi disponibilizado semanalmente um mutirão da saúde (médicos, enfermeiros

12 SILVA; MARQUES, 2018.

e agentes de saúde), disponível para atender principalmente os 229 indígenas da etnia Warao,¹³ tendo as crianças como prioridade. Contudo, essa parceria entre sociedade civil e entidade pública não foi capaz de solucionar a questão do município, pois a chegada de pessoas oriundas da Venezuela não diminuiu; ao contrário: com o aumento exponencial dos fluxos migratórios, os migrantes que necessitavam de assistência médico-sanitária foram encaminhados à capital do estado de Roraima, Boa Vista, que passou a receber os casos de maior complexidade.

Em setembro de 2017, a prefeitura de Pacaraima baixou o decreto nº 36, declarando a situação de emergência do município em razão da triplicação do contingente de migrantes na cidade, o que prescindia da implementação e do desenvolvimento de ações de emergência humanitária. O art. 3º do mencionado decreto estabelece as áreas em que as ações serão realizadas, asseverando que:

Art. 3º – De acordo com o estabelecido no art. 1º, inc. III da Constituição Federal e art. 1º da Lei Federal nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, autoriza-se os órgãos e entidades a realizar ações de apoio e suporte necessários, em caso de risco eminente, a:

I – disseminação de cultura violenta e de exploração da mulher, expondo-a a situação degradante de mendicância;

II – imposição do trabalho infanto-juvenil para geração de renda;

III – gravidez na adolescência;

IV – imposição à situação de exploração sexual de crianças e adolescentes indígenas, de ambos os sexos, como meio de sobrevivência;

¹³ Outras etnias também apareceram na cidade, como os Panares e Caiçaras, que vivem próximos à Amazônia e que falam espanhol de forma precária.

V – utilização dos idosos indígenas para a mendicância; e

VI – evidência de práticas delituosas de furto e roubos, bem como, o tráfico de drogas ilícitas.

Como os venezuelanos que chegam ao município não possuem autorização de residência e, conseqüentemente, habitação, eles concentram-se nas ruas de Pacaraima. Nesse cenário, a primeira medida estabelecida foi retirá-los da situação de desabrigo e colocá-los em acomodações temporárias, galpões construídos para o efeito, de modo a evitar que sua estadia temporária se torne efetiva e permanente. Ademais, iniciativas com o fulcro de diminuir atitudes discriminatórias e xenófobas contra os migrantes, bem como coibir a prostituição, também foram tomadas neste quadro emergencial. Quanto à proteção da criança e do adolescente, prevê-se um reforço à fiscalização e punição do trabalho infantil e juvenil, bem como da exploração sexual e de outros crimes correlatos.

Para os venezuelanos, a situação em seu país se encontra indeterminada e insolúvel; nada lhes resta que não os caminhos que levam para fora de suas fronteiras. Por isso, Miranda¹⁴ diz que a migração é “o último recurso dos perseguidos pelo poder político ou por qualquer outro poder ou dos atingidos por qualquer forma de sofrimento inultrapassável”. A saída do seu próprio território pode ser um centeio de esperança para uma vida melhor e mais digna, mas será apenas por meio do acesso aos direitos sociais mínimos que se terá efetivamente a consagração do princípio fundamental da dignidade humana.

Nesse sentido, Dembour¹⁵ relembra que os migrantes também são seres humanos e que, como tal, têm os mesmos direitos daqueles que nunca imigraram.¹⁶ Assim, importa destacar o prin-

14 MIRANDA, 2016, p. 7.

15 DEMBOUR, 2015, p. 1.

16 Nas palavras da autora: “Migrants are human beings too. As this is incontrovertible, if one believes in human rights it means that migrants have human rights, just like any other human being who has not migrated. From this perspective, things are simple: a migrant is a human being and as such, in a society which profess its faith in human rights, in an individual endowed with human rights which must be respected” (DEMBOUR, 2015, p.1).

cípio da dignidade da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro, que, segundo Lauxen e Barreto:¹⁷

No Brasil, após mais de duas décadas de Ditadura Militar, a Constituição Federal de 1988 inseriu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (MORAES, 2010, p. 119). Desse modo, o mencionado princípio adquiriu posição central no ordenamento jurídico brasileiro que, como Estado Democrático de Direito, passou a adotá-lo não somente no âmbito constitucional, mas como base e referência no sistema jurídico.

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (2008), na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, acentua que o princípio da dignidade da pessoa humana não caracteriza somente a modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneos, porquanto se trata de um novo momento do Direito Constitucional, que tem como fundamento o valor supremo da dignidade da pessoa humana. Antes, eram estabelecidos modelos de comportamento impostos para a ação do Estado e a conduta dos indivíduos, agora são estatuídos princípios que informam os preceitos constitucionais ou legais, a partir dos quais são realizados os fins postos como próprios pelo povo no seu sistema fundamental.

Nesse sentido, é o Estado que deve prover todos os meios para garantir a dignidade humana dos indivíduos que, nos termos do art. 5º da Constituição Federal brasileira, não pode fazer distinção entre raças e/ou origens étnicas.

O Estado brasileiro tenta, por meio da imposição do acolhimento de migrantes, independentemente da sua situação de regularidade, afastar as fronteiras simbólicas descritas por Martiniello e Pennix. Os autores esclarecem que, no âmbito das migrações, é habitual

17 LAUXEN; BARRETO, 2018, p. 76.

o desenvolvimento de políticas de repulsão como uma reação à “chegada do Outro, aquele que não pertence”.¹⁸

Pelas razões expostas, vê-se que não basta legiferar sobre acesso a direitos; é preciso desenvolver mecanismos outros que possibilitem o acesso real a tais direitos e garantias como prática de boa governação.

Duarte¹⁹ fez um estudo sobre o acesso à Justiça quando se estão em causa direitos econômicos, sociais e culturais, buscando traçar as dificuldades e limitações à sua prática. Isso demonstrou quão complexo ainda é, nos dias atuais, a defesa pelos direitos de segunda geração/dimensão. Por isso, invocar a sustentabilidade social como um instrumento de humanização dentro das cidades, como defendeu Miriam Jorge,²⁰ é também criar instrumentos para a integração dos migrantes de forma transversal.

Dito isso, Tiago Melo Cartaxo²¹ demonstra que o desenvolvimento urbano pode ser alcançado por meio da sustentabilidade social nas cidades, que seria o instrumento de valorização do interesse das populações e de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e estrangeiros residentes. O direito à cidade, gozado de forma transversal, seria o verdadeiro acesso a todos os direitos, pois, como o autor em destaque também anuncia, o direito à cidade é mais do que acesso ao desenvolvimento econômico, social e político: é um compromisso de solidariedade entre os habitantes de uma cidade.

Por isso, mais uma vez se destaca a necessidade de que a cidade (nesse caso, o município de Pacaraima) possa receber apoio da União e do estado de Roraima para desenvolver uma política voltada ao acolhimento sustentável dos migrantes venezuelanos. A imposição do acolhimento deve ser acompanhada de práticas de boa governança multinível, a fim de que todos

18 MARTINIELLO; PENNIX, 2010, p. 137.

19 2016.

20 2015.

21 2016.

possam ver concretizados e garantidos os direitos sociais consagrados na Constituição Federal brasileira.

Tais ensinamentos vão ao encontro do que Zygmunt Bauman²² tratou no seu livro “Modernidade Líquida”. Na obra, o autor chama de modernidade fluida os laços que unem as escolhas individuais aos projetos e ações coletivas. Assim, as políticas de vida criadas individualmente, ao serem coordenadas e comunicadas às ações políticas de coletividades humanas, teriam o resultado do que se defende no estudo ora apresentado como sustentabilidade social por meio da integração de nacionais de países terceiros por meio do conhecimento e acesso ao direito à cidade.

A NOVA LEI MIGRATÓRIA E O COMPARTILHAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS: UM BENEFÍCIO AOS VENEZUELANOS

O Estado brasileiro tem de estabelecer uma política social de dimensão necessária ao atendimento da situação gerada pelo permissivo legal (dispositivo constitucional, lei migratória e instrumentos regulamentares do Mercosul). Com isso, deve integrar um sistema de iniciativas que resulte numa ação social de combate aos riscos gerados pela falta de infraestrutura local e à miséria extrema, de modo a criar um ambiente propício ao recebimento e acolhimento digno dos venezuelanos e outros migrantes no território brasileiro.

Há um Estado social que ampara os seus residentes que não têm condições próprias de enfrentarem situações sociais e/ou médico-sanitária básicas. Os instrumentos institucionais disponíveis para o exercício de direitos ligados à saúde e à assistência social são os mais diversos, estando principalmente determinados pelos próprios direitos fundamentais (art. 5º) e pelas garantias sociais previstas no art. 7º da Constituição.

Esses são os instrumentos institucionais que asseguram as condições materiais de atendimento aos venezuelanos e que também possibilitam as condições básicas de vida na socieda-

22 2001.

de brasileira, permitindo, por conseguinte, o exercício de direitos sociais e cívicos.²³

A Constituição de 1988 configura um modelo de proteção social – incluindo a atenção à saúde – e um modelo assistencial para a população sem vínculos trabalhistas formais.²⁴ Esses modelos universalizam a cidadania e a consagração dos direitos sociais, entendidos como um princípio de justiça social. É por essa razão que existem diversos programas sociais (de emprego

23 A lei nº 13.445/2017 (Lei da Migração) assegura que:

Art. 4º – Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

- I – direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;
 - II – direito à liberdade de circulação em território nacional;
 - III – direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;
 - IV – medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;
 - V – direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;
 - VI – direito de reunião para fins pacíficos;
 - VII – direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;
 - VIII – acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
 - IX – amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;
 - X – direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
 - XI – garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;
 - XII – isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;
 - XIII – direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;
 - XIV – direito a abertura de conta bancária;
 - XV – direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e
 - XVI – direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória.
- § 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte.

24 FLEURY, 2004.

e renda), bem como programas de combate à pobreza, voltados ao desenvolvimento social, quer através de políticas universais, quer por meio de políticas focalizadas.

O que se defende é a criação e a implementação de políticas focalizadas voltadas aos venezuelanos aceitos – nos termos da política migratória brasileira – a residir no território nacional. Tendo como base essa ideia, recentes medidas na área da saúde foram tomadas pelos governos municipais de Pacaraima e de Boa Vista com o fim de minimizar a demanda na área de saúde, mas também de fazer valer a consecução da lei migratória e das diretrizes do Mercosul.²⁵

Relembrando o *caput* do art. 5º da Constituição brasileira, está estabelecido que

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.

Como essas regras não mencionam as pessoas que não têm residência no Brasil, Gilmar Mendes²⁶ argumenta que, mesmo que não haja essa menção, quem tem residência oficial no exterior não está excluído de ter os seus direitos protegidos. De fato, como afirmou o referido autor, o princípio da dignidade é transversal a todos e deve ser aplicado independentemente da

25 A RN nº 126/2017, em suas considerações, estabelece que:

“Considerando os objetivos que inspiraram o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e Países Associados, no sentido de aprofundar o processo de integração, implementar política de livre circulação e promover a regularização migratória dos nacionais da região,

Considerando os compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional, no sentido de estabelecer políticas migratórias que garantam o respeito integral aos direitos humanos dos migrantes e seu pleno acesso à justiça, à educação e à saúde,

Considerando o fluxo migratório a unidades da Federação, sobretudo na região Norte, de estrangeiros nacionais de países fronteiriços que ainda não são parte do referido Acordo de Residência, que se encontram em situação migratória irregular no Brasil e aos quais não se aplica o instituto do refúgio para permanecer no país”.

26 MENDES; BRANCO, 2016.

nacionalidade de uma pessoa e do seu local oficial de residência.

Também importa levar em consideração o art. 5º da Convenção Interamericana, que estabelece que aos estrangeiros residentes ou aos visitantes devem ser concedidas todas as garantias individuais já concedidas aos nacionais.

A Lei de Migração considerou as normas acima mencionadas e estabeleceu, ademais, esse ideal em seu art. 1º, que tem como escopo regular os direitos e as obrigações dos migrantes e visitantes sobre a sua entrada e permanência no território brasileiro. De acordo com art. 3º, a política de migração brasileira cumpre, entre outros, os seguintes objetivos: não criminalização da migração; aceitação humanitária; inclusão social, laboral e produtiva dos migrantes através de políticas públicas; diálogo social na formulação, implementação e avaliação das políticas migratórias; e promoção da participação cidadã dos migrantes, fortalecendo a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina através da constituição de espaços para a cidadania e a livre circulação de pessoas.

Essas ideias selecionadas demonstram como a lei almeja introduzir um sistema migratório baseado no diálogo solidário e intercultural. O gerenciamento da migração é conduzido pela integração e inclusão social, dando valor importante à disponibilidade dos migrantes de participar da sociedade brasileira.

Também é importante enfatizar que as políticas de asilo e refúgio não são regidas pela Estatuto do Estrangeiro, mas estão reguladas pela lei nº 9.474/1997. No entanto, mesmo que a Lei de Migração não esteja substituindo esse documento, é uma das regras já promulgadas naquele instrumento a complementaridade da legislação já existente, como podemos perceber pela leitura do art. nº 2, que dispõe que as normas de migração não prejudicam a aplicação de regras específicas internas e internacionais sobre refugiados e requerentes de asilo; e sobre o art. nº 14, que considera o visto humanitário como um dos vistos temporários aos quais um estrangeiro poderia candidatar-se.

No entanto, a prática demonstra que a teoria precisa adequar-se à realidade do Estado brasileiro, que, além de não se encontrar num período de hegemonia econômica, tem na sua divisão de competências uma sobrecarga do município no que toca à sua obrigação em prover assistência médica à população sob sua administração. Ademais, fazendo parte de uma Federação indissociável, tornam-se necessários os meios e apoios federais e estaduais para garantir a unidade territorial e social, em respeito ao Estado Democrático de Direito que se deseja manter.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo, depreende-se que a situação dos venezuelanos do lado brasileiro da fronteira, especificamente na cidade de Pacaraima, em Roraima, não permite que se afastem completamente da situação indigna que enfrentam em seu Estado de origem.

Por mais que o Estado brasileiro tenha estipulado a obrigação do acolhimento, urge medidas de governança cooperativa entre todos os entes da Federação para desenvolver uma prática política comum, que permita gerir o fluxo de migrantes e, ao mesmo tempo, garantir a sustentabilidade do acolhimento.

O município sozinho, sobretudo em condições socioeconômicas baixas, não pode lidar com um aumento de usuários de seus serviços sem que isso ponha em causa a continuidade da prestação dos serviços públicos a toda uma população.

A reforma do Estado social não se limita a acrescentar ou retirar direitos, mas também busca melhor distribuir as responsabilidades e as obrigações, a fim de garantir a continuidade das prestações sociais. A globalização e o acesso à informação estimulam a mobilidade, no sentido de que permitem que as pessoas conheçam para onde se devem dirigir aquando almejam encontrar condições mais dignas de sobrevivência. Cabe ao Estado de acolhimento adaptar-se à realidade do mundo globalizado e, em prol da união de uma Federação, redistribuir o ônus de receber nacionais de países terceiros, que se encontrem em situação de vulnerabilidade econômica e/ou médico-sanitária.

Para que o Estado brasileiro possa manter a sua reputação de Estado humanista, não pode deixar de atentar ao próprio Estado Democrático de Direito que deve manter, seja para os seus nacionais, seja para os estrangeiros que chegam por acreditarem que o Brasil lhes permitirá melhores condições.

Por isso, o presente trabalho demonstrou a necessidade de uma reforma e uma redistribuição da obrigação de prover assistência social entre todos os entes da Federação, permitindo a todos, brasileiros e estrangeiros, o acesso à cidade socialmente sustentável. Para tanto, o estado federado e a própria União deverão aceitar e permitir assumir mais obrigações para a manutenção do Estado brasileiro e para o cumprimento de todas as normas jurídicas a que estão vinculados.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Ed. Zahar Antigo, 2001.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, 24 maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Decreto nº 9.277, de 05 de fevereiro de 2018. Dispõe sobre a identificação do solicitante de refúgio e sobre o Documento Provisório de Registro Nacional Migratório. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9277.htm. Acesso em: 11 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Resolução Normativa nº 126, 02 de março de 2017, do CNlg. Dispõe sobre a concessão de residência temporária a nacional de país fronteiriço. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=338243>. Acesso em: 30 de janeiro de 2018.

CARTAXO, Tiago Melo. Direito e Cidades Sustentáveis: Uma Experiência de Desenvolvimento. Lisboa: Anais do Encontro Iberoamericano de Direito e Desenvolvimento na FDUNL, 2016.

CEPAL. Globalización y Desarrollo. Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, 2002. 396p.

DUARTE, Laura Nascimento. A Justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais, em particular do direito à saúde. Tese de Mestrado. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2016.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. When humans become migrants: study of the European Court of Human Rights with an inter-American counterpoint. Oxford: Oxford University Press, 2015. 545p.

DURÁN, Mauricio García; GONZÁLEZ, Gina Paola Sánchez. La movilidad humana en América Latina y el Caribe vista a la luz de los flujos migratorios más críticos. In: *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v.11, n.11. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2016. pp. 25-42

FLEURY, Silvia. *Seguridade Social*. INESC, 2004. pp. 110 - 119

LAUXEN, Elis Cristina Uhry; BARRETTO, Vicente de Paulo Barretto. A (re) construção da ideia de dignidade humana. *Quaetio Juris*, vol. 11, nº. 01, Rio de Janeiro, 2018. pp. 67-88.

JORGE, Miriam. *A Cultura da Sustentabilidade Social, um instrumento de Humanização*. Tese de Mestrado em Ciências Sociais. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

IBGE. Pacaraima: Panorama. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rr/pacaraima/panorama>. Acesso em: 04 de junho de 2018.

LUSSI, Carmen; BOTEAGA, Tuíla; BARROS, Waleria Barros; PATANHOS FILHO, Antônio Conceição. *Migrações e Fronteiras no Brasil*. In: *Los movimientos migratorios en las fronteras ibero-americanas*. Editora Kamar, Guatemala, 2017. pp. 283-318.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 850p.

MIRANDA, Jorge. *Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa*. Universidade Católica editora. Lisboa, 2016.

ONU. Res. Nº 71. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração de Nova York para os refugiados e os imigrantes. 19.09.2016. pg.5 Disponível em: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/L.1>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2018.

PACARAIMA. Decreto Executivo nº 36, de 29 de setembro de 2017. DECLARA situação de emergência social no Município de Pacaraima, devido o intenso processo de imigração dos indígenas da etnia Warao, oriundos da Venezuela, acampados em área pública, submetidos à situação de risco pessoal e social, em especial, crianças adolescentes e idosos. Disponível

em: <http://multiprefeitura.com.br/storage/municipio/5/publicacoes/dCDhBGBVyGPYcyHC9j5ScmwOBqUdyVtfeNw3roXb.pdf>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2018.

PENNIX, Rinux; MARTINIELLO, Marco. Processos e Políticas (Locais) de Integração: Estado do Conhecimento e Ilações. In: Estado-Nação e Migrações Internacionais. Coord. M. Margarida Marques. Lisboa: Livros Horizonte, 2010. pp. 127-160.

SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da, MARQUES, Diego Jeferson Fernandes. A fronteira brasileira na proteção dos refugiados venezuelanos. In: II Colóquio Internacional de Dinâmica de Fronteira. Unioeste. Toledo, 2018.

SKELDON, R. Migration and poverty: ambivalent relationships. Asia-Pacific Population Journal, Bangkok, v. 17, n. 3, 2002. pp. 67-82.



LEONARDO BUÍSSA

Doutor em direito econômico, financeiro e tributário pela Universidade do Estado de São Paulo. É juiz do Tribunal Regional Federal da Primeira Região e professor da Universidade Federal de Goiás.

LUCAS BEVILACQUA

Doutor e mestre em direito econômico, financeiro e tributário pela Universidade do Estado de São Paulo, procurador do estado de Goiás à disposição do Gabinete de Representação da Governadoria em Brasília e conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda

LEONARDO BUÍSSA E LUCAS BEVILACQUA

REFORMA DO ESTADO SOCIAL E CUSTEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS NA GLOBALIZAÇÃO

O presente estudo objetiva demonstrar que a equilibrada e responsável atividade financeira no modelo federal de Estado é instrumento imprescindível para a consecução das políticas públicas de proteção aos direitos humanos.

A proposta do trabalho é evidenciar o indispensável diálogo entre o direito constitucional financeiro e os direitos humanos em um contexto de reformas do Estado, considerando que, sem uma atuação de qualidade na obtenção, gestão e aplicação dos recursos financeiros, as ações governamentais de proteção aos direitos fundamentais, mormente aos sociais, restam prejudicadas, quer pela escassez dos recursos, quer pela má aplicação destes, ainda que existentes em abundância. Assim, as políticas públicas necessitam, para a sua efetiva implementação, do planejamento arquitetado dentro da seara do direito orçamentário.

Ademais, em um contexto de globalização, a estruturação de políticas públicas de tutela dos direitos sociais se revela cada vez mais desafiadora ante a precarização das estruturas sociais a demandarem investimentos públicos cada vez vultuosos, o que prejudica a efetividade das ações estatais ante a escassez de fontes de custeio.

Cumpra esclarecer que o trabalho está centrado nos conceitos, institutos, princípios e normas de direito financeiro, abordando a questão das políticas públicas e dos direitos humanos no contexto da atividade financeira do Estado, especificamente no modelo federal de Estado. Insta, pois, observar que o financiamento das políticas públicas surge como uma forma contemporânea de adimplemento das chamadas necessidades públicas, que, historicamente, constituem o principal escopo da atividade estatal, eis que esta visa, em síntese, ao alcance do bem comum.

Enfim, a questão apresentada por Fernando Facury Scaff sobre como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos¹ permeia o presente trabalho. Para tentar responder a ela, serão abordados aspectos da atividade financeira do Estado, do federalismo fiscal, com a respectiva partilha de competências tributárias, e com as transferências intergovernamentais, no afã de se estabelecer um planejamento que é absolutamente necessário para a promoção do desenvolvimento no contexto da globalização.²

DIÁLOGO ENTRE DIREITO CONSTITUCIONAL FINANCEIRO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Consoante relatado na parte introdutória, o presente trabalho almeja indicar que, para a efetivação dos direitos humanos por intermédio de políticas públicas, é necessário que a atividade financeira do Estado seja exercida de forma legal, impessoal, moral, econômica e transparente, e que haja colaboração dos entes políticos que integram a Federação, notadamente por meio de transferências intergovernamentais, obrigatórias ou voluntárias, diretas ou indiretas, verticais ou horizontais, como será desenvolvido adiante.

Nessa perspectiva, impende analisar a importância da ativi-

1 Scaff, Fernando Facury. Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil. In: Fernando Facury Scaff (org.). *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 1-35.

2 Bercovici, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 191.

dade financeira do Estado para o financiamento de políticas públicas. Em primeiro lugar, cumpre assinalar que o tema de políticas públicas vem ganhando gradualmente um maior espaço na seara jurídica, inclusive e especialmente ante as últimas reformas sociais do Estado, o que implicou a judicialização de questões ligadas às políticas públicas da saúde, da educação, de proteção à criança, ao adolescente, ao idoso, às comunidades indígenas – enfim, de uma série de ações governamentais que visam à proteção dos direitos fundamentais.

Outrossim, Maria Paula Dallari Bucci indica serem as políticas públicas um problema de direito público, em sentido lato,³ havendo irretorquível liame entre estas e ramos do direito ontologicamente públicos, tais como o constitucional, o administrativo, o financeiro e o tributário, conforme apontado neste estudo.

Tal relação decorre do próprio sentido da expressão “políticas públicas”, entendidas como programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Não se pode, ademais, olvidar que os direitos têm custos, sendo que a liberdade depende diretamente da receita pública obtida, especialmente da receita tributária, como preconizam Stephen Holmes e Cass Sustein.⁴ Ainda quanto à receita derivada decorrente de tributo, calha lembrar aqui da festejada lição de Ricardo Lobo Torres, para quem o tributo é o preço da liberdade, servindo de instrumento para distanciar o homem do Estado, permitindo-lhe desenvolver plenamente as suas potencialidades no espaço público, sem necessidade de entregar qualquer prestação permanente de serviço ao Leviatã.⁵

3 Bucci, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

4 Holmes, Stephen; Sustein, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 2000.

5 Torres, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia*. 3. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 4.

Fernando Facury Scaff, ao discorrer sobre a “igualdade republicana”, aponta no sentido da ligação entre direito financeiro e direitos humanos ao aduzir que o gasto público encontra-se diretamente vinculado ao exercício dos direitos fundamentais, quaisquer que sejam as suas dimensões.⁶ No mesmo diapasão, Maria Paula Dallari Bucci apresenta a proximidade entre as noções de política pública e de planos governamentais, tais como o Plano Nacional de Saúde, o Plano Nacional de Educação etc., sustentando que, para a compreensão das políticas públicas, é essencial a compreensão do regime das finanças públicas.⁷

Pelas primeiras linhas deste estudo, é possível escutar o sonoro e indispensável diálogo entre a atividade financeira do Estado e a consecução das políticas públicas de proteção aos direitos fundamentais sociais. Ora, sem uma atuação de qualidade na obtenção, na gestão e no gasto dos recursos, as ações governamentais de tutela de direitos humanos perdem eficiência e eficácia, passando a ser tão somente objeto de discursos vazios e de viés nitidamente populista.

Com efeito, estabelecidas essas premissas acerca do indispensável liame entre direito constitucional financeiro e políticas públicas, cabe nos aprofundarmos no estudo de temas específicos e relevantes das finanças públicas para a consolidação do Estado Democrático de Direito no contexto da globalização, iniciando tal incursão pela análise da atividade financeira do Estado.

ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

O chamado Estado Moderno assume uma série de atividades, tendo desenvolvido uma flexibilidade notável, modificando-se conforme as necessidades políticas, adaptando-se às exigências sociais, econômicas e culturais advindas, sobretudo da globalização.⁸

6 Scaff, Fernando Facury. República, Tributação, Finanças. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2008, vol. 1, p. 83.

7 Bucci, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 257-258.

8 Ranieri, Nina Beatriz Stocco. Conceitos de Estado. In: Paulo Borba Casella, Umberto Celli

A globalização, compreendida como uma interdependência de mercados, trouxe novos desafios às Economias Nacionais a demandar a concepção de efetivas políticas de inclusão social.

Como será analisado no próximo tópico, existe, inclusive, a necessidade de serem realizadas escolhas políticas sobre quais atividades assumir e como financiar essas ações governamentais escolhidas. Tal decisão política se dá, em regra, no chamado direito orçamentário, ou seja, nos instrumentos normativos que compõem o orçamento.

Assim sendo, observa-se que, concomitantemente às atividades políticas, econômicas, sociais, educacionais, culturais, políticas, há a atividade financeira do Estado, como setor imprescindível ao seu funcionamento. Fala-se, então, em Estado Financeiro, que se desenvolve desde o fenecimento do feudalismo até os nossos dias, exibindo um contorno diferente em suas várias fases: Estado Patrimonial, Estado de Polícia, Estado Fiscal, Estado Social Fiscal e Estado Socialista.⁹ No mesmo sentido, sustenta José Casalta Nabais que a consolidação do Estado Moderno passa pela construção de um Estado Fiscal.¹⁰

Apresentadas essas considerações iniciais sobre as atividades exercidas pelo Estado Moderno, cumpre apresentar os contornos fundamentais da atividade financeira do Estado. Giuliani Fonrouge informa que constituem manifestações fundamentais da atividade financeira os ingressos, os gastos e a conservação dos bens ou a gestão dos dinheiros públicos.¹¹ Na mesma vertente, Gustavo Ingrosso define que a atividade financeira se apresenta em três grupos de funções: aquisição, conservação e emprego dos bens para o adimplemento das funções públicas.¹²

Júnior, Elizabeth de Almeida Meirelles e Fabrício Bertini Pasquot Polido (orgs), *Direito Internacional: Humanismo e Globalidade* - Guido Fernando Silva Soares - Amicorum Discipulorum Liber. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008. p. 480

9 Torres, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 10 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 8.

10 Nabais, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina. pp. 191-203.

11 Fonrouge, Carlos M. Giuliani. *Derecho Financiero*. 2ª edición, ampliada y actualizada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1970. Volumen I, p. 4.

12 Ingrosso, Gustavo. *Istituzioni di Diritto Finanziario*. Volume I. Bilancio-Contratti-Patrimonio

A doutrina pátria segue na mesma trilha ao estabelecer que a atividade financeira do Estado consiste na obtenção, na gestão e na aplicação de recursos para a consecução dos fins colimados pelo Estado – basicamente a realização do bem comum.¹³ Nesse diapasão, leciona Aliomar Baleeiro que a atividade financeira consiste em obter, gerir e despender o dinheiro indispensável às necessidades cuja satisfação o Estado assumiu.¹⁴ Igual, apresentando a atividade financeira do Estado em três campos, é a lição de Rubens Gomes de Sousa, quando elenca receita, gestão e despesa como meios patrimoniais que possibilitam o desempenho pelo Estado de atividades que se referem à realização dos seus fins.¹⁵

Na esteira das doudas lições doutrinárias apresentadas, rele-va salientar que a obtenção do dinheiro pelo Estado, dentro da sua atividade financeira, se dá não somente pela forma da receita tributária, apesar de esta ser a mais utilizada nos Estados contemporâneos, mas também pelas receitas originárias, patrimoniais, que têm assumido relevante papel nas últimas décadas, mormente o processo de privatização ocorrido em diversos países. Ademais, o ingresso público também é composto pelo crédito público, advindo do empréstimo público e gerador da dívida pública.

A gestão, por seu turno, é feita, na seara do direito financeiro, pelo chamado direito orçamentário, que envolve, no sistema jurídico pátrio, instrumentos normativos com diferentes objetivos: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Dello Stato. Napoli: Dott. Eugenio Jovene – Editore. pp. 1 e 5.

13 HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 35-36.

14 BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 2.

15 SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S/A. s/d, § 2º, pp. 4-5.

O Plano Plurianual assume singular importância na efetivação do princípio orçamentário da programação,¹⁶ estabelecendo diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes, bem como para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º, CF). Por força do art. 35, § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o Plano Plurianual vai do segundo ano de um mandato ao primeiro do subsequente. Como os mandatos do Poder Executivo atualmente são de quatro anos, o Plano Plurianual também é de quatro anos.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), por sua vez, é uma novidade da Constituição de 1988, prevista no § 2º do art. 165. É uma lei anual e tem de ser apreciada e votada antes da Lei Orçamentária, como estipula o art. 35, § 2º, II, do ADCT. Tecnicamente, então, a LDO deve ser aprovada no primeiro semestre da sessão legislativa, ficando a Lei Orçamentária Anual para o segundo semestre.

Releva notar que a Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁷ exige que três anexos acompanhem a LDO: a) Anexo de Metas Fiscais;¹⁸ b) Anexo de Riscos Fiscais;¹⁹ c) Anexo específico da União.²⁰ Esse instrumento normativo termina, então, por ser o coração da gestão fiscal de qualidade. Resta patente, portanto, que, além do princípio orçamentário da programação, a sistemática da lei de diretrizes orçamentárias atende ao moderno princípio financeiro da Responsabilidade Fiscal.²¹

16 Silva, José Afonso da. *Orçamento-Programa no Brasil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. pp. 111-123.

17 LC n° 101/2000.

18 Art. 4º, § 1º.

19 Art. 4º, § 3º.

20 Art. 4º, § 4º.

21 Torres, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 122-123.

Por último e não menos importante é a Lei Orçamentária Anual (LOA),²² cuja execução marca a boa ou má gestão fiscal, guardando estreita relação com as ações governamentais para a tutela de direitos fundamentais, ou seja, com as políticas públicas de efetivação dos direitos humanos, objeto deste estudo.

Nesse ponto, importa observar que o orçamento é considerado lei, numa acepção clássica, somente no sentido formal, não tendo o condão de criar direitos subjetivos. É só uma previsão de receita e fixação de despesas para um dado período – no caso, um exercício financeiro – que, se não cumprida inteiramente, não enseja nulidade ou ilicitude do ato administrativo. A simples previsão orçamentária não dá direito a um determinado órgão de exigir o recebimento da verba pública.²³

Todavia, para o tema que ora se aborda, da estreita ligação entre a atividade financeira e as políticas públicas de concretização dos direitos fundamentais sociais, essa concepção merece ser repensada, conforme defende Raquel Cavalcanti Ramos Machado ao afirmar que a ordem das despesas orçamentárias pode criar e afetar direitos subjetivos, sobretudo considerando o constante conflito entre a concretização de direitos sociais e a reserva do possível.

Como terceiro campo da atividade financeira, tem-se a aplicação do dinheiro arrecadado e gerido – vale dizer, a despesa pública. Aliomar Baleeiro ensina que a despesa pública é a aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou do agente público competente, dentro de uma autorização legislativa, para a execução de fim a cargo do governo.²⁴ Seguindo tal conceito, vê-se que a despesa pública, como componente da atividade financeira do Estado, tem que ser em dinhei-

22 Art. n.º 165, III e §§ 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, CF; art. n.º 35, § 2.º, III, ADCT.

23 Machado, Raquel Cavalcanti Ramos. *Mudança do Paradigma Orçamentário: do controle do Estado para a implementação de políticas públicas. A função da receita no Estado Democrático e Social de Direito*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coords.). *Orçamentos Públicos e direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1061.

24 Baleeiro, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 65.

ro, autorizada por lei, executada por agente público dotado de competência administrativa para tanto e cuja execução tenha um escopo público, alcançando os objetivos das políticas públicas programadas pelo Estado.

A propósito, vale assinalar a preocupação hodierna com a saúde das contas públicas, em todos os seus três aspectos, como se infere do art. 1º, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.²⁵ Tecendo lúcido comentário sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal e o planejamento da ação governamental, José Maurício Conti indica que somente por meio da ação governamental coordenada e planejada é possível seguir um rumo e otimizar a aplicação dos recursos humanos e materiais para atingir os objetivos almejados.²⁶

Percebe-se, portanto, que a responsabilidade na gestão fiscal, propiciando uma atividade financeira do Estado equilibrada e republicana (vocábulo usado como adjetivo, conforme lição de Scaff),²⁷ é importante não somente para as contas públicas em si mesmas, mas para o conjunto da sociedade, destinatário das ações governamentais que concretizam políticas públicas, as quais necessitam do amparo financeiro para a sua consecução.

ATIVIDADE FINANCEIRA NA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme já salientado, a atividade financeira do Estado visa precipuamente dotar o ente estatal de condições para suprir as necessidades coletivas, alcançando o bem comum. Na verdade, a escolha de como realizar a atividade financeira é política, eis que delinea o próprio perfil do Estado: como e de quem arre-

25 Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, art. 1º, § 1º: "A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar".

26 Conti, José Maurício. Planejamento e Responsabilidade Fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (orgs.). Lei de Responsabilidade Fiscal - 10 anos de Vigência - Questões Atuais. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 41.

27 Scaff, Fernando Facury. República, Tributação, Finanças. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2008, vol. 1, p. 81.

cada e como e onde se gasta conferem a dado Governo a sua real fisionomia. Assim, o juiz da necessidade a ser satisfeita é o Estado, que termina por escolher algumas prioridades a serem alcançadas, num constante e perene diálogo entre direito financeiro e políticas públicas.

Nesse tema específico, a concepção que se tem do papel do Estado é de suma importância. No Estado mínimo, preconizado pelo liberalismo nos séculos XVIII e XIX, a atividade financeira do Estado era mínima e não havia preocupação com a intervenção estatal por meio de instrumentos financeiros, como a receita, a despesa e o orçamento. O tributo apresentava função meramente fiscal, objetivando arrecadar tão somente o suficiente para o adimplemento das despesas. A despesa era um mal necessário e deveria, portanto, ser mínima, apenas nas áreas essenciais, como segurança – interna e externa –, justiça, parlamento, diplomacia, enfim, somente em setores de atividade estatal típica. Por fim, o orçamento era considerado uma peça técnico-contábil com previsão de receita e fixação de despesa, tendo como dogma o equilíbrio.

Já com o advento do Estado intervencionista, do chamado Welfare State, principalmente após a 2ª Grande Guerra, a atividade financeira, acompanhando inclusive o tamanho da influência do Estado na economia, tende a crescer. Passa-se a utilizar o tributo não somente com função fiscal, mas também extrafiscal, colimando intervir na economia, estimulando setores e regiões, desestimulando vícios como a bebida e o tabaco, redistribuindo a renda, entre outras funções. As despesas públicas, antes vistas apenas como um mal necessário, improdutivas e que, portanto, deveriam ser combatidas, passam a ser visualizadas como elemento de fomento ao desenvolvimento, e o Estado efetuando despesas para fazer crescer a economia, criar empregos (teoria do pleno emprego de Keynes), conceder benefícios sociais diversos, tais como os das áreas da saúde, da assistência e da previdência social – enfim, o gasto público como mola propulsora das políticas públicas de garantia dos direitos fundamentais. O orçamento clássico, que era somente uma operação técnica, contábil

e que tinha como dogma o equilíbrio, passa a ser visto como orçamento-programa,²⁸ uma espécie de plano de governo cujas metas deveriam ser alcançadas.

Ainda que atualmente tais posições históricas e ideológicas não estejam materializadas com nitidez em polos distintos, uma vez que é bastante comum que governos rotulados de direita aumentem significativamente a atividade financeira, inclusive a despesa pública, e que governos tidos como de esquerda implementem medidas de austeridade, o relato pretérito serve para indicar a essência política do fenômeno financeiro.²⁹

Tal decisão de cunho eminentemente político, consubstanciada em como, onde e quanto arrecadar, como, onde e quanto gastar, tem como escopo precípua a consecução dos fins do Estado. Como é cediço, a doutrina tem apresentado diversas finalidades para a existência dele.³⁰ Na questão específica da atividade financeira, coloca-se, como fim do Estado, o atendimento das necessidades públicas.

A lição clássica de Alberto Deodato resume o conceito de atividade financeira do Estado à procura de meios para satisfazer as necessidades públicas, informando serem estas infinitas, apontando ser o Estado o maior criador e consumidor de riquezas.³¹ Souto Maior Borges, em igual sentido, estabelece indissolúvel vínculo entre atividade financeira e necessidade pública ao

28 Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. 2. tiragem, pp. 613-614. Assim leciona: "A Constituição institui um sistema orçamentário efetivamente moderno. Abre amplas possibilidades à implantação de um sistema integrado de planejamento-orçamento-programa, de sorte que o orçamento fiscal, os orçamentos de investimento das empresas e o orçamento de seguridade social passam a constituir etapas do planejamento de desenvolvimento econômico e social, ou, se quiser, conteúdo dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais, na medida em que estes têm que compatibilizar-se com o plano plurianual que é o instrumento que estabelece as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, que integrarão o orçamento anual, em cada ano, e por ele executadas anualmente".

29 Baleeiro, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, pp. 3 e 4.

30 Ranieri, Nina Beatriz Stocco. "Conceitos de Estado." In: Paulo Borba Casella, Umberto Celli Júnior, Elizabeth de Almeida Meirelles e Fabrício Bertini Pasquot Polido (orgs), *Direito Internacional: Humanismo e Globalidade* - Guido Fernando Silva Soares - *Amicorum Discipulorum Liber*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008, p. 481.

31 Deodato, Alberto. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 6.

asseverar que “a atividade financeira, nela incluída como parte integrante a atividade tributária, é atividade orientada a obter os meios necessários para suprir as necessidades públicas”.³²

O problema é saber quais são efetivamente as necessidades públicas.³³ Como alertou Alberto Deodato, as necessidades são infinitas. No mesmo sentido, Fernando Facury Scaff sentença que as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos, atentando, ademais, para o crescente desenvolvimento tecnológico a ensejar novas necessidades para o seu atendimento.³⁴

Sobre esse assunto, comenta Régis Fernandes de Oliveira que:

com o agigantamento do Estado e sua intervenção em quase todas as atividades humanas, cresce de importância o estudo das necessidades públicas. Cuida-se, antes de mais nada, de uma decisão política. O Estado é quem vai dizer, para usar verbo vicário, no texto constitucional e nas leis posteriores, quais as necessidades vai encampar como públicas.³⁵

Na mesma vertente, Baleeiro entende que é a intervenção do Estado para provê-la que dá o colorido de pública a uma necessidade; a necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos.³⁶

Em complemento a essas judiciosas ponderações, ainda cacha invocar a abalizada lição de Louis Trotabas, quando afirma

32 BORGES, José Souto Maior. *Iniciação ao Direito Financeiro*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 22.

33 Alberto Deodato. *Manual de ciência das finanças*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 6.

34 Fernando Facury Scaff. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. In: Adilson Rodrigues Pires e Heleno Taveira Tôres (orgs). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006, p.118.

35 OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 19.

36 Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 2.

que, se o Estado deve assumir todas as atividades que lhe incumbem, ele não deve assumir mais que estas. Sustenta o afamado financista francês que o problema não é mais o que o Estado pode fazer, mas sim o que ele deve fazer, sendo a gestão das finanças públicas dominada pelo reconhecimento de tais atividades assumidas. Conclui, então, que a questão é elencar quais atividades e quais meios possui o Estado para realizá-las, e isso é objeto do orçamento.³⁷

Na mesma vertente, indicando a importância do orçamento para a escolha de meios – daí o nome de lei de meios para a peça orçamentária – para a satisfação das necessidades públicas, Antônio Luciano de Sousa Franco aduz que:

em termos políticos, nos sistemas democráticos, é sobretudo pela aprovação (em regra parlamentar) do orçamento – com as respectivas prioridades de despesas e o montante dos impostos – que as decisões financeiras são formuladas anualmente.³⁸

Pelo exposto, observa-se nitidamente a essência política do fenómeno financeiro. Com isso, há de se realizar escolhas. As escolhas, ainda que sejam influenciadas por pressões sociais e económicas, visam, em última instância, suprir as necessidades públicas. Estas, porém, são infinitas, determinando ser imprescindível a prévia decisão acerca das ações governamentais relevantes e os meios para implementá-las, o que se dá na seara do orçamento.

37 Trotabas, Louis. *Finances Publiques*. Paris: Précis Dalloz, 1964. p. 17.

38 Franco, Antônio Luciano de Sousa. *Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro*. Lisboa: Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. Vol. 1, p. 171.

TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já indicado, o presente estudo objetiva demonstrar que a equilibrada e responsável atividade financeira no modelo federal de Estado tem o condão de influenciar sobremaneira na consecução das políticas públicas de efetivação dos direitos humanos. Nessa perspectiva, passa-se, neste ponto do trabalho, à análise dos aspectos precípuos das transferências intergovernamentais, instrumento imprescindível para a autonomia financeira dos entes federados, conferindo efetividade à descentralização preconizada pelo federalismo. Assim, proporciona-se a imperiosa diminuição nas desigualdades regionais e sociais, e promove-se o desenvolvimento socioeconômico idealizado pelo Texto Constitucional de 1988.

Com efeito, entes políticos dotados de autonomia, bem exercendo competências materiais e legislativas específicas, executando a contento políticas públicas de tutela dos direitos fundamentais, mormente dos sociais, colaboram sobremodo para o desenvolvimento nacional, objetivo da República Federativa do Brasil, plasmado no art. 3º, II, da Constituição. Além do objetivo de alcançar o desenvolvimento nacional, o constituinte estipulou o objetivo de diminuir as desigualdades, regionais e sociais, consoante se lê no inciso III do art. 3º da Lei Maior. Tais objetivos não são excludentes, mas complementares. Só se atinge o desenvolvimento nacional reduzindo as desigualdades regionais e sociais; por outro lado, não há como reduzir tais desigualdades sem a busca do desenvolvimento socioeconômico da nação como um todo.

Nesse tema, André Elali percebe a relação entre federalismo e a busca pelo desenvolvimento nacional, apontando que, num país de grande extensão territorial, com enormes diferenças entre as regiões, sejam elas culturais, econômicas ou sociais, o federalismo é uma ferramenta bastante útil na busca pela ordem econômica e social, tratando-se de um movimento baseado na tendência de harmonização, no pluralismo e na solidariedade.³⁹

39 Elali, André. *Tributação e Regulação Econômica - Um exame da tributação como*

Ainda no que tange à ligação entre federalismo, desenvolvimento socioeconômico e políticas públicas visando à diminuição de desigualdades, impende observar que o instrumento financeiro mais adequado ao objetivo de diminuição das desigualdades regionais não é o da atribuição de competências tributárias por si só. A repartição das receitas tributárias feita adequadamente tem o condão de fomentar o desenvolvimento nacional e regional, nos termos do desejado pelo legislador constituinte.

A distribuição obrigatória, fundada na Constituição e na lei, assimétrica, alocando mais recursos nos estados menos desenvolvidos e com algumas vinculações em setores essenciais, como educação, saúde e assistência social em sentido lato, surge, portanto, como uma solução viável para a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil. Nesse diapasão, sustenta José Marcos Domingues de Almeida que, numa Federação composta por estados heterogêneos, não é suficiente a mera atribuição de competência tributária aos entes federados, mas:

por princípio de solidariedade, especialmente num país de fortes contrastes, como o Brasil, impõe-se a redistribuição da riqueza nacional, não apenas no plano individual pela tributação progressiva, mercê da aplicação do princípio da capacidade contributiva, mas também no plano sócio-político, através das transferências financeiras.⁴⁰

Observa-se, portanto, que as transferências intergovernamentais são instrumentos essenciais para a boa qualidade da atividade financeira do Estado Federal, objetivando atender às necessidades públicas, conforme as escolhas políticas, distribuindo recursos para os entes federados que se encontram mais próximos das comunidades a serem atendidas, principalmente nas ações governamentais que assegurem os direitos fundamentais sociais, tais como a educação e a saúde.

instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP editora, 2007. p. 33.

40 Elali, André. *Tributação e Regulação Econômica - Um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: MP editora, 2007. p. 33.

Dentro dessa quadra, releva identificar, ainda que superficialmente, algumas categorias de transferências intergovernamentais, a fim de melhor compreendê-las. Em primeiro lugar, insta observar que há duas formas de participação de uma pessoa política no produto da arrecadação de outra: a direta e a indireta. A primeira ocorre como, por exemplo, no caso da partilha do Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA) e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). A segunda põe uma formulação complexa: são formados fundos aos quais afluem parcelas de receitas de dados impostos⁴¹ – aqui a presença, por exemplo, dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE, FPM).

Essas transferências com participação direta ou indireta são obrigatórias, decorrentes da Constituição Federal ou da lei. Sobre tal questão, José Maurício Conti leciona que tais transferências são automáticas quando a distribuição dos recursos do ente que os detém é encaminhada ao ente beneficiário em decorrência de dispositivo legal que é cumprido sem interferência de decisões submetidas ao crivo discricionário de uma autoridade,⁴² contrastando com as transferências voluntárias, previstas no art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000.

As chamadas transferências voluntárias são instrumentos de descentralização negociadas de recursos e encargos entre os entes federados,⁴³ ficando sujeitas a regras não rígidas, operacionalizadas com a intermediação de autoridade que exerce poderes discricionários.⁴⁴ Cumpre lembrar que não são transferências voluntárias as chamadas transferências legais para o Sistema Único

41 Coêlho, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 410.

42 Conti, José Maurício. Considerações sobre o Federalismo Fiscal Brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (orgs.). Federalismo Fiscal: Questões Contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. pp. 26-27.

43 Gomes, Emerson César da Silva. A disciplina jurídica das transferências voluntárias. In: José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff (coords). Orçamentos Públicos e direito financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 804.

44 Conti, José Maurício. Federalismo Fiscal e Fundos de Participação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 39.

de Saúde (SUS) e para o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), eis que estão excluídas do conceito legal fixado no art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal.⁴⁵

Outra classificação importante diz respeito à vinculação dos recursos a determinadas despesas públicas.⁴⁶ A transferência, então, pode ser vinculada, quando já endereçada ao financiamento de alguma ação governamental específica, ou não vinculada, quando o recurso transferido pode ser livremente gasto naquilo que o ente federado que o recebe entender mais conveniente.

Como não é o ponto nodal deste trabalho, não serão elencados os prós e os contras de cada uma destas espécies de transferência. Contudo, qualquer das modalidades de transferência intergovernamental se apresenta relevante para a descentralização das ações governamentais e, por conseguinte, para a execução das políticas públicas ligadas aos direitos humanos.

Assim, a transferência voluntária é bastante utilizada para a consecução de programas governamentais com maior liberalidade e discricionariedade. Entretanto, como depende de decisão política, muitas vezes o ente subnacional fica a depender do interesse do governante do outro ente, titular da competência arrecadatória – interesse que, por vezes, não guarda consonância com o interesse público, o que pode gerar negociações pouco republicanas.

Ademais, as transferências voluntárias sofrem uma série de restrições na Lei de Responsabilidade Fiscal, como forma de compelir os entes federados a cumprirem as regras de gestão fiscal ali preconizadas. Assim, é vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não institua e arrecade impostos de sua competência tributária (art. 11, parágrafo único). O art. 23 prevê as medidas a serem tomadas caso a despesa total com pessoal ultrapasse os limites definidos no art. 20 da referida lei

45 Gomes, Emerson César da Silva. A disciplina jurídica das transferências voluntárias. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coords). *Orçamentos Públicos e direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 810.

46 Carvalho, André Castro. *Vinculação de Receitas Públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

complementar, sendo que o excedente deve ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes. O § 3º desse artigo estatui que, se não for alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá receber transferências voluntárias. Por fim, o art. 31 da LRF estipula que, se a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, deverá ser a ele reconduzida até o término dos três subseqüentes, reduzido o excedente em pelo menos 25% no primeiro. O § 2º indica que, vencido o prazo para retorno da dívida ao limite, e enquanto perdurar o excesso, fica o ente impedido de receber transferências voluntárias da União ou do Estado. Observa-se, então, que o ente político não pode confiar no recebimento de transferências voluntárias para a consecução de políticas públicas, eis que incertas e precárias.

Por outro lado, as transferências obrigatórias, decorrentes da Constituição e da lei, têm como grande trunfo a impessoalidade e a perenidade de sua percepção, eis que independem da boa vontade do ente detentor dos recursos e não podem, em regra, sofrer retenção, nos termos do estabelecido no art. 160 da Constituição Federal.

As transferências vinculadas, por seu turno, possuem a vantagem de já serem direcionadas a determinados fins, o que retira a possibilidade de serem os recursos desviados pelos administradores locais para outros objetivos. Em contrapartida, as não vinculadas permitiriam o uso do recurso naquilo de que a comunidade mais necessitasse, sendo que a escolha política seria efetuada por quem está mais próximo e conhece as necessidades públicas existentes.

A prática de vinculação das receitas tributárias para determinados fins tem sido muito utilizada, no pressuposto de que as transferências de recursos "carimbados" atendem melhor às ações governamentais e a um planejamento estratégico nacional em áreas como saúde, educação e assistência social.

CONCLUSÃO

Pelo relatado neste estudo, o tema das políticas públicas vem gradualmente ganhando maior espaço na seara jurídica, apresentando-se como um problema de direito público em sentido lato, havendo irretorquível liame entre tais ações governamentais e ramos do direito, como o constitucional, o administrativo, o financeiro e internacional.

Além disso, os direitos têm custos, que são arcados pelo conjunto da sociedade. Por conseguinte, para financiar as políticas públicas de tutela dos direitos da pessoa humana, é imprescindível a equilibrada e responsável atividade financeira do Estado, numa interdependência entre direito financeiro e direitos humanos.

Vislumbra-se, ademais, que, no modelo federal de Estado, a atividade financeira se apresenta com características próprias, decorrentes da partilha de encargos e de recursos entre os entes da federação, o que, pelo advento da globalização e redução da autonomia das economias nacionais, está demandando maior efetividade das ações governamentais concernentes aos direitos sociais.

Enfim, pode-se resumir que, no silêncio da pesquisa, reflexão e elaboração do presente estudo, escuta-se nitidamente o diálogo sonoro e franco entre a atividade financeira e as políticas públicas de proteção aos direitos humanos no contexto da globalização.

REFERÊNCIAS:

BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à ciência das finanças. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades Regionais, Estado e Constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BORGES, José Souto Maior. Iniciação ao Direito Financeiro. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, André Castro Carvalho. Vinculação de Receitas Públicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CONTI, José Maurício. Federalismo Fiscal e Fundos de Participação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____, José Maurício. Considerações sobre o Federalismo Fiscal Brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (org.). Federalismo Fiscal: Questões Contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____, José Maurício. Planejamento e Responsabilidade Fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury e CONTI, José Maurício (orgs.). Lei de Responsabilidade Fiscal - 10 anos de Vigência - Questões Atuais. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

DEODATO, Alberto. Manual de ciência das finanças. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ELALI, André. O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional. São Paulo: MP Editora, 2005.

_____, André. Tributação e Regulação Econômica - Um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP editora, 2007.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani. Derecho Financiero. 2ª edición, ampliada y actualizada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1970, volumen I.

FRANCO, Antônio L. de Sousa. Manual de Finanças públicas e Direito Financeiro. Lisboa: Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, Vol I.

GOMES, Emerson César da Silva . A disciplina jurídica das transferências voluntárias. In: CONTI, José Maurício e SCAFF, Fernando Facury (coords). Orçamentos Públicos e direito financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes. New York, Norton, 2000.

INGROSSO, Gustavo. Istituzioni di Diritto Finanziario. Volume I. Bilancio-Contratti-Patrimonio Dello Stato. Napoli: Dott. Eugenio Jovene - Editore.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Mudança do Paradigma Orçamentário: do controle do Estado para a implementação de políticas públicas. A função da receita no Estado Democrático e Social de Direito. In: CONTI, José Maurício e SCAFF, Fernando Facury (coords). Orçamentos Públicos e direito financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES & BRANCO, Gilmar F. e Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2017.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Direitos fundamentais, federalismo fiscal e emendas constitucionais tributárias. In: PIRES, Adilson Rodrigues e TÔRRES, Heleno Taveira (orgs.). Princípios de Direito Financeiro e Tributário - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. HORVATH, Estevão. Manual de Direito

Financeiro. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nélson de Freitas. Federalismo, Tipos de Estado e Conceito de Estado Federal. In: CONTI, José Maurício (org.). Federalismo Fiscal. Barueri (SP): Manole, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. "Conceitos de Estado." In: CASELLA, Paulo Borba, CELLI JÚNIOR, Umberto, MEIRELLES, Elizabeth de Almeida e POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs), Direito Internacional: Humanismo e Globalidade - Guido Fernando Silva Soares - Amicorum Discipulorum Liber. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2008.

SCAFF, Fernando Facury . Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues e TÔRRES, Heleno Taveira (orgs). Princípios de Direito Financeiro e Tributário - Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2006.

_____, Fernando Facury. República, Tributação, Finanças. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Tiragem, 1990.

_____, José Afonso. Orçamento-Programa no Brasil. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. A Constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

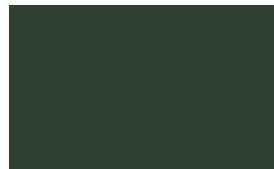
SOUSA, Rubens Gomes de. Compêndio de Legislação Tributária. 2ª ed. Edições Financeiras S/A: Rio de Janeiro, s/d.

TER-MINASSIAN, Teresa. Fiscal Federalism in Theory and Practice. Washington DC: Teresa Ter-Minassian Editor/International Monetary Fund, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário – os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, vol. III.

, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TROTABAS, Louis. Finances Publiques. Paris: Précis Dalloz, 1964.



LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERÍSSIMO

Bacharel em direito pela Universidade de Brasília e pós-graduando em direito administrativo e em direito imobiliário pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Atua como advogado.

LEVI BORGES DE OLIVEIRA VERÍSSIMO

DIREITO DA CONCORRÊNCIA NAS PLATAFORMAS DIGITAIS: INOVAÇÕES DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA SEARA ANTITRUSTE

O avanço dos meios digitais utilizados como forma de interação social impactou gradativamente o cotidiano das pessoas e, conseqüentemente, as relações de mercado. Além da evidente influência nos mercados já existentes, os meios digitais de tecnologia permitiram também a criação de novos mercados, com respectivas estruturas inexploradas, sejam eles exclusivamente virtuais ou não.

Não obstante os evidentes efeitos dos meios digitais nas relações comerciais, as plataformas digitais em si são dotadas de forte característica de dinamicidade, especialmente em relação a sua utilização como meios de realização de transações comerciais.¹ Com as alterações implementadas na dinâmica competitiva, exige-se também um olhar sobre de que maneira o panorama regulatório e a política antitruste vigentes refletem as mudanças nos mercados digitais, bem como quais seriam as limitações das ferramentas atuais ante uma nova dinâmica de mercado.

Por transformarem os modos de relacionamento entre consumidores e fornecedores, os serviços prestados por meio de

1 GOLD, 2005.

plataformas digitais desafiam e exigem rotineiramente mudanças da análise antitruste. A chamada “era digital”, consolidada pelos avanços da tecnologia da informação, afeta diretamente as rotinas e, conseqüentemente, a maneira com que indivíduos e empresas fazem negócios. Nesse cenário, a análise antitruste enfrenta, com frequência, desafios relacionados a novos arranjos de mercado viabilizados pelos meios digitais, até mesmo na definição do objeto da atuação das autoridades concorrenciais nesse contexto.

Assim, o ambiente digital criou não somente novos meios de interação econômica e produtividade, como também meios para que os agentes pratiquem novas formas de abuso de poder econômico, o que busca ser evitado pelas autoridades regulatórias e antitruste. São fatores desafiadores da análise antitruste, nesse contexto, o uso de dados dos usuários como ativo e a indefinição quanto aos conceitos de “bem-estar do consumidor” e “eficiência econômica” em plataformas de duas pontas.

De tal maneira, o presente artigo busca traçar um panorama dos desafios enfrentados pelo direito antitruste diante das características específicas dos mercados inseridos nos meios digitais. A referida análise se faz principalmente com base em revisão bibliográfica e na observância do modo com que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem se comportado diante desse panorama.

Sob esse ponto de vista, analisaremos as características concorrenciais típicas dos mercados digitais, na tentativa de identificar desafios à atuação antitruste e os possíveis motivos das dificuldades enfrentadas pela aplicação das normas antitruste. Nos Estados Unidos, a abordagem antitruste nos mercados digitais tem se voltado, de maneira significativa, para dois fatores: empresas inovadoras em mercados de alta tecnologia e a preocupação acerca de potenciais obstáculos ao crescimento econômico causados pela intervenção antitruste.² Em relação ao segundo ponto, considerando a dificuldade em identificar as consequências competitivas

2 MANNE; WRIGHT, 2010, p. 8.

de mercados inovadores, as preocupações têm foco nos custos sociais de eventuais erros de intervenção (*error costs*).³

Na tentativa de validar o que seriam “desafios” ao direito anti-truste, o presente estudo parte da premissa de que o objetivo da disciplina da concorrência no Brasil é a proteção à livre concorrência, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988 (art. 170), que visa reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 170, § 4º) e proteger, em última análise, o bem-estar do consumidor (art. 170, V). Além disso, consideramos também que o direito antitruste possui como objetivo maximizar as eficiências econômicas (alocativas, produtivas e dinâmicas).⁴ Assim, desafios são os arranjos ou comportamentos do mercado que dificultem a aplicação do direito antitruste para alcance dos objetivos legais.

Em outras palavras, busca-se, por meio deste estudo, identificar os desafios enfrentados pela implementação de políticas antitruste nos mercados digitais, bem como o comportamento do sistema normativo concorrencial vigente na análise econômica das atividades digitais, essencialmente sob a ótica descritiva. A avaliação do sistema normativo será realizada considerando a complexidade e dinamicidade dos mercados-objeto deste estudo. Com efeito, cumpre ainda ressaltar que inúmeras áreas do direito enquanto ciência estão envolvidas no fenômeno da virtualização dos mercados, de modo que o artigo tangencia tais pontos, com foco no aspecto da regulação econômica.

De tal forma, sem a pretensão de esgotar o tema, que é marcado pela dinamicidade, busca-se investigar de que modo as características dos mercados digitais têm sido consideradas pelo direito antitruste como forma de distingui-los dos mercados tradicionais. Embora atualmente grande parte dos negócios já utilizem ferramentas digitais em alguma etapa de sua produção, o artigo busca distinguir características próprias dos mercados digitais e delimitar de que maneira é possível dissociá-los dos mercados “não digitais” ou “tradicionais”.

3 *Idem*, p. 04.

4 *ECONOMIDES*, 2008, p. 02.

Nesse contexto, o presente artigo se divide em quatro partes, incluindo esta introdução. Na segunda parte, exploraremos de maneira geral os motivos que dificultam uma regulação das plataformas digitais, para que tenhamos em mente tais características ao analisarmos os desafios específicos da análise antitruste em seguida.

Na terceira parte, subdivida em quatro subitens, investigaremos as principais características dos mercados digitais que têm exigido mudanças na análise antitruste no Brasil e em outras jurisdições. Finalmente, a quarta parte trará as conclusões encontradas pelo autor ao longo da revisão realizada.

OBSTÁCULOS À REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Desde o início da utilização da Internet como meio de conexão de agentes econômicos, profissionais e acadêmicos do direito antitruste se dedicam a mensurar os efeitos das plataformas digitais na aplicação das medidas de defesa da concorrência. Mais ainda, juristas e economistas questionam se é possível e de que forma o direito pode regular a Internet.

Nesse contexto, sabe-se que o meio virtual permite uma amplitude de interações entre agentes econômicos que não era possível anteriormente, de modo que a análise dessas interações para o direito econômico é tema fundamental para o direito da concorrência. Dado o impacto econômico causado pelas alterações negociais possibilitadas pelos novos instrumentos de tecnologia da informação, órgãos de defesa da concorrência ao redor do mundo e no Brasil se dedicam a analisar casos concretos de possível conflito entre agentes do mercado de inovação em face dos tradicionais. Nesse contexto, busca-se investigar a forma com que a atuação do Estado tem sido realizada, especialmente em relação aos obstáculos enfrentados pelo direito antitruste diante das inovações e da dinamicidade dos mercados digitais.

A dificuldade em se dimensionar e regular as relações digitais se dá especialmente em razão da amplitude de agentes co-

nectados ao âmbito virtual. Na verdade, como nos lembra Mark Lemley, a afirmação de que inexistente um “governo centralizado” da Internet é, em certa medida, enganosa. O autor aponta que há, na literatura econômica, vasta discussão a respeito de “externalidades de rede” e *switching costs* em variados mercados, que tornam a regulação da Internet inevitavelmente sujeita à influência de fatores variáveis.⁵

Considerando o crescimento orgânico de determinados competidores em mercados digitais, como Google, Facebook e Amazon, que são hoje agentes dominantes nos respectivos mercados, exige-se das autoridades antitruste uma posição ainda mais incisiva na defesa da concorrência nesse cenário.

Dentre as características exclusivas dos mercados digitais frente aos tradicionais (ou não digitais), destacam-se a dinamicidade das inovações, “baixas” barreiras à entrada para grande parte dos serviços,⁶ o caráter de duas pontas e o uso de dados pessoais como ativos.⁷ Investigaremos a seguir como cada uma dessas características⁸ tem desafiado os teóricos e as autoridades do direito antitruste a disciplinarem tais mercados.

CARACTERÍSTICAS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS E DIREITO ANTITRUSTE

Caráter de duas pontas

A ampla quantidade de agentes de influência envolvidos nas tentativas de regulação das plataformas digitais se dá, primei-

5 LEMLEY, 1996, p. 05.

6 Não há um consenso quanto às barreiras à entrada nas plataformas digitais, pois embora em tese exijam um investimento relativamente baixo, a possibilidade de novos agentes contestarem players dominantes é reduzida, conforme observa Ariel Ezrachi (2018, p. 11).

7 MAHER et al., 2016.

8 Para realizar a seleção das características dos mercados a serem analisadas no presente ensaio, diante de diversas características consideráveis, fez-se opção metodológica com base nos seguintes critérios: (i) características de mercado que tenham sido analisadas e/ou definidas em precedentes concorrenciais nacionais ou internacionais e (ii) que tais análise tenham relevância/ impacto concorrencial considerável. Sabe-se do grau de subjetividade relacionado ao segundo critério, entretanto a pesquisa buscou avaliar o grau de relevância de cada caso conforme a repercussão na imprensa, doutrina e em meios especializados ligados ao direito antitruste.

ramente, em razão do caráter de duas pontas atribuído a esses mercados.⁹ Nessa configuração, têm-se os produtores de conteúdo, também chamados de prestadores de serviços *Over The Top* (OTT), e, de outro lado, o usuário final da Internet. As “pontas” são ligadas pelo serviço dos provedores de acesso à Internet, que cobram pelo tráfego de dados.

Desde o fim da década de 1990, teóricos do campo da economia digital buscam investigar o comportamento dos mercados no cenário virtual. Nesse contexto, os estudos de Nicholas Economides buscam identificar características da indústria de rede (de maneira geral) e dos mercados virtuais (de maneira específica) que tornam o *enforcement* antitruste mais complexo.¹⁰

De maneira geral, os mercados de duas pontas são entendidos como um modelo que distribui os custos e gera receitas por meio dos dois agentes posicionados nas extremidades do mercado: usuário final e prestador de serviço.¹¹

Tal característica não é exclusiva dos mercados digitais. Os de videogames, cartões de crédito (meios de pagamento) e grande parte dos mercados com externalidades de rede possuem lados distintos beneficiados por uma plataforma em comum.¹² Assim, a interação entre as duas pontas faz com que esses mercados difiram dos tradicionais, pois nem sempre o usuário final é objeto das externalidades (positivas ou negativas) geradas pela dinâmica de negócio.

Nesse contexto, particularmente no âmbito virtual, a demanda potencial das duas pontas cresce de maneira proporcional em ambos os lados. Paralelamente, o modelo permite aos provedores de acesso à Internet serem remunerados tanto por usuários finais quanto por prestadores de serviços *on-line*. A complementaridade entre os que possuem características de duas pontas

9 ECONOMIDES & TÁG, 2012, p. 95.

10 ECONOMIDES, 2008, p. 02.

11 ECONOMIDES & HERMALIN, 2012.

12 ROCHET & TIROLE, 2003, p. 990.

gera debates inclusive acerca das técnicas tradicionais de definição de mercado.¹³

O modelo de remuneração do negócio em duas pontas ainda fez surgir o debate acerca da “neutralidade da rede”, consagrado pela lei nº 12.956/14 (o “Marco Civil da Internet”), que estabelece a regra geral de não discriminação da transmissão de dados em razão do conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação (art. 9º do mencionado diploma legal).

Além do debate regulatório acerca da exigência de isonomia fundada na neutralidade da rede, no contexto concorrencial discute-se o caráter anticompetitivo da prática denominada “zero rating”, que consiste em não efetuar cobrança do usuário final para uso de dados de determinados serviços, como aplicativos de troca de mensagens instantâneas (como o WhatsApp) ou redes sociais.¹⁴

A competição entre plataformas é outro ponto novo enfrentado pelo direito da concorrência face aos mercados de duas pontas, em especial os mercados digitais. Nesse contexto, a dificuldade de um controle concorrencial prévio, ou mesmo coercitivo, se dá por fatores como a grande dinamicidade dos mercados (que, por vezes, não possuem precedentes na análise antitruste), bem como pela multiplicidade de agentes, plataformas e sistemas de tecnologia envolvidos em um mesmo processo econômico.

INTEROPERABILIDADE (COMPATIBILIDADE) DE SISTEMAS

Um segundo elemento característico dos mercados digitais e que desafia a regulação antitruste está relacionado à interconexão entre produtos. Comumente, produtos conectados à rede exigem requisitos técnicos de compatibilidade para conexão de *softwares* e *hardwares*. Um exemplo dessa dinâmica é o que encontramos no caso dos iPhones, que são compatíveis apenas

¹³ Para uma análise econômica mais detida sobre o assunto, vide Economides, N. *Antitrust in Network Industries*, 2008.

¹⁴ Com base em denúncia do Ministério Público Federal, o Cade investiga a conformidade da prática à luz da Lei de Defesa da Concorrência no inquérito administrativo nº 08700.004314/2016-71.

com o sistema operacional da Apple, o iOS; além disso, os aplicativos devem ser desenvolvidos conforme a plataforma na qual serão reproduzidos.

Diante de tal modalidade de compatibilidade, conhecida como "vertical",¹⁵ a descontinuação de um aplicativo para determinada categoria de *smartphones*, com critério de data de fabricação, por exemplo, pode significar a inutilização do produto para uma parcela relevante dos consumidores. Dessa forma, os usuários se veriam compelidos a adquirir novos produtos, em razão da indisponibilidade de aplicativos para seu aparelho.

O efeito cíclico gerado no consumidor, que acaba se acostumando a utilizar um produto específico, revela uma dificuldade de novos entrantes em competirem de maneira paritária com agentes já consolidados como dominantes nesses mercados. Segundo a teoria de Economides,¹⁶ diferentemente das indústrias tradicionais, mercados relacionados à rede são caracterizados pela disputa pelo mercado (*for the market*) mais que a disputa no mercado (*in the market*). Esta característica é conhecida como o *winner-take-most*, que leva os mercados de rede a um equilíbrio natural, o que não significa baixa competitividade.

O autor observa que, embora de maneira geral os mercados virtuais possuam baixas barreiras à entrada e potencializem o bem-estar do consumidor, existem preocupações concorrenciais significativas relacionadas principalmente aos serviços de *backbone*.^{17,18} Tal definição é importante na medida em que determina que a intervenção nos meios digitais passa, conforme apontado por Lawrence Lessig, pela infraestrutura programada. Assim, a análise antitruste não pode desconsiderar os instrumentos que os agentes de mercado possuem, tanto para competirem de maneira eficaz e orgânica quanto para praticarem condutas anticompetitivas.

15 LEMLEY, 1996, p. 08.

16 2008, p. 16.

17 *Backbone*, traduzido literalmente como "espinha dorsal" são os serviços de rede local responsáveis pelo tráfego de dados até a chega ao destinatário final."

18 ECONOMIDES, 2007, p. 21.

Em 1996, Lemley¹⁹ apontava que, diante da característica de verticalização dos *softwares* (em razão da compatibilidade técnica) e da fidelização dos usuários causada pelo hábito e pela aprendizagem na utilização de um mesmo *software*, a Internet provavelmente caminharia para uma linguagem de programação dominante e um navegador dominante. Outros produtos, como ferramentas de busca, na visão do autor, permaneceriam competitivos indefinidamente, por não apresentarem características como compatibilidade e necessidade de aprendizagem.

No entanto, uma análise dos dados de participação de mercado nas áreas utilizadas como parâmetro por Lemley demonstram que as previsões não se concretizaram.

Na direção contrária, o mercado de ferramentas de busca possui o Google com cerca de 80%²⁰ de participação e posição consolidada como líder do setor. Embora o presente artigo não tenha o intuito de discutir as razões pelas quais as características apontadas por Lemley em 1996 não foram determinantes para a estruturação dos mercados apontados, percebe-se que as dinâmicas dos mercados em plataformas digitais possuem comportamentos ainda pouco explorados pela teoria antitruste.

PROPRIEDADE INTELECTUAL

A propriedade intelectual é outro assunto importante nos mercados digitais e que tangencia o direito da concorrência de maneira evidente. A obtenção de contratos de licenciamento para distribuição de conteúdo envolve o cumprimento de normas locais que limitam o livre acesso ao conteúdo e podem limitar a concorrência em determinados mercados. Por vezes, com o intuito de proteger a criação intelectual dos autores, as divergências entre normas de proteção aos direitos autorais inibem a distribuição de conteúdo e, consequentemente, a divulgação da obra e a remuneração do artista.

19 1996, pp. 13-14.

20 Fonte: <<https://www.netmarketshare.com/search-engine-market-share.aspx?qprid=4&qpcustomd=0>>. Acesso em 20 jul. 2017.

Os direitos de propriedade intelectual estão diretamente ligados à questão da compatibilidade de produtos apontada anteriormente. Produtos da Apple possuem formatos e requisitos técnicos protegidos por patentes e não podem ser livremente copiados. Essa proteção é intrínseca à atratividade comercial do produto, de modo que é natural que produtos de determinadas marcas sejam incompatíveis com *softwares* específicos.

Nesse contexto, conforme aponta Lemley,²¹ o fato de que a lei de propriedade intelectual permita a proibição de cópias de determinado *software* significa que os mesmos fatores que conduzem uma indústria em direção a um único padrão de compatibilidade podem levá-la a um cenário de monopólio.

No entanto, os indicadores atuais apontam para uma maior desconfiança entre provedores de plataformas no mercado digital. Em abril de 2015, a Comissão Europeia abriu uma investigação formal antitruste em relação à utilização do Google Search pelo sistema operacional Android (que pertence ao Google). Naquele caso, a Comissão considerou que o Google violou as normas antitruste por (i) exigir que fabricantes instalassem previamente a ferramenta de busca Google Search e o navegador Google Chrome como programas-padrão em seus dispositivos; (ii) proibir que fabricantes vendessem smartphones que funcionam com sistemas operativos concorrentes; e (iii) dar incentivos financeiros a fabricantes e operadores de telefonia para que instalassem, com exclusividade, a ferramenta Google Search nos seus dispositivos.²²

Cumprе lembrar, nesse contexto, que o Android é um sistema operacional de fonte aberta, que pode ser livremente utilizado e desenvolvido para criar um sistema operacional modificado. No entanto, se um fabricante pretender pré-instalar aplicações exclusivas da Google, incluindo o Google Play Store e o motor de pesquisa Google Search, em qualquer dos seus dispositivos,

21 1996, p. 15.

22 Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_pt.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

a Google exigia a celebração de um “acordo antifragmentação” (“*Anti-Fragmentation Agreement*”), no qual os fabricantes assumiam o compromisso de não vender dispositivos que funcionem com sistemas operacionais modificados. Interessante notar, nesse caso específico, que o arranjo contratual buscou evitar que a infraestrutura programada do *software* (de código aberto) permitisse a concorrência do sistema próprio do Google (“original”) com programas modificados livremente pelos usuários.

PROCESSAMENTO DE DADOS PESSOAIS²³ COMO ATIVOS

Outra característica a ser enfrentada pelo direito da concorrência é a utilização, nos meios digitais, de dados pessoais como ativos. “Dados são, em alguma medida, o recurso natural primário da economia digital”.²⁴ Além da importante discussão constitucional acerca da proteção ao direito de privacidade e de imagem, os efeitos competitivos do uso de dados como bem de valor comercial também levanta debates no âmbito econômico.

Considerando-se o potencial valor econômico decorrente do tratamento de dados pessoais, a ocorrência de efeitos no cenário concorrencial é uma consequência óbvia. Instrumentos para controle de governança e privacidade de dados, bem como um uso em cumprimento às normas antitruste, passam necessariamente pelo código-fonte do sistema que detém tais dados. Os apontamentos de Lawrence Lessig nesse campo, amplamente difundidos entre teóricos do direito digital, apontam que os códigos por trás dos *softwares* se tornarão a lei que regula o comportamento dos usuários naquele ambiente.²⁵

23 No âmbito desse artigo, para fins de padronização terminológica, utilizaremos as definições usadas no âmbito do PL n° 5217/2016, que define “dado pessoal” como qualquer “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”. Por sua vez, o projeto define o termo “processamento” como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

24 WERNBERG & DEXE, 2015, p. 29.

25 LESSIG, 1999.

Regras implementadas por meio de códigos de programação, diferentemente das regras tradicionais, não podem ser burladas, exceto nos casos em que o usuário possui conhecimento técnico suficiente para tanto. Atualmente, porém, os sistemas descentralizados não permitem uma regulação única, de modo que as autoridades concorrenciais usualmente se valem de métodos tradicionais para definição de mercado e identificação de condutas anticompetitivas nas plataformas digitais.

Em outubro de 2016, a autoridade concursal italiana instaurou investigação contra o WhatsApp sobre possíveis violações antitruste e consumeristas relativas ao compartilhamento de dados pessoais de usuários do aplicativo de mensagens com o Facebook, pertencente ao mesmo grupo econômico. No mesmo sentido, o Bundeskartellamt, autoridade alemã de defesa da concorrência, iniciou procedimentos de investigação contra o Facebook por suposto uso de dados de usuários para direcionamento de publicidade.²⁶ Nesse caso, pretende-se investigar se tal conduta configura prática de abuso de posição dominante diante das normas concorrenciais alemãs.

Em junho de 2017, a Comissão Europeia multou²⁷ o Google em US\$ 2,7 bilhões por violação antitruste no mercado de buscas. Segundo o órgão, o Google teria apresentado, em resultados de pesquisa mais favoráveis (com posições mais ao topo das páginas), os mecanismos de busca de preços próprios em detrimento aos dos concorrentes. Além disso, o Google teria excluído de seus resultados mecanismos de buscas de preços concorrentes. A Comissão Europeia determinou que o Google cessasse a conduta em 90 dias, sob pena de multa de 5% do faturamento mundial diário da Alphabet (empresa detentora do Google).

A discriminação de preços com base em dados de localização geográfica dos usuários (*geopricing*), bem como o bloqueio

²⁶ Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/02/facebook-german-cartel-probe-suspected-data-protection-abuses>>.

²⁷ Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm>. Acesso em 21 jul. 2017.

de conteúdo com base nos mesmos critérios, são também desafios encarados pelas autoridades de defesa da concorrência diante da nova dinâmica viabilizada pelas plataformas digitais.

Embora, de certa forma, dados pessoais já pudessem ser utilizados como moeda de troca antes do crescimento de mercados digitais, tal dinâmica ganhou amplitude sem precedentes a partir da popularização da Internet. O modelo de negócio de duas pontas permitiu que prestadores de serviço oferecessem conteúdo, serviços e ferramentas de busca de maneira “gratuita” (*free side*) ao usuário final e monetizassem o serviço por meio da veiculação de publicidade (*paying side*).²⁸

Os dados fornecidos pelo usuário, voluntariamente ou não, inclusive relativos ao seu comportamento *on-line* (o que buscou, que conteúdo consumiu, o que comprou), são utilizados dos dois lados da ponta das plataformas digitais. Do ponto de vista do usuário, provedores de serviço e conteúdo utilizam os padrões de busca do usuário para moldar os resultados conforme o interesse presumido do usuário (baseado em seu histórico). Assim, o prestador de serviço pretende fidelizar o usuário apresentando resultados que são presumivelmente mais adequados aos interesses deste.

Na outra ponta, os dados pessoais do usuário são utilizados como parâmetro de direcionamento da publicidade ao público mais propenso a consumir o produto/serviço divulgado. Considerando-se que as empresas que divulgam suas atividades por esses meios esperam alcançar usuários mais inclinados a cliquem em seus anúncios, a publicidade torna-se mais lucrativa por meio do uso dos dados pessoais.²⁹

Nesse contexto, surge a questão acerca do papel do direito concorrencial frente a esses modelos de negócio e da necessidade de imposição de limites à utilização e ao processamento de dados dos usuários. O Brasil não possui uma lei que enderece a

28 KUSCHEWSKY & GERARDIN, 2013, p. 03.

29 *Idem*, p. 05.

questão do tratamento e da guarda de dados pessoais e discute atualmente a necessidade da questão principalmente no âmbito do projeto de lei nº 5.276/2016, de autoria do Poder Executivo, que é atualmente o projeto em estágio mais avançado de tramitação e que concentra os debates em torno do tema.

O projeto em discussão no Congresso Nacional estabelece determinações importantes, como a necessidade de “consentimento livre, informado e inequívoco” do titular dos dados, para que o tratamento possa ser realizado. Embora contenha avanços significativos, o projeto de lei não faz menção específica às possíveis condutas anticompetitivas decorrentes do tratamento de dados pessoais (fato que também ocorreu no âmbito da legislação europeia),³⁰ o que exigirá do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência um papel orientador nesse sentido.

Num esforço para solucionar a lacuna, a International Competition Network, entidade que agrega informalmente mais de 100 agências antitruste no mundo,³¹ publicou, em 2016, um guia³² de boas práticas anticartel em que sugere às autoridades de defesa da concorrência que tenham “abordagem sistemática” para revisão, seleção e tratamento de dados digitais confidenciais/sigilosos.

No âmbito da União Europeia, o caso Google/DoubleClick, julgado em 2007, definiu os mercados relevantes de publicidade na Internet e levantou importantes debates sobre necessidades de revisão na lei antitruste, de modo a regular a venda de dados pessoais. Embora a operação tenha sido aprovada sem restrições pela autoridade europeia, o caso levantou discussões relevantes sobre acordos de exclusividade para aquisição de dados pesso-

30 “At the outset, it should be noted that data protection law has not been drafted with competition law investigations in mind. The Data Protection Directive does not contain any competition law-specific rules. Rather, it is based on broad principles, which are at times difficult to apply in the context of investigations”. (KUSCHEWSKY & GERARDIN, 2013, p. 08).

31 Fonte: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>>. Acesso em 16/07/2017.

32 Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>>. Acesso em 16/07/2017.

ais e medidas para prevenção da portabilidade de dados.³³

Naquele caso, a autoridade europeia enfrentou argumentos de concorrentes contrários à aprovação da operação, no sentido de que o Google teria celebrado contratos de intermediação com sites para deter exclusividade na divulgação de publicidade nesses canais. Dessa forma, o Google poderia coletar e tratar os dados de usuários dos sites em que detinha contratos de intermediação e, ao mesmo tempo, evitaria que outras ferramentas de busca pudessem ser acessadas por meio daquela plataforma.

Conforme apontam Kuchewsky e Geradin,³⁴ outro ponto de interesse à luz da defesa da concorrência concerne à possibilidade de portabilidade dos dados, definida pelos autores como o direito à “transferência de dados de um sistema eletrônico a outro, sem impedimento por parte do controlador”.³⁵

Entretanto, a eventual implementação de instrumentos legais para que a autoridade antitruste tenha maior controle sobre o tráfego de dados e possa identificar eventuais práticas anticompetitivas passa pela questão da vigilância excessiva e do direito à privacidade. Ao mesmo tempo, o acesso a informações de indivíduos permite avanços e inovações tecnológicas que promovem o bem-estar do consumidor. Assim, o debate em torno dos mecanismos e limites legais de acesso a dados pessoais exige cautelas significativas, sob pena de ocorrerem violações a direitos individuais.

Na legislação concorrencial brasileira vigente, não há previsão legal expressa para que o Cade aplique sanções a empresas e pessoas físicas que compartilhem informações pessoais ou sigilosas. Nada obstante, em caso inédito julgado em junho de 2017,³⁶ a autarquia aplicou multa a um representado por vazamento de informação sigilosa relacionada a uma investigação

33 KUSCHEWSKY & GERARDIN, 2013, p. 07.

34 op. cit., p. 09.

35 Tradução livre do trecho: “transfer data from one electronic processing system to and into another, without being prevented from doing so by the controller”. (Idem, p. 09).

36 Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60.

em andamento. Embora o caso não trate especificamente de dados pessoais no âmbito virtual, a fundamentação utilizada pelo Cade para aplicação da multa – art. 50 da lei nº 9.784/99 e artigos 31 e 32 da Lei de Acesso à Informação³⁷ – demonstra que o ente público busca caminhos para preservar o compartilhamento de informações sigilosas. Resta saber se o mesmo entendimento virá a ser aplicado em eventuais condutas anticompetitivas relacionadas ao uso de dados no âmbito virtual.

CONCLUSÕES

Como vimos ao longo deste estudo, os mercados digitais possuem características que desafiam a aplicação da legislação antitruste de maneira tradicional. Entre os pontos apresentados estão a falta de regulação específica em relação à infraestrutura programada, bem como a possibilidade de cobrança em vários lados, em razão do caráter de duas pontas do mercado, que exigem uma análise detida acerca dos efeitos concorrenciais gerados por essas características.

Agentes dos mercados analisados possuem profundas desigualdades competitivas que não podem ser solucionadas com mera tentativa de equalização de oportunidades, mesmo porque não foram identificadas condições relevantes de restrição à entrada. Assim, entendemos que a análise antitruste nesse cenário deve considerar as características de equilíbrio natural de mercados marcados por desigualdades significativas.

O cenário de dinamicidade e transnacionalidade dos mercados digitais ainda dificulta eventual imposição de regulação *ex ante* (como remédios estruturais ou comportamentais). Além disso, a relação dos mercados digitais com a propriedade intelectual, embora não seja uma questão primordialmente antitruste, é capaz de incentivar condutas excludentes, como restrições a *softwares* desatualizados e consequentes discriminações de consumidores sem poder aquisitivo para acompanharem as inovações tecnológicas.

37 Lei nº 12.527/2011.

Além disso, podemos perceber que, embora a regulação antitruste seja desejável em muitos casos, a aplicação da legislação antitruste é, por vezes, inviabilizada em razão da ausência de instrumentos específicos para análise desses mercados. Por meio da análise de características das plataformas digitais, é possível concluir que os mercados nesse contexto operam de forma diferente quando comparados a grande parte dos “tradicionais”.

Nesse contexto, o direito antitruste tem um papel importante a desempenhar na maximização da livre concorrência e no bem-estar dos consumidores, em última instância. Infelizmente, a análise tradicional antitruste pode levar autoridades reguladoras a agir inadequadamente em seus esforços para preservar a concorrência.

REFERÊNCIAS:

AVERITT, Neil; LANDE, Robert. Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law. *Antitrust law journal*, vol. 65, 1997. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1134798>.

BARTA, K., & NEFF, G. (2016). Technologies for Sharing: lessons from Quantified Self about the political economy of platforms. *Information, Communication and Society*, 19(4), 518-531.

BAUMOL, W., PANZAR, J. e WILLIG, R., *Contestable Markets and the Theory of Market Structure*. Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1982. Disponível em http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer/IO_Files/Contestable%20Markets,%20baumol.pdf.

BROCKHOFF, Julia, et al. Google/DoubleClick: the first test for the Commission's non horizontal merger guidelines. *Competition Policy Newsletter*. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008_2_53.pdf

CASS, Ronald. Antitrust for high-tech and low: Regulation, innovation, and risk. *Journal of Law, Economics and Policy*, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2138254>

CHERRY, M. A. Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work. *Comparative Labor Law & Policy Journal*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2734288. Saint Louis, 2016.

CASTELLS, Manuel. Materials for an exploratory theory of the network society. *The British Journal of Sociology*, Vol. 51, n. 1, janeiro/março de 2000.

ECONOMIDES, Nicholas (2006), *The Economics of the Internet Backbone*, em *Handbook of Telecommunications*. Amsterdam: Elsevier Publishers (2006). Disponível em: http://www.stern.nyu.edu/networks/ECONOMICS_OF_THE_INTERNET_BACKBONE.pdf.

_____. *Economics of the Internet*. New York University Law and Economics Working Papers. 2007. Disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=nyu_lewp

_____. *The Economics of networks*. *International Journal of Industrial Organization* (1996). Disponível em http://www.stern.nyu.edu/networks/Economics_of_Networks.pdf.

_____; HERMALIN, B. The Economics of Network Neutrality. *RAND Journal of Economics*. V. 43, n. 4, pp. 602-629, 2012.

_____; TÅG, Joacim, Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis, *Information Economics and Policy*, v. 24, n. 2, p. 91-104, 2012.

EZRACHI, Ariel. EU Competition Law Goals and The Digital Economy. Working paper. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766. Acesso em 07 de junho de 2018.

FRIEDEN, Rob. Adjusting the horizontal and vertical in telecommunications regulation: a comparison of the traditional and a new layered approach. *Federal Communications Law Journal*, Vol. 55, n. 2, p. 207-250, 2003. Disponível em: <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v55/no2/frieden.pdf>.

Goel, R.K. & Hsieh, E.W. Internet Growth and Economic Theory. In *NETNOMICS: Economic Research and Electronic Networking*, 2002.

GOLD, Lorna. *The Sharing Economy: Solidarity Networks Transforming Globalization*. Ashgate Pub Ltd, 2005.

HOVENKAMP, Herbert, AREEDA, Phillip E., *Fundamentals of Antitrust Law*. 3rd edition. Aspen Publishers, 2004.

KUSCHEWSKY, Monika & GERADIN, Damien. Data Protection in the Context of Competition Law Investigations: An Overview of the Challenges. Publicado em 16 de outubro de 2013. Tilburg Law School Research Paper No. 020/2013. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2341232>, acesso em 26/07/2016.

LEMLEY, Mark A. *Antitrust and the Internet Standardization Problem*. University of Texas School of Law, 1996.

LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

_____. *Code*, version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

_____. *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. Penguin Press, 2008.

MAHER, Maria; REYNOLDS, Paul; MUYERT, Paul; WANDSCHNEIDER, Fred.

Resetting Competition Policy Frameworks for the Digital Ecosystem. Groupe Speciale Mobile Association, 2016.

MANNE, Geoffrey A. & WRIGHT, Joshua D. Google and the Limits of Antitrust: The Case against the Antitrust Case against Google. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 34, No. 1, Winter 2011.

MENDOZA, Doris Karina Oropeza. Antitrust in the new economy case Google Inc. Against economic competition on web. *Mexican law review*, vol.8 no.2 México jan./jun. 2016.

POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.

ROCHET, Jean-Charles e TIROLE, Jean. Two-Sided Markets: An Overview. IDEI Working Papers, 2004. Disponível em https://noppa.tkk.fi/noppa/kurssi/s-38.4043/luennot/S-38_4043_pre-exam_article.pdf.

_____. Platform Competition in Two-Sided Markets. *European Economic Association*, 2003. Pp. 990-1029. Disponível em <http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>.

ROGERS, B. Employment Rights in the Platform Economy: Getting Back to Basics. *Harvard Law & Policy Review*, 10(2), pp. 480-519, 2016.

SMITH, Michael; BAILEY, Joseph; BRYNJOLFSSON, Erik. Understanding Digital Markets: Review and Assessment. MIT Center for eBusiness (1999). Disponível em <http://ebusiness.mit.edu/research/papers/140%20erikb,%20digital%20markets.pdf>.

WERBERG, Joakin; DEXE, Jacob. Rewiring Europe – Five Priorities for a Lasting Digital Economy. Pesquisa baseada em discussões realizadas no 6th Annual Economic Ideas Forum, 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

MARCELO REBELO DE SOUSA



MARCELO REBELO DE SOUSA

Licenciado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e doutor em ciências jurídico-políticas. Presidiu os Conselhos Científico e Pedagógico e o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, foi professor da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas e da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, bem como pertenceu à Comissão de Instalação e ao Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, onde é doutor *honoris causa*. Além disso, foi Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros e Ministro dos Assuntos Parlamentares e membro do Conselho de Estado, presidente da Assembleia Municipal de Cascais, vereador e líder da oposição na Câmara Municipal de Lisboa e Presidente da Assembleia Municipal de Celorico de Basto. Atualmente, é professor catedrático da FDUL e presidente da República Portuguesa.

MARCELO REBELO DE SOUSA

Eu gostaria de falar cinco breves palavras apenas, pois o tempo, mesmo em academia, urge.

A primeira palavra é de gratidão saudosa pelo vosso convite para reentrar neste auditório, regressar a estes anfiteatros e corredores, reencontrar estes colegas e alunos que encheram mais de 40 anos da minha vida.

A segunda palavra é de cumprimento afetuoso ao Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, que é infatigável nesses encontros luso-brasileiros, iniciados sob a égide do Senhor Professor Jorge Miranda e continuados pela liderança do Senhor Professor Carlos Blanco de Moraes. Encontros estes em que não sabemos o que mais sublinhar, se a constância da fraternal iniciativa, se o sempre curioso tempo da sua concretização ou se a não menos curiosa escolha de protagonistas. Curiosos o tempo e os protagonistas portugueses, sem dúvida, mas muito mais curiosos o tempo e os protagonistas brasileiros, como que inculcando a convicção de um singular poder divinatório, ou é a alternativa de um ousado tropismo interventivo por parte dos organizadores dos encontros.

A terceira palavra é de encómio pela diversidade de tópicos e de oradores que saúdo efusivamente. Tudo obedecendo ao tema maior dos designios atuais colocados ao Estado Social – tema que me lembro de ter também sugerido faz um ano. Se me

é permitido um singelo apontamento, diria que ninguém ousaria, nas nossas duas Pátrias, propor, ou sustentar, a supressão desse Estado. Isso, supondo, que se quer manter como irreversível a democracia. Em simultâneo, os contornos concretos do Estado Social dependerão crescentemente de contextos extrínsecos, regionais e universais. Conciliar Democracia e Estado Social, em economias crescentemente abertas, requererá uma governação capaz de antecipar a leitura de fatores críticos externos e internos, de atuar com agilidade na conjuntura, de manter permanente atenção e consistência quanto aos dados estruturais e de ser dotada de uma legitimidade para poder exercer autoridade sem autoritarismo e garantir paz social sem riscos de autocracia, mais ou menos velada, ou de populismo, por essência incontrolável – realidades estas, aliás, não necessariamente incompatíveis.

Quarta palavra – se assim for, então, acabamos por regressar à problemática da permanente recriação da Democracia. Em tempos de compatibilização entre os apelos sociais de um lado e os equilíbrios financeiros do outro, determinados pela abertura económica – já que os protecionismos fiscais, comerciais e outros são para quem pode e são, cada vez menos, não para quem quer. Como assegurar, ao mesmo tempo, representação popular, participação social, integração de tropismos mediáticos e inorgânicos, proximidade entre poderes públicos e cidadãos, ciclos eleitorais cada vez mais curtos e galopantes, vitalidade dos parceiros económicos e sociais, funcionalidade parlamentar, estabilidade governativa, independência judicial, equilíbrio de poderes nos níveis horizontal e vertical, e fazê-lo, quer em clima de crescimento internacional, quer em clima de crise, ou de recessão, mais ou menos pronunciada? Este é o desafio mais exigente e mais espinhoso – no entanto, o mais estimulante deste fim de segunda década do século XXI. Ao fim e ao cabo, o que se redescobre é o primado do político, ainda quando obnubilado pela aparente neutralidade doutrinária do económico, financeiro ou social.

Quinta e última palavra, mas por que me atrevo a imaginar que o labor inventivo do instituto anfitrião não se vai esgo-

tar enquanto houver um Professor de direito público brasileiro e português vivo. Direi mesmo mais: enquanto essa potência em constante recriação, que é o Brasil, continuar a legitimamente fascinar os lusitanos, e esse lugar geométrico do encontro do mundo com a Europa Continental que é Portugal sensatamente atrair os irmãos transatlânticos, seduzidos pela vivência e pela circulação no velho continente, ou seja, enquanto perdurarem estas três condicionais praticamente eternas, pergunto-me se no tal regresso de que eu falava ao primado do político não seria interessante olhar, em anos próximos, para aquilo que pode fazer a diferença na mudança em Democracia, a saber: as pessoas, a educação, a formação, a ciência, a cultura e a inovação. Eu sei que a temática é mais especializada, mas também convoca o direito a começar, no papel das suas escolas e dos seus escolares, e ganha em ser encarada de uma ótica também jurídico-constitucional. Poderá não ser tão convidativo quanto o direito e a economia, ou o direito e o mundo sociolaboral, mas não será, certamente, menos estrutural.

Termino saudando os bons amigos e queridos mestres brasileiros aqui recebidos com o carinho e o desvelo habituais, abraçando os colegas portugueses, cuja falta diária sinto, num misto de constante nostalgia, de magníficas recordações e de suave alívio de pontuais apoquentações, desejando felicidades especiais a essas heroínas e a esses heróis, alunas e alunos, que teimam, e bem, a estudar direito para endireitarem um mundo cada vez mais torto.

Realçando a determinação do Professor Carlos Blanco de Moraes por esta inesgotável missão de unir Brasil e Portugal e de o fazer pelo direito, dirão uns convolvando alternadamente sonhos de um lado do Atlântico para o outro, direi eu, subjetiva ou objetivamente apostando numa missão, que é jurídica, que é académica e que, nessa medida, é também é comunitária. Sabemos todos que nunca faltarão a esses encontros interpretações que os associarão às conjunturas pessoais, institucionais ou modais. É possível que uns e outros os viva a pensar na véspera ou no dia seguinte; tenho, porém a certeza de que aqueles que vós e de nós mais avisados e experientes preferirão olhar para o

académico, para o jurídico, para o duradouro, para o que perdura mesmo quando as honrarias ou as provações de cada instante há muito passaram. São assim a ciência, a cultura, assim deve ser também a universidade, e é por isso mesmo que não poderia deixar de aqui estar hoje convosco uma vez mais.

