

RESPONSABILIDADE DO ESTADO



VI
SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



ORGS.

TIAGO CAPPI JANINI

DIEGO NASSIF DA SILVA

©2016 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Tiago Cappi Janini & Diego Nassif da Silva
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do VI SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Responsabilidade do Estado / Tiago Cappi Janini & Diego Nassif da Silva, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2016. (Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-33-3

1. Responsabilidade do Estado / Tiago Cappi Janini & Diego Nassif da Silva.

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Responsabilidade do Estado.
342

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS NOS MUNICÍPIOS RELACIONADA À DISCRICIONARIEDADE NA GESTÃO COMO INIBIDORA DA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	5
Ilton Garcia da COSTA Luiz Henrique Néia Giavina BIANCHI	
A IRRESPONSABILIDADE DO BRASIL NO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA CORTE IDH	28
Thiago Medeiros CARON	
A PERCEPÇÃO DA SAÚDE COMO UM SERVIÇO PÚBLICO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA INEFICIÊNCIA DA SUA PRESTAÇÃO	53
Caroline Lovison DORI Letícia ALMEIDA	
A PERPETUAÇÃO DO HOLOCAUSTO: ANÁLISE DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL A PARTIR DA CRISE ATUAL DOS DIREITOS HUMANOS	70
Danieli Aparecida Cristina Leite FAQUIM Christiane Rabelo BRITTO	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA FALTA DE LEITOS EM UNIDADES DE TERAPIA INTENSIVA (UTI) e CENTROS DE TERAPIA INTENSIVA (CTI) EM HOSPITAIS PÚBLICOS	88
Carolina Ottoboni BAGGIO Paula Rodrigues PERES	
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO PARTICULAR FRENTE À DISPOSIÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS	106
Késia Rocha NARCISO Roseli BORIN	
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E O ATENDIMENTO À SAÚDE: UMA CONTRAPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO “SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS”	133
Mariana Ap MUNHAES	
A UTOPIA DA PERFEIÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	152
Gabriel Videira da SILVA Wilton Boigues Corbalan TEBAR	
CIDADANIA, VULNERABILIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE AS GARANTIAS TRABALHISTAS DE MIGRANTES	

HAITIANOS NO BRASIL	166
André Godinho CUNHA Melissa Martins CASAGRANDE	
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	188
Ivana Nobre BERTOLAZO Antonio Sergio Cordeiro PIEDADE	
LIMITES DO DIREITO A PROPRIEDADE: A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E A ATUAÇÃO ESTATAL	207
Vinicius Alves SCHERCH Sandra Santos Rosa SCHERCH	
O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	225
Beatriz Casagrande FORTUNATO Clarissa Chagas Sanches MONASSA	
O PANORAMA HISTÓRICO DO TRATAMENTO DADO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA	249
Amanda Medicis MIOLLA	
O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO MEDIDA DE CARÁTER IMEDIATISTA PARA A REALIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	266
Lorena Salemmе ORLANDO Felipe Augusto Rodrigues AMBROSIO	
RESISTÊNCIA COMO LIBERDADE: O DISCURSO DE DIREITOS E A TOMADA DA TERRA NA AMÉRICA LATINA	290
Caio Henrique Lopes RAMIRO Maria Gabriela BRANDINO	
RESPONSABILIDADE EXTRATERRITORIAL DO ESTADO APLICAÇÃO DA TEORIA DO CONTROLE EFETIVO NAS CORTES INTERNACIONAIS	314
Alexia Domene EUGENIO Gustavo Martinez BORGES	

A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS NOS MUNICÍPIOS RELACIONADA À DISCRICIONARIEDADE NA GESTÃO COMO INIBIDORA DA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ilton Garcia da COSTA¹
Luiz Henrique Néia Giavina BIANCHI²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 elevou o Município à condição de Ente da Federação ao lado da União, Estados e Distrito Federal. Com isso, passou a ter autonomia política, administrativa e financeira. Com o bônus, veio o ônus; a mesma Constituição elencou uma série de responsabilidades em especial especificadas nos Artigos 23 e 30. Para dar conta desta enorme responsabilidade, qual seja, a de garantir junto com os demais Entes os direitos e garantias fundamentais do cidadão, o Município amealha recursos financeiros, seja arrecadando diretamente de seus munícipes, seja mediante repartição dos Estados e União. Esta repartição tem se revelado insuficiente aos Municípios dada a ineficiência dos outros corresponsáveis em oferecer serviços públicos de qualidade, restando aos Municípios sua implementação. Além da falta de recursos, devemos analisar a maneira como são elaboradas as peças orçamentárias (PPA, LDO e LOA). É dever aferir como se dá a participação do cidadão de maneira que o planejamento municipal não seja realizado ao belprazer do Gestor Público. Por fim evidencia-se a necessidade de se perquirir se o Prefeito municipal tem a prerrogativa de optar por esta ou política pública. Aferir até que ponto pode (se é que pode) deixar de satisfazer direitos e garantias fundamentais relacionados à saúde ou educação em detrimento de despesas tidas como “supérfluas”. A metodologia utilizada foi a interpretativa indutiva com base em bibliografia variada

PALAVRAS-CHAVE: Orçamento Municipal; Políticas Públicas; Execução Orçamentária

- 1 Possui doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pós Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento) mestrado em Direito pela PUC-SP, mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO, graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP, graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG, Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteado, Especialização em Mercados Futuros pela BMF - USP, Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Avaliador de curso e institucional pelo INEP ? MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.
- 2 Membro do Grupo de Pesquisas (GP) Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais (UENP); GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP). Advogado, possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, pós graduação em Direito Civil Contemporâneo e Direito Processual Civil pela Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos. Além disso concluiu curso de pós graduação em Gestão Pública pela UEPG. Desde fevereiro de 2010 é Servidor Público Municipal da Câmara Municipal de Jacarezinho ocupante do cargo de Gestor Jurídico.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 raised the Municipality to Ente condition of the Federation side of the Union, States and Federal District. Thus, he began to have political autonomy, administratively and financially. With the bonus, came the burden; the same Constitution has listed a number of particularly responsibilities specified in Articles 23 and 30. In order to handle this huge responsibility, which is; to ensure together with other loved the rights and guarantees of citizens, the municipality reaps financial resources either directly raising their citizens, either by distribution of States and Union. This division has been insufficient to municipalities given the inefficiency of other co-responsible to provide quality public services, leaving the municipalities implementation. Besides the lack of resources, we must examine how it is prepared the budget part (PPA, LDO and LOA), it should assess how is citizen participation so that the municipal planning is done at the whim of the Public Manager. Finally highlights the need to to assert the Municipal Mayor has the prerogative to choose this or public policy. Assess to what extent can (if they can) no longer comply with fundamental rights and guarantees related to health or education at the expense of costs regarded as "superfluous." The methodology used was the inductive interpretation based on varied bibliography

KEY-WORDS: Municipal budget; Public policy; Budget Execution

INTRODUÇÃO

O presente trabalho presta-se a investigar de que forma a escassez de recursos públicos municipais, aliada à discricionariedade na elaboração e execução orçamentária, podem contribuir para a não realização de direitos e garantias fundamentais, em especial os de segunda geração, os quais demandam uma quantia considerável de recursos financeiros.

Para tanto, passaremos a aferir como é composto o orçamento municipal, verificando quais são as maiores fontes de recursos dos Municípios, comparando com a composição orçamentária dos Estados-Membros e da União.

A seguir, é dever averiguar quais as responsabilidades dos Municípios na realização dos direitos fundamentais, verificando qual o seu papel em face dessa responsabilidade, analisando quais serviços públicos devem ser oferecidos pela municipalidade no contexto brasileiro.

Diante dos dados colhidos até então, é oportuno destacar a possibilidade ou não de uma revisão do pacto federativo, onde se estudaria fazer uma redistribuição das receitas públicas entre os Entes da Federação, considerando uma eventual alteração na Constituição Federal, mais especificamente no Título VI, Capítulo I, Seção VI, intitulado "Da Repartição das Receitas Tributárias" (art. 157 a 162).

Para enriquecer nosso estudo proposto, é imperioso tecer alguns comentários acerca da elaboração das leis orçamentárias PPA, LDO e LOA, destacando o papel do Poder Executivo Municipal (proponente exclusivo da matéria) e da Câmara Municipal (investida no poder de emendar tais projetos de lei quando de sua tramitação).

Por fim, é de se enaltecer a execução orçamentária propriamente dita, perquirindo sobre uma suposta discricionariedade do Chefe do Poder Executivo na realização das políticas públicas tendentes à realização dos direitos e garantias fundamentais.

DO ORÇAMENTO MUNICIPAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os municípios passaram a condição de Ente da Federação ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal. Com isso, passaram a possuir autonomia político-administrativo-financeira. Nesse sentido, Alexandre Moraes assegura que:

A Constituição Federal consagrou o município como entidade federativa indispensável a nosso sistema federativo, integrando-o na organização político-administrativa e garantindo-lhe plena autonomia, como se nota na análise dos art. 1º, 18, 29, 30 e 24, VII, c, todos da Constituição.³

Cumprir destacar que, não obstante ter alcançado o status de Ente da Federação, o Município desde a Constituição de 1934 já possuía autonomia financeira, vale dizer, a partir 1934, os Municípios passaram a arrecadar impostos por força normativa constitucional, corroborando com esse entendimento, Nelson Nery Costa ensina que:

A autonomia financeira dos Municípios só foi consolidada com a Constituição de 1934, que discriminou seus tributos, art. 13, § 2º, que vinham a ser os “impostos de licença, impostos predial e territorial urbanos, impostos sobre diversões públicas, impostos cedular sobre renda de imóveis rurais e taxas sobre serviços municipais.”⁴

Com essa nova condição de Ente federativo, o Município passou a ser corresponsável pela realização dos direitos e garantias fundamentais, fazendo jus ao recebimento de recursos públicos provenientes tanto do Estado onde se encontra quanto da União.

Os Artigos 157 a 159 da Constituição Federal definem como se dá a repartição das receitas tributárias entre os Entes da Federação. A partir dali podemos aferir quais os recursos oriundos de impostos são destinados aos Municípios.

Basicamente, podemos destacar que ao Município cabem: I – Imposto de Renda

3 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional** – 9 ed. atualizada até a EC nº 71/12 – São Paulo: Atlas, 2013. p. 714.

4 COSTA, Nelson Nery. **Direito Municipal Brasileiro**. 6ª Ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 290

retido na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem (Art. 158, I); II - 50% sobre o valor arrecadado pelo Estado a título de ITR, relativos aos imóveis a ele pertencentes ou a sua totalidade em caso de o Município se encarregar de sua fiscalização e cobrança (Art. 158, II); III – 50% sobre a arrecadação do IPVA sobre os veículos licenciados em seu território (Art. 158, III); IV – 24,5% do IR e IPI arrecadado a título de Fundo de Participação Municipal rateado entre todos os municípios do País (Art. 159, II); 25% sobre o IPI repassado pela União aos Estados (Art. 159, §3º.), e; 25% sobre a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico repassado pela União aos Estados (Art. 159, §4º).

Além disso, obviamente o orçamento municipal é composto pelo produto arrecadado a título dos impostos municipais IPTU, ISSQN e ITBI, o que corresponde às receitas tributárias a que nos referiremos a seguir. É composto, ainda, por taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios, convênios (repasses de outros entes da Federação) e operações de crédito (empréstimos).

Por fim, Nelson Nery Costa enaltece o fato de o Município estar autorizado a angariar recursos provenientes da exploração econômica de seu patrimônio (correspondente à “receita patrimonial” a ser abordada a seguir) ou a partir de monopólio dos serviços públicos.⁵

Essa atividade financeira do Estado se justifica, segundo Hugo de Brito Machado, como “conjunto de atos que o Estado pratica na obtenção, na gestão e na aplicação dos recursos financeiros de que necessita para atingir seus fins”.⁶

Para exemplificar, de modo a aclarar a composição orçamentária municipal, tomemos por base o Orçamento do Município de Jacarezinho - PR para o Exercício de 2016. Cumpre destacar que os dados trazidos representam a realidade da grande maioria dos municípios de pequeno e médio porte Brasil afora.

Nesse sentido, de acordo com a previsão orçamentária para o ano de 2016, fixada na Lei Municipal 3.312/2015 (LDO/2016), o aludido Município tem previsão de arrecadar em 2016 o valor total de R\$ 101.500.000,00, o qual é composto da seguinte maneira: R\$ 14.280.700,00 decorrentes de “receitas tributárias” (tributos municipais); R\$ 1.400.000,00 de “receitas de contribuições”; R\$ 1.552.477,20 de “receita patrimonial”; R\$ 114.000,00 de “receitas de serviços”; R\$ 85.383.322,80 de “transferências correntes” (FPM, ICMS, IPVA,

5 COSTA, Nelson Nery. op. cit. p. 287.

6 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, São Paulo, Ed. Malheiros, 2009, 1ª parte, Cap. I, nº 1

FUNDEB, etc), e; R\$ 3.845.000,00 de “outras receitas correntes” (multas, juros, dívida ativa, etc).

Diante dos dados colhidos, no que se refere ao Município de Jacarezinho, podemos verificar que 84,12% do orçamento municipal é composto de receita originária de transferências da União e do Estado do Paraná.

O MUNICÍPIO COMO REALIZADOR DOS DIREITOS SOCIAIS

Percebe-se que a nova ordem constitucional atribuiu aos Municípios o dever de realizar os direitos fundamentais tal qual à União, os Estados e ao Distrito Federal. Assim, é dever aferir brevemente o que constituem os direitos fundamentais, passando pela análise do conceito de políticas públicas para que, posteriormente, abordar as atribuições dos municípios, que corroboram com o entendimento de que existe a necessidade de se rever a repartição das receitas públicas entre os Entes da Federação.

Dos Direitos Fundamentais

Preliminarmente, devemos destacar o conceito de direitos fundamentais. Para tanto, é oportuno citar as lições de Vidal Serrano Nunes sobre o tema:

Os direitos fundamentais constituem um sistema na medida em que suas normas estão em constante interação, reconduzindo sempre ao mesmo objeto: a proteção dos direitos humanos.⁷

Vale dizer, os direitos fundamentais constituem os direitos mais caros que o ser humano possa gozar, guardando íntima relação com a dignidade da pessoa humana.

Dalmo de Abreu Dallari citado por Vidal Serrano Nunes esclarece que “esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.”⁸

Invocamos o posicionamento de Walter Claudius Rothenburg para elucidar e esparcar quaisquer dúvidas acerca do tema:

“Os direitos fundamentais correspondem aos valores mais importantes para a realização do ser humano, que se traduzem nas principais normas jurídicas da comunidade”.⁹

7 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 15

8 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. op. cit. p. 14

9 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 41

Diante do exposto, é dever consignar que, de posse dos recursos públicos cabe, ao Município utilizá-los na realização dos Direitos e Garantias Fundamentais. Marçal Justen Filho leciona no mesmo sentido:

A função administrativa prestacional é composta dos poderes para promover a satisfação concreta de necessidades coletivas relacionadas a direitos fundamentais. Traduz-se, em especial, no instituto do serviço público.¹⁰

Para reafirmar seu entendimento, o aludido autor, coletando julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ, acrescenta:

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.¹¹

Norberto Bobbio, em sua clássica obra “A Era dos Direitos”, reafirma essa postura mais ativa atribuída ao Estado para assegurar os chamados Direitos Sociais (Direitos Fundamentais de segunda geração). Para tanto, pedimos escusas para citar o renomado autor:

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade.¹²

Das Políticas Públicas

Para suprir as necessidades sociais, o Estado lança mão do que chamamos de “políticas públicas”. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato esclarece que:

A política ou “polícia” pública, como se usava dizer na antiga linguagem jurídica portuguesa, é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos - pessoais, institucionais e financeiros - aptos à consecução desse resultado.¹³

Para esclarecer ao caro leitor, devemos trazer o significado de políticas públicas. Para tanto, pedimos licença para fazer uso dos ensinamentos de Thiago Nogueira Russo e Neide Aparecida de Souza Lehfeld, em importante artigo publicado na edição 23 da Revista

10 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 128.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 194

12 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 72

13 COMPARATO, Fábio Konder. **O ministério público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. N.º 40. 2001. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1214>. Data de acesso: 30 de maio de 2016.

Argumenta Journal Law do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, ensina que:

Na atual conjuntura do ordenamento jurídico pátrio e de abismo social existente, as políticas públicas são mecanismos hábeis para concretização de direitos previstos no núcleo constitucional, promoção social e minimização das desigualdades existenciais.¹⁴ (grifo nosso)

No mesmo sentido, hiago Lima Breus, em sua dissertação de mestrado, citando Gilberto Bercovici, salienta que:

O fundamento das políticas públicas está na necessidade de concretização dos direitos dos cidadãos através das prestações positivas do Estado, de tal forma que, a principal política pública será o desenvolvimento nacional o qual deverá ser harmonizado com as demais. Assim, do desenvolvimento econômico e social aliado à eliminação das desigualdades sociais far-se-á a síntese dos objetivos históricos nacionais.¹⁵

Sobre o tema ainda, devemos destacar os valorosos ensinamentos do Professor Ilton Garcia da Costa e Suelyn Tosawa, segundo os quais:

A posição do Estado-nação como centro das discussões políticas e jurídicas contemporâneas leva a polêmica de reafirmação de seu posicionamento como destinatário das aspirações e reivindicações sociais para impor uma vontade política emanada de forma democrática aos sistemas auto-organizados, auto-referidos, auto-regulados. Aponta-se como sua responsabilidade, as definições de quais são os objetivos sociais e as estratégias de implementação, bem como a distribuição de renda e a elevação dos níveis de poupança pública.¹⁶

Diante do exposto, podemos aferir até o momento que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Município passou à condição de Ente da Federação assim como os Estados, Distrito Federal e União, devendo ter sua atividade toda voltada à satisfação dos Direitos e Garantias Fundamentais. Para tanto, arrecada diretamente ou mediante repasse de outros Entes para que, com essa atividade financeira possa fazer frente às despesas decorrentes da promoção de políticas públicas.

Das Atribuições dos Municípios

- 14 LEHFELD, Neide Aparecida de Souza; RUSSO, Thiago Nogueira. **Controle Jurisdicional das Políticas Públicas que Visam Concretizar o Direito à Saúde.** Argumenta Journal Law (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP). n. 23 – julho de 2015 a janeiro de 2016 – Jacarezinho – PR. Disponível em:<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/N.%2023>. Data de Acesso: 30/05/2016.
- 15 BREUS, Thiago Lima. **POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL. A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea.** Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31063-34052-1-PB.pdf>. Data de acesso: 30/05/2016.
- 16 COSTA, Ilton Garcia da; TOSAWA, Suelyn. **O Papel das Políticas Públicas de Inclusão do trabalhador no Combate ao Desemprego.** Diálogos Impertinentes da Administração Pública. Curitiba. Instituto Memória: 2014. P. 137

Os Municípios, elevados à condição de Ente da Federação, possuem uma gama de responsabilidades as quais se encontram predefinidas na Constituição Federal.

São vários os dispositivos constitucionais sobre o tema, devendo ser destacados os Artigo 23 (que fixa a competência comum entre os Entes da Federação) e o Artigo 30 (que estabelece a competência exclusiva do Município).

No que tange à responsabilidade municipal relacionada à educação infantil e ensino fundamental (Art. 30, inc. VI, CF), devemos destacar que estamos diante de uma das mais importantes atividades desenvolvidas pelo Estado (*lato sensu*), em virtude de sua função de promover a dignidade da pessoa humana, preparando-a para desempenhar seu papel na sociedade. Nelson Nery Costa afirma que:

Apesar de aparentemente simples sua responsabilidade, na prestação de serviços públicos de educação, posto que voltada à educação infantil e ao ensino fundamental, trata-se da mais importante atividade, pois vai permitir preparar as crianças e os adolescentes para o futuro. No mundo do século XXI, a informação e o conhecimento são essenciais para a própria cidadania e para o mercado profissional. Sem o conhecimento básico, inclusive da língua portuguesa, e sem o conhecimento digital, uma pessoa pode se tornar um pária social.¹⁷

A Constituição Federal deu especial atenção à educação, dedicando toda uma Seção ao tema (Título VIII, Capítulo III, Seção I). Para arcar com essa responsabilidade, o Artigo 205 da Constituição elegeu o Estado, a família e toda a sociedade para promover e incentivá-la.

No que tange aos Municípios, devemos destacar a obrigatoriedade de oferecer vagas na rede pública de ensino infantil e nas creches para todas as crianças de até cinco anos de idade, nos termos do Artigo 208, Inciso IV, sob pena de responsabilização pessoal do Gestor (Art. 208, § 2º, CF).

Sobre o tema ainda, é imperioso enaltecer o disposto no Artigo 212, *caput* da Constituição. No qual consta a obrigação dos Municípios de empregarem na área de educação ao menos 25% da receita proveniente de impostos.

O Professor Ilton Garcia da Costa, em artigo intitulado “Direito Educacional e a Formação no Ensino Jurídico”, publicado pela Revista de Direito e Política do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública assegura que a educação é uma “forma de poder” e se utiliza

17 COSTA, Nelson Nery, *op. cit.* p. 370

das palavras de Norberto Bobbio para justificar sua assertiva, as quais passaremos a transcrever:

Que estes meios sejam dotes naturais, como a força e a inteligência, ou adquiridos, como a riqueza, não altera o significado precípua do poder entendido como qualquer coisa que serve para alcançar aquilo que é objeto do próprio desejo. Análoga é a conhecidíssima definição de Bertrand Russel [1938], segundo a qual o poder consiste na “produção dos efeitos almejados” e pode assumir enquanto tal três formas: poder físico e constrictivo, que tem a sua expressão concreta mais visível no poder militar; poder psicológico à base de ameaças de punição ou de promessas de recompensas, em que consiste principalmente o domínio econômico: poder mental, que se exerce através de persuasão e da dissuasão e tem sua forma elementar, presente em todas as sociedades, na educação.¹⁸

Outro tema delicado, a quem o Constituinte Inicial ou Derivado deu especial atenção é o da saúde. Mais uma vez, foi dedicada dentro da Constituição Federal uma Seção inteira sobre a temática (Título VIII, Capítulo II, Seção II).

Verifica-se ainda a necessidade, decorrente de imposição constitucional, de o Município dispor de ao menos 15% de sua arrecadação com a saúde, nos termos do Artigo 77, Inc. III do ADCT.

Dessa feita, somente com saúde e educação, o Município deve empregar no mínimo 40% de sua arrecadação proveniente de impostos, restando os outros 60% para custear os demais serviços públicos, tais como relacionados à cultura, segurança, transporte, urbanismo, habitação, agricultura, etc.

Ressalta-se ainda que, via de regra, para atender às demandas, os Municípios acabam por aplicar um percentual maior nas áreas de saúde e educação. A título de exemplo, podemos aferir que o Município de Jacarezinho prevê gastar 31,8% em educação e 22,94% em saúde durante o Exercício de 2016, de acordo com a Lei Municipal 3.312/2015 (LDO 2016).

Tal necessidade decorre do fato de não raras vezes os Estados (stricto sensu) não sequer efetuam as despesas mínimas constitucionais nas áreas de saúde e educação. Para se ter uma ideia, em 2013, entre os 26 Estados da Federação e o Distrito Federal, 14 não gastaram os 12% exigidos na área de saúde.¹⁹ Essa falta de comprometimento dos Estados acaba por forçar os Municípios a despenderem mais recursos para sanar as necessidades da

18 BOBBIO, Norberto, *apud*, COSTA, Ilton Garcia da. **Direito Educacional e a Formação no Ensino Jurídico**. Revista de Direito e Política, Vol. III. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: 2006. p. 111.

19 Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,rio-de-janeiro-e-o-estado-que-menos-destina-verba-para-saude-diz-ibge,1140354>. Data de acesso:8/7/2016

sociedade.

No entanto, sabe-se que mesmo dirigindo tantos recursos financeiros, os Municípios não têm condição de sanar todas essas necessidades. Mesmo aplicando percentual superior ao exigido em lei, é factível que a base de cálculo dessa conta, ou seja, o que se efetivamente arrecada, é aquém das reais necessidades sociais.

Revisão do Pacto Federativo

Diante da vasta gama de atribuições impostas aos Municípios, de acordo com a ordem constitucional vigente a que nos referimos até o momento, combinada com a falta de recursos financeiros municipais capazes de fazer frente a essas despesas, iniciou-se uma discussão acerca da possibilidade de se rever o chamado pacto federativo.

Em artigo publicado no site “Congresso em Foco” a Senadora Ana Amélia Lemos assegura que “atualmente, 60% dos recursos gerados com a arrecadação de impostos ficam com a União, 24% ficam com os estados, e somente 16% com os municípios.”²⁰

De acordo com os dados trazidos acima, questiona-se por que a União necessita de tamanha fatia do bolo financeiro, afinal, é de se verificar que (correndo o risco de ser redundante) o cidadão que necessita dos serviços públicos reside no município. É lá que existe a relação mais direta e efetiva entre Estado x Cidadão. Vale dizer, é ao Prefeito ou ao Vereador que o cidadão comum se dirige diretamente para pleitear determinada política pública que julga ineficiente.

Outra crítica que se faz à maneira como se dá a repartição das receitas entre os Entes Federativos é no sentido de que é no Município que a riqueza nacional é gerada. A produção industrial que impulsiona o País é, de fato, realizada no ambiente municipal, não obstante ser o IPI imposto instituído pela União.

Para agravar a situação, é importante observar que, para desespero dos Municípios, o Governo Federal, inadvertidamente, tem optado por aumentar exações cuja arrecadação não precisa repassar aos Municípios.

A título de exemplo, podemos citar a Medida Provisória 413/2008, que aumentou a alíquota da Contribuição Social Sobre Lucro Líquido (CSLL), de 9% para 15% nos casos das pessoas jurídicas de seguros privados. Além disso, em virtude da crise econômica mundial de

20 LEMOS, Ana Amélia. **Revisão Urgente do Pacto Federativo**. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/revisao-urgente-do-pacto-federativo/>. Data de acesso: 30/5/2016.

2008, o Governo Federal adotou uma série de políticas de desonerações de impostos (IPI, por exemplo), atingindo diretamente os repasses aos Municípios.

Nesse sentido, Deivy Tadashi Kawasaki, em seu artigo intitulado “Os serviços públicos municipais enfrentam grave crise de qualidade, que está diretamente ligada à queda de recursos públicos repassados pelo Governo Federal.”:

Através da análise do FPM, que é a maior fonte de receita de municípios de pequeno e médio porte, ou seja, 55% dos municípios brasileiros de acordo com o Tribunal de Contas da União, pode-se verificar o volume de recursos que estão escapando aos cofres públicos municipais por meio das políticas de desonerações de impostos realizados nos últimos anos, representando perdas anuais de 32% em 2009, 36% em 2010, 32% em 2011, 34% em 2012, 35% em 2013 e 36% em 2014.²¹

De acordo com os dados apresentados pelo autor, verifica-se enorme prejuízo aos municípios em razão dessa política de fomento adotada pelo Governo Federal.

Nesse caso, é imperioso que seja revista essa questão, no sentido de se evitar que a União e os Estados possam tomar decisões que afetam diretamente a arrecadação municipal, afrontando diretamente a autonomia municipal estabelecida pelo Artigo 1º caput da Constituição Federal.

Uma despreziosa ideia seria alterar a legislação pertinente, estabelecendo que, em caso de diminuição de alíquota de imposto do qual necessariamente seja destinada parte aos municípios, que se garanta ao menos os mesmos valores repassados antes da medida, não frustrando a arrecadação municipal.

DA ELABORAÇÃO DA PEÇA ORÇAMENTÁRIA

O Orçamento Público, de acordo com a sistemática adotada pela Constituição Federal (Artigo 165, para ser mais exato) é constituído por três leis, a saber: o Plano Plurianual - PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária Anual - LOA. Verifica-se, com isso, que o referido instituto tem força normativa.

Assim, os cidadãos terão ao menos uma expectativa do que será implementado pelo Gestor, o que contribui para assegurar certa segurança jurídica, pois, dessa forma, não cabe ao Prefeito aplicar os recursos financeiros da maneira como bem entender.

Ressalta-se que, pelo fato de o Orçamento Público ser elaborado por lei, ele passa a ter força normativa. Nesse caso, o Princípio da Reserva Legal é observado “quando uma

21 KAWASAKI, Deivy Tadashi. Os serviços públicos municipais enfrentam grave crise de qualidade, que está diretamente ligada à queda de recursos públicos repassados pelo Governo Federal. Disponível em: <http://www.cfa.org.br/acoes-cfa/artigos/usuarios/urgencia-na-revisao-do-pacto-federativo>. Data de acesso 30/05/2016.

norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas”²².

É de se consignar que, ao contrário da iniciativa privada, onde o particular está autorizado a fazer qualquer coisa que a lei não proíba, na área pública o Administrador só pode agir se assim a lei o permitir. Em outras palavras, na área pública não se faz absolutamente nada, a não ser aquilo que a lei permitir.

Vidal Serrano Nunes Júnior admite existir o “Princípio da Legalidade Orçamentária” segundo o qual, apesar da obrigatória previsão legal dentro da lei orçamentária para a viabilização de qualquer despesa pública, ainda assim o Poder Executivo não está vinculado à sua implementação. Nesse sentido, pondera que:

Todavia, no âmago do próprio princípio da legalidade, surge o chamado princípio de legalidade orçamentária [...] um dado essencial que, antes de mais, deve ser registrado é o fato de que a lei orçamentária autoriza, mas não vincula. É dizer, sem a previsão orçamentária, a despesa, em princípio, não pode ser realizada, mas com ela o Executivo não se vê obrigado à sua realização.²³

Vale dizer, aquilo que está autorizado pelas leis orçamentárias não necessariamente vincula o Gestor a implementá-las, atribuindo-lhe certa discricionariedade. Nesse contexto se encaixa a figura do “orçamento impositivo”, tópico este que, dada a brevidade do trabalho não será abordado. Por ora, basta lembrar que, com exceção ao § 9º do Artigo 166 da Constituição Federal, o orçamento não vincula o Gestor.

Karl Loewenstein entende que o orçamento público é uma “decisão política fundamentada”²⁴. Tal decisão deve convergir para a promoção dos direitos e garantias fundamentais em uma definição de políticas públicas orientadas à inclusão como fator de bem-estar social.

De acordo com a nova carga valorativa atribuída ao orçamento público, este passou a ser visto como instrumento de concretização dos direitos e garantias fundamentais. Tais garantias são destinadas à população, e a sua participação se tornou fundamental para que o Estado possa aferir quais são os seus anseios.

Em sendo uma decisão política, a elaboração do orçamento passa pelo crivo da escolha do legitimado a propor o Projeto de Lei que será convertido na Lei Orçamentária

22 CRISAFULLI, Vezio apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 421.

23 NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit. p. 171.

24 LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de La constitución. 2. ed. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Título Original: Political Power and the governmental process (Verfassungslehre). Barcelona: Ariel, 1976.

Anual. Ou seja, cabe ao chefe do Poder Executivo iniciar projeto dessa natureza por expressa disposição constitucional (Art. 61, §1º, Inc.II, “c”, CF), cabendo a ele a escolha da política pública a ser adotada.

Entretanto, atualmente, segundo Leonardo Augusto Gonçalves, “o Poder Executivo tem se auxiliado das atividades dos chamados Conselhos de Gestão no que diz respeito à elaboração das políticas públicas, sobretudo nas áreas de saúde, crianças e adolescentes, educação e assistência social”.²⁵

Gustavo Amaral, lembrando que os recursos públicos são escassos, ressalta a importância da escolha na hora de alocar os recursos públicos, neste sentido:

Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. As decisões alocativas são, como bem captado por Calabresi e Bobbitt, escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento, ou mesmo em morte. p. 147²⁶

É de se observar, ainda, o papel do Órgão Legislativo ao analisar a proposta orçamentária. Durante a tramitação do Projeto de lei que resultará no orçamento público, o Legislador poderá emendá-lo para atender aos anseios da sociedade.

Devemos lembra também que, independentemente do papel do Executivo ou do Legislativo na elaboração do Orçamento Público Municipal, muitos autores relatam o papel nocivo dos chamados lobistas, que, com seu poder econômico conseguem persuadir o Prefeito ou Vereador ao definir a política pública adotada. Nesse sentido, João Paulo Kemp Lima e Lucas Daniel Ferreira de Souza tratando do lobbie relacionado à saúde pública ressaltam que:

[...] estuda-se também a eficácia da norma que regula a atuação do administrador público, já que constatam inúmeros desvios de condutas do mesmo através de propinas e lobbies políticos.²⁷

Ressalta-se que a decisão do Chefe do Poder Executivo não é tomada de maneira unilateral, sem a participação popular, pois de acordo com o Artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), é obrigatória a realização de audiências públicas quando da elaboração das leis orçamentárias.

As audiências públicas, nas palavras de Fernando de Brito Alves são “uma espécie de

25 GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos Sociais: cidadania, política e justiça**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013. p. 196.

26 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro; Renovar, 2001. p. 147

27 LIMA, João Paulo Kemp; SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de Souza. **Princípio da Eficiência como Fundamento para a Política Pública e a Efetividade do Direito a Saúde**. Em Tempo – Revista da área de Direito do UNIVEM. v. 13 2014. p. 254

participação funcional, coletiva e direta dos cidadãos nos processos de deliberação do poder público, em sentido lato”.²⁸

O mesmo autor destaca o papel das audiências públicas como fenômeno de participação popular. Nesse aspecto, vejamos:

[...] a audiência pública resulta em uma concepção nova de povo/multidão e do seu papel, isso porque não se trata de mera consulta, mas, da possibilidade de interferência positiva que decorre do seu empoderamento e da recuperação do seu poder de agenda.²⁹

Entretanto, devemos lembrar que a lei impõe o requisito, mas, na prática, verifica-se um baixíssimo índice de representatividade popular nessas audiências.

Audiências públicas realizadas sem a devida publicidade, sem o adequado respaldo do Administrador, acabam por não surtirem o efeito almejado de se obter participação popular, refletindo na elaboração de uma peça orçamentária sem o devido respeito aos anseios da sociedade.

Eduardo Cambi, abordando a atual crise da democracia representativa e reafirmando a falta de sintonia entre o Gestor Público e os anseios da sociedade de maneira geral, lembra que:

A lei não traduz a vontade geral, sendo contraditória, ocasional, fragmentária, numerosa e cambiante. Não é expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, tampouco um ato impessoal, geral e abstrato, que traduza interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, mas um ato personalizado – proveniente de grupos identificáveis de pessoas e dirigidos a outros grupos igualmente identificáveis – que persegue interesses particulares.³⁰

Vale dizer, para que possamos construir uma sociedade política aberta, onde o Estado e os movimentos sociais possam constituir algo genuinamente novo e democrático, o direito à participação popular deve ser ampliado.³¹

DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Preliminarmente, há que se trazer à baila o conceito de execução orçamentária. O site do Ministério do Planejamento traz a seguinte definição: “É o processo que consiste em programar e realizar despesas levando-se em conta a disponibilidade financeira da

28 ALVES, Fernando de Brito, **Constituição e Participação Popular: A Construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 213.

29 ALVES, Fernando de Brito. op. cit. p. 219.

30 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 184.

31 ALVES, Fernando de Brito. op. cit. p. 325.

administração e o cumprimento das exigências legais”³².

Aprovada a Lei Orçamentária no ano antecedente, esta passa a vigor a partir de 1º de janeiro nos termos do Artigo 34 da Lei Federal 4.320/64, e irá regular toda a gestão pública do ente. Como dito alhures, a inclusão de determinada matéria na peça orçamentária não necessariamente vincula o Gestor a colocá-la em prática.

Das despesas obrigatórias

Determinadas despesas têm a sua aplicação obrigatória. Dentre outras, podemos citar as despesas vinculadas cujas receitas são provenientes de repasse da União a título do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB. Vale dizer, os valores repassados a título do Fundeb devem ser utilizados na área da educação básica obrigatoriamente.

Há vinculação ainda na despesa em que a fonte de arrecadação é um convênio, onde outro determinado Ente da Federação repassa recursos ao Município para que ele destine especificamente no objeto do convênio. A título de exemplo, podemos citar termo de cooperação entre o Estado X e Município Y, em que aquele destina recursos para a construção de casas populares.

Nesse caso, o Prefeito Municipal deverá construir as casas sob pena de sofrer uma Ação Civil Pública por afronta à Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS - CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE O MUNICÍPIO DE RONCADOR E O FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - LICITAÇÃO - CONTRATO DE EMPREITADA GLOBAL - DESVIO DE FINALIDADE NA APLICAÇÃO DAS VERBAS REPASSADAS AO MUNICÍPIO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - SANÇÕES DO ARTIGO 12, II E III, DA LEI Nº 8.429/92 - RECURSO NÃO PROVIDO - DECISÃO UNÂNIME.³³

Nesse exemplo específico, o Município de Roncador celebrou o convênio nº 00.003.609/96 com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, tendo como objeto a conclusão de "unidade escolar de 1º grau e ampliação da escola". No caso em tela, apesar de o repasse dos recursos financeiros ter sido realizado, o Município não concluiu a obra.

32 Disponível em: < <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/elaboracao-e-execucao-do-orcamento/o-que-e-execucao-orcamentaria>>. Acesso em 07 de junho de 2016.

33 Disponível em <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6223966/apelacao-civel-ac-3506885-pr-0350688-5/inteiro-teor-12352366>. data de acesso: 7/6/2016

Como resultado, o Prefeito Municipal foi condenado a reparar integralmente o dano, bem como teve seus direitos políticos suspensos pelo período de oito anos, ficou ainda proibido de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de dez anos.

Há ainda vinculação no que diz respeito às emendas impositivas a que se refere o Artigo 166, §9º e seguintes da Constituição Federal. Essa novidade decorre da Emenda Constitucional 86 de 17 de março de 2015.

De maneira sucinta devemos consignar que, de acordo com esses dispositivos, as emendas orçamentárias de autoria do Legislativo deverão ser obrigatoriamente implementadas até o limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade desse percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde.

Para que tal regra seja aplicável aos Municípios, a Lei Orgânica Municipal deve ter dispositivo nos mesmos termos do disposto na Constituição Federal. A título de exemplificação, a Câmara Municipal de Jacarezinho aprovou em 2016 a Emenda à Lei Orgânica 1/2016 com fito de se regulamentar o tema no âmbito municipal.

Ainda no que tange à obrigação de implementação orçamentária, devemos destacar a aplicação mínima de 15% em saúde e 25% em educação a que nos referimos anteriormente neste trabalho. É oportuno ressaltar que o não cumprimento destes mínimos enseja a intervenção estadual nos Municípios, nos termos do Artigo 35, Inc. III da Constituição Federal.

Sobre o tema, Eduardo Cambi traz interessante julgado do ano de 2003, ocasião em que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná compeliu o Estado a complementar a aplicação de recursos na área de saúde até atingir o mínimo exigido (12%, no caso de Estados).³⁴

Das despesas discricionárias

Feitas essas considerações iniciais acerca das despesas de cunho obrigatório, passaremos a expor a problemática da não realização das despesas quando fixadas no Orçamento.

Todas as despesas contempladas na Lei Orçamentária são de difícil realização, dado o caráter previsional da peça orçamentária, ou seja, trata-se de uma previsão de arrecadação

³⁴ CAMBI, Eduardo. op cit. p. 425

que pode facilmente não se confirmar.

Nesse aspecto, cumpre destacar que tal previsão dar-se-á de acordo com a arrecadação dos últimos três exercícios, bem como com circunstâncias de ordem conjuntural e outras, que possam afetar a produtividade de cada fonte de receita, nos termos do Artigo 30 da Lei Federal 4.320/64.

Outro detalhe que devemos deixar claro é a diferenciação entre recurso financeiro e recurso orçamentário. Este é o chamado “crédito” já aquele se intitula “recurso”. Para aclarar tal assertiva, vejamos o disposto no site do Tesouro Nacional:

A execução financeira representa o fluxo de recursos financeiros necessários à realização efetiva dos gastos dos recursos públicos para a realização dos programas de trabalho definidos. Lembre-se de que RECURSO é dinheiro ou saldo de disponibilidade bancária (enfoque da execução financeira) e que CRÉDITO é dotação ou autorização de gasto ou sua descentralização (enfoque da execução orçamentária).³⁵

Vale dizer, existe a possibilidade de haver o recurso (financeiro) na conta do Município e não ter o crédito (dotação orçamentária). Tal situação ocorre quando se arrecada mais do que o previsto, por exemplo. Devemos lembrar que para a despesa pública ocorra ambos (crédito e recurso) devem coexistir, neste caso, alterações nas Leis PPA, LDO e LOA devem ser feitas para abrir o crédito nos termos do Artigo 43 da Lei 4.320/64.

O inverso também pode ocorrer, ou seja, existir o crédito e não o recurso. Esse é o maior problema em se tratando da não realização dos direitos e garantias fundamentais presentes na peça orçamentária. Assim, nas palavras de Leonardo Augusto Gonçalves, “hoje como ontem, os direitos sociais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, custam muito dinheiro.”³⁶

No tocante à discricionariedade da execução, devemos atentar para o conceito do termo “discricionariedade”. Para tanto, socorremo-nos às palavras de Marçal Justen Filho:

Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.³⁷

Ainda sobre o tema, o aludido autor explica:

Portanto, a discricionariedade não significa que a Administração Pública seria titular de uma reserva de poder para escolher entre diversas alternativas. Não existe um poder discricionário inerente à função administrativa. A discricionariedade é atribuída pelo direito ao disciplinar o desempenho da função administrativa. Quando a disciplina jurídica restringe a autonomia administrativa, há vinculação;

35 Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt_PT/execucao-financeira1. data de acesso: 7/6/2016

36 GONÇALVES, Leonardo Augusto. op. cit. p. 216

37 JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 244

quando cria intencionalmente margens de autonomia, há discricionariedade.³⁸

Nesse sentido, o autor defende que a discricionariedade do gestor não é absoluta, devendo ser pautada na escolha da melhor solução ao caso concreto. Trazendo ao nosso tema, é forçoso concluir que não há falar em discricionariedade ao se optar pelo investimento em publicidade institucional do governo quando não se satisfaz as necessidades relacionadas ao atendimento à saúde, por exemplo.

Afinal, como exposto no transcorrer deste trabalho, toda atividade administrativa deve ser pautada na realização dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, toda decisão de efetuar despesas deve ser tomada com base nesta finalidade. Desta feita, havendo duas opções passíveis de escolha não resta dúvida de que se deverá optar pela que melhor contemple tais direitos.

Para espantar quaisquer dúvidas que parem sobre a discricionariedade administrativa, no tocante à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, Vidal Serrano Nunes Junior foi taxativo:

Ante uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que se incumbem de atribuir a todos os indivíduos o direito público subjetivo à educação básica e à saúde, designando, por via reflexa, o dever do Estado de adotar medidas concretas, a fim de satisfazer tais desideratos normativos, não há, com efeito, margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender, ou não, os demandatários de tais espécies de atenção pública.³⁹

Importante ponto invocado pelo autor citado há pouco é o que diz respeito à aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do Artigo 5º § 1º da Constituição Federal. Nesse ponto, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que:

[...] em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direito fundamentais (Art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.⁴⁰

No que diz respeito à saúde básica, afirma ainda que ao Estado só é dada a discricionariedade de decidir qual medida adotar para tanto, v.g., “construção de escolas, desapropriação ou locação de prédios que possam hospedá-las, conveniamento de entidades privadas de educação, fornecimento de transporte [...] etc”.⁴¹

Além disso, Leonardo Augusto Gonçalves ressalta a importância da concretização

38 JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 244

39 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. op. cit. p. 202

40 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 374

41 NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. op. cit. p. 203

dos direitos sociais:

Assim não há como se deixar de reconhecer que a falta de concretização dos direitos sociais acarreta o que podemos denominar de 'déficit de cidadania', lançando o indivíduo nas esferas da pobreza e da miséria.⁴²

Sobre essa concretização, Eduardo Cambi defende que o Judiciário pode determinar ao Executivo que proceda a remanejamento de dinheiro público, compelindo o Município a efetuar obrigação de fazer em caso de não haver dotação orçamentária para satisfação de direito fundamental, mesmo que isso afaste o Princípio da Legalidade.⁴³

Para o autor supracitado, em caso de exaustão dos recursos (financeiro) o Judiciário tem a possibilidade de determinar a inclusão da política pública frustrada na próxima peça orçamentária que terá vigência no ano subsequente

Vale dizer, a alegação de não dispor de dotação orçamentária, atualmente, diante do ativismo judicial não safa o Município de ser obrigado a realizar o direito fundamental até então frustrado do cidadão.

Para se eximir da responsabilidade de efetivar políticas públicas tendentes à satisfação dos direitos e garantias fundamentais, não raras vezes, o Estado invoca a cláusula da reserva do possível.

Sobre o tema, o STF (STF, ADPC 45-MC-DF, j. 29/04/2004, rel Min. Celso de Mello, DJU 04/05/2004) já entendeu pela inaplicabilidade da aludida cláusula em detrimento de direitos fundamentais dentro do chamado mínimo existencial.

CONCLUSÃO

O orçamento público assume papel de implementador de políticas públicas voltado à satisfação dos direitos e garantias fundamentais, a partir do momento em que ele passou a ter força normativa.

Os municípios passaram a condição de Entes da Federação, atuando como corresponsável por assegurar os direitos citados acima. Para tanto, a União e os Estados repassam aos Municípios parcela de suas respectivas arrecadações (o chamado Fundo de Participação dos Municípios - FPM) o que atualmente constitui a maior fonte de arrecadação municipal.

Ao elevar os Municípios à condição de Ente da Federação, a Constituição Federal

42 GONÇALVES, Leonardo Augusto. op. cit. p. 83

43 CAMBI, Eduardo. op. cit. p. 429

impôs uma série de atribuições as quais devem cumprir, tais como zelar pela saúde, educação básica e fundamental, meio ambiente, criança e adolescente, etc.

Esses direitos fundamentais dos quais o Município passou a ser encarregado diretamente pela realização, por versarem de direitos fundamentais de segunda geração geram um custo elevado aos cofres públicos municipais, uma vez que requerem uma atuação positiva por parte do Estado (*lato sensu*).

A política de desoneração de impostos federais (IPI, por exemplo) para fomentar a indústria tem refletido negativamente na arrecadação municipal, uma vez que a União tem optado por reduzir impostos que, por força constitucional, devem ser repartidos com os Municípios.

Há que se estabelecer uma proibição legal no sentido de que a frustração da arrecadação federal, por renúncia unilateral da União, não possa mais ecoar nos repasses dos Municípios, devendo-se ao menos garantir os mesmos valores repassados no exercício anterior.

Nos Municípios a prestação de serviços deficitários oferecidos pelos demais corresponsáveis (Estados e União). Tal deficiência impacta diretamente a gestão pública municipal, tendo em vista que é no Município que o cidadão procura por serviços na área da saúde e da educação, por exemplo, sendo cobrados mais incisivamente os gestores municipais, dado o contato mais próximo com a população.

A desproporção existente entre o arrecadado e a necessidade de recursos, evidenciou-se que o pacto federativo não supre as necessidades dos Municípios, uma vez que a grande maioria da arrecadação nacional fica a cargo da União. A partir daí é factível que uma alteração ao aludido pacto deve ser feita, no sentido de se destinar mais recursos aos Municípios.

Independentemente da baixa arrecadação municipal ou da enorme quantidade de direitos e garantias fundamentais a que se obrigou a realizar, todos esses direitos só são possíveis mediante a elaboração do orçamento público. Como exposto alhures, trata-se de dispositivo legal que assegura ao cidadão uma expectativa daquilo que será realizado pelo Ente durante o exercício.

Sua elaboração deve contemplar audiências públicas e a atuação de conselhos de gestão é primordial para que o Gestor possa alocar os recursos de acordo com as reais necessidades da população.

A eventual excelente arrecadação, que possa de fato suprir todos os direitos fundamentais dos cidadãos, além de um orçamento confeccionado com a maior representatividade possível se o Gestor quando da execução orçamentária a faz de maneira ineficiente, com desperdício de recursos públicos. Ou ainda, devendo optar entre a realização de direitos fundamentais ou despesas supérfluas, acabe por escolhendo estes.

O Poder Judiciário tem se manifestado no sentido de que não há falar em discricionariedade neste caso, devendo sempre a Administração Pública buscar a satisfação dos direitos e garantias fundamentais.

Somente com uma repartição mais justa dos recursos públicos entre os Entes da Federação mais justa; somada à elaboração de políticas públicas mais democráticas, onde o cidadão tenha seus anseios mais urgentes satisfeitos tanto no plano do planejamento quanto na da implementação propriamente dita (implementação esta livre de subjetivismos de um Gestor Público, muitas vezes insensível às reais necessidades da sociedade) é que o Município poderá cumprir seu papel constitucional de implementador de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito, Constituição e Participação Popular: A Construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional. A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31063-34052-1-PB.pdf>. Data de acesso: 30/05/2016.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. O ministério público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. N.º 40. 2001. Disponível em:

<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1214>. Data de acesso: 30/05/2016.

COSTA, Ilton Garcia da. Direito Educacional e a Formação no Ensino Jurídico. Revista de Direito e Política, Vol. III. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. 2006.

COSTA, Ilton Garcia da; TOSAWA, Suelyn. O Papel das Políticas Públicas de Inclusão do trabalhador no Combate ao Desemprego. Diálogos Impertinentes da Administração Pública. Curitiba. Instituto Memória: 2014.

COSTA, Nelson Nery. Direito Municipal Brasileiro. 6ª Ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. Direitos Sociais: cidadania, política e justiça. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KAWASAKI, Deivy Tadashi. Os serviços públicos municipais enfrentam grave crise de qualidade, que está diretamente ligada à queda de recursos públicos repassados pelo Governo Federal. Disponível em: <http://www.cfa.org.br/acoes-cfa/artigos/usuarios/urgencia-na-revisao-do-pacto-federativo>. Data de acesso 30/05/2016.

LEHFELD, Neide Aparecida de Souza; RUSSO, Thiago Nogueira. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas que Visam Concretizar o Direito à Saúde. Argumenta Journal Law (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP). n. 23 – julho de 2015 a janeiro de 2016 – Jacarezinho – PR. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/N.%2023>. Data de Acesso: 30/5/2016.

LIMA, João Paulo Kemp; SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de Souza. Princípio da Eficiência como Fundamento para a Política Pública e a Efetividade do Direito a Saúde. Em Tempo – Revista da área de Direito do UNIVEM. v. 13 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de La constitución. 2. ed. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Título Original: Political Power and the governmental process (Verfassungslehre). Barcelona: Ariel, 1976.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, São Paulo, Ed. Malheiros, 2009

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional – 9 ed. atualizada até a EC nº 71/12 – São Paulo: Atlas, 2013.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A IRRESPONSABILIDADE DO BRASIL NO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA CORTE IDH

Thiago Medeiros CARON¹

RESUMO

Após a primeira guerra mundial (1919), os atores internacionais passam a militar pela internacionalização dos direitos humanos, a fim de criar na esfera internacional, instrumento de garantia universal de tais direitos. Com a vinda da segunda guerra e consequentes atrocidades cometidas, fez com que o processo de internacionalização entrasse em uma vertiginosa ascendente, quando se estabeleceu ainda na ressaca desta guerra, a ONU, como organização internacional de proteção de direitos humanos. A partir de então, buscando dar maior efetividade na proteção de tais direitos, criaram-se sistemas regionalizados, como o americano, do qual o Brasil é membro. Este sistema subdividiu-se em dois subsistemas – um criado pela Carta da OEA e outro pela Convenção Americana de Direitos do Homem, que inseriu neste plano regional a Corte IDH, com competência para julgamento de casos de violação de direitos humanos perpetrados pelos Estados-membros. Partindo do método hipotético-dedutivo, o presente estudo busca analisar a ausência de enforcement nas decisões proferidas pela Corte (mesmo diante de sua obrigatoriedade), passando o cumprimento destas a depender de compliance do Estado-condenado. Analisar-se-á especificamente a situação do Brasil perante as decisões da Corte a partir da análise de casos que o Estado fora condenado. Ao final, promover-se-á uma análise crítica a postura adotada pelo país, que deixa as escâncaras preferir pagar sanções pecuniárias ao solucionar de forma efetiva o problema, causando inequívocos prejuízos aos cofres, além de deixar de promover à aplicação dos valores, na implementação de direitos tão caros a sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos – Sentença – Ausência de coercitividade – Compliance – Estado-membro – Implementação das recomendações

ABSTRACT

Luego de la primera guerra mundial (1919) los actores internacionales buscan la internacionalización de los derechos humanos con el objetivo de crear en el ámbito internacional, instrumento que garantice la universalidad de los derechos. Con la segunda guerra y consecuentes atrocidades cometidas, el proceso de internacionalización ascendió vertiginosamente cuando se estableció en la resaca de la guerra la ONU, como organización internacional de protección de los derechos humanos. Desde entonces, a fin de dar mayor efectividad en la protección de tales derechos, se crean sistemas regionalizados como el sistema americano del cual Brasil es miembro. Dicho sistema se dividió en dos sub-sistemas –

1 Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, UNIVEM; Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, UNIVEM; Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Obrigações, Contratos e Mecanismos Processuais pelo Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, IMESA, unidade de ensino Fundação Educacional do Município de Assis, FEMA, em parceria com a Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Campus de Franca/SP; Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina/PR, UEL; Graduado em Direito (Bacharel) pela Universidade Paulista, UNIP, Campus Assis/SP; Advogado (desde 2008) com experiência nas áreas: Administrativo, Cível, Consumidor, Família, Trabalhista, Penal e Previdenciário; Conselheiro Regional de Prerrogativas (11ª Região, Marília/SP) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

un establecido por la Carta da la OEA y el otro por la Convención Americana de Derechos Humanos. Desde el método hipotético-deductivo el estudio busca promover un análisis de la ausencia de enforcement en las decisiones emanadas desde la Corte (mismo delante de su obligatoriedad), cuando el cumplimiento de sentencia pasa a depender de compliance del Estado-condenado. Se promoverá un análisis específico de la situación de Brasil ante las decisiones de la Corte a partir del análisis de casos concretos que el Estado fuera condenado. Por fin, promoverá un análisis crítico de la postura adoptada por el país, haciendo una opción clara por el pago de multa en lugar de resolver el problema, dañando así la economía, dejando de promover la aplicación de los valores en la implementación de derechos demasiado costosos a la sociedad brasileña.

KEY-WORDS: Corte Interamericana de los Derechos Humanos – Sentencia – Ausencia de coercitividad – Compliance – Estado-miembro – Implementación de las recomendaciones.

INTRODUÇÃO

Cedição é que após principalmente a partir da segunda guerra, em decorrência das violações aos direitos humanos, verificou-se na esfera internacional um inequívoco processo de internacionalização destes direitos, fazendo com que sua violação não mais fosse visto como um problema interno, mas sim um problema universalizado, que deve ser objeto de combate estrutural, a fim de evitar que novos atentados à dignidade humana se repitam.

Nessa ânsia, ainda durante a segunda guerra (que teve seu início em 1939), após diversas tratativas, assinou-se a Carta das Nações Unidas (ou Carta de São Francisco) durante a Conferência sobre Organização Internacional, que se deu em 26 de julho de 1945, havendo iniciado somente em outubro daquele ano suas atividades, após ter sido ratificada pelo número necessário de países. Na elaboração de mencionado documento, estabeleceu-se a possibilidade de serem criadas entidades voltadas ao combate regional de direitos humanos, objetivando ampliar o leque protetivo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Carta das Nações Unidas, art. 52, 1).

A partir de mencionado permissivo, verificou-se a confluência de vontade dos Estados-membros das Nações Unidas destinadas a criarem sistemas regionalizados de proteção dos direitos humanos, o que se deu principalmente na África, Europa e América.

O presente estudo promove a análise do subsistema regional criado na América, a partir da elaboração da Convenção Americana de Direitos Humana – CADH (ou Pacto de São José da Costa Rica) – eis que o sistema americano possui dois subsistemas, tendo o outro sido estabelecido por meio da Carta de constituição da Organização dos Estados Americanos (OEA) – já que o Brasil ratificou-a em 07 de setembro de 1992 e promulgou-a por meio do

Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.

Além dos direitos e garantias estabelecidos pela sobredita Convenção, esta também inseriu no plano internacional a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, que exerce dupla função no âmbito internacional – consultivo e contencioso. No exercício da função contenciosa, possui a Corte jurisdição para processar e julgar casos de violação de direitos humanos pelos Estado-membros da OEA. Ainda no exercício de tal função, o posicionamento da Corte é inquestionável, vez que a Convenção IDH estabelece que suas sentenças são inapeláveis e conseqüentemente, seu cumprimento obrigatório aos Estados (CADH, art. 67 c/c art. 68, 1).

Diante disto, a presente pesquisa, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, tem como mote analisar sob uma perspectiva crítica, a irresponsabilidade da República Federativa do Brasil no cumprimento das decisões proferidas pela Corte IDH, bem como as conseqüências advindas desta inobservância.

Para tanto, alguns caminhos necessariamente deverão ser percorridos. Em um primeiro momento, com uma brevíssima digressão histórica, proceder-se-á a análise do sistema universal de proteção de direitos humanos que fora instituído no âmbito internacional a partir de 1919, bem como a necessidade da criação de sistemas regionalizados de proteção, como efetivo meio de combate a violação de direitos humanos, apontando que o estudo concentrará a análise no sistema de proteção estabelecido pela Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH, por ter inserido no âmbito da OEA, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

Em um segundo momento, promover-se-á a análise desta Corte como órgão supranacional de proteção dos direitos do homem, com competência para julgar e conseqüentemente condenar os Estados-membros em casos que envolvam a violação de direitos e garantias estabelecidos na CADH – bem como na própria Carta da OEA e da ONU, vez que o sistema regional não é incompatível com o universal, mas complementar, prevalecendo o princípio da primazia da norma mais favorável. Nessa senda, promover-se-á a análise da imperatividade das decisões proferidas pela Corte IDH e eventuais conseqüências de seu descumprimento.

Já em um terceiro momento, proceder-se-á a análise da postura adotada pelo Estado brasileiro, diante das sentenças proferidas pela Corte, uma vez que, mesmo tendo ratificado a CADH e se submetido à jurisdição da Corte, há notícias de descumprimento sistemático das

decisões proferidas por esta, em clara violação a CADH e ao próprio subsistema criado por esta.

Em um quarto momento, promover-se-á uma análise crítica a postura adotada pelo país que vem causando, inequívocos prejuízos aos cofres, ao deixar de promover a implementação das recomendações emanadas da Corte destinadas a sanar situação de violação de direitos, limitando-se ao pagamento pecuniário estabelecido, conduta esta contraproducente.

Por fim, necessário consignar que a presente pesquisa se dará a partir da análise de obras doutrinárias e de artigos de renomados articulistas, além da análise de normas do ordenamento jurídico nacional e internacional, bem como de julgados da Corte IDH, porém, sem deixar-se de apontar a mesma se restringirá ao plano técnico-jurídico.

ORIGENS DE UM SISTEMA REGIONALIZADO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Noberto Bobbio (1992, p. 25) de forma contundente, já prenunciava que diante da inequívoca evolução dos direitos do homem, o problema atual não mais seria fundamentá-los, mas sim protegê-los de forma efetiva.

A questão não se trata de assunto recente. A ideia de um direito internacional dos direitos humanos iniciou-se já no século XIX, em um primeiro momento, com o surgimento do Direito Humanitário. Após a primeira guerra mundial, funda-se a Liga das Nações, formada em 1920, a partir de documento que impunha limites a soberania estatal ao prever em seu bojo sanções de caráter econômico e militar àqueles que violassem as obrigações ali assumidas (SANTOS, 2009, p. 583).

Porém, anterior inclusive à criação da Liga, ainda na ressaca do primeiro pós-guerra e a partir do à priori de proteção dos direitos humanos e da própria dignidade humana funda-se em 1919 a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que em 1944 adotou a Convenção da Filadélfia como instrumento anexo de sua Constituição, a fim de que esta tomasse corpo de uma verdadeira carta de princípios e objetivos, tendo se constituído em 1946 como a primeira agência especializada da ONU (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO).

Piovesan (2007, p. 112) aponta a importância da criação destas entidades na internacionalização dos direitos humanos, consignando que

"Por meio desses institutos, não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre os Estados; visava-se, sim, o alcance de obrigações internacionais a

serem garantidas ou implementadas coletivamente que por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Essas obrigações internacionais voltavam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Tais institutos rompem, assim, com o conceito tradicional que situava o Direito Internacional apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentava ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional".

A partir da internacionalização, a violação de mencionados direitos liberta-se das amarras territoriais até então existentes. Inclusive Perez Luño (1988, p. 41) consigna:

"Esta panorámica quedaría incompleta si no aludiera a uno de los rasgos que más poderosamente han contribuido a caracterizar a la actual etapa de positivación de los derechos humanos: me refiero al fenómeno de su internacionalización. Se trata de un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional. En efecto, sólo cuando se admite la posibilidad que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados en cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no es una «cuestión doméstica» de los Estados, sino un problema de relevancia internacional".

As atrocidades contra humanidade cometidas durante o período do Holocausto, fez com que, no pós-guerra, os atores internacionais voltassem seus olhos para além de suas fronteiras em casos de violações de direitos humanos – principalmente pelo fato de que o terror do nazismo não as respeitava. A partir de então, o todos os países colocaram-se em posição de alerta para a possibilidade de ocorrência de novos atos de violação da dignidade. A partir de então, a evolução dos direitos humanos a partir desta ideia da internacionalização, passou por uma evolução vertiginosa, pois resgatou a esperança da humanidade de ver-se livre dos terrores da guerra.

Nikken (1987, p. 17), quanto a este desenvolvimento que se verificou no pós-segunda aponta:

"De la reacción colectiva de ese entonces frente al exterminio masivo y sistemático de seres humanos ejecutado por el nazismo a la situación actual se ha cumplido un amplio desarrollo de instituciones internacionales, cuyo propósito es brindar recursos para auxiliar y proteger la dignidad de la persona humana frente al Estado, en la conciencia de que, precisamente cuando el poder de éste se ejerce de modo arbitrario e injusto, los recursos de la jurisdicción interna son a menudo ilusorios para salvaguardar los derechos de la víctima indefensa".

E o doutrinador continua (1987, p. 17):

"Esos órganos comprenden solamente instituciones de promoción orientadas hacia la proposición de las medidas y correctivos necesarios para superar las deficiencias existentes en los regímenes de derechos humanos, sino también instituciones propiamente de protección que, en su conjunto, están dotadas de funciones de investigación, conciliación y de arreglo judicial".

Tais órgãos possuíam papel fundamental na ordem jurídica internacional, ao passo

que a internacionalização dos direitos humanos, passou a ser aceita como único meio de efetivar-se a sua proteção. Inclusive, Perez Luño (1988, p. 42-43) aponta que

"Este proceso de afirmación internacional de los derechos humanos, no exento tampoco de los consiguientes avances y retrocesos producto especialmente de la política de bloques, abre – pese a todo – un resquicio a la esperanza en una humanidad definitivamente liberada del temor a ver constantemente violados sus derechos más esenciales. Ese logro sigue, por tanto, un retro irrenunciable para los espíritus comprometidos con la causa de la emancipación integral humana".

Como resultado desta evolução, em 1945 ao final da Conferência sobre Organização Internacional, realizada em São Francisco no dia 26 de junho daquele ano, os cinquenta países que se faziam presentes elaboraram e assinaram a denominada Carta das Nações Unidas (ou Carta de São Francisco), atingindo o número necessário de membros em 24 de outubro do mesmo ano (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Os direitos e garantias inseridos no ordenamento internacional com a promulgação de mencionado documento são de notória importância a atual aceção dos direitos humanos, uma vez que sua ratio legis era justificar o consenso existente a época quanto a mencionados direitos, positivando-os na esfera internacional.

Considerando ainda esta linha de desenvolvimento, em 10 de dezembro de 1948 promulga-se em Paris, durante a Assembleia Geral das Nações Unidas, da Resolução 217-A (III) da ONU (Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH), apontada como “[...] notável passo a frente na ação empreendida no sentido de encorajar e ampliar o respeito dos direitos humanos e as liberdades fundamentais”, uma vez que “[...] representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado, e, portanto, reconhecido; e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade [...]” (BOBBIO, 1992, p. 26), pois alicerçada sobre o preceito valorativo da dignidade do homem.

Com a promulgação da DUDH, a busca de afirmação dos direitos humanos a partir de sua internacionalização, atinge a universalidade almejada, ao passo que se se trata de instrumento que a todos se aplica, impondo limites à arbitrariedade do Leviatã (BOBBIO, 1992, 30), para com isso, chamar a responsabilidade os violadores destes direitos (SANTOS, 2009, p. 589).

Ocorre que a DUDH dentro deste contexto histórico, classifica-se somente como mero ponto de partida na efetiva proteção dos direitos humanos que ainda enfrentariam muitos óbices em seu desenvolvimento, inclusive, epistemológicos (BOBBIO, 1992, p. 32).

E outro quadro não poderia ser esperado. A evolução destes instrumentos

internacionais de proteção de direitos humanos exigiria da humanidade o reconhecimento de que o homem assumiria uma nova posição jurídica (inicialmente no âmbito internacional) objetivando com isso a superação e reformulação de pré-conceitos que já haviam sido arraigados com o tempo (NIKKEN, 1987, p. 65-66).

Cabe abrir um parêntese para lembrar, que os direitos humanos, dentro desse quadro de evolução, tiveram três fases distintas, destacando-se a inicial, onde se firmaram como direitos de liberdade – destinados a cercear os poderes de Leviatã; em um segundo momento destacou-se como direitos políticos, trazendo a possibilidade de participação do demos no *kratein*, ou seja, do povo no poder do Estado; e por fim, como direitos sociais, estabelecendo a responsabilidade do Estado em garantir valores considerados essenciais ao desenvolvimento social (BOBBIO, 1992, p. 32-33).

Sem embargo, não se pode negar que os direitos até então instituídos neste sistema universalizado, são critérios protetivos mínimos de garantia, o que fez com que surgissem sistemas regionais de proteção, de forma complementar ao universal, uma vez que “o instrumento global deve conter um parâmetro mínimo, enquanto o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma e outra”, não havendo necessariamente um imbricamento entre estes sistemas, mas sim uma complementariedade de suma importância, vez que são instrumentos que se encontram mais próximos dos casos de violação dos direitos verificados, por serem regionais, tendo com isso, maiores condições de exercer, além de sua função típica, funções atípicas, como *vg.* meio de exercer pressão política sobre os países sob seu manto protetivo (PIOVESAN, 2014, p. 96-101). Assim, na busca dessa complementariedade e ante a sanha de efetivar a proteção aos direitos humanos na América, cria-se o sistema interamericano.

Ademais, este sistema regional interamericano, “[...] simboliza a consolidação de um constitucionalismo regional, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano [...]”, objetivando “[...] (a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e (b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção dos direitos” (PIOVESAN, 2010, p. 05-06).

Inequivocamente, tal sistema começa a tomar contornos a partir de 1948, com a fundação da Organização dos Estados Americanos – OEA, entrando em vigor sua Carta constitutiva em 1951 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS). Trata-se de

organismo regional de proteção criado dentro do sistema universal das Nações Unidas (art. 1º, Carta OEA) obrigando que seus Estados-membros promovessem a ampla e irrestrita observância aos preceitos garantidores traçados pela DUDH e pela própria Carta da ONU.

De se apontar que, quando da assinatura da CADH estabeleceram-se dentro do sistema regional interamericano, dois regimes de proteção de direitos humanos – um inicial, fixado na Carta da Organização dos Estados Americanos e um segundo, fincado na Convenção Americana (SANTOS, 2009, p. 589), regimes que acabaram por se tornar efetivo instrumento de proteção, atuando “[...] de forma intensa e efetiva, demonstrando seu importante papel na proteção dos direitos humanos e considerando-se última alternativa a recorrer [...]” (FRIEDRICH, 2007, p. 261 apud SANTOS, 2009, p. 589) quando se verifica a omissão dos Estados-membros em atuar de forma preventiva ou repressiva a atos de violação.

Necessário estabelecer um recorte metodológico. Veja que o objeto do presente estudo faz com a análise recaia sobre o regime estabelecido pela CADH que estabeleceu na ordem internacional a Corte IDH.

Dentro do sistema interamericano de direitos humanos, o regime estabelecido pelo Pacto de São José da Costa Rica é de sumária importância, vez que contribui para que o sistema de proteção americano seja mais coeso e consistente, constituindo o que pode ser denominado como uma tríplice sustentação sob qual se assenta a proteção dos direitos humanos, ao passo que o sistema global – ONU, ocupa o vértice desta relação, possibilitando ainda recorrer-se de forma complementar aos tratados mencionados para tutelar os direitos humanos em hipóteses de violação pelos Estados-membros.

Não se pode olvidar que a norma mais favorável à proteção destes direitos, prevalecerá em hipótese de eventual conflito normativo. Inclusive quanto a este assunto, Cançado Trindade (1993, p. 52-53) com maestria leciona:

"O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de ‘conflitos’ entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados) [...] em terceiro lugar, para demonstrar a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção".

E note-se que até o presente tratou-se somente de direitos humanos e não de direitos fundamentais. Isto, porque, os direitos humanos devem ser classificados como aqueles expressos em tratados ou documentos internacionais, enquanto que os direitos fundamentais

são os positivados na Carta de constituição de um determinado Estado (BREGA FILHO, 2005, p. 50).

Cite-se que a CADH destaca-se dentre os sistemas regionais, uma vez que estabelece um “[...] sistema de monitoramento e implementação dos direitos que enumera [...]” (SANTOS, 2009, p. 589) ao fixar como órgãos responsáveis para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos em decorrência da Convenção (CADH, art. 33, “a” e “b”): (a) Comissão Interamericana de Direitos Humanos – Comissão IDH; e (b) Corte IDH.

Nesta análise não se pode passar ao largo da existência da Comissão. A Comissão IDH trata-se de órgão estabelecido no Pacto de São José da Costa Rica como órgão competente para conhecer de queixas de violação de direitos humanos perpetrada pelos Estado-membros, queixas que podem ser efetivadas por grupo de pessoas ou entidade não governamental reconhecida em um ou mais Estados membros (art. 44, CADH). Piovesan (2014, p. 139), ao tratar sobre as funções de mencionada comissão, cita:

"Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe-lhe fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por ele adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção [...]".

Ademais, não se pode olvidar que dentre as competências já citadas, que são conferidas a comissão, cabe à mesma analisar as denúncias levadas a efeito em seu âmbito que explanem a ocorrência de atos de violação de direitos humanos, sendo que ao receber a notificação, exerce a análise de sua admissibilidade (CADH, art. 46), seguindo o rito estabelecido – não se pode olvidar que todo o procedimento perante a Comissão e a Corte IDH pressupõe o esgotamento das instâncias nacionais, sem o qual não se admitirá o acesso a esta jurisdição internacional (CADH, art. 46, “a”); aponta-se que no âmbito da comissão a resolução pacífica das controvérsias é adotada com primazia a qualquer outro meio; não sendo passível tal solução amistosa, a Comissão IDH irá proferir um relatório sobre a *quaestio juris* que lhe fora apresentada e sendo a hipótese, na sua conclusão apresentará ao Estado-membro requerido recomendações (CADH, art. 50) que devem ser cumpridas pelo mesmo dentro do prazo de três meses; caso contrário, o caso será levado a conhecimento da Corte IDH (salvo decisão devidamente fundamentada da maioria dos membros da Comissão em sentido contrário) (PIOVESAN, 2014, p. 139-145; SANTOS, 2009, p. 590-591).

Em que pese à comissão tenha relevo dentro do sistema estabelecido pela CADH, a Corte IDH é de extrema importância para sustentação do regime protetivo criado pela CADH, o que será analisado no próximo item.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA JURISDIÇÃO SOBRE O BRASIL

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou simplesmente a Corte, é órgão de proteção dos direitos do homem constante do regime protetivo instituído pela Convenção Americana, dentro do sistema regional interamericano (criado com a constituição da OEA).

Nos termos do art. 33, “a” e “b” do Pacto de São José da Costa Rica, esta exerce ao lado da Comissão IDH papel de órgão de proteção dos direitos elencados, inserida neste sistema regional pela CADH, exercendo papel de alta relevância.

Estabelecida nos termos do art. 52 e seguintes da CADH, a Corte é composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros, eleitos por voto de maioria absoluta dos Estados, para mandatos de seis anos, sendo autorizada uma reeleição. As competências e funções da Corte são consignadas a partir do art. 61 da CADH.

De acordo com o item “2” de referido artigo, para que a Corte conheça de caso levado a sua jurisdição (que nos termos do art. 60, circunscreve-se ao território dos Estados-membros) é necessário que estejam satisfeitos os requisitos formais estabelecidos nos arts. 48 a 50 da Convenção.

Analisando a CADH, verifica-se que a Corte, além da competência contenciosa (CADH, arts. 62.3, 63 e 66 a 68), esta também possui competência consultiva (CADH, art. 64).

A sua competência consultiva, nos termos da Convenção, pode ser acionada para que a Corte venha apontar qual interpretação é atribuída a determinado ponto da própria CADH, ou então, de outros tratados do sistema americano. Já a vertente contenciosa, “[...] faculta para decidir con carácter obligatorio los casos que sean sometidos sobre la interpretación u aplicación de la Convención [...]”, sendo que, a partir disso, “[...] podrá decidir que se garantice a la persona lesionada en el goce del derecho o libertad conculcados y acordar, si fuere procedente una indemnización” (NIKKEN, 1987, p. 161).

Logo, demonstra-se a importância da Corte no sistema, ao passo que esta se torna verdadeiro instrumento de proteção dos direitos humanos, não se limitando ao campo

contencioso, mas, também, oferecendo o respaldo técnico necessário para que os Estados-membros, promovam o estrito cumprimento dos textos convencionais sobre direitos humanos, ao permitir consultas interpretativas, além da possibilidade de solicitação de pareceres de análise de conformidade de seu ordenamento (do Estado-membro) com o ordenamento internacional de proteção.

Em que pese à existência das sobreditas competências, para o presente estudo interessa a competência jurisdicional contenciosa da Corte.

Aciona-se a Corte, objetivando que esta, por meio de sua competência contenciosa, atue em casos onde se imputa ao Estado-membro, violação de direitos humanos, sendo premissa básica para admissibilidade do caso, a ineficiência do Estado-membro em apurar a violação narrada e responsabilizar os culpados, depois de esgotados todos os meios disponíveis para tanto (SANTOS, 2009, p. 592), sendo ao final, proferida pela Corte uma sentença de mérito (CADH, arts. 66 a 68), podendo determinar o pagamento de indenizações às vítimas, bem como a implementação de políticas públicas destinadas a combater a violação verificada (Cf. SANTOS, 2009, p. 592).

Uma das peculiaridades idiossincráticas deste sistema é que a CADH, estabelece, em seu art. 67, que a sentença proferida pela Corte é definitiva e irrecurável, ficando o Estado-membro, ao reconhecer a competência desta, obrigado ao estrito cumprimento da decisão proferida (CADH, art. 62.3 c/c art. 68.1).

Tendo o Brasil ratificado a CADH em 07 de setembro de 1992 (promulgada no território nacional por meio do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992), reconheceu em 1998 a competência da Corte para julgamento de casos afetos ao país.

Com isso, estabeleceu-se um status de compliance entre o comportamento a ser adotado pelo país em relação à recomendação oriunda da sentença proferida pela Corte e a normatização que lhe obriga ao irrestrito cumprimento da decisão (RAMANZINI, 2014, p. 32).

Abre-se um parêntese para esclarecer que, as sentenças proferidas pela Corte IDH, subdividem-se em duas espécies, quais sejam: exceções preliminares e sentenças de mérito, reparação e custas. Analisando esta subdivisão, de forma profícua Ramanzini (2014, p. 81) aponta que nas exceções preliminares, a Corte “[...] avalia as objeções, geralmente estatais, relacionadas à competência do tribunal para apreciar a matéria e responsabilizar o Estado acusado [...]”, sendo que por sua vez, ao proferir a sentença meritória, estabelece “[...] a responsabilidade estatal e especificando os direitos violados [...]”.

As sentenças de mérito, reparação e custas, podem ser classificadas em (a) medidas individuais, pelas quais a Corte expede determinações voltadas diretamente às partes envolvidas no caso concreto, medidas que ainda subdividem-se em: (i) compensação de danos – quando se determina que o Estado-membro promova o ressarcimento dos danos suportados pelos envolvidos no processo, sejam estes morais, materiais ou simplesmente o ressarcimento de custas, ou (ii) outras medidas que a corte entender pertinente diante das peculiaridade do caso em julgamento (vg. a publicação da sentença no território nacional, ato público de reconhecimento de sua responsabilidade pelos atos que ocasionaram a representação, adoção de medidas internas voltadas a prevenção etc.); a segunda classificação pode ser denominada como (b) medidas de não-repetição, onde a Corte determinará que o Estado adote medidas que se fizerem necessárias a hipótese para que novos casos de violação não voltem a ocorrer (RAMANZINI, 2014, p. 82-85)

Continuando, em que pese expressa previsão na CADH sobre a obrigatoriedade de cumprimento da sentença desta Corte, várias controvérsias envolvem a questão.

Uma corrente minoritária questiona a natureza jurídica da sentença proferida pela Corte, pois ao ser classificada como sentença internacional, a mesma independia de eventual homologação perante o Superior Tribunal de Justiça, ao passo que se considerada como sentença estrangeira, para que adquira exequibilidade no território nacional, haveria a expressa necessidade de proceder-se sua homologação (CRFB, art. 105, I, “i”); tal é a controvérsia que inclusive, havia projeto de lei (PL 3214/00 da Câmara dos Deputados) que tratava especificamente dos efeitos jurídicos das decisões proferidas pela Comissão e Corte IDH, projeto este que foi arquivado (SANTOS, 2009, p. 592).

Grande maioria da doutrina compreende que as sentenças proferidas pela Corte, são verdadeiramente sentenças internacionais. Logo, considerando a vontade do constituinte (ADCT, art. 7º), sendo sentença internacional a mesma possui inequívoca eficácia no território, podendo ser executada independente de qualquer ato de ratificação. Inclusive,

"De todo exposto, decorre que há uma relação extremamente forte entre o conceito de soberania e a maneira pela qual as sentenças das cortes internacionais são internalizadas. Mais ainda, é conhecimento dessa estreita relação que permite separar duas situações inteiramente distintas: sentenças de cortes internacionais e sentenças estrangeiras. Somente as últimas devem ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça, porque somente nessa hipótese haverá uma tentativa de internalizar-se a manifestação de outra soberania em território nacional, algo que não pode ocorrer diretamente [...]. Com efeito, tendo voluntariamente aderido a tratado internacional que cria a corte internacional e suas regras, a corte é também nacional, embora não exclusivamente. A hipótese é de delegação de poderes, que não importa em alienação (CERQUEIRA, 2011, p. 130)".

Outra questão controvertida seria a alegada violação da soberania nacional, eis que partindo da noção clássica a soberania é a “[...] essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia, a qual, resumindo [...] faz que o poder do Estado se sobreponha incontestavelmente [...]” a qualquer ingerência alienígena ao território (BONAVIDES, 2016, p. 132-133).

Ocorre que tal noção de soberania não se coaduna com o Estado de Democrático de Direito, principalmente após a onda garantista vista a partir de 1919, almejando a internacionalização destes direitos, a fim de implementar sua proteção. Assim, a noção de soberania passa por inequívoca crise existencial, ao passo que as fronteiras nacionais não se constituem como limites absolutos do Estado no que tange a proteção dos direitos humanos (e direitos fundamentais).

E a atual crise da acepção de soberania decorre da necessidade promover a conciliação da ideia de soberania com as proteções e garantias existentes no plano internacional. Inclusive, nesse sentido, Bonavides (2016, p. 133) deixa claro:

"A crise contemporânea desse conceito envolve aspectos fundamentais: de uma parte, a dificuldade de conciliar a noção de soberania do Estado com a ordem internacional, de modo que a ênfase na soberania do Estado implica sacrifício maior ou menor do ordenamento internacional e, vice-versa, a ênfase neste se faz com restrições de grau variável aos limites da soberania, há algum tempo tomada ainda em termos absolutos [...]".

Diante desta crise contemporânea do conceito de soberania, a noção soberana de que as fronteiras seriam limites intransponíveis fora relegada a ideologias idiossincráticas, havendo inequívoca necessidade de promover-se uma revisão deste conceito, mormente pela premente necessidade de se estabelecer uma efetiva ordem internacional em matérias

pertinentes a proteção dos direitos humanos –, “[...] vindo esta ordem ter um primado sobre a ordem nacional” (BONAVIDES, 2016, p. 143).

Nikken (1987, p. 261) aponta que nestas relações internacionais

"[...] está la circunstancia de que el Derecho internacional general regula relaciones jurídicas ente entes soberanos, por lo cual es ajeno, en principio, a la noción de subordinación. Como además la regulación internacional de los derechos humanos implica el abandono, por parte de los Estados, de esferas que tradicionalmente dependían en forma exclusiva de su dominio reservado, es natural que la cautela haya dominado la aceptación de normas obligatorias sobre la materia".

E isto é o que se verifica quanto às decisões proferidas pela Corte IDH, eis que mesmo tendo o Brasil tenha se submetido (expressamente) a jurisdição desta, verifica-se que as decisões proferidas pela Corte, não são dotadas de enforcement, ou seja, poder coercitivo.

Isto decorre do fato de que a CADH é considerada como um ato solene qual, os países integrantes da OEA que a ratificaram, proclamam seu apoio e adesão aos princípios gerais considerados de extremo valor, não sendo adotada a convenção com a formalidade e força vinculante que se confere a tratados, porém, o que não impede que a mesma possa ser considerada como fonte do direito internacional (NIKKEN, 1987, p. 262-263).

Ramanzini (2014, p. 86), em sua tese de doutorado bem analisa a questão:

"[...] O cumprimento das sentenças prolatadas pela Corte IDH enfrenta um desafio que decorre da própria natureza do direito internacional: a falta de poder coercitivo (enforcement) das normas internacionais. A ausência de uma norma superior, que subordine e imponha limites à atuação dos Estados no plano internacional, somado ao princípio da soberania dos Estados, repercute na atividade jurídica dos tribunais internacionais e, portanto, da Corte IDH nos sistema regional. Embora o sistema interamericano de direitos humanos seja um regime de direito, não se pode negar seu caráter político, principalmente no que diz respeito aos elementos que tornam possível a aplicação das recomendações da CIDH e o cumprimento das sentenças da Corte IDH. [...]"

Assim, o cumprimento das decisões proferidas pela Corte IDH, torna-se mais uma questão política do que jurídica.

Pautado na boa-fé objetiva que deve permear as relações mantidas pelo governo brasileiro, com a própria OEA e com os demais países que ratificaram a CADH, não se pode esperar outro posicionamento do país, que não o estrito cumprimento das normas estabelecidas na CADH e, por consequência, após reconhecer a jurisdição da Corte, o cumprimento das decisões por esta proferidas.

Contudo, ainda que se verifique no próprio texto normativo da Convenção a obrigatoriedade do Estado-membro em cumprir as determinações por esta proferida, na prática o que se denota não é uma estrita observância à decisão proferida, sendo fator

contributivo a ausência de sanção expressa a ser impingida ao Estado-condenado.

E isto, pois, não havendo o cumprimento voluntário pelo Estado da decisão,

"[...] possibilita-se a Corte Interamericana a inclusão desses casos [de descumprimento] no relatório anual submetido a Assembleia Geral da OEA (art. 65), que, agindo como instância intergovernamental, política, pode levar à condenação moral do Estado no âmbito internacional a fim de pressionar o Estado descumpridor (SANTOS, p. 592-593)".

Logo, demonstra-se que em caso de descumprimento das decisões proferidas pela Corte, não há sanção na esfera internacional que possa ser aplicada ao país descumpridor, o que mina a obrigatoriedade de seu adimplemento integral.

Assim, no próximo item, analisar-se-á algumas decisões proferidas pela Corte em lides que o Brasil foi parte, analisando as respectivas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença, objetivando delimitar a conduta no país depois de proferida sentença na esfera internacional.

CASOS CONTENCIOSOS: O BRASIL E AS DECISÕES DA CORTE IDH

Inicialmente de pontuar-se que já se discorreu, previamente, sobre a decisão (sentença) proferida pela Corte IDH na solução dos casos que lhe são propostos. Cabe neste momento, antes de promover a análise proposta, traçar algumas linhas sobre as resoluções de supervisão de cumprimento de sentença, instrumentos utilizados nesta pesquisa para delimitar a atuação do país no que pertine ao cumprimento (ou não) das decisões proferidas.

A supervisão de cumprimento de sentença vem sendo utilizada de forma profícua pela Corte como meio de garantir que as decisões proferidas, venham se concretizar. Assim, no exercício da supervisão de cumprimento

"[...] a atividade do tribunal se desenvolve mediante a solicitação periódica de informações ao Estado-condenado sobre as atividades desenvolvidas no plano doméstico para dar efeito ao cumprimento da sentença. Adicionalmente, a Corte IDH recebe observações da CIDH e das vítimas e seus representantes. Munido dessas informações, o tribunal (i) avalia se houve o cumprimento de cada uma das medidas ordenadas na sentença; (ii) orienta as ações do Estado; e (iii) se julgar pertinente convoca audiência de supervisão (pública ou privada) entre as partes. Ao finalizar a supervisão de cumprimento, o tribunal emite uma resolução sobre a continuidade ou arquivamento do caso, tendo em vista o cumprimento das medidas ordenadas [...] (RAMANZINI, 2014, p. 92-93)".

Com isso, passasse a análise proposta. Contudo, deve-se pontuar de início, que não serão todos os casos em que o Brasil já fora julgado pela Corte que serão verificados, mas somente alguns destes, sendo eles: (a) Caso Ximenes Lopes vs. Brasil; (b) Caso Escher e

outros vs. Brasil; e (c) Caso Garibaldi vs. Brasil. Tais casos foram escolhidos aleatoriamente no site oficial da OEA em português e feito download dos documentos respectivos a partir da rede mundial de computadores.

(a) Caso Ximenes Lopes vs. Brasil

Trata-se de caso que fora proposto a Corte pela Comissão IDH em 01 de outubro de 2004, apontando que o Sr. Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental, havia sido exposto a condições desumanas e degradantes enquanto hospitalizado; apontou-se a responsabilidade do Estado pela “suposta falta de investigação e garantias judiciais”, mantendo a situação na impunidade; que o caso refletiria situação de vulnerabilidade que pessoas portadoras de deficiência se encontravam no país. Quando do julgamento (sentença datada de 04 de julho de 2006), a Corte reconhecendo parcialmente a responsabilidade do Estado determinou de forma unânime: (a) que o processo interno para responsabilizar os responsáveis surtisse seus efeitos em um prazo razoável; (b) que, no prazo de seis meses deveria publicar no diário oficial ou em jornal de ampla circulação nacional, uma única vez, o Capítulo VII e a parte resolutiva da decisão; (c) a necessidade do Estado continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para pessoal médico, de psiquiatria, psicologia e enfermagem e auxiliares e para todos os vinculados ao atendimento na saúde mental; (d) o pagamento de indenização por danos morais em favor de Damião Ximenes Lopes no valor de US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares americanos) a ser divididos entre A. V. L., I. X. L. M., F. L. L. e C. X. L.), além US\$ 30.000,00 (trinta mil dólares americanos) para A. V. L., US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos) para F. L. L., US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares americanos) para I. X. L. M. e US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos) para C. X. L., e ainda pela reparação de custas, o valor de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos) a A. V. L., valores que devem ser pagos no prazo de um ano e convertidos em reais (totalizando a condenação US\$ 135.000,00 – cento e trinta e cinco mil dólares americanos); e (e) prazo de um ano para apresentar relatório sobre as medidas adotadas para o cumprimento da decisão (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006).

Pois bem. Sendo a supervisão exercida pela Corte de forma progressiva, a última resolução de supervisão de cumprimento fora emitida pela Corte em 17 de maio de 2010 – que consta inclusive do site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Praticamente após quatro

anos da decisão, pontuou (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010):

"1. Conforme assinalado nos Considerandos 12 e 20 da presente Resolução, o Tribunal manterá aberto o procedimento de supervisão de cumprimento dos parágrafos que estabelecem o dever do Estado de:

a) garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e, de ser o caso, sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos (*parágrafo resolutivo sexto da Sentença*); e

b) continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas aquelas pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos na Sentença (*parágrafo resolutivo oitavo da Sentença*)".

Veja que o país, em que pese tenha sido condenado em vários tópicos na decisão proferida pela Corte, não deu integral cumprimento a mesma, tendo se limitado, praticamente, ao cumprimento das sanções pecuniárias impostas em prol das vítimas do caso.

(b) Caso Escher e outros vs. Brasil

Verifica-se que este caso fora submetido pela Comissão IDH a Corte em 20 de dezembro de 2007, após a Comissão ter recebido em 26 de dezembro de 2000 petição oriunda de entidades brasileiras, dando conta de que Arlei José Escher e outros, membros da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda e da Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais, teriam sido vítimas de interceptações telefônicas ilegalmente realizadas pela polícia do estado do Paraná, nos telefones das entidades quais os envolvidos faziam parte, em razão das atividades sindicais. Após a instrução do caso, proferiu-se a sentença (datada de 20 de novembro de 2009), onde a Corte reconheceu que o Estado violou a intimidade e vida privada dos envolvidos pela interceptação e divulgação das conversas, além de ter violado a liberdade de associação, apontando ainda o descumprimento do art. 28 da Convenção. Pelas violações, condenou o Estado: (a) ao pagamento de indenização de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos) para cada uma das vítimas – no total de cinco – e a condenação ao pagamento de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares americanos) a ser distribuídos a esta em partes iguais, referentes eventuais custas, todos os valores a serem pagos no prazo de um ano – totalizando a condenação US\$ 110.000,00 – cento e dez mil dólares americanos; (b) a publicação no diário oficial ou em jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, uma única vez, a página de rosto, capítulos I, VI e XI da sentença, bem como a integra da decisão em um site oficial da União e do Estado do Paraná, no prazo de seis e dois meses respectivamente; (c) determinou que o Estado procedesse a investigação dos fatos (divulgação

das conversas telefônicas); (d) prazo de um ano para apresentar relatório sobre as medidas adotadas para o cumprimento da decisão (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009).

Ao consultar o site do CNJ, verifica-se que o caso em questão sofreu duas supervisões de cumprimento – a primeira em 17 de maio de 2010 e a última em 19 de junho de 2012 – onde se observa que o Brasil, em referido caso, deu integral cumprimento as determinações oriundas da sentença, sendo o caso arquivado (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2012a).

(c) Caso Garibaldi vs. Brasil

De acordo com o que se analisa pela sentença proferida no caso, a lide fora apresentada a Corte pela Comissão IDH em 24 de dezembro de 2007, apontando a responsabilidade do Estado brasileiro, em razão do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi ocorrido em 27 de novembro de 1998, durante o despejo de famílias de trabalhadores sem terra levado a efeito em uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná. No julgamento do caso, o Brasil fora condenado à: (a) publicação da página de rosto e capítulos I, VI e VII da decisão em diário oficial ou jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, bem como publicar a decisão proferida de forma íntegra em site oficial da União e do Estado do Paraná; (b) promover no prazo razoável inquérito para identificar julgar e punir os culpados pela morte da vítima, sancionando eventuais faltas funcionais que possam ter incorrido funcionários eventualmente responsáveis pelo inquérito; (c) condenou o Estado a pagar: US\$ 1.000,00 (mil dólares americanos) a I. G., por danos materiais; e por danos morais, US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares americanos) a I. G., e US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos) em favor de cada uma das seguintes vítimas D. G., V. G., F. G., I. G., I. G. e A. G., além de US\$ 8.000,00 (oito mil dólares americanos) a título de custas, valores a serem pagos no prazo de um ano, encerrando a condenação em US\$ 171.000,00 (cento e setenta e um mil dólares americanos); (d) prazo de um ano para apresentar relatório sobre as medidas adotadas para o cumprimento da decisão (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009).

A supervisão de cumprimento da decisão de acordo com informações no site do CNJ deu-se em duas oportunidades – fevereiro de 2011 e em fevereiro de 2012 – tendo esta última decisão apontado o descumprimento na decisão:

"DECLARA QUE:

1. De acordo com o indicado no Considerando 19 da presente Resolução, o Brasil deu cumprimento total às obrigações de pagar as indenizações por dano material e imaterial aos familiares da vítima e de restituir à custa e gastos, estabelecidas respectivamente nos pontos resolutivos oitavo e nono da Sentença.

2. De acordo com o indicado nos Considerandos 12 a 15 da presente Resolução, manterá aberto o procedimento de supervisão de cumprimento do ponto que se encontra pendente de acatamento e que estabelece o dever do Estado de:

a) conduzir eficazmente e dentro de um prazo razoável o inquérito e qualquer processo que chegar a abrir, como consequência deste, para identificar, julgar e, eventualmente, sancionar os autores da morte do senhor Garibaldi [...] (ponto resolutivo sétimo da Sentença) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2012b).

Veja que novamente o Estado deixa de cumprir de forma integral a sentença que lhe fora imposta pela Corte Internacional.

Assim, das decisões analisadas, inclusive pelo curto espaço para o estudo, tem-se que o país não vem cumprindo integralmente as decisões impostas pela Corte, deixando sempre de observar as recomendações da corte (recomendações diante da ausência de coercibilidade da decisão) relativas a alteração de sua legislação e implementação de seus processos – principalmente na esfera criminal – em prazos razoáveis, o que se demonstra verdadeiro óbice ao acesso a justiça e que tem levado o país a ser condenado a severas sanções pecuniárias. No próximo item, discutir-se-á a irresponsabilidade do Estado brasileiro no cumprimento das decisões proferidas pela Corte.

DO DESCUMPRIMENTO ESTRUTURAL DAS DECISÕES PROFERIDAS

O que se observa por estes poucos casos analisados é que o país vem descumprimento sistematicamente, em um primeiro momento seu próprio ordenamento jurídico e em um segundo momento o sistema internacional de proteção de direitos humanos.

Veja que somente nos casos analisados, o país fora condenado ao pagamento de US\$ 416.000,00 (quatrocentos e dezesseis mil dólares americanos) que convertidos no cambio atual (média de R\$ 3,487) ultrapassa a soma de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Isso demonstra a irresponsabilidade do Estado em três vertentes: (a) a primeira delas, é a incapacidade de atuar com a boa-fé que se espera de um país que ratifica uma convenção internacional, submetendo-se a jurisdição de uma Corte internacional, ao deixar de cumprir as decisões que são proferidas de acordo com a normatização pré-estabelecida; (b) a falta de compliance em implementar no âmbito doméstico as recomendações que visem adequar o

ordenamento jurídico a realidade de proteção aos direitos humanos existente, a fim de promover a adequada preservação da dignidade humana em todas suas vertentes; e (c) o total descompromisso do administrador federal em evitar que nosso país tenha que dispender valores com o pagamento de mencionadas indenizações, que seriam facilmente evitadas.

Verifica-se que o Brasil, demonstra preferir pagar condenações pecuniárias a efetivamente resolver os problemas estruturais que a Corte vem sistematicamente apontando no julgamento dos casos que lhe são submetidos. Tal situação mostra-se inadmissível, principalmente diante da atual conjuntura que o país se encontra.

Seria de todo preferível que o Estado deixasse eventualmente de pagar as indenizações fixadas e de forma efetiva promovesse o cumprimento dos demais pontos das sentenças, buscando harmonizar seu ordenamento com a ordem internacional, evitando novas violações a direitos humanos.

E isto, pois, os valores dispendidos pelo Estado brasileiro no pagamento das indenizações, são na verdade tributos arrecadados a duras penas pelo contribuinte, que tinha uma justa expectativa de que mencionados valores fossem convertidos em melhorias na saúde, educação, moradia etc., e não destinados a suprir a ineficiência do administrador.

Inclusive, tal conduta de descumprimento da decisão proferida pela Corte (o que aponta descumprimento preexistente da própria lei) poderia ser classificada como ato de improbidade nos termos da Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8429/1992, art. 11, I e II) e até mesmo, como eventual crime de responsabilidade (Lei nº 1079/1950, art. 4º, III c/c art. 7, item 9 da Lei nº 1079/1950 c/c art. 5º da CRFB/88).

Logo, tem-se um longo caminho a ser percorrido até que o país adote uma postura séria na esfera internacional, mormente no que tange a proteção dos direitos humanos.

CONCLUSÕES

Após a evolução da acepção dos direitos humanos, houve forte levante na seara internacional, a fim de que estes fossem internacionalizados, passando a ser garantias universais. O maior ponto de apoio fora a criação da ONU, sistema de proteção universal criado para dar guarida (ainda que mínima) aos direitos humanos, principalmente após o vilipêndio a humanidade promovida pelo Reich durante a segunda guerra mundial.

A partir deste sistema universal, passou-se a verificar sua ramificação em sistemas regionalizados, buscando dar maior efetividade a proteção dos direitos humanos na esfera

internacional, uma vez que, com a regionalização, o órgão de proteção se estabeleceria mais próximo ao conflito, de forma que permitiria sua rápida e efetiva solução.

O sistema americano de proteção subdividiu-se em dois subsistemas, ou seja, um criado pela Carta de constituição da OEA e um segundo, estabelecido pela CADH, que inseriu na esfera deste sistema regionalizado a figura da Corte IDH que tem como uma de suas funções, julgar casos de violação de direitos humanos pelos Estados-membros da OEA que lhe forem propostos, diante do preenchimento de determinados requisitos, estabelecidos pela CADH.

A Corte IDH tem sido, na esfera internacional, importante instrumento de proteção e implementação de direitos humanos, tendo papel notório por sua profícua atuação em casos de extrema notoriedade de violação de direitos e garantias (a exemplo o caso de Sétimo Garibaldi, Ximenes Lopes, dentre outros), que Estados-membros no âmbito doméstico, deixaram de atuar nos termos de sua legislação para promover a prevenção e repressão dos fatos ocorridos.

Ocorre que a jurisdição contenciosa da Corte, exercida a partir da análise e julgamento de casos que lhe são propostos, não é tão efetiva quanto deveria, uma vez que a sentença proferida padece do enforcement necessário para impor ao Estado-violador o cumprimento integral da decisão.

Logo, a ausência de poder coercitivo das decisões na esfera internacional se tornam verdadeiros óbices a implementação das importantes recomendações oriundas da Corte, pois passa a depender do compliance do Estado-membro condenado.

Observa-se que o Estado brasileiro, na totalidade dos casos analisados promove o cumprimento integral das penalidades pecuniárias impostas – indenizações, custas etc., deixando de implementar as recomendações que efetivamente solucionariam o problema de violação de direitos humanos que levou o Estado a responder perante a Corte.

Tal fator, demonstra irresponsabilidade por parte da administração, uma vez que não solucionando o problema de forma efetiva, o país invariavelmente será acionado novamente, quando suportará nova condenação pecuniária, que será arcada a duras penas pelos contribuintes.

Seria de todo preferível que o Estado deixasse eventualmente de arcar com o pagamento das indenizações fixadas e passasse a implementar as recomendações provenientes da Corte, para que desta feita os direitos humanos fossem efetivamente garantidos, evitando novas violações.

Portanto, tem-se um longo caminho a ser percorrido até que o país adote uma postura séria na seara internacional, principalmente no que tange a proteção dos direitos humanos.

Por enquanto, infelizmente, é pagar para ver!

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3214/2000. “Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19288>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

_____. Lei nº 8242 de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 1079 de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. Federalização das violações de direitos humanos. In: Revista Argumenta Journal Law. Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. Jacarezinho, nº 5, p. 45-63, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A inteiração entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v. 46, n. 182, 27-54, jul./dez. 1993.

CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil. In: Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 115-134, dez. 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Outras resoluções. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/corte-interamericana-de-direitos-humanos-cidh/outras-resolucoes>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUÑO, Antonio E. Perez. Los derechos fundamentales. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1988.

NIKKEN, Pedro. La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo. 1. ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1987.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. História da OIT. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/historia/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça. 1945. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Quiénes somos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Carta da Organização dos Estados Americanos (A-41). 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizacao_dos_Estados_Americanos.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 mai. 2016.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença Caso nº 12.237, Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Submetido pela Comissão IDH a Corte IDH em 26 mar. 2009. Presidente Sergio García Ramírez. San José, Costa Rica, 04 jan. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Supervisão de Cumprimento de Sentença – Caso nº 12.237, Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Presidente Diego García-Saáyan. San José, Costa Rica, 17 jan. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10_por.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença Caso nº 12.353, Arley José

Escher e outros vs. Brasil. Submetido pela Comissão IDH a Corte IDH em 20 dez. 2007. Presidente Cecilia Medina Quiroga. San José, Costa Rica, 06 jul. 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución da Corte Interamericana de Derechos Humanos – Supervisión de Cumplimiento de Sentença – Caso nº 12.353, Arley José Escher e outros vs. Brasil. Presidente Diego García-Saáyan. San José, Costa Rica, 17 mai. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher_17_05_10_por.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución da Corte Interamericana de Derechos Humanos – Supervisión de Cumplimiento de Sentença – Caso nº 12.353, Arley José Escher e outros vs. Brasil. Presidente Diego García-Saáyan. San José, Costa Rica, 19 jun. 2012a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher_19_06_12_por.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença Caso nº 12.478, Sétimo Garibaldi vs. Brasil. Submetido pela Comissão IDH a Corte IDH em 24 dez. 2007. Presidente Cecilia Medina Quiroga. San José, Costa Rica, 23 set. 2009. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/sentenca-garibaldi>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución da Corte Interamericana de Derechos Humanos – Supervisión de Cumplimiento de Sentença – Caso nº 12.478, Sétimo Garibaldi vs. Brasil. Presidente Diego García-Saáyan. San José, Costa Rica, 20 fev. 2012b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_20_02_12_por.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Força integralizadora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 25, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000154916b9a2d9e315bf1&docguid=If9a7c2002d4111e0baf30000855dd350&hitguid>>. Acesso em: 08 mai. 2016.

_____. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano, e africano. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direitos humanos e direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMANZINI, Isabela Gerbelli Garbin. “O prometido é devido”: compliance no sistema interamericano de direitos humanos. 2014. 132f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-26062014-141719/pt-br.php>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

SANTOS, Roberto Lima. Direitos humanos e o acesso à jurisdição internacional como instrumento de inclusão social. In: Direitos fundamentais revisitados. Andrea Bulgarov Klock, Eduardo Cambi, Fernando de Brito Alves (orgs.) 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

A PERCEPÇÃO DA SAÚDE COMO UM SERVIÇO PÚBLICO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA INEFICIÊNCIA DA SUA PRESTAÇÃO

Caroline Lovison DORI¹
Letícia ALMEIDA²

RESUMO

O presente estudo propõe uma análise crítica acerca da prestação da saúde pública no Brasil, observada sob a ótica do princípio da eficiência e dos chamados “princípios do serviço público”, entre os quais destacam-se o dever de prestação do Estado, a generalidade, a cortesia, a continuidade e a adaptabilidade. Observou-se a inclusão do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988, que prevê, em diversos dispositivos, mecanismos para a sua eficácia através das ações e serviços estatais. Não obstante, dados expostos ao longo do trabalho evidenciam a crise enfrentada pela saúde pública, materializada por meio da precariedade e inadequação do serviço prestado. Discute-se, desse modo, a possibilidade da responsabilização do Estado em caso de dano causado por fato ou omissão, destacando que o dever de ressarcir o cidadão abarca tanto os danos materiais quanto morais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade

ABSTRACT

The present study proposes a critical analysis of the provision of public health in Brazil, seen from the perspective of the principle of efficiency and so-called "principles of public service," among which stand out the duty of State to the provision, generality, courtesy, continuity and adaptability. It was observed the inclusion of the fundamental right to health in the Federal Constitution of 1988, which provides, in many dispositions, mechanisms for its effectiveness through the actions and services of the State. However, the statistics exposed throughout this work reveals the crisis in public health, manifested in the provided service, which is precarious and inadequate. Therefore, in this article was discussed the possibility of the State be responsible in case of damage caused by fact or omission, noting that the onus of compensate the citizen covers the material and the moral damages.

KEY-WORDS: Responsibility

-
- 1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), cuja área de concentração é Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Instituição Damásio Educacional e pelo Centro Universitário Internacional. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, campus de Jacarezinho. Integrante do Grupo de Pesquisa "O reflexo das opções do poder público na vida das pessoas" e do Grupo de Pesquisa "Responsabilidade Internacional do Estado e Direitos Humanos", ambos do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atua principalmente nos seguintes temas: responsabilidade do estado, democracia, direitos humanos, violação de direitos, direitos da mulher, função política do direito.
 - 2 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Área de Concentração - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa - Estado e Responsabilidade: questões críticas. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

INTRODUÇÃO

Tema recorrente nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a compreensão da saúde como um serviço público ainda encontra diversos óbices, especialmente em virtude das controvérsias que o próprio termo “serviço público” pressupõe.

Em que pese tais divergências, todos os posicionamentos coadunam no sentido de que, independentemente da classificação, o serviço de saúde pública deve observar os princípios administrativos expostos no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 6º da Lei 8987, os quais incitam a prestação de serviços eficientes e adequados.

O presente estudo objetiva evidenciar a responsabilidade do Estado em caso de dano decorrente da inobservância desses princípios, especialmente no que tange ao princípio da eficiência, cuja inclusão modificou as orientações na prestação do serviço e representou um avanço na busca pela efetividade dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A problemática trazida foi fruto de discussões do Grupo de Pesquisa “Estado Democrático de Direito e sua Responsabilidade”, vinculado ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, e a metodologia utilizada estrutura-se na análise de doutrina, artigos e textos normativos, buscando, na doutrina do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, encontrar respaldos para justificar a Responsabilidade do Estado na prestação de um serviço público de saúde ineficiente.

A COMPREENSÃO DA SAÚDE COMO SERVIÇO PÚBLICO

Formulado na França, em um contexto de Estado Liberal, a noção de serviço público tinha, a priori, o propósito de estabelecer-se como critério de definição do Direito Administrativo e definir a competência da Jurisdição administrativa, haja vista a vinculação daquele país – persistente até os dias atuais – ao sistema do contencioso administrativo.

Diante desse contexto, destaca-se a aplicação absoluta do princípio da Separação dos Poderes naquela realidade, razão pela qual atribui-se à Escola de Serviço Público Francesa os primeiros traços do que a doutrina tradicional entende por “serviço público em sentido amplo”, qual seja, toda atividade estatal exercida na busca pelo interesse coletivo.

Por outro lado, na medida em que as atividades Estatais foram sendo definidas, o conceito de “serviço público” entra em harmonia com as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional (DI PIETRO, 2006, p. 110).

Também nesse sentido foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual posicionou-se no sentido de que a prestação de serviços públicos é apenas uma das formas de atividade estatal, também fragmentada em funções públicas (atividades não econômicas irrenunciáveis) e atividades econômicas.

Assim, a totalidade das atividades desempenhadas pelo Estado recebe, atualmente, a terminologia de serviço público em sentido amplo (AGUILLAR, 2011, p. 25/26). Em contraponto, compreende-se como serviço público em sentido estrito:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (BANDEIRA DE MELLO 2008, p. 659).

Depreende-se do conceito transcrito que três são os elementos apontados pela doutrina para caracterização de uma atividade como serviço público: O substrato material, o trato formal e o elemento subjetivo. Por substrato material entende-se uma atividade prestada para satisfação das necessidades coletivas; trato formal consiste em uma atividade prestada sob regime de direito público; e elemento subjetivo é a prestação do serviço pelo Estado, de forma direta ou indireta (DI PIETRO, 2006, p. 114-116).

Em que pese a incidência de elementos em comum, resta evidente que os serviços públicos podem ser classificados de diferentes maneiras, incidindo sobre cada uma das espécies peculiaridades específicas.

A título de exemplo, menciona-se o critério de classificação que considera a exclusividade ou não do Poder Público na prestação do serviço.

Algumas atividades são exclusivas do Estado, hipótese em que poderá prestá-las de forma direta (ex: Segurança Pública) ou indireta (ex: energia elétrica). Outras, no entanto, classificam-se como atividades não exclusivas, restando sua prestação obrigatória ao Estado, mas, também, livre ao particular.

A partir do exposto, e estabelecendo uma conexão com o objeto de estudo desse trabalho, verificou-se o início de uma discussão doutrinária no que diz respeito à classificação da saúde pública como serviço público.

Para alguns doutrinadores, sua identificação como serviço público decorre da natureza de atividade essencial do Estado. Conforme preleciona Hely Lopes Meirelles, serviços públicos propriamente ditos.

São os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os de preservação de saúde pública (2011, p. 366, grifo nosso).

Sob a mesma perspectiva manifesta-se Celso Antônio Bandeira de Mello, que classifica a saúde como um serviço que o Estado tem obrigação de prestar – não pode permitir que seja prestado exclusivamente por terceiros (2008, p. 677).

Por outro lado, alguns estudiosos, cuja tese é fundamentada pelo artigo 175 do texto constitucional, defendem que a saúde pública é uma atividade estatal, mas não um serviço público. Dispõe o referido dispositivo: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988).

Do exposto, constata-se que as atividades livres à iniciativa privada não estariam incorporadas ao termo. Nesse sentido é o posicionamento de Fernando Herren Aguillar, o qual menciona a necessidade de autorização do Poder Público para instituir um hospital, mas a independência de licitação deliberada para início do empreendimento (AGUILLAR, 2011, p. 57).

A par dos posicionamentos supramencionados, mais importante do que classificar é ressaltar que a saúde, compreendida ou não como um serviço público, sujeita sua prestação aos mesmos princípios administrativos que se aplicam às atividades estatais como um todo. Isso porque a prestação da Saúde é um dever do Estado e, conseqüentemente, vincula a Administração Pública. Nesse sentido aduz Alexandre Santos Aranão:

Além de haver casos em que esses princípios (universalidade, continuidade, igualdade...) podem ser aplicados a atividades privadas, a sua aplicação na Administração Pública é comum a todas as atividades estatais e administrativas, e não apenas aos serviços públicos, pelo menos em um conceito deles que não seja tão amplo. Portanto, a colocação desses princípios como os princípios peculiares reitores dos serviços públicos só faria sentido se equiparássemos os serviços públicos a todas as atividades estatais (2008, p. 146).

Dessa forma, resta evidente a necessidade da observância dos princípios administrativos na prestação do serviço de saúde pública, independentemente de sua compreensão como um serviço público propriamente dito.

OS REFLEXOS DA EMENDA 19/98 NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

O artigo 37 da Constituição Federal brasileira dispunha, em seu texto original, os princípios basilares da Administração Pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Não obstante, o final do século passado, marcado pela tentativa de consolidação e legitimação do Estado Social, influenciou na inserção da chamada “Reforma de Estado”, cujas reivindicações influenciaram na busca por um serviço público de maior qualidade. Nesse sentido, observa-se a publicação da Lei 8987/95, a qual, em seu artigo 6º §1º, destaca algumas características – classificadas por alguns doutrinadores como princípios do serviço público – indispensáveis na prestação da atividade. Transcreve-se: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (BRASIL, 1995).

Outrossim, essa eficiência mencionada no artigo transcrito é trazida para o texto constitucional, por meio da emenda 19/98. Tal previsão revela, além da característica para um serviço adequado, um princípio de natureza obrigatória na prestação do serviço público, conforme será demonstrado em momento oportuno.

Estabelecidas as premissas iniciais, serão abordados princípios relevantes ao presente estudo, alguns dos quais citados no artigo supra, sem prejuízo de quaisquer outros apontados na doutrina, na jurisprudência ou na própria legislação.

Princípio do Dever de Prestação do Estado

A execução do serviço público, prestado de forma direta ou indireta, é um dever inescusável do Estado. Acerca do tema preleciona Fernanda Marinela:

[...] O Estado não pode se recusar a promover a prestação dos serviços rotulados como públicos, conquanto nada impeça que ele o faça por intermédio de seus representantes, utilizando-se de institutos de descentralização da atividade administrativa como, por exemplo, a concessão ou a permissão de serviços. A omissão do Estado pode dar causa à ação judicial para provocar a sua atuação, constituindo, inclusive, direito a indenização, quando a ausência da atividade causar danos (2014, p. 547).

Ressalta-se que a prestação da mesma atividade pelo particular não isenta o Estado de cumprir com sua obrigação de oferecer o serviço, que deve ser prestado de forma

adequada, nos termos do art. 6º §1º da Lei 8987/95.

Princípio da Generalidade

O princípio da generalidade deve ser observado sob duas acepções. A primeira diz respeito à universalidade do serviço público, que deve beneficiar o maior número possível de indivíduos. A segunda, diretamente relacionada ao princípio da isonomia e da impessoalidade, destaca a necessidade de prestação do serviço nas mesmas condições técnicas e jurídicas para todos, afastando qualquer discriminação entre os beneficiários (CARVALHO FILHO, 2015. p. 343).

Princípio da Atualidade

O princípio da atualidade, também denominado princípio da adaptabilidade ou atualização, vem previsto expressamente na Lei 8987/95, que conceitua o termo em seu artigo 6º §2º, a saber: “§ 2º-A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço” (BRASIL, 1995).

Neste contexto, constata-se a intenção do legislador em adaptar a atividade às novas exigências sociais, idealizando uma prestação de serviços eficaz, moderna e atenta às novas tecnologias.

Princípio da Eficiência

Em que pese a importância dos princípios acima elencados, o princípio da eficiência, sob a ótica da prestação do serviço de saúde pública – objeto do presente estudo – merece destaque.

Conforme já mencionado, a emenda 19/1998 inseriu no campo constitucional o princípio da eficiência, exigindo que “a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional” (MEIRELLES, 2011, p. 08). Segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón:

A eficiência supõe uma combinação entre o princípio da legalidade e o da oportunidade ou otimização, de forma que a Administração assegure o bem comum sem comprometer as garantias do Estado de Direito. É dizer, a Administração tem a tarefa de estabelecer permanentemente uma relação entre os fins constitucionais, a legalidade e os meios e fins de que dispõe, para criativamente atender metas e diretrizes que solucionem as necessidades públicas (2011, p. 238).

A inclusão desse princípio na Carta Magna revela a insatisfação da sociedade frente à inércia e à prestação ineficaz do serviço por parte do Poder Público, restando necessária uma forma mais efetiva de reivindicar direitos dos usuários e estabelecer deveres aos prestadores, aqui compreendidos a própria Administração ou seus delegados.

Para José dos Santos Carvalho Filho “trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa à violação” (2015, p. 31).

Em que pese o princípio supramencionado já existisse no ordenamento de forma implícita, e, em relação aos serviços públicos, já fosse consolidado pelo art. 6º da Lei 8.987/95, diversas críticas surgiram com a introdução da emenda 19/1998 na Carta Maior. Os argumentos baseavam-se nas ideias de imprecisão do termo e inaplicabilidade imediata da eficiência, que teria servido apenas como um “desabafo do constituinte”.

Nesse sentido:

A inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas e acerbas críticas por parte de alguns estudiosos. Uma delas consiste na imprecisão do termo. Ou seja: quando se pode dizer que a atividade administrativa é eficiente ou não? Por outro lado, afirma-se ainda, de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver por parte da Administração efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade. Com efeito, nenhum órgão público se tornará eficiente por ter sido a eficiência qualificada como princípio na Constituição. O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade dos governantes; o que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos. Somente assim se poderá falar em eficiência. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 31).

Ainda que, de fato, sua mera positivação não seja suficiente para concretizar os fins precípuos pelos quais foi criada, a doutrina moderna entende que a eficiência é um princípio de aplicação imediata e eficácia plena, que independe de regulamentação infraconstitucional.

O referido posicionamento ressalta, ainda, alguns mecanismos que foram inseridos no texto constitucional a fim de viabilizar o novo princípio. Entre eles, destacam-se o artigo 41, que prevê uma avaliação especial de desempenho do agente público para fins de alcançar e manter a estabilidade; o artigo 169, o qual suscita a necessidade de impor limites às despesas da Administração Pública; e o §3º do artigo 37, in verbis:

3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública

direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública (BRASIL, 1988).

O dispositivo acima foi regulamentado pela Lei nº 12.527/2011, que evidencia notoriamente o princípio da eficiência, garantindo o acesso a informações, disciplinando formas de participação do usuário na administração direta e indireta, regulando as informações relativas aos serviços públicos em geral e instruindo a representação contra o exercício negligente ou abusivo dos cargos, empregos e funções públicas (MARINELA, 2014, p. 46).

Além disso, a emenda 45/2004 também trouxe importantes progressos para aplicabilidade do princípio da eficiência. Entre eles, introduziu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, assegurando a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação também em relação ao processo administrativo; tratou da promoção por merecimento dos juízes e membros do Ministério Público; e, instituiu a súmula com efeito vinculante, a fim de amenizar e garantir a segurança jurídica em discussões que antes apenas atrasavam a atividade administrativa e judicial (MEIRELLES, 2011, p. 98/99).

É inegável, diante do exposto, que o princípio da eficiência aplicado aos serviços públicos requer o aperfeiçoamento da sua prestação, cuja eficácia na execução e na obtenção de resultados deve ser constantemente trabalhada. A norma constitucional, aliada aos mecanismos que viabilizaram sua execução, refletiu na possibilidade de prestar um serviço adequado, tornando possível a concretização do disposto no Art. 6º §1º da lei supramencionada.

AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA

Compreendida a saúde como um serviço público e expostos os princípios inerentes à prestação desse serviço, é de salutar importância localizar a previsão do direito à saúde no ordenamento jurídico e expor a Responsabilidade do Estado na sua efetivação.

A Constituição Federal de 1988, como forma de reafirmar o Estado Social e Democrático de Direito e garantir proteção aos direitos humanos, optou por prever em seu texto diversos direitos sociais, como o direito à moradia, à educação, à saúde.

O direito fundamental à saúde, enquanto direito social, outorga ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais (SARLET, 2015, p. 47). Tais prestações são realizadas pela administração pública por meio de ações e serviços públicos de saúde, como a assistência médico-hospitalar e o saneamento básico, as quais constituem obrigações do Estado. Assim, “[...] a atuação estatal não representa, dentro de um Estado social, uma faculdade, mas sim um dever do Estado, do qual este não pode, sob nenhum pretexto se eximir, devendo atuar de forma verdadeiramente ativa para esta efetividade” (SIQUEIRA, 2011, p. 73).

Foi apenas no século XIX que a saúde passou a ser reconhecida como direito humano e, de acordo com Cury “vem se desenvolvendo em direção ao reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais desde então” (2005, p. 34). Conforme se ampliava o conhecimento no âmbito da saúde, seu conceito também se modificava, podendo hoje ser definida, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidades” (ONU, 1946).

Apesar da antiga reivindicação pelo direito à saúde, sua implementação e incorporação aos direitos humanos é moderna, conforme pontua Siqueira (2011, p. 44). No direito brasileiro, em especial, apenas foi elevado à categoria de direito fundamental quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, e está disposto em diversos de seus dispositivos, seja de maneira expressa (como fazem os artigos 6º e 196 e seguintes) ou implícita (em artigos que tratam, por exemplo, do direito à vida).

O tema é tratado, em nosso ordenamento jurídico, como direito fundamental, assegurando-se desta forma sua previsão no bojo da Constituição de 1988, tornando-se disponível a toda sociedade, a qual deve atuar de forma a efetivá-lo, mas principalmente ao poder público, a quem o texto constitucional atribuiu maior responsabilidade. Dessa maneira, torna-se necessário que o poder estatal estabeleça políticas públicas visando à efetividade do direito fundamental à saúde. (SIQUEIRA, 2011, p. 44).

O texto constitucional também prevê, em diversos de seus dispositivos, o dever do Estado e da Administração Pública em prestar ações e serviços que garantam, de maneira eficiente, o direito à saúde.

Os artigos 166 e 198, II, dispõem que o Estado deve promover a prevenção de doenças através da redução dos riscos, de maneira a não causar danos aos serviços assistenciais, observando as diretrizes orçamentárias traçadas pelo plano plurianual, não afetando outras áreas. Ademais, o artigo 197 impõe ao Poder Público a disposição acerca das ações e serviços de saúde, “nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Dentre os dispositivos que tratam sobre a saúde na Carta Magna brasileira, dá-se relevância ao artigo 196, que assegura o direito a todos e impõe o dever ao Estado, para garanti-lo “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Sobre mencionada norma constitucional, destaca-se:

O dispositivo mostra-se imperativo, impondo ao Estado a função básica e essencial de atuar, exercendo políticas e ações para promover a construção de uma nova ordem social que vise ao bem estar de todos aqueles que estiverem no território nacional, contemplando o princípio da isonomia. Desta maneira, torna-se evidente a função precípua do Estado atuar visando ao bem estar da população, no que tange ao direito, constitucionalmente consagrado à saúde. (SIQUEIRA, 2011, p. 81-82).

Deve toda a máquina pública e seus servidores atuarem visando o bem social da coletividade, respeitando os princípios administrativos e demais ditames previstos no ordenamento jurídico. Assim, é imperioso destacar a necessidade de obediência ao princípio administrativo do dever de prestação pelo Estado, de maneira que este deve promover ações e serviços de saúde para os cidadãos; o princípio da generalidade, o qual implica que as ações e os serviços beneficiem o maior número de indivíduos, sem qualquer discriminação; e, especialmente, o princípio da eficiência, de forma que o Estado garanta o bem comum, atendendo a todas as necessidades da população.

A Constituição Federal impõe ao Estado a promoção de ações e serviços, através de políticas públicas, por exemplo, para que o direito à saúde seja assegurado a todos os indivíduos, indistintamente. No que tange às políticas públicas de saúde, Ricardo Augusto Dias da Silva afirma que elas são reguladas pelos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços e “pelas diretrizes de descentralização da gestão, de integralidade do atendimento e de participação da comunidade, na organização de um sistema único de saúde no território nacional” desde 1988, conforme previsto na Constituição Federal (2010, p. 164).

As políticas públicas apresentam caráter descentralizado, na medida em que os administradores e os gestores públicos estabelecem qual a finalidade do dispêndio de dinheiro público e como será realizado esse investimento. Conforme leciona Gonçalves, compete aos Poderes eleitos pelo povo a elaboração das políticas públicas, verificando-se uma responsabilidade do Poder Executivo na sua implementação através do planejamento de suas estratégias de atuação (2013, p. 192-193).

Assim, em que pese a possibilidade de implementação das políticas públicas por liberalidade dos administradores públicos, há a necessidade de observância aos limites legais como, por exemplo, leis e diretrizes orçamentárias. Ademais, todos os atos administrativos devem respeitar a Constituição Federal e os princípios da Administração Pública estabelecidos no artigo 37 da Carta Magna brasileira, sob pena de incorrer na prática de diversos crimes, como o de improbidade administrativa, previsto na Lei 8.429/92, caso haja enriquecimento ilícito.

Quanto à discricionariedade do administrador público, Ricardo Augusto Dias da Silva pontua:

Percebe-se, pois, nessa direção, que a discricionariedade do administrador público em relação ao estabelecimento de políticas públicas não é absoluta, podendo ser questionadas suas escolhas na atuação estatal, diante de definições contrárias ao interesse público, em desacordo com os ditames constitucionais e infraconstitucionais, dentre os quais os estabelecidos no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, discricionariedade que poderá ser objeto de questionamento judicial, inclusive. (SILVA, 2011, p. 171).

No que tange aos serviços de saúde pública, é importante destacar o Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Lei 8.080/90, também chamada de Lei Orgânica da Saúde (LOS). De acordo com o artigo 4º da referida Lei, o SUS constitui o “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. Esse Sistema também conta com a descentralização político-administrativa (art. 7º, IX, Lei 8.080/90), objetivando a prestação de serviços com mais eficiência e qualidade.

Conforme observado, diversos dispositivos legais impõem diretrizes para a atuação da Administração Pública nas ações e serviços de saúde, revelando uma busca formal pela efetivação dos princípios do serviço público e, especialmente, do princípio da eficiência.

De acordo com Alarcón (2011, p. 226), a força dos princípios administrativos representa mais do que uma sugestão ao administrador público, visto que nos princípios está a liberdade dos indivíduos, sujeita à atuação do agente administrativo. E acrescenta: “Por outras

palavras, qualquer desvio ou atuação arbitrária, desconhecendo-se, dessa forma, os princípios em pauta, deve ser vista como um atentado à liberdade humana”.

Não obstante, a atuação de gestores públicos em discordância à principiologia prevista no artigo 37 da Constituição e no artigo 6º da Lei 8987/95 ainda é notória. Ademais, não raro se vê a promoção pessoal de representantes do Executivo associada à execução de políticas públicas e serviços públicos. Assim, propagandas institucionais inicialmente criadas para manter os cidadãos informados, com orientação educacional e social, apresentam-se em total desvio de finalidade, desobedecendo aos mandamentos previstos no § 1º do artigo 37 da Constituição Federal.

Ressalta-se que as ações e serviços que visam à garantia do direito à saúde enfrentam, além da falta de dinheiro público para sua implantação, a má gestão dos recursos disponíveis pela atuação dos administradores públicos em desacordo com os ditames legais, desrespeitando os princípios administrativos previstos na Constituição. Assim, as ações e serviços de saúde pública, por diversas vezes, não são prestados pelo Estado, ou são falhos na medida em que não atingem todos de maneira indistinta, ininterrupta, e não contam com equipamentos e instalações modernas para atender aos cidadãos, situações estas em que se vê claro desrespeito aos princípios da Administração Pública.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E PERSPECTIVAS ATUAIS DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

A saúde pública no Brasil sofre constante crise, cuja incidência revela a soma de inúmeros fatores, como má gestão, baixo orçamento, falta de material e pessoal capacitado para atender adequadamente a todos os cidadãos. Os altos valores que devem ser investidos para a garantia desse direito dificultam a sua efetivação por parte da Administração Pública, o que torna cada vez mais recorrente a judicialização de questões relativas à saúde. Assim, enfrentamos um verdadeiro colapso, com políticas públicas ineficientes e um Poder Judiciário abarrotado de questões urgentes.

A crise na saúde tem como principais fatores a estrutura física debilitada, carência de materiais, equipamentos e medicamentos, e a falta de recursos humanos. Quanto à estrutura física, podemos destacar a existência de inúmeras unidades de saúde operando em locais improvisados e inapropriados, com instalações elétricas e hidráulicas comprometidas, colocando em risco pacientes e operadores da saúde. Também é notável a falta de leitos,

materiais e equipamentos, desde os mais básicos, seja em hospitais ou unidades de pronto atendimento, o que dificulta e acarreta demora no diagnóstico, comprometendo ainda mais a eficácia de tratamentos. Toda essa situação afeta não apenas a saúde, vida e dignidade de pacientes, mas de médicos, enfermeiros e demais operadores da saúde, que se veem obrigados a trabalhar em situações degradantes e humilhantes, tentando aproveitar ao máximo os materiais já escassos.

O Sistema Nacional de Fiscalização do Conselho Federal de Medicina (CFM) realizou a fiscalização de quase mil unidades básicas de saúde durante o ano de 2014, o que levou à publicação, em março de 2015, de uma matéria no site do CFM sobre diversos aspectos da estrutura física das unidades inspecionadas. Segundo os dados publicados, 37% das unidades não possuíam sanitário adaptado para deficiente e 17% não continham instalações elétricas e hidráulicas adequadas. Quanto a materiais e equipamentos, 23% não dispunham de estetoscópio e 10% de termômetro, 29% dos estabelecimentos que deveriam fornecer tratamento de emergência sequer continham seringas, agulhas e equips para aplicações endovenosas. Ainda, havia falta de remédio em 6% das unidades e em 4% os remédios estavam sendo distribuídos com o prazo de validade vencido (Conselho Federal de Medicina, 2015).

De acordo com pesquisa divulgada em agosto de 2014 e realizada pelo Instituto Datafolha a pedido do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da Associação Paulista de Medicina (APM), a saúde é indicada como área de maior importância para 87% dos brasileiros, contudo, 92% dos brasileiros consideram os serviços públicos e privados de saúde péssimos, ruins ou regulares. A insatisfação com o Sistema Único de Saúde é observada em vários aspectos, seja em razão da infraestrutura precária ou da dificuldade e baixa qualidade de seu acesso, podendo ser destacado que 70% das pessoas que recorreram ao SUS se mostraram insatisfeitas com a qualidade dos serviços (Conselho Federal de Medicina, 2014).

Conforme destacado em reportagem publicada no site do Conselho Federal de Medicina, um levantamento demonstrou que entre os anos de 2001 e 2012, “o Ministério da Saúde deixou de aplicar quase R\$ 94 bilhões de seu orçamento previsto. Significa dizer que a União deixou de gastar, por dia, R\$ 22 milhões que deveriam ser destinados à saúde pública”. No que se refere às obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) na área da saúde, somente 11% das ações foram concluídas desde 2011, revela análise feita pelo Conselho Federal de Medicina, divulgada em março de 2014, o que apenas reforça o tratamento

negligente dado à gestão da saúde pública como um todo. (Conselho Federal de Medicina, 2014).

Os números apresentados evidenciam que o Estado, embora responsável por prestar os serviços públicos de saúde de maneira eficiente, não o realiza. Verifica-se a ineficiência técnica e profissional dos operadores da saúde, a inadequação dos materiais disponibilizados para diagnóstico e tratamento dos pacientes, bem como a falta de estrutura física dos hospitais e locais de atendimento.

Além dos problemas estruturais diretamente relacionados ao serviço público de saúde, é importante destacar a inadequada atuação dos administradores públicos. Por vezes, ocorrem desvios do orçamento por entes da Administração Pública, revelando corrupções, desvios de finalidade, improbidade administrativa, dentre outras práticas em desacordo com os princípios administrativos. Todas as situações elencadas implicam na desobediência do Estado aos princípios administrativos, bem como na ineficiência das ações e dos serviços públicos de saúde.

Diante desse contexto, mister ressaltar a questão da responsabilidade do Estado no que tange à prestação do serviço de saúde inadequado.

A responsabilidade objetiva do Estado vem prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º. Vejamos:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Do exposto, verifica-se que a constatação da responsabilidade exige a ocorrência de um dano em decorrência de uma conduta do Poder Público (comissiva ou omissiva), bem como a existência de um nexo causal entre esta e aquele.

No que tange à responsabilidade por omissão, a doutrina diverge quando ao seu caráter objetivo ou subjetivo. Para o Supremo Tribunal Federal, há de se distinguir a omissão geral e a específica, sendo consequência da primeira a responsabilidade subjetiva e, para a segunda, objetiva.

Estabelecidas essas premissas, é de salutar importância para o presente estudo a análise da responsabilidade do Estado voltada à prestação de serviços públicos de saúde.

De acordo com exposto acima, constata-se que ao Estado cabe a prestação do serviço e, em caso de ausência ou falha, a responsabilidade pelo dano causado. Nesse ponto, faz-se alusão ao artigo 927 do Código Civil, a saber:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Resta evidente, portanto, que cabe ao Estado, em caso de dano, ressarcir o indivíduo lesado. Outrossim, a indenização deve compor tanto os danos materiais quanto os danos morais.

CONCLUSÃO

Apresentado como um direito social de segunda geração, o direito à saúde está intimamente relacionado à atividade prestacional do Estado, cuja observância aos princípios administrativos, inclusive no que diz respeito ao princípio da eficiência, é obrigatória.

Apesar do exposto, constata-se pelos dados apresentados que a saúde pública no país enfrenta uma crise substancial, decorrente de fatores como má gestão, baixo orçamento, falta de material e de profissionais capacitados. As pesquisas ressaltam a precariedade dos hospitais e a ausência de subsídios necessários à prestação adequada do serviço.

Nesse diapasão, o presente artigo busca evidenciar a vinculação do Estado à prestação de um serviço eficiente e sua consequente responsabilidade no caso de dano decorrente da ineficiência do serviço de saúde pública, seja esse oriundo de um fato ou de mera omissão.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva: 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil”. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/5.pdf>>. Acesso em: 20/06/2016.

BRASIL, Presidência da República. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20/06/2016

_____. Lei nº 8.080/1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20/06/2016.

_____. Lei nº 8.429. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 20/06/2016.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 20/06/2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: atlas, 2015.

Conselho Federal de Medicina. Fiscalização em cerca de mil unidades comprova sucateamento na Atenção Básica. 02 de março de 2015. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25365:2015-03-02-15-36-16&catid=3>. Acesso em: 20/06/2016.

_____. Pesquisa revela que 92% da população está insatisfeita com a saúde no Brasil. 19 de Agosto de 2014. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24984:datafolha-revela-93-da-populacao-esta-insatisfeita-com-a-saude-no-brasil&catid=3>. Acesso em: 20/06/2016.

CURY, Ieda Tatiana. Direito Fundamental à Saúde - Evolução, Normatização e Efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. O Ministério Público na tutela dos direitos sociais: atuação no âmbito das políticas públicas. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 11, p. 183-216, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em:
<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/151>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

LEAL, Rogério Gesta. Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora. 2009.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Ciência política, Estado e direito publico: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 8. Ed. Niterói: Impetus, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.) São Paulo: Malheiros, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Constituição da organização mundial de saúde: preâmbulo. Nova Iorque, 22 jul. 1946. Disponível em: <<http://www.onu.org>>. Acesso em: 20/06/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ricardo Augusto Dias. Direito fundamental à saúde: O Dilema entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Tutela coletiva do direito à saúde. Franca: Lemos e Cruz Publicações Jurídicas, 2011.

_____. A inefetividade do direito fundamental à saúde, como fator determinante para a aplicação dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva. Revista Argumenta, Jacarezinho, v. 10, p. 169-181, jun. 2009.

A PERPETUAÇÃO DO HOLOCAUSTO: ANÁLISE DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL A PARTIR DA CRISE ATUAL DOS DIREITOS HUMANOS

Danieli Aparecida Cristina Leite FAQUIM¹
Christiane Rabelo BRITTO²

RESUMO

O presente artigo aborda a condição de milhares de pessoas em situação de escravidão contemporânea em pleno século XXI, sob uma diferente perspectiva, através da análise comparativa do trabalho escravo ocorrido nos campos de concentração nazista e o existente no Brasil atualmente. Tal constatação reflete a inefetividade dos Direitos Humanos Fundamentais consagrados expressamente no Texto Constitucional, o que denota uma séria crise dos Direitos Humanos vivenciadas hodiernamente. Para a sua concretização, necessário a utilização do Direito ao Desenvolvimento. Trata-se de um instituto de uso relativamente recente no Brasil, que busca assegurar o desenvolvimento humano, colocando o homem como principal elemento de concretização de um desenvolvimento pleno, constituindo importância fundamental no cenário atual de privações vivenciadas pela humanidade. Objetiva-se, portanto, demonstrar através de uma releitura das atrocidades ocorridas no contexto da Segunda Guerra Mundial, guardadas as devidas proporções, que o tratamento desumano e o desrespeito à dignidade da pessoa humana continua presente com a perpetuação do trabalho escravo no mundo contemporâneo. Portanto, torna-se imperioso o estudo de formas concretas de se combater o descaso aos direitos mínimos à vida digna do indivíduo. O desenvolvimento deste trabalho foi construído a partir do método teórico bibliográfico, utilizando-se, ainda, de pesquisa documental, desenvolvida, especialmente, com base na “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento” e na “Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Trabalho Escravo. Crise dos Direitos Humanos. Segunda Guerra Mundial. Holocausto.

ABSTRACT

This article discusses the condition of thousands of people in contemporary conditions of slavery in the XXI century, from a different perspective, through comparative analysis of slave labor occurred in the Nazi concentration camps and the existing in Brazil today. This finding reflects the non-realization of the fundamental human rights expressly provided in the Constitution, which indicates a serious crisis on the mentioned rights experienced in our times. It'll be necessary to use the Development Right for its effectiveness. It's a recent institute in Brazil, which seeks to ensure the human development, placing the human being as

-
- 1 Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP - Campus Jacarezinho-PR. Mestranda em Ensino pela UENP - Campus Cornélio Procópio-PR. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Especialista em Educação Ambiental e Estudos do Meio Ambiente pela Fundação Faculdade Luiz Meneghel - FFALM. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Licenciatura em Biologia pela UENP - Campus Cornélio Procópio. Atualmente é Advogada na cidade de Santa Mariana-PR, Tutora à Distância do curso de Tecnologia em Gestão Ambiental da Universidade Norte do Paraná - UNOPAR e Professora na Secretaria de Estado da Educação do Estado do Paraná.
 - 2 Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes- Unit/SE. Atualmente é advogada no escritório Britto & Rocha Advogados Associados S/S em Aracaju/Se, onde atua na área cível desde 2005.

the main achievement element of a full development. It represents the main importance in the current scenario of deprivation experienced by the humanity. It's necessary to demonstrate through a rereading of the atrocities in the Second World War context that the inhuman treatment and disrespect for the human person dignity continues to be present with the perpetuation of slave labor, keeping the right proportions. Therefore, it's necessary the study of concrete forms to combat the indifference to the minimum rights of the human being dignified life. The development of this paper was built from the theoretical literature method, using also documentary research, developed especially based in the Declaration of the Development Right. Adds to this method, It was used the qualitative one with analysis statistics of slave labor in the twenty-first century.

KEY-WORDS: Human Rights. Slave Labor. Human Rights Crisis. Second World War. Holocaust.

INTRODUÇÃO

O presente artigo refere-se à atual crise dos direitos humanos, consubstanciados na sua inefetividade, tendo em vista que condutas expressamente vedadas pela Lei Maior continuam sendo toleradas pelo Estado Democrático de Direito, como é o caso da escravidão contemporânea vivenciada por milhares de brasileiros.

Abordar-se-á nesse trabalho a relação existente entre as atrocidades vivenciadas no contexto da Segunda Guerra Mundial, com a exploração do trabalho escravo dos judeus pelos alemães, a qual gerou privações de liberdade e condições laborais desumanas, e as condições atuais, em que alguns trabalhadores encontram-se submetidos pelo sistema capitalista e individualista do século XXI.

Em que pese o trabalho escravo ter deixado de existir teoricamente a partir da Lei Áurea assinada em 13 de maio de 1888, o trabalho em condições análogas às de escravo perduram até os dias de hoje, de forma muitas vezes velada ou com uma “roupagem” diferente dos tempos antigos, mas ainda existem, e não apenas nas regiões mais pobres e oprimidas, mas também nas regiões abastadas economicamente.

A discussão acerca do tema trabalho escravo é de suma importância, visto que tal condição de trabalho atinge intensamente a sociedade, pois, impacta a economia do país, fere os direitos fundamentais do ser humano e a legislação trabalhista.

Por esse motivo, a prática do trabalho escravo é um dos assuntos em evidência na mídia e um dos graves problemas que o governo federal tem procurado solucionar através de políticas que visam a sua erradicação, pois a escravidão contemporânea se trata de uma forma “perfeita” de exclusão social, uma vez que os escravos modernos são agredidos em todas as

esferas de sobrevivência, desde os seus direitos até a sua moral.

O fator primordial para esta exclusão é a visualização do indivíduo como mero objeto, aferidor de renda e capital, bem como a invisibilização do ser humano como sujeito de direitos e garantias que lhes são inerentes e assegurados expressamente na Constituição Federal. Pretende-se demonstrar, desta forma, que toda a vida deve ser resguardada e toda pessoa faz jus a um tratamento digno e humano.

Neste contexto, o Direito ao Desenvolvimento atuará como instrumento indispensável de humanização do indivíduo. Isto porque, quando este é visto como ser humano, serão repudiadas e vedadas quaisquer práticas que o reduza a mero objeto, como por exemplo, no cenário do holocausto, em que eram reduzidos a objeto destinado a proporcionar mão-de-obra barata para indústrias bélicas, químicas, de materiais de construções, elétrica, entre outras.

Melhor explicitando, o que ocorre desde os primórdios até os dias atuais constitui um processo de objetificação da pessoa humana, atingindo principalmente o excluído da sociedade, representado na forma de crianças, idosos, pessoa em situação de penúria, mulheres, enfim, todo ser humano que se encontra em situação de privação de liberdade, de condições mínimas de vida digna.

O Direito ao Desenvolvimento representa um direito humano inalienável, o qual é destinado a toda e qualquer pessoa. Emerge nesse direito a esperança da desconstrução de sociedades impregnadas com ideais individualistas e opressores. Pretende-se com isso, que o indivíduo passe a ocupar o lugar social do ser humano que realmente é, deixando para trás o lugar delimitado que atualmente ocupa por um sistema capitalista e excludente.

A abordagem do presente artigo iniciar-se-á a partir da análise do trabalho escravo nos campos de concentração nazista durante a Segunda Guerra Mundial, seguindo-se com a abordagem da construção dos direitos humanos no pós-guerra, objetivando-se destacar a importância de se compreender todo processo de construção destes direitos a fim de se trabalhar na busca pela concretização dos mesmos no cenário atual. Ademias, far-se-á uma análise da crise atual dos direitos humanos e da vedação aos mesmos a partir do trabalho escravo no Brasil, com o intuito de relacioná-los com a possibilidade de se utilizar a categoria jurídica do Direito ao Desenvolvimento como uma alternativa de solução do problema.

Essa temática mostra-se extremamente atual, tendo em vista, que em pleno século XXI, apesar de totalmente descabida quaisquer formas aniquiladoras da dignidade da pessoa

humana e tolhedoras dos direitos fundamentais, o tratamento desumano subsiste em diversas situações de privações de liberdades, como se pode constatar a partir da perpetuação do trabalho escravo até os dias atuais.

Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo, a partir da abordagem geral da construção dos direitos humanos no pós-guerra e posterior especificação do tema, ao tratar da possibilidade de efetivação destes direito em tempo de crise, através da utilização do Direito ao Desenvolvimento. Além deste método, foi utilizado o teórico-bibliográfico, principalmente, com o estudo das obras dos doutrinadores Flávia Piovesan e Robério Nunes dos Anjos Filho, possibilitando a interação dos estudos sobre a reconstrução dos direitos humanos e a indispensável busca pela sua efetividade, bem como a erradicação da escravidão para o resgate da dignidade humana. Cumpre mencionar, ainda, o método quantitativo com a análise dos dados estatísticos do trabalho escravo no século XXI, bem como a utilização da pesquisa documental, desenvolvida, principalmente, com base na “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento”.

O TRABALHO ESCRAVO NOS CAMPOS DE CONCENTRAÇÃO

Durante o regime nazista, inúmeros campos de concentração foram construídos por toda a Europa, principalmente próximos de centros onde se concentrava a população considerada “indesejada” por esse regime. A maioria desses campos situava-se no Leste Europeu, principalmente na Polônia.

No período em que as tropas Alemãs ocuparam a Polônia, em setembro de 1939, os judeus foram convocados para realizar trabalhos forçados. Tal prática foi formalizada na Polônia um mês depois da referida ocupação, quando foi instituída essa obrigação pelos Alemães para os homens judeus entre as idades de 14 a 60 anos. Posteriormente, essa prática foi estendida para as mulheres e crianças judias com idade entre 12 a 14 anos. (Revista Cultura e Cidadania, 2013).

Assim que os judeus chegavam ao campo de extermínio, era realizada uma seleção a fim de serem separados os aptos e não-aptos ao trabalho. Os judeus considerados improdutivos eram os primeiros a serem mortos. Mas o trabalho judeu, mesmo forçado, era considerado dispensável. (A História da Segunda Guerra Mundial – Holocausto, 2015).

Auschwitz era o nome de uma rede de campos de concentração Nazista, localizados no sul da Polônia. Essa rede era assim dividida: Auschwitz I, que era o campo principal, onde

era situado o centro administrativo do complexo; Auschwitz II, também conhecido por Birkenau, este seria o mais conhecido por se tratar de um específico campo de extermínio em massa. Foi nesse campo que foi construída a primeira câmara de gás,, conhecida por “A Pequena Casa Vermelha”; Auschwitz III, também denominado por Monowitz, foi construído com o objetivo de ser um subcampo do Auschwitz I, sendo que se tornou um dos principais campos do complexo, onde se concentravam 45 subcampos menores. Foi destinado a ser um campo de trabalho para fornecer mão-de-obra escrava para a empresa IG Farben, para a produção de combustível líquido e de borracha. Os prisioneiros em todos os campos de concentração trabalhavam até a morte (op. cit.).

Os prisioneiros judeus eram utilizados em benefício das indústrias de armamentos, químicas, de eletricidade, de materiais de construção, além de serem utilizados para trabalharem na agricultura também. (op. cit.)

A expectativa de vida dos trabalhadores judeus era de três meses nas fábricas e de um mês na mineração. Os considerados fisicamente inaptos para o trabalho eram encaminhados para a câmara de gás de Auschwitz – Birkenau. (Revista Cultura e Cidadania, 2013).

A jornada de trabalho era de 12 horas ininterruptas. Os trabalhadores judeus enfrentavam péssimas condições de trabalho, unidas à desnutrição e pouca higiene, o que aumentava sobremaneira a taxa de mortalidade dos prisioneiros.

Note-se que além de trabalharem até a completa exaustão, os judeus, ao retornarem do trabalho, eram submetidos a punições individuais ou coletivas, a depender do que ocorreu no dia, e só depois é que eram liberados para o alojamento, onde recebiam água e alimento.

Os prisioneiros dormiam em beliches de madeiras empilhados por falta de espaço. Encontravam-se desprovidos de qualquer dignidade humana, muitas vezes eles empurravam, chutavam e mordiam uns aos outros na esperança de conseguir mais espaço, tendo em vista a exiguidade do tempo para repousar.

Hannah Arendt empregou o termo “inferno terreno” para descrever os maus-tratos, as torturas que eram impostas aos prisioneiros nos campos de concentração. (ARENDR, 1993).

Michael Foucaut mencionou que se tratava de uma “Guerra de Raças”, produto da centralização da ideologia racista nas mãos do estado. (FOUCAUT, 1999).

A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PÓS-GUERRA

Antes de adentra no tema propriamente dito, faz-se necessário proceder à distinção

de três expressões que, apesar de serem utilizadas como sinônimas, guardam entre si algumas distinções. São elas: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos naturais.

Mister salientar a inexistência de consenso a respeito da terminologia mais adequada para se referir aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. A própria Constituição Federal de 1988 faz uso de expressões diversificadas para mencionar tais direitos, tais como: direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais. (Título II e art. 5º, §1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV). (Guerra, 2013).

Seguindo os ensinamentos de Ingo Sarlet (2013), tem-se que os Direitos Humanos constituem os direitos inerentes ao ser humano reconhecidos no plano internacional, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional; já os direitos fundamentais são os direitos do indivíduo reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico constitucional interno; ao passo que os direitos naturais do homem assumem uma dimensão pré-estatal (supra estatal), diferentemente do que ocorre com os dois anteriormente mencionados.

Os direitos humanos constituem normas caracterizadas pela vagueza, abstração e abertura. (RAMOS, 2015, p. 33). Isto posto, torna-se imprescindível a atividade jurisdicional para a efetivação dos conteúdos dessas normas.

Por sua vez, Barba assim discorre a respeito dos direitos humanos:

[...] são faculdades que o Direito atribui a pessoas e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política, ou social ou qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para reestabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação. (PECES-BARBA apud RAMOS, 2015, p. 38).

Por conseguinte, os direitos humanos asseguram a vida digna, dando condições adequadas de existência aos indivíduos, a fim de que possam participar ativamente da vida da sua comunidade (RAMOS, 2015).

O processo de criação normativa dos direitos humanos tem início no pós-Segunda Guerra Mundial. Constituem uma resposta jurídica às atrocidades e horrores perpetrados em face dos judeus durante o nazismo. (PIOVESAN, 2015).

Nesse contexto, Flávia Piovesan assevera que:

[...] se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no

momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. (PIOVESAN, 2015, p. 45)

Assim, os direitos da pessoa humana ganharam extrema relevância, consagrando-se internacionalmente, surgindo como respostas aos horrores praticados nos campos de concentração da Alemanha Nazista. (Guerra, 2013, p. 96).

Para Hitler, apenas os descendentes da raça superior ariana deveriam fazer jus aos direitos humanos, enquanto que as demais pessoas poderiam ser descartadas. Logo, a dignidade não constituía um atributo do ser humano como um todo, mas dos membros da raça ariana.

Note-se que todas as barbáries perpetradas contra os judeus estavam protegidas pelo regime legal em vigor na Alemanha à época. Leis foram aprovadas durante o regime nazista que oficializaram e corroboraram o anti-semitismo.

Nos campos de extermínio nazistas os judeus eram assassinados de acordo com a explicação oferecidas pelas doutrinas à razão do ódio: independentemente de vícios ou virtudes pessoais. Além disso, os próprios assassinos, apenas seguindo ordens e orgulhosos de sua desapaixonada eficiência, assemelhavam-se sinistramente aos instrumentos “inocentes” de um ciclo inumano e impessoal de eventos, exatamente como os considerava a doutrina do eterno anti-semitismo. (ARENDR, 2015, p. 33).

Pairou no mundo o sentimento da necessidade de serem criados mecanismos internacionais para a garantia de direitos do indivíduo em face do estado, marcada pela universalidade. Tanto é assim que Flávia Piovesan discorre neste sentido:

O Processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional a cerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irreduzível”. (PIOVESAN, 2015, p. 49)

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. (PIOVESAN, 2015, p. 44).

Em 1945, a ONU (Organização das Nações Unidas) foi criada pela Conferência de São Francisco. Tal organização possui como objetivo a resolução pacífica dos conflitos internacionais. (CAMPOS apud ÁVILA, 2014). É importante destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada na Assembleia Geral da ONU.

Nesse sentido, Flávia de Ávila afirma que:

No âmbito jurídico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos nasceu com a significativa força de uma importante carta de intenções, dos membros da ONU, mas não como a obrigatoriedade de um tratado. Ao longo dos anos de aplicação, sua natureza jurídica foi se transformando de tal maneira que sua respeitabilidade perante os Estados já se considera fluente do Direito Costumeiro, em razão das reiteradas menções ao seu conteúdo em documentos importantes, bem como nas jurisprudências dos Estados e de tribunais Internacionais. (ÁVILA, 2014, págs.245 e 246).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa o primeiro documento legal que reconheceu direitos próprios dos seres humanos que não poderiam ser violados pelo Estado. Primeira tentativa de limitação do comportamento do Estado em relação aos direitos de seus cidadãos. (ÁVILA, 2014).

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. (PIOVESAN, 2015, p. 49).

A concepção contemporânea dos direitos humanos decorre da sua internacionalização, movimento recente na história, tendo em vista que surgiu a partir do Pós-Guerra, justamente para que os horrores cometidos durante o nazismo não fossem repetidos. (PIOVESAN, 2015).

Nas palavras de Thomas Buergenthal:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse. (BUERGENTHAL apud PIOVESAN, 2015, 45).

Um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos começa a ser formulado, constituindo um constitucionalismo global, com a criação de um mecanismo internacional para a proteção destes direitos. Trata-se de um novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade da pessoa humana a pressuposto de todos os constitucionalismos. (PIOVESAN, 2015).

A CRISE ATUAL DOS DIREITOS HUMANOS

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2015), a efetividade dos Direitos Humanos constitui a materialização dos dispositivos legais no mundo fático, como também representa a aproximação entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. Logo, será efetiva a norma que realmente gera seus efeitos.

Verifica-se uma grande dificuldade de se constatar efetivamente o alcance de alguns direitos humanos. Neste contexto, merece evidência os direitos sociais, caracterizados como direitos prestacionais.

Esses direitos, segundo Sarlet (2015, pág. 297 e 298):

nessecitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza sócio-econômicas, razão pela qual tendem a ser positivadas de forma vaga e aberta deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora.

Vislumbra-se que não basta reconhecer, descrever e relacionar os direitos humanos fundamentais, necessário se faz a existência de políticas públicas sociais, além de esforços conjuntos do Estado e do indivíduo para que esses direitos se tornem realmente eficazes. Desta forma, o reconhecimento dos Direitos Humanos tem que estar ligado com a sua aplicação real e com as garantias desses direitos.

A globalização em que o mundo esta inserido, as ideias de combate às privações de direitos e às próprias noções de justiça conseguem atravessar fronteiras e atingir um grande número de pessoas. Porém, o acesso à educação e formação adequada, infelizmente não consegue atingir um contingente considerável de pessoas, o que acarreta em distorções na compreensão ao que se diz por justo, ou ao que se possa ser considerado violento ou não.

Safioti (2013) afirma que o capitalismo determina um modo de produção exagerado às sociedades, melhor explicitando, produz-se infinitamente além das necessidades reais do indivíduo, atendendo ao condicionamento e operacionalização pela própria necessidade de se consumir.

As ações humanas estão cada vez mais condicionadas pelo viés econômico. Desta forma, há um afastamento da humanidade e uma aproximação da desumanidade, justificada através da necessidade de se obter cada vez mais vantagens econômicas, constituindo a ambição a mola mestra para o alcance do poder econômico e social.

Constata-se, hodiernamente, a constante busca pelo poder, fazendo com que haja a continuidade da perpetuação da violência através da intolerância, preconceito, individualismo

e desrespeito à dignidade da pessoa humana. Em que pese ser em dimensões diferente do ocorrido no holocausto, milhares de pessoas vivenciam situações de desumanidade em pleno século XXI.

É justamente o descrito acima que representa a crise atual dos direitos humanos. Exatamente esses direitos que foram tão cultuados e desenvolvidos no pós-guerra a partir de 1945, estão sendo mais uma vez desprezados em meio ao desrespeito à dignidade da pessoa humana, ao trabalho digno, às jornadas de trabalho, ao repouso intrajornadas, além da exclusão vivenciada pelas classes economicamente desfavorecidas. Denota-se, desta maneira, a perda da alteridade nos dias atuais.

Soma-se a esse caos, o distanciamento entre a teoria e a prática que precisa ser solucionado, uma vez que estudar o respeito aos direitos humanos e estar sempre mencionando esses direitos não são suficientes para solucionar essa crise na atualidade.

Nesse contexto, Sánchez Rubio (2014, pág. 20) assevera que:

[...] o efeito de encantamento que têm os Direitos Humanos provoca em quem é mais ou menos privilegiado um estado de certa impotência e complacência, já que se considera que estes podem ser um caminho que confronte as desigualdades e as injustiças, mas sem interessar-se por perceber que seu imaginário se assenta em uma estreiteza tão grande que sabemos que é impossível reduzir a distância existente entre sua teoria e sua prática.

Desta forma, resta evidente que essa crise dos Direitos Humanos precisa ser discutida e estudada a fim de que o abismo entre a teoria e a prática seja cada vez minimizado, até que se atinja a plena efetivação dos mesmos. É imperioso, também, a participação do cidadão, dos estados e dos governantes na concretização desses direitos.

Para se alcançar a efetividade desses direitos, torna-se imprescindível considerar todo e qualquer indivíduo em sua própria humanidade. Isso não foi verificado com o envio dos judeus aos campos de concentração para realizarem trabalhos forçados, descartando os inaptos para o trabalho, tratando-se o homem como coisa descartável, objeto. Este fato encontra-se em total dissonância com as premissas do direito ao desenvolvimento, constatando, conseqüentemente, desprezo aos Direitos Humanos.

A conceituação do Direito ao Desenvolvimento constitui tarefa delicada, devendo considerar-se o termo de maneira multifacetária, posto que inexistente conceito único e uniforme.

O doutrinador Robério Nunes dos Anjos Filhos (2013) posiciona-se sobre o assunto ao afirmar que a sistematização teórica de tal direito é relativamente recente e constitui o direito de todo homem, que tem o direito de viver e o direito de viver melhor.

A Assembleia Geral das Nações Unidas publicou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento em 1986. Tal declaração traz em seu bojo a conceituação do referido instituto jurídico, ao discorrer:

§1º - O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para com ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Verifica-se a íntima relação entre o Direito ao Desenvolvimento e os Direitos Humanos, os quais constituem requisitos indispensáveis para a concretização da dignidade da pessoa humana, como também do desenvolvimento dos Estados em sua totalidade.

Neste diapasão, Anjos Filhos (2013, pag.274) discorre que:

[...] em termos constitucionais o desenvolvimento nacional: a) não se confunde como mero crescimento econômico; b) possui vínculo direto com a dignidade da pessoa humana; c) constitui, ao mesmo tempo, finalidade e objetivo da República Federativa do Brasil; d) porta uma natureza obrigatória; e) é diretamente proporcional à concretização dos objetivos constitucionais da nossa República; f) deve considerar o todo da nação, refletindo a realidade do Estado multicultural e multiétnico e assumindo uma natureza dialógica por meio de um diálogo intercultural.

Por tais características, conclui-se que o direito ao desenvolvimento possui natureza fundamental, principalmente por estar diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana, tratando-se de um direito fundamental ao desenvolvimento. (op. cit., 2013).

Outra arma indispensável para a efetivação dos Direitos Humanos, juntamente com o Direito ao Desenvolvimento, é o personalismo, que nas lições de Maria de Fátima S. Wolkmer, tal instituto compreende o indivíduo de forma integral, entendendo-o a partir de seu valor pessoal e em seu desenvolvimento com a comunidade (WOLKMER, 2007).

Logo, as pessoas não podem ser consideradas objetos como ocorria nos campos de concentração nazistas. A aplicação desse entendimento é de suma importância a fim de que práticas desumanas perpetradas durante o holocausto não sejam repetidas.

Portanto, constata-se que o Direito ao Desenvolvimento possui os instrumentos fundamentais no sentido de que sejam ressuscitados os valores perdidos, como a solidariedade ao outro na condução a vida social. Desta forma, pode-se construir uma sociedade pautada na alteridade, enxergando-se no outro a si próprio, possibilitando o tratamento humano a todos.

A VEDAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

O trabalho em condições análogas às de escravo exprime uma mazela social enrustida pela modernidade, que “suga” e explora o trabalhador pobre e necessitado, como se homem não fosse.

Para evidenciar a importância do tema, é importante recordar que a Lei Áurea, assinada em 13 de maio de 1888, decretou o fim do direito de propriedade de uma pessoa sobre outra, ou seja, a escravidão não poderia existir nos tempos atuais. Para corroborar tal afirmativa, temos o Código Penal em seu artigo 149, que deixa bem claro a condição de crime a seguinte conduta:

“Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, a vigilância ostensiva no local de trabalho por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho, a posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho.”

No entanto, o trabalho escravo e degradante se manteve de outra maneira no sistema, pois, ainda existem trabalhadores em condições análogas às de escravo e empregadores com mentalidade e comportamento escravocratas, configurando a escravidão contemporânea, caracterizada por trabalhadores oprimidos, vítimas das humilhações constantes, do abismo da desigualdade social, econômica, racial e cultural e da coisificação do homem, completamente banidos dos seus direitos humanos.

Considerando que o trabalho escravo é concretizado na junção das modalidades trabalho forçado ou obrigatório, realizado em condições degradantes, resta evidenciada a violação dos direitos humanos, e, por consequência, também, a “dignidade da pessoa humana”, dignidade esta elevada a princípio fundamental, conforme o disposto no inciso III do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sendo assim, trabalharemos com o conceito de dignidade, tão bem mensurado por Ingo Wolfgang Sarlet:

“Dignidade é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (SARLET, 2012, pág.62)

No entanto, atualmente configura-se uma falsa liberdade, eis que embora libertos, não houve por parte dos governos a implementação de políticas públicas de integração do ex-escravo ao meio social. Somados a isto, com a grande oferta de mão-de-obra e a escassez de postos de trabalho, os trabalhadores voltaram a se submeter a condições indignas (CASSAR, 2008, pág. 72):

“Cabe salientar que, embora tenha libertado os negros das senzalas, o governo brasileiro não se preocupou em criar normas e/ou condições para que o antigo escravo se integrasse, efetivamente, ao meio social como verdadeiro cidadão. Desse modo, foi enxotado para as margens da sociedade, sem qualquer direito ou proteção estatal, o que levou muitos deles ao retorno às condições precárias de trabalho, posto que se viram obrigados a laborar em troca de um prato de comida.”

Dessa forma, para que os Direitos Humanos venham a integrar as relações de trabalho, garantindo a inexistência da escravidão, resta evidente a necessidade de medidas norteadoras das políticas públicas e da conscientização social, como por exemplo:

- elucidar sobre a importância da repressão do trabalho em condições análogas às de escravo;
- esclarecer sobre a necessidade da promoção de ações preventivas e inclusivas das vítimas e das pessoas em situação de vulnerabilidade;
- demonstrar a legislação nacional e internacional a respeito do trabalho escravo contemporâneo;
- disseminar a conscientização, trabalhando também fora da comunidade jurídica através de atividades interdisciplinares, levando essas informações a respeito do trabalho escravo contemporâneo à comunidade, com o objetivo de discutir sobre o valor do trabalho e o seu papel na sociedade de maneira geral, contribuir com a conscientização acerca da importância de se promover a erradicação do trabalho escravo, informar sobre os direitos trabalhistas, despertar na comunidade escolar os princípios de cidadania diante dos méritos trabalhistas e reforçar a importância de construir uma rede de informações para enfrentar problemas comuns em relação à exploração do trabalho.

Deste modo, a fim de trancar a escravidão na escuridão do passado, seja necessária a humanização do próprio ser humano enquanto empregador, pois assim, talvez seria possível a geração de empregos dignos, condizentes com a legislação trabalhista e com a qualidade de vida almejada pelos trabalhadores vítimas da escravidão moderna.

Dados do Trabalho Escravo no Século XXI

Considerando a persistência do trabalho escravo no Brasil, o MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) realizou um mapeamento do trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Com base nesses dados fornecidos pelo endereço eletrônico do MTE, faremos um apanhado de informações visando dar uma noção geral do cenário escravocrata no país.

Entre 1986 e 2012 a Comissão Pastoral da Terra e o MTE registraram denúncias sobre 165.808 trabalhadores escravizados, sendo 2.952 em 2012. Já o MTE libertou, entre 1995 e 2012, 44.425 trabalhadores, dos quais 2.750 apenas em 2012. Os dados do MTE são relativos ao número de trabalhadores libertados pelo Grupo Móvel. O número real de trabalhadores escravizados é sem dúvida maior, visto que não é possível verificar todas as denúncias e, em alguns casos, as operações fracassam, pois ocorre o vazamento de informações.

Um total de 1.010 pessoas foram retiradas de condições análogas à escravidão em 2015, aponta balanço divulgado pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS). O problema foi detectado em 90 dos 257 estabelecimentos fiscalizados.

Em relação ao balanço das ações de combate ao trabalho escravo em 2015, o MTPS informa que a fiscalização foi feita por meio de 140 operações realizadas pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel e por auditores fiscais do trabalho.

O MTPS destaca que, mantendo a tendência de 2014, a maioria das vítimas de trabalho escravo no Brasil foi localizada em áreas urbanas, que concentraram 61% dos casos (607 trabalhadores em 85 ações). Nas 55 operações realizadas na área rural, 403 pessoas foram identificadas.

Além de retirar mais de mil trabalhadores de condições análogas à escravidão, as operações coordenadas pelo MPTPS beneficiaram um total de 7.616 trabalhadores. Como resultado das operações, a fiscalização emitiu no ano passado 2.748 autos de infração, com pagamento de R\$ 3,1 milhões em indenização para os trabalhadores. Além da emissão de 694 guias para recebimento do Seguro-Desemprego e 171 Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

Os dados revelam que doze trabalhadores resgatados de trabalho escravo em 2015 tinham idade inferior aos 16 anos e que outros 28 tinham idade entre 16 e 18 anos, atuando em atividades da Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (TIP). Do total de trabalhadores alcançados, 65 deles eram imigrantes de diversas nacionalidades, entre bolivianos, chineses,

peruanos e haitianos.

Em relação às atividades, temos que a extração de minérios concentrou 31,05% dos trabalhadores alcançados no ano, com 313 vítimas trabalhando na extração e britamento de pedras, extração de minério de ferro e extração de minérios de metais preciosos. O ramo da construção civil representa 18,55% do total (187 trabalhadores localizados). A agricultura e a pecuária, atividades com histórico de resgate, aparecem em seguida, com 15,18% e 14,29% do número de trabalhadores identificados em condições análogas a de escravo.

Em relação à localização, o Estado de Minas Gerais liderou o número de trabalhadores resgatados, com 432 vítimas (43%). Em seguida estão o Maranhão com 107 resgates (11%), Rio de Janeiro com 87 (9%), Ceará com 70 resgates (7%) e São Paulo com 66 vítimas (6%).

Dessa forma, resta-nos evidente a urgência em se propagar medidas de combate à escravidão contemporânea e a punição daqueles que promovem o trabalho escravo em suas propriedades, sejam elas urbanas ou rurais.

CONCLUSÃO

A transição entre os séculos XIX e XX representou um período de transformação no campo social, político e econômico. Em relação ao aspecto social, o mundo vivenciou inúmeras revoluções populares marcadas pela indignação contra a supressão dos valores humanos enquanto sujeitos de direitos.

A migração do homem do campo para trabalhar nas cidades nas fábricas contribuiu para o surgimento de uma nova forma de classificação social do indivíduo, onde este é submetido a jornadas excessivas de trabalho, sem garantias securitárias ou previdenciárias, sem direitos trabalhistas reconhecidos.

A vida e a saúde dessas pessoas foram postas em riscos às custas do poder econômico da produção de mercado que tinha como objetivo o crescimento econômico para fins de atender as demandas da sociedade.

Foi nesse contexto que os partidos políticos extremistas chegaram ao poder, a exemplo do Partido Nazista na Alemanha, o qual se legitimou ao poder com o voto popular, dentro do estado democrático de direito, a fim de reconstruir e reconduzir a Alemanha ao topo do desenvolvimento mundial.

Nesse cenário, o povo judeu, bem como as pessoas com deficiência física e

deformidade racial foram colocadas como empecilho para o desenvolvimento econômico do povo alemão. A imagem do homem ideal, a raça ariana, seria alcançada com a eliminação dessas pessoas.

Tem-se que o prosseguimento desse plano foi um dos causadores da segunda guerra mundial, cujas atrocidades cometidas à vida dos seres humanos ultrapassaram os limites de respeito, tolerância, reconhecimento à liberdade, dignidade e à vida, como os direitos fundamentais do indivíduo.

Em que pese a Revolução Francesa e a Independência Norte-Americana já terem como precedentes documentos reconhedores dos direitos fundamentais do cidadão, os eventos decorrentes da segunda guerra mundial serviram para reconhecer a igualdade e demais direitos garantidores dos seres humanos de forma universal.

O trabalho é atividade que dignifica e edifica o ser humano, por esse motivo, é muito mais que mero labor e fonte de renda. O mal maior na existência do trabalho escravo é a dura realidade da existência de empregadores com comportamentos escravocratas.

A ideia central da relação de emprego é que o principal capital de uma empresa é composto por seus colaboradores. Mas, se estes são escravos, o núcleo dessa empresa é representado pelas mazelas de uma sociedade capitalista, que corriqueiramente visa simplesmente o lucro em detrimento da qualidade de vida da sociedade e de sua riqueza moral.

Cabe ressaltar que em pleno século XXI a relação de trabalho escravo configura verdadeiro retrocesso social, portanto, carrega consigo violação de direitos intrínsecos aos seres humanos. Nesse ínterim, vale ressaltar que o trabalho é algo que deve ser benéfico para o ser humano, que deve proporcionar o seu desenvolvimento, e não motivo de sofrimento.

Surge, então, no estudo proposto, o Direito ao Desenvolvimento capaz de desenvolver na sociedade, através de sua aplicação, valores com os de alteridade e solidariedade. Por conseguinte, tem-se que trabalhar o tratamento humano do indivíduo para garantir o seu papel na sociedade como sujeito de direitos e garantias.

Assim, necessário que se busque sempre o desenvolvimento do ser humano e o respeito aos seus direitos universais e fundamentais como garantia de sua liberdade. Ademais, deve-se buscar garantir o respeito ao ser humano como indivíduo em sua condição humana própria, acima de quaisquer outros valores ou limites, sendo dever do estado buscar as garantias essenciais ao alcance desse objetivo.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHOS, Robério Nunes dos. Direito ao Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARENDT, Hannah. A vida dos Espíritos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993^a.

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ÁVILA, Flávia de. Direito e Direitos Humanos: Abordagem Histórico-Filosófica e Conceitual. 1^a edição. Curitiba: Appris, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

FOUCAUT, Michael. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em <<http://www.mte.gov.br/index.php/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo>>. Acesso em 02 out. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Disponível em <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/area-atuacao/trabalho_escravo/lut>. Acesso em 03 out. 2015.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Ltr, 2011.

MONTEIRO, Mariah. A escravidão contemporânea do setor sucro-alcooleiro. Disponível em <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-1-volume-17/a-escravidao-contemporanea-do-setor-sucro-alcooleiro>>. Acesso em 05 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Resolução 41/128 da Assembleia das Nações Unidas. Dez. 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-desenvolvimento/declaração-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 30 de maio de 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. 6^a edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

PORTAL BRASIL. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/01/brasil-resgatou-mais-de-mil-trabalhadores-do-trabalho-escravo-em-2015>>. Acesso em 27/06/2016.

RUBIO, David Sánchez. “Direitos Humanos, Ética da vida Humana e Trabalho Vivo”. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Direitos Humanos e filosofia jurídica na América Latina. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. A mulher na sociedade de classes. 3ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. 9ª edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

WOLKMER, Maria de Fátima S. “Filosofia jurídica latino-americana e humanismo libertador: Jesus Antonio de la Torre Rangel e David Sánchez Rubio. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente. Barueri: Editora Manoele, 2007.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA FALTA DE LEITOS EM UNIDADES DE TERAPIA INTENSIVA (UTI) e CENTROS DE TERAPIA INTENSIVA (CTI) EM HOSPITAIS PÚBLICOS

Carolina Ottoboni BAGGIO¹
Paula Rodrigues PERES²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como direito de todos, atribuindo-se ao Estado o dever de prestar esse direito fundamental. O constituinte, reconhecendo a importância desse direito, classificou a saúde como serviço de relevância pública. A Carta Magna também assegurou o direito do cidadão ser indenizado em caso de dano causado por ação ou omissão Estatal. O presente trabalho busca abordar as facetas do direito constitucional a saúde, e ao considerar a alegação do Poder Público da reserva do possível verificar se há responsabilidade civil do Estado pela não implementação de políticas públicas suficientes para atender toda a demanda por leitos em UTI e CTI nos hospitais públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde – responsabilidade civil do Estado – Sistema Único de Saúde – unidade de terapia intensiva.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 consecrated Health as right for all, assigning to the State the duty to provide this fundamental right. The constituent, recognizing the importance of this right, ranked Health as a relevant public service. The Magna Carta also assured the right of citizens to be compensate in case of damage caused by state action or omission. The present article seeks to approach facets of the constitutional right to Health and, by verifying the public power's allegation of reserve for contingences, verify if the State has a civil responsibility for lack of public policies sufficient to attend all the demand for beds in ICU's and ICC's in public hospitals.

KEY-WORDS: Health – State civil responsibility – Unified Health System –intensive care unity

INTRODUÇÃO

A saúde é um direito social assegurado nos artigos 6º e 196 a 200, da CF. Como direito fundamental indissociável a uma vida digna, o legislador constituinte classificou a saúde como serviço público relevante e estabeleceu sua proteção como um direito de todos e dever do Estado.

-
- 1 Possui graduação em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (2007). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho. Advogada
 - 2 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná(2009), especialização em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera(2015) e especialização em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera(2013). Atualmente é Procuradora Municipal da Prefeitura Municipal de Andirá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

Diante disso, o presente estudo analisará o direito fundamental à saúde. Para tanto, necessário um breve histórico da evolução do conceito de saúde enfatizando marcos importantes como a criação da Organização Mundial de Saúde e a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, até alcançar a saúde como um direito fundamental. Observará ainda as quatro gerações de direitos e a inserção da saúde como um direito de segunda geração, também conhecido como prestacional, ou seja, ao titular é permitido exigir que se faça algo por ele, sendo o grande devedor desse direito o Estado.

Após, conceituará serviço público e seus princípios norteadores que são: o da generalidade, da continuidade, da eficiência, da modicidade, e da cortesia e demonstrará que a importância do direito à saúde é tanta que o constituinte taxou a saúde pública como “serviço de relevância pública”. Na sequência, será abordado o tema da responsabilidade civil do Estado perpassando por seu fundamento constitucional e pela teoria do risco administrativo, investigando o confronto existente entre a manutenção da vida do paciente e a alegação do Estado da reserva do possível frente à limitação orçamentária como óbice a efetivação do direito fundamental à saúde, adentrando no foco do trabalho que é a perquirição da responsabilidade civil do Estado em virtude da falta de leitos nas unidades de terapia intensiva (UTI) e centros de terapia intensiva (CTI).

Assim, o artigo formulará as seguintes indagações: no conflito entre a manutenção da vida do paciente e a alegação do Estado de limitação orçamentária o que deve prevalecer? Quando a reserva do possível deve ser considerada? Há responsabilidade civil do Estado pela ausência de leitos em unidades de terapia intensiva e centros de terapia intensiva? Qual tem sido o posicionamento dos Tribunais a respeito da responsabilização do Estado quando verificada essa insuficiência de leitos? Portanto, o que se pretende demonstrar, através do debate sobre o direito fundamental à saúde previsto na Carta Magna é a configuração da responsabilidade civil do Estado pela insuficiência de leitos em UTI e CTI frente à necessidade de efetivação da saúde. Para tanto, o método de pesquisa a ser utilizado será a revisão bibliográfica e a análise de casos concretos.

A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM

Para uma melhor compreensão do direito fundamental à saúde é necessário identificar qual é o verdadeiro significado de saúde. Em que pese, à primeira vista, tratar-se de uma simples definição, o conceito de saúde passou por uma evolução ao longo do tempo.

Inicialmente, saúde correspondia “a ausência de doença” (WEICHERT, 2004, p. 119). Nessa concepção, o foco era a patologia em si, cuja presença descaracterizava a pessoa saudável. Com as descobertas científicas, a medicina passou por um processo evolutivo, através de novos instrumentos - como o microscópio – foi possível conhecer as origens das doenças e conseqüentemente encontrar sua cura e prevenção (SCLIAR, 2007, online).

Entretanto, esse conceito individualista não atendia aos anseios de promoção de saúde e, nem mesmo, de garantia de permanência sadia. Ambos dependiam de forma marcante da qualidade de vida da comunidade. Com efeito, o cidadão não poderá continuar saudável sem que o meio em que vive e as pessoas que o rodeiam também estejam ou possuam condições de salubridade, especialmente diante do contágio e da contaminação pelos agentes provocadores das doenças. Ademais, a tutela desse direito não pode ficar restrita ao indivíduo, pois é um bem de todos os membros da coletividade (WEICHERT, 2004, p.120).

Desse modo, considerar a saúde como mera ausência de doença já não mais condizia com a realidade de um Estado Social. Além do mais, o conceito de saúde tinha que agradar também o sistema capitalista, haja vista que o trabalhador doente não produzia.

“Dessa forma, pode afirmar que a tese de saúde unicamente como negatividade de doença e/ou enfermidade perdurou até o advento do Welfare State. A partir daí o Estado começa a avocar para si o papel que antes era do indivíduo: tratar da saúde. E é por questões financeiras que o Estado passou a adotar a estratégia da saúde preventiva: o trabalhador não pode adoecer porque prejudica o processo de acumulação capitalista simplesmente porque não pode produzir. Uma vez doente (“estragado”), o trabalhador deve ser curado (“consertado”). Afinal, a produção não pode cessar, e a força de trabalho deve ser a máxima possível para que se obtenha o maior lucro. A saúde passa a ser não apenas Direito de comprar a cura, mas também direito de acesso à cura.” (SCHWARTZ, 2004, p. 47)

Destarte, a premissa de que cada um deveria cuidar da sua própria saúde resultou ineficaz. Em razão dessa realidade, o Estado assumiu o compromisso de ser o responsável pela saúde dos indivíduos, a ele foi reservada a incumbência de tratar as pessoas doentes e prevenir que as demais adoecessem, o Estado deveria proporcionar a saúde aos cidadãos através de serviços básicos de atividade sanitária. Contudo, o marco retórico-referencial do conceito de saúde foi o erigido pela Organização Mundial de Saúde (SCHWARTZ, 2004, p. 48).

Com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), estendeu-se o conceito de saúde, definição essa, contemplada no Preâmbulo da Constituição da OMS, “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença e enfermidade” (1946). O direito à saúde também foi consagrado na Declaração

Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. XXV, o qual reza que:

“toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.”

A saúde é considerada um direito fundamental, ou seja, “interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna” (BREGA FILHO, 2002, p. 67). No que diz respeito à fundamentalidade do direito à saúde, Sarlet fala que:

“a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material (...). A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas ‘cláusulas pétreas’) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5 (sic), parágrafo 1 (sic), da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. (...). Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana – parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.” (2002, *online*)

Os direitos fundamentais são classificados em gerações, a primeira geração compreende os direitos de liberdade, a segunda, os direitos de igualdade, já terceira, os de fraternidade, destacando assim os princípios insculpidos na Revolução Francesa: Liberté, Egalité, Fraternité (FERREIRA FILHO, 2006, p. 57).

Os direitos fundamentais de primeira geração constituíam em uma limitação do poder estatal. Estes direitos “definiam a fronteira entre o que era lícito e o que não o era para o Estado, reconhecendo liberdades para os cidadãos, pois o que ficasse fora do alcance do Estado, seria lícito” (BREGA FILHO, 2002, p. 22). Conhecidos como liberdades públicas, os direitos fundamentais de primeira geração são os que dizem respeito ao indivíduo, tais como o direito à igualdade, à intimidade, à honra, à vida, à propriedade e outros, complementados pela liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de reunião e os direitos políticos (BREGA FILHO, 2002, p. 22).

Contudo, os direitos de primeira geração não eram suficientes para garantir os direitos fundamentais, era necessário criar meios para exercê-los, destarte, “foram definidos e

assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais” (BREGA FILHO, 2002, p. 22-23). Surgiam, assim, os direitos fundamentais de segunda geração. Comparando os direitos fundamentais de primeira geração com os de segunda geração, Sarlet delinea:

“A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social.’” (apud HUMENHUK, 2004 online, grifo do autor)

Tanto os direitos de primeira como os de segunda geração têm como titular o indivíduo. Não obstante, há direitos que não dizem respeito apenas a uma determinada pessoa, trata-se de direitos transcendentais, pois pertencem a toda coletividade. Esses são os direitos de terceira geração. Assentados sobre a ideia de solidariedade, tais direitos podem ser subdivididos em cinco grupos, quais sejam: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação.

Bonavides fala da existência de direitos de quarta geração, consubstanciados no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. “Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (2006, p. 571).

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira ao contemplar expressamente à saúde como direito fundamental. O legislador, de maneira genérica, elencou no art. 6º da Carta Magna, a saúde, em conjunto com outros direitos, como direitos sociais, e de forma específica nos arts. 196 a 200 (SARLET, 2002, online).

Destarte, o direito à saúde se consubstancia como um direito de segunda geração, uma vez que se externa como um verdadeiro direito à prestação, vale dizer, um direito social prestacional, posto que estes carecem de uma atuação positiva por parte do Estado (HUMENHUK, 2004, online).

No preâmbulo da Carta Magna destacou-se a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem estar da sociedade. Dentro da concepção de bem-estar logicamente inseri-se a saúde pública (MORAES, 2005, p. 2040). Ademais, a saúde aparece como consequência imediata da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil “adotou um modelo de atenção universalista em saúde pública” (GLOBEKNER, 2008, online). Consequentemente a

saúde passa ser uma das responsabilidades do Estado, o qual deve propor políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, através de ações e serviços públicos de acesso universal.

O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE E SERVIÇO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA

O serviço público conforme a preleção de Meirelles, “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (2007, p. 330). A prestação de serviços públicos é “atribuição primordial do governo” e a sua “própria razão de ser”, não se justificando o Estado “senão como entidade prestadora de serviços públicos aos indivíduos que o compõem” (MEIRELLES, 1993, p. 257-258).

Os princípios alusivos ao serviço público convalidados por grande parte da doutrina administrativa são: o princípio da generalidade, da continuidade, da eficiência, da modicidade, e da cortesia.

O princípio da generalidade apresenta dupla faceta: significa, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, beneficiando o maior número de indivíduos possíveis. Por outro lado, eles devem ser prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando estes tenham as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição, cuida-se, portanto, do princípio da isonomia, ou mais especificamente, o da impessoalidade, previsto no art. 37, da Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2010, p. 359).

Pelo princípio da continuidade, os serviços não podem ser interrompidos ou suspensos afetando o direito dos usuários, devendo ser “constante, na área e período de sua prestação” (MEIRELLES, 2007, p. 396). A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento bem como à extensão do serviço, recorrendo às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais (CARVALHO FILHO, 2010, p. 360).

Em atendimento ao o princípio da eficiência, o serviço deverá ser “satisfatório, qualitativa e quantitativamente” (MEIRELLES, 2007, p. 396). Complementa Carvalho Filho: “Conexo com o princípio da continuidade, a eficiência reclama que o Poder Público se atualize com novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa com menor dispêndio” (2010, p. 365).

O princípio da modicidade não significa que deva ser gratuita, já que é lícito cobrar uma retribuição pecuniária pelo serviço prestado. Entretanto, esta tarifa deve ser acessível a toda população (MEIRELLES, 2007, p. 396).

O princípio da cortesia corresponde ao atendimento público de forma urbana, educada e solícita (MEIRELLES, 2007, p. 396). Em relação ao referido princípio, imperiosa as lições de Gasparini: “A prestação, em tais condições, não é favor do agente ou da Administração Pública, mas dever de um e de outro e, sobretudo, um direito do cidadão” (2005, p. 290).

Meirelles com extrema agudeza observa que “esse conjunto de requisitos ou princípios é, modernamente, sintetizado na expressão serviço adequado (...)” (2007, p. 396, grifo do autor). O princípio da adequação, imposto pelo art. 6º da Lei 8.987/95, “é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

O constituinte de 1988, referindo-se à existência de serviços de relevância pública dispôs no art. 197, ao definir que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde” e completa, que cabe “ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física de direito privado”.

Contudo, qual seria a acepção de serviço de relevância pública? Teria essa expressão um conteúdo jurídico autônomo? Ademais, quais seriam as consequências de se qualificarem determinados serviços como de relevância pública, sobretudo os de saúde? (WEICHERT, 2004, p. 127)

Preliminarmente, ressalta-se que existe divergência doutrinária sobre o teor jurídico da expressão serviço de “relevância pública”, há aqueles que sustentam ser distinto de serviço público fundamentando que, conforme previsão do art. 129, II da Carta Magna, conferiu-se ao Ministério Público a missão de zelar pelos direitos constitucionais em face do Poder Público, bem como dos serviços de relevância pública. Acaso os serviços de relevância pública e serviços públicos fossem sinônimos, não seria necessária essa dupla previsão, uma vez que bastaria referir a necessidade de observância pelo Poder Público ao respeito aos direitos constitucionais, para se abranger todos os serviços públicos, mesmo que prestados por regime de concessão ou permissão. Outrossim, nem todos os serviços públicos seriam de relevância pública, porquanto, nessa hipótese, bastaria ao constituinte ter previsto a proteção destes, para

albergar todas as atuações do Poder Público. Desse modo, esse preceito permite intuir que os serviços de relevância pública podem ser serviços públicos ou privados e nem todos os serviços públicos são de relevância pública (WEICHERT, 2004, p. 127-128). Portanto, ao acrescentar a expressão “serviço de relevância pública”, o constituinte tinha como escopo dar uma importância complementar a esse serviço, devendo este ser prestigiado pela Administração, haja vista ser essencial à sociedade.

Destarte, quando se tratar de serviço público relevante, em eventual confronto com outro que não possua essa qualificação, cabe ao administrador público privilegiar aquele, como, por exemplo, na destinação de recursos. Desse modo, a Carta Magna veda uma inversão de prioridades com base em critérios supostamente discricionários. O serviço de relevância pública deve, portanto, ser privilegiado no conjunto da atuação do Poder Público (WEICHERT, 2004, p. 129).

O serviço de relevância pública deve respeitar os direitos constitucionais exatamente por ter como objetivo atender as pretensões sociais dos indivíduos. Destarte, há conexão direta entre a adequada prestação dos serviços de relevância pública e o respeito aos direitos sociais ou, sob outro prisma, há interesse social no adequado fornecimento dos serviços de relevância pública (WEICHERT, 2004, p. 134).

A definição de serviço de relevância pública pode ser, assim, considerada “um serviço essencial especial, respeitante aos direitos assegurados na Constituição Federal, principalmente rotulados como direitos sociais” (SANTIN, 2004, p. 54).

A designação de certo serviço como de relevância pública implica em considerá-lo como fundamental à sociedade, outrossim, obriga o Poder Público a favorecê-lo nas hipóteses de colisão com outros direitos, bem como o dever de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações da iniciativa privada na prestação desses serviços, e na legitimidade do Ministério Público para zelar, inclusive judicialmente, pela sua adequada prestação, principalmente na observância dos direitos constitucionais (WEICHERT, 2004, p. 135).

O serviço público de saúde no País é efetivado pelo do Sistema Único de Saúde (SUS). A Constituição Federal de 1988 – cognominada como Constituição Cidadã – criou o SUS para que todas as pessoas pudessem ter acesso ao serviço público de saúde. A definição do SUS está contemplada no art. 4º da Lei 8.080/90 como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A consagração da responsabilidade civil do Estatal constitui-se em um imprescindível mecanismo de defesa do indivíduo frente ao Poder Público. Através da responsabilização do Estado, o cidadão tem assegurado, na hipótese de ocorrer transgressão a direito seu, ocasionado por ação ou omissão estatal, o ressarcimento do direito violado.

Sendo o Estado sujeito de direito e pessoa jurídica de direito público, também deve se submeter aos ditames legais, ainda que por ele impostos (MELLO, 2009, p. 986). Ademais, a responsabilidade do Estado está implícita na própria noção de Estado de Direito, “a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito” (MELLO, 2009, p. 989).

O art. 37, §6º da Carta Magna, consagra a responsabilidade objetiva do Estado, ao dispor que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Assim, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das prestadoras de serviços públicos não depende da comprovação de elementos objetivos ou de ilicitude, baseando somente em três pressupostos: a) a conduta, que deve ser de determinado agente público que atue nesta qualidade ou, ao menos, se aproveitando da qualidade de agente para causar o dano; b) o dano, imprescindível para o dever de indenizar, o qual pode ser material, estético ou moral; c) nexos de causalidade, haja vista que o Estado somente responde se a sua conduta foi determinante para o dano causado a vítima.

O Direito pátrio, no tocante a responsabilidade civil da Administração, adotou a teoria do risco administrativo. Destarte existindo o dano, a conduta, bem como o nexos causal entre ambos, independentemente de culpa, e não havendo nenhuma das causas de excludentes da responsabilidade (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima) o Estado deverá ser responsabilizado.

Contudo, existem situações em que o dano é causado a um particular em virtude da não atuação do agente público. A maioria da doutrina entende que a conduta omissiva não está abrangida pelo art. 37, §6º da Constituição Federal. Em casos de omissão, aplica-se a Teoria da Responsabilidade subjetiva, onde o elemento subjetivo está condicionando o dever de indenizar.

Vale ressaltar que a responsabilidade subjetiva aplicável, neste caso, não é aquela apresentada pela teoria civilista, isto é, não depende da demonstração de dolo ou culpa do agente público, mas sim da responsabilização decorrente da culpa anônima. Conforme esta teoria a má prestação de serviço ou a prestação ineficiente geraria a responsabilidade subjetiva do Estado. Nesse caso, para fins de responsabilização Estatal, não se precisa comprovar a culpa do agente, bastando à comprovação da má prestação do serviço ou da prestação ineficiente, ou ainda da prestação atrasada do serviço como ensejadora do dano (CARVALHO, 2014, p. 333).

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM VIRTUDE DA FALTA DA FALTA DE LEITOS EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA (UTI) E CENTRO DE TERAPIA INTENSIVA (CTI)

Problema recorrente e de grande relevância social em virtude da debilidade da saúde daqueles que necessitam é a falta de leitos em UTI e CTI. As UTI e CTI que são centros especializados e de alta tecnologia, são espaços laborais destinados a profissionais médicos e de enfermagem com grande diferenciação de conhecimento, habilidade e destreza para a realização de procedimentos que, muita das vezes, representam a diferença entre a vida e a morte (BRASIL, 2005, online).

Entretanto, manter essas unidades é de elevadíssimo custo para o Estado. A manutenção desse sistema (complexa estrutura física, equipamentos de alta tecnologia e equipe multidisciplinar necessária por 24 horas por dia), acaba por majorar os custos do Estado para a disponibilização de mais leitos nas UTI e CTI.

Surge assim, um confronto entre a manutenção da vida do paciente que necessita, urgentemente, do internamento na UTI/CTI e o orçamento do Estado para custear esse sistema. Destarte, é clarividente um conflito de normas constitucionais. Contudo, é nesse instante que o direito fundamental à saúde encontra um dos seus maiores entraves, pois o Estado, com o subterfúgio na tese da reserva do possível, indica a escassez de recursos financeiros para os investimentos necessários para ampliar o número de vagas em UTI e CTI (WERNECK, 2013, online).

A reserva do possível ou limite do possível teve origem na Alemanha, a partir da década de 1970 e consiste em enfatizar as questões econômicas. A existência de demandas ilimitadas e os recursos econômicos restritos do Estado fazem com que o poder público tome

decisões políticas considerando o limite de pessoal, material e orçamento quando presta os direitos sociais. Desse modo, para esse princípio, o juridicamente imposto deve levar em conta a escassez orçamentária.

Sabe-se que o legislador constituinte se preocupou em provisionar e limitar as despesas do Estado através das leis orçamentárias, sendo vedados gastos não previstos no orçamento ou que o extrapolem. É o que demonstra a redação do artigo 167 e incisos, da CF abaixo transcritos:

“Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

(...)

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;”

Todavia, não pode o Poder Público se negar a efetivar o direito à saúde que está diretamente associado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, sob a simples afirmação de ausência de receitas orçamentárias, sendo que a cláusula da reserva do possível somente pode ser considerada quando houver prova irrefutável do comprometimento do orçamento com outras despesas, bem como a comprovação da aplicação eficiente dessas verbas. Nesse sentido vai a crítica de Sarlet e Figueiredo sobre a alegação vazia do limite do possível:

“O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.” (2008, *online*)

Desse modo, o Estado não pode ficar inerte ante as exigências sociais, sobretudo ao mínimo existencial à saúde prescrito no artigo 6º da Carta Política, sob o argumento de insuficiência de recursos financeiros. Pelo contrário, deve agir ativamente, tomando providências concretas em direção à satisfação das necessidades dos indivíduos. Outra não pode ser a forma de agir do Estado diante da necessidade de efetivação do direito à saúde conforme observa o Ministro do STF Celso de Mello:

“Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação –, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República, tal como este Supremo Tribunal tem reiteradamente reconhecido.” (STF, Rel: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento 28/10/2013, AI 749543/RJ)

Não é raro a pessoa que reclama de cuidados especiais ao se socorrer do Sistema Único de Saúde se deparar com a enorme dificuldade de conseguir imediata internação em UTI sob o argumento de falta de leitos disponíveis. Nesses casos, os Tribunais Pátrios têm decidido que diante da falta de vagas em UTI, o paciente seja internado em hospital privado devendo o Estado arcar com os custos da internação.

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNAÇÃO EM LEITO DE UTI. PRELIMINARES NÃO CONHECIMENTO E DE PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. REJEIÇÃO. MÉRITO: DIREITO À ASSISTÊNCIA À SAÚDE. TRATAMENTO URGENTE. NECESSIDADE. FALTA DE VAGAS EM UTI DA REDE PÚBLICA. INTERNAÇÃO EM UTI DE HOSPITAL PARTICULAR. CUSTEIO DAS DESPESAS HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. 1. (...). 2. (...). 3. Diante da necessidade de pessoa economicamente desamparada ser internada em UTI, e não havendo vagas na rede pública, deve o Estado arcar com os custos da internação em rede hospitalar privada. 4. Preliminares rejeitadas. Remessa Oficial conhecida e não provida.” (TJ-DF - RMO: 20120110798739 DF 0004257-28.2012.8.07.0018, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Data de Julgamento: 29/10/2014, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 10/11/2014 . Pág.: 174)

"ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO DE AGRAVO. REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO. DIREITO HUMANO À SAÚDE. INTERNAÇÃO EM UTI. FALTA DE VAGAS NA REDE PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE INTERNAÇÃO EM ENTIDADE PRIVADA ÀS EXPENSAS DO PODER PÚBLICO. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO DA SAÚDE. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE DÁ VIGÊNCIA A DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. RECURSO DE AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Recurso de Agravo interposto contra decisão monocrática que manteve a condenação do Estado ao pagamento dos custos com internação na UTI de hospital da rede particular de paciente que se encontrava no 41º lugar na lista de espera por leito de UTI oferecido pelo Sistema Único de Saúde. 2. É inafastável a responsabilidade do ente público, no sentido de prestar a assistência médica necessária aos cidadãos, nos termos dos comandos contidos nos arts. 196, 197 e 198 da Constituição Federal e do preceituado nos arts. 2º, § 1º e 6º, I, D, da Lei 8.080/90. 3. A Administração Pública tem que assegurar as mínimas condições de dignidade aos seus cidadãos, tendo todos direito à assistência médica. 4. Atente-se, sobretudo, que o Sistema de Saúde pressupõe uma assistência integral, no plano singular ou coletivo, na conformidade das necessidades de cada paciente, independente da espécie e nível de enfermidade, razão pela qual, comprovada a necessidade da medida para a garantia da vida do paciente, deverá ela ser realizada. 5. Não há que se falar em ingerência do Judiciário na esfera administrativa do Poder Executivo, nem de violação dos princípios da isonomia/igualdade e da separação dos poderes, visto que, em casos de garantia do direito humano à vida, o Poder Judiciário não adentra no mérito administrativo da questão posta, já que sua conduta é direcionada à observância da legalidade, porquanto a saúde é um direito garantido pela Carta Magna a todos. 6. Recurso de agravo ao qual se nega provimento. 7. Decisão unânime." (TJ-PE - AGV: 3450313 PE , Relator: Erik de Sousa Dantas Simões, Data de Julgamento: 23/09/2014, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/09/2014)

"CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DISTRITO FEDERAL. UTI. REDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE VAGA. RESPONSABILIDADE ESTATAL. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

GARANTIA CONSTITUCIONAL. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR. DEVER DO ESTADO. MORTE DO AUTOR. PERDA SUPERVENIENTE OBJETO. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO, CONFORME PREVÊ A CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM SEU ART. 196. 2. (...). 3. A INDISPONIBILIDADE DE LEITO EM UNIDADE DE TRATAMENTO INTENSIVO DE HOSPITAL PÚBLICO, OBRIGA O DISTRITO FEDERAL A ARCAR COM O PAGAMENTO DOS VALORES REFERENTES ÀS DESPESAS REALIZADAS COM O TRATAMENTO EM HOSPITAL DA REDE PRIVADA. 4. (...)" (TJ-DF - RMO: 20120111278739 DF 0006819-10.2012.8.07.0018, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 05/02/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/02/2014 . Pág.: 111)

Também coaduna com esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, nos julgados abaixo transcritos:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTERNAÇÃO HOSPITALAR POR ORIENTAÇÃO MÉDICA EM UTI. DEVER DO ESTADO. 1. (...). 2. Não viola legislação federal a decisão judicial que impõe ao Estado o dever de garantir a internação em UTI conforme orientação médica e, inexistindo vaga na rede pública, arcar com os custos da internação em hospital privado. 3. Agravo Regimental não provido". (STJ, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 28/02/2012, T2 - SEGUNDA TURMA)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. INTERNAÇÃO EM LEITO DE UTI. DEVER DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MATÉRIA JÁ EXAMINADA SOB O ENFOQUE DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 793. RE 855.178. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO." (STF, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de julgamento: 29/02/2016, RE 915673 / PE – PERNAMBUCO)

O artigo 196 da nossa Carta Política declara que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo este garantir, através de políticas sociais e econômicas, a redução dos riscos de doenças e de outros agravos, resguardando o acesso universal e a igualdade de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação dos necessitados.

Contudo, o ditame constitucional não pode significar apenas uma norma programática, devendo, pois, surtir seus efeitos concretos, vale dizer, o Estado deve implementar políticas públicas, suficientemente, capazes de transformar a realidade dos destinatários da norma, garantindo a todos o direito à saúde.

É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. Sendo o Sistema Único de Saúde, composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de

reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de qualquer deles no pólo passivo da demanda.

Ademais, a Lei nº 8.080/90, dispõe em seu artigo 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” e acrescenta em seu artigo 4º “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde”. Desse modo, colhe-se dos referidos dispositivos que as ações e serviços de saúde devem ser desenvolvidos pelo Estado, de forma integrada, embora descentralizada, por meio de um sistema único.

Verifica-se assim a responsabilidade solidária entre as pessoas políticas para que se garanta aos cidadãos de baixa renda o direito fundamental à saúde. O fundamento de validade da Lei nº 8.080/1990 e, conseqüentemente, da responsabilidade solidária dos entes públicos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) pela garantia do direito fundamental à saúde, repousa nos artigos 196 e 198 da Magna Carta. Nessa medida, infere-se que União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios são igualmente legítimos para compor o pólo passivo das ações que hospedam o fornecimento de vagas em UTI e CTI:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SAÚDE PÚBLICA. PACIENTE ACOMETIDO DE INSUFICIÊNCIA RENAL GRAVE E HIPERTENSÃO. URGÊNCIA. INTERNAÇÃO HOSPITALAR EM LEITO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGA PELO SUS. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO IMEDIATO DAS DESPESAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO, DO ESTADO E DA UNIÃO. CABIMENTO DE FORMA EXCEPCIONAL. SUCUMBÊNCIA REDIMENSIONADA. 1.(...). 2. A divisão de competências do SUS não exime os demais entes públicos de custear o tratamento médico dos cidadãos, porquanto uma norma administrativa não pode se sobrepor à Constituição Federal. 3.(...) A parte autora demonstrou que tentou obter vaga de internação hospitalar em leito com UTI pelo SUS, diante de seu quadro de insuficiência renal grave e hipertensão, sem êxito. Em razão da urgência, realizou a internação hospitalar particular e no dia seguinte ajuizou a demanda, postulando a vaga pelo SUS. A prova testemunhal é suficiente para corroborar a tese do autor (fl. 394-verso/397). A perícia médica realizada fls. 333/336 é conclusiva ao constatar o quadro clínico de risco de morte, justificando a internação hospitalar de urgência e assim o direito ao ressarcimento das despesas suportadas. 4. Responsabilidade solidária dos Entes Públicos pelo pagamento das despesas hospitalares do autor perante o HOSPITAL REGINA, bem como ao ressarcimento das despesas hospitalares particulares que já suportadas (fls. 29/37). 5. Sucumbência invertida. APELAÇÃO PROVIDA. (TJ-RS - AC: 70060356334 RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 03/09/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/09/2014)

Convém lembrar que o direito à saúde decorre diretamente do princípio da dignidade

da pessoa humana. Destarte, a simples alegação de que há dificuldade em atender a demanda dos jurisdicionados é insuficiente para ilidir a responsabilidade Estatal. Muito embora o Estado não disponha de recursos ilimitados, a proteção ao direito à vida deve sobrepor-se a interesses de cunho patrimonial.

Portanto, a implementação de mecanismos que assegurem a efetividade da assistência à saúde não pode ficar exclusivamente submetida ao juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública, sobretudo diante da maior relevância do direito fundamental em questão frente às regras de ordem orçamentárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Máxima conferiu ao Estado o dever de primar pela saúde de todos, e tal obrigação deve ser uma das prioridades máximas do Estado. Desse modo, não pode o direito à saúde, indissociável da vida digna não ser amparado sob a alegação do Estado da reserva do possível, ou seja, da escassez de recursos orçamentários, pois entre o cumprimento da lei orçamentária e da manutenção da vida através da assistência à saúde, deve-se buscar a efetividade do mínimo existencial. Assim, na hipótese do indivíduo necessitar de internação em UTI e CTI, e não havendo vagas nos hospitais da rede pública, a jurisprudência é uníssona: condenar o Estado a custear as despesas com a internação em UTI e CTI em hospital particular.

Referente à responsabilidade civil do Estado pela falta de leitos em UTI e CTI, verifica-se que esta deriva da não implementação de políticas públicas pelos agentes públicos que possuem competência para tanto.

Destarte, aplicando-se os elementos da responsabilidade civil Estatal ante a falta de leitos em UTI e CTI é plenamente possível, e justificável, a responsabilidade do Estado (desde que presentes os demais requisitos), haja vista que, a ausência de implementação de políticas públicas de saúde que vise ampliar a oferta de leitos em UTI e CTI na rede pública de saúde, de modo a possibilitar o atendimento de toda a demanda (ou pelo menos uma boa parte dela), configura hipótese de omissão do Estado frente a uma forte realidade social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: Acesso em: 05 mar. 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: . Acesso em: 05 de mar. 2016

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: Jus Podivm, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23. ed. revista ampliada e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO). Biblioteca virtual de direitos humanos. Universidade de São Paulo USP. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 15 dez. 2015

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Nações Unidas do Brasil. Disponível em <HTTP://www.onu-brasil.org.br/documentos-_direitoshumanos.php>

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: Acesso em: 05 mar. 2016

FEDERAL. Tribunal Regional da 4ª Região: banco de dados. Disponível em: Acesso em: 05 mar. 2016

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. O direito fundamental à saúde e a equidade no acesso à atenção em saúde. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivo/anais/brasil/1353.pdf> Acesso em: 14 ago. 2016

HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Direito municipal brasileiro. 6. ed. atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro, São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. revista atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Portaria n. 1.071, de 04 jul. 2005. Anexo I – Política de Atenção ao Paciente Crítico. Disponível em: <<http://www.sobрати.com.br/ms-politica-critico.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2016

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 5. ed. Atualizada com a reforma judiciária (EC nº 45/04). São Paulo: Atlas, 2005.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Disponível em: Acesso em: 05 mar. 2016

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: banco de dados. Disponível em: .Acesso em: 02 mar. 2016

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: Acesso em: 02 mar. 2016

SANTIN, Valter Foletto, Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime, São Paulo: RT, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de

Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2015

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>Acesso em: 23 jun. 2016.

SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. Physis, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, abr. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 02 fev. 2016

WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: lumen Júris, 2004.

WERNECK, Leticia Rosa. A responsabilidade civil do Estado pela falta de leitos em UTI's nos hospitais públicos. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalho_conclusao/1semestre2013/trabalho_12013/LeticiaRosaWerneck.pdf>. Acesso em 02 fev. 2016

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO PARTICULAR FRENTE À DISPOSIÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS

Késia Rocha NARCISO¹
Roseli BORIN

RESUMO

Este artigo tem como objeto a responsabilidade do Administrador Público e do particular frente aos resíduos sólidos e suas consequências, buscando mostrar o reconhecimento da necessidade de políticas públicas, tratando-o como bem jurídico de interesse difuso. Para tal, apresenta-se a importância da responsabilidade do administrador público frente à disposição de resíduos sólidos, evidenciando na lei quais as penalidades que podem ocorrer na falta do seu cumprimento, e as obrigações para que os mesmos cumpram, sendo que o Município possui um papel imprescindível e é o responsável de forma direta pela gestão dos resíduos sólidos. Devendo, além de executar, criar políticas públicas para que não ocorra o dano ao meio ambiente e garantindo uma qualidade de vida melhor, tanto para esta geração quanto as futuras. Demonstrou-se a forma adequada de gestão dos resíduos sólidos urbanos, evidenciando as legislações existentes sobre esta proteção, bem como as obrigações que há, para que, tanto os administradores públicos quanto os particulares procedam uma correta gestão. Apresentou-se por meio da lei 12.305/2010, políticas públicas como a logística reversa e a coleta seletiva, e o fim dos lixões a céu aberto. Destacou-se a importância da responsabilidade compartilhada do administrador público e do particular, frente a lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos e da lei da Política Nacional de Meio Ambiente e a necessidade de ambos, simultaneamente, trabalharem para proteção ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Resíduos Sólidos Urbanos. Poder Público. Particular. Responsabilidade.

ABSTRACT

This article has as its object the responsibility of the Public Administrator and the particular forward to solid waste and its consequences, seeking to show recognition of the need of public policies, treating it as a legal right of diffuse interest. Therefore, this had introduced the importance of responsibility of public administrator face of the solid waste disposal, revealing in law the penalties that can occur in the absence of compliance, and the obligations to which they comply, having the city a vital role, and it is directly responsible for the management of solid waste. It has to, besides performing, create public policies so that does not harm the environment and ensuring a better life quality, for this generation and future ones. It has been sought to show how proper solid waste management, showing existing legislation on this protection, and the obligations there, so that public officials and private individuals carry out a correct management. The law 12.305/2010 had presented the public policies such as reverse logistics and selective collection, and the end of the open dumps. It has been highlighted the importance of shared responsibility of the public administrator and the particular, front of the National Solid Waste Policy and the National Environmental Policy and the need of both, simultaneously, work to protect the environment.

1 Possui especialização pela Escola da Magistratura do Paraná, graduação em Direito pela Faculdade Maringá. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Linguagem Forense e Direito Ambiental.

KEY-WORDS: Urban Solid Waste. Public Power. Private Individuals. Responsibility.

INTRODUÇÃO

A proteção ao meio ambiente atualmente tem-se destacado e sido discutida por ser fundamental para toda a sociedade.

A legislação ambiental brasileira modifica-se constantemente em busca de relevantes melhorias para o alcance da sua efetividade, posto que embora cada vez mais rígidos os decretos e emendas, os problemas ambientais agravam-se a cada ano.

Assim, sanções administrativas existem para impedir e prevenir os danos causados ao meio ambiente pelos administradores públicos e particulares quanto aos resíduos sólidos urbanos, portanto, busca-se verificar se o objetivo de tais sanções está sendo desempenhado e o princípio da prevenção e precaução respeitados.

O presente objetiva investigar a responsabilidade do Administrador Público e do particular frente aos resíduos sólidos e suas consequências, procurando demonstrar a necessidade de políticas públicas que trate tais resíduos como bem jurídico de interesse difuso.

Para tal, apresenta-se a responsabilidade do administrador público frente à disposição dos resíduos sólidos, evidenciando, na lei, as penalidades que podem ocorrer na falta do seu cumprimento e as obrigações a serem cumpridas.

Verificou-se que o Município possui um papel imprescindível e é o responsável de forma direta pela gestão dos resíduos sólidos, devendo, além de executar, criar políticas públicas para que o meio ambiente não seja danificado, garantindo uma melhor qualidade de vida presente e futura.

Utilizou-se o método exploratório e dedutivo, uma vez que se partiu de doutrinas, e leis, inclusive sobre o meio ambiente, tendo-se baseado os argumentos e justificativas em materiais doutrinários e jurisprudenciais.

DO DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental é um tema de vital importância para a sobrevivência humana, e que estuda as interações do homem com a natureza e os mecanismos legais para proteção do meio ambiente.

No Brasil procuraram conceituar a nova disciplina jurídica com o nome de “Direito Ecológico” de acordo com Paulo Affonso Leme Machado (2010, p.52), citando Sérgio Ferraz e Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Ao conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos organicamente estruturados, para assegurar um comportamento que não atente contra a sanidade mínima do meio ambiente. O segundo conceituou Direito ecológico como conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados e informados por princípios apropriados, que tenham por fim a disciplina do comportamento relacionado ao meio ambiente.

Na opinião de Anderson Furlan e Willian Fracalossi (2010, p. 40) “[...] é o conjunto de normas jurídicas cuja finalidade é proteger o meio ambiente [...]”

Esse direito ambiental possui um complexo de normas jurídicas a fim de gerir a preservação, melhora ou recobrimento de um ambiente para assegurar uma saudável qualidade de vida humana, bem como a manutenção de todas as formas de vida.

Ressalta Édís Milaré (2009, p. 953) que “[...] como todo direito fundamental, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é indisponível”.

Assim, a natureza jurídica se dá com essa indisponibilidade que vem acentuada na Constituição Federal ao mencionar que a preservação do meio ambiente deve ser feita no interesse não só das presentes como igualmente das futuras gerações.

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2012, p. 63):

A Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas ao instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direitos que muitas vezes transcendem a tradicional ideia dos direitos ortodoxos: os chamados difusos.

Isso se deu com base na Constituição Federal de 1988 que no artigo 225 dispõe: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações”². Evidenciou-se que a necessidade de preservar o meio ambiente se faz necessário também para a tutela das gerações futuras.

Princípios Fundamentais do Direito Ambiental

2 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

O Direito Ambiental conta com princípios específicos que o diferencia dos demais ramos do direito, desse modo Anderson Furlan e Willian Fracalossi (2012, p. 97) entendem:

No que toca ao Direito Ambiental, os princípios estão voltados para a finalidade básica de proteger a vida, em qualquer forma que se apresente, e garantir um padrão de existência digno para os seres humanos desta e das futuras gerações, bem como de conciliar os dois elementos anteriores com o desenvolvimento econômico sustentável.

De acordo com Plácido e Silva (2008, p. 587) “[...] princípio designa a espécie de norma jurídica cujo conteúdo é genérico, contrapondo-se à regra ou ao preceito, que é a norma mais individualizada”.

No entanto para que haja a preservação do meio ambiente é necessário que os princípios sejam criteriosamente respeitados:

Os princípios, ao contrário das regras, não estão ligados a um pressuposto de fato. São normas jurídicas que contemplam os principais valores da sociedade, e, nessa medida, exigem o mais alto grau de realização, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas. São, portanto, mandados de otimização, cuja aplicação em maior ou menor medida, será determinada pelas circunstâncias do caso concreto. (PILATI; DANTAS, 2011, p. 18)

Os princípios são considerados como normas hierarquicamente superiores as demais normas que regem uma ciência. Dessa forma, cabe apontar alguns dos principais princípios do direito ambiental, que se considera mais importante para o desenvolvimento deste trabalho.

Princípio da Prevenção e Precaução

Os princípios da prevenção e da precaução possuem a mesma função e estão relacionados com o objetivo de evitar a ocorrência do dano ambiental. Eles atuam no sentido de afastar o risco ambiental, antecipando medidas capazes de evitar agressões ao meio ambiente “Na prevenção e na precaução, há ação inibitória. Na reparação, remédio ressarcitório. É essa a ótica que orienta todo o Direito Ambiental”. (MILARÉ, 2009, p. 817), além de terem o dever de antecipar à ocorrência do dano ambiental. Reforçando “[...] a regra de que as agressões ao meio ambiente, uma vez consumadas, são, normalmente, de reparação incerta, difícil e custosa”. (PILATI; DANTAS, 2011, p. 19) e por tal se aplica na:

1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes de águas do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de

um mapa ecológico; 3º) planejamento ambiental e econômicos integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; 5º) Estudos de Impacto Ambiental. (GHELLERE, 2010, p. 89)

Há de se aplicar referido princípio na presença de perigo certo e se tem elementos confirmatórios seguros de que a atividade é efetivamente perigosa.

Já o Princípio da Precaução para Anderson Furlan e Willian Fracalossi:

O princípio da precaução deve ser invocado quando existir dúvida científica quanto a potencialidade de dano ao meio ambiente, ao passo que para a aplicação do princípio da prevenção não deve existir dúvidas quanto aos possíveis danos ambientais. (...) é aplicado em momento anterior à degradação, buscando-se evitar a repetição de comportamento lesivos ao meio ambiente. (2010, p. 107).

Supracitado princípio também é chamado de Princípio de cautela ou prudência, pois:

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata de precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta. (MACHADO, 2010, p. 69)

Ressalte-se que a omissão de medidas de precaução, em caso de se ocorrer dano ambiental grave ou irreversível, leva o infrator a punição mais severa, percebendo-se o princípio da precaução como elemento de fundamental frente ao dano ambiental, encontrando-se inserido na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 no seu princípio número15:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.³

Sendo, meio eficaz de

[...] combater prematuramente o perigo e a incerteza científica. Seu conteúdo pode

3 A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, reafirmando a **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e buscando avançar a partir dela, com o objetivo de estabelecer uma nova e justa parceria global mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chaves da sociedade e os indivíduos, trabalhando com vistas à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

ser assim sintetizado: 1) é pressuposto de todas as decisões políticas sobre gestão de riscos; 2) é importante instrumento de redistribuição do ônus da prova; 3) deve considerar os seguintes princípios: proporcionalidade, não discriminação, coerência e balanceamento; e 4) deve ser considerado no momento da conduta e na responsabilização pela atividade. (PILATI; DANTAS, 2011, p. 20).

De se concluir que a análise dos riscos é de fundamental importância, pois é através dela é que pode medir todas as possibilidades quanto a proteção ao meio ambiente se indique a forma para se coibir o dano.

Princípio do Poluidor Pagador

Tal princípio “[...] impõe a internalização, pelo próprio poluidor, dos custos necessários à diminuição, à eliminação ou a neutralização do dano, realizado no processo produtivo ou na execução da atividade”. (PILATI; DANTAS, 2011.p. 21) e encontra-se previsto no artigo 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.⁴

De acordo com Édis Milaré (2009, p. 827):

Assenta-se este princípio na vocação redistributiva do Direito Ambiental e se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo precisam ser internalizados, vale dizer que os agentes econômicos devem leva-los em conta ao elaborar os custos de produção e, conseqüentemente, assumi-los. Busca-se, no caso, imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engrenando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico, abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza. Em termos econômicos, é a internalização dos custos externos.

Ou seja, aquele que poluiu o meio ambiente deve reparar o dano causado, tendo uma responsabilidade objetiva.

Desse modo Celso Antonio Pacheco Fiorillo coloca (2012, p. 96):

Num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação.

Embora seja um dos princípios jurídicos ambientais mais importantes para a proteção

4 Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

ambiental, importante ressaltar que, os ônus arcados pelos poluidores não lhes conferem qualquer direito a poluir.

Responsabilidade Compartilhada

Expressa no artigo 225 da Constituição Federal: “(...) incumbe ao poder público e a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente”⁵, determina que o Estado crie mecanismos para que ele de forma conjunta com a sociedade, atue para que o ambiente seja preservado.

Paulo Affonso Leme Machado (2010, p. 108) relata que a respeito da responsabilidade compartilhada “A gestão do meio ambiente não é matéria que diga respeito somente à sociedade civil, ou uma relação entre poluidores e vítimas da poluição. Os países, tanto no Direito interno como no Direito internacional, têm que intervir ou atuar”.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) instituída pela Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 e regulamentada pelo decreto nº 7.404 de 23 de dezembro de 2010, introduziu em nossa legislação o princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, conceituada no artigo 3º inciso XVII como:

O conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei.⁶

A responsabilidade compartilhada envolve cadeias produtivas, governo e sociedade na tarefa de destinar corretamente os resíduos, de modo a reduzir os impactos à saúde pública e à qualidade ambiental. Desse modo para que haja a gestão integrada de resíduos sólidos, as práticas ambientais corretas na destinação dos resíduos, cumpram regras para que cada setor do governo e da sociedade sejam responsabilizados por determinadas condutas.

DEFINIÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS – RSU

A definição de resíduos sólidos é algo complexo, vez que existem diversos conceitos de resíduos, dificultando a seleção dos resíduos para sua disposição final, os resíduos sólidos

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

6 BRASIL. **Lei 12.305/2010**. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

são substâncias extremamente nocivas ao meio ambiente, de forma que devem receber a devida atenção pelo poder público e seus geradores, pois, se forem manejados de forma inadequada poluirão o meio ambiente, sendo que os resíduos podem ser líquidos, gasosos ou sólidos provenientes de atividades humanas domésticas, profissionais, agrícolas, industriais ou nucleares.

Paulo Afonso Leme Machado (2010, p. 577) comenta sobre o termo resíduo sólido:

Trata-se de refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade, mas não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais, e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns da água.

Pode-se dizer que o termo “resíduo sólido⁷”, significa lixo, este termo caiu com o advento da lei 12.305 de 2010.

Frisa ainda citado autor (MACHADO, 2010, p. 577) a responsabilidade sobre o resíduo sólido:

O lixo originário de atividades comerciais, industriais e de serviços cuja responsabilidade pelo manejo não seja atribuída ao gerador pode, por decisão do Poder Público, ser considerado resíduo sólido urbano. De outro lado a toxicidade dos resíduos sólidos está aumentando com o maior uso de produtos químicos, pesticidas e com o advento da energia atômica. Seus problemas estão sendo ampliados pelo crescimento da concentração das populações urbanas e pela diminuição ou encarecimento das áreas destinadas a aterros sanitários.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2012, p. 362) lixo e resíduo tendem a significar a mesma coisa. De forma genérica, podemos afirmar que constituem toda substância resultante da não interação entre o meio, o resto, a sobra não reaproveitada pelo sistema.

Pode-se entender que o lixo e o rejeito possuem o mesmo significado.

A Lei 12.305 de 2010 trás em seu artigo 3º, XVI a definição de resíduos sólidos:

Resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;[...]⁸

Os resíduos sólidos classificam-se de acordo com a Associação Brasileira de Normas

7 **Resíduo sólido:** resíduos que resultam de atividades domésticas, industriais, comerciais. Na definição da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), são os "restos das atividades humanas, considerados pelos geradores como inúteis, indesejáveis ou descartáveis.

8 BRASIL. **Lei 12.305/2010.** Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

Técnicas (ABNT)⁹ que editou a Norma Brasileira Resíduo (NBR) 10004 de 30 de novembro de 2004 da seguinte forma:

resíduos classe I - Perigosos;

resíduos classe II – Não perigosos; (...)

resíduos classe II A – Não inertes.

resíduos classe II B – Inertes.¹⁰

A gestão de resíduos sólidos é uma ferramenta imprescindível, pois a partir dessa classificação, o gerador de resíduos pode facilmente classificar o potencial de risco do resíduo bem como indicar as melhores alternativas de tratamento e disposição final.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2012, p. 368) complementa que: Os resíduos classe II A: Não Inertes: “são aqueles que não se enquadram nas classificações de resíduos classe I – Perigosos – ou de resíduos classe II B – Inertes -, nos termos desta norma. [...] podem ter propriedades, tais como: biodegradabilidade, combustibilidade ou solubilidade em água”, onde

Os resíduos perigosos são aqueles que, em razão de suas quantidades, concentrações, características físicas, químicas ou biológicas, podem causar ou contribuir, de forma significativa, para a mortalidade ou incidências de doenças irreversíveis, ou impedir a reversibilidade de outras, ou apresentar perigo imediato ou potencial à saúde pública ou ao ambiente, quando transportados, armazenados, tratados ou dispostos de forma inadequada. Devem receber tratamento no próprio local de produção, sob cuidados técnicos, por apresentarem alto grau de nocividade ao meio ambiente e ao ser humano. (FIORILLO, 2012, p. 369).

A Resolução do Conama n.5/93, no seu artigo 1º, conceitua resíduo sólido como:

Resíduos nos estados sólido e semi-sólido, que resultam de atividades da comunidade de origem: industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição. Ficam incluídos nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica e economicamente inviáveis, em face à melhor tecnologia disponível.¹¹

De acordo com esta Resolução, resíduo sólido inclua as descargas de materiais sólidos originárias das operações industriais, comerciais, agrícolas e da comunidade.

Pode-se entender, portanto, que os resíduos sólidos de origem urbana compreendem

9 **Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)** é o órgão responsável pela normalização técnica no país, fornecendo a base necessária ao desenvolvimento tecnológico brasileiro. Atividade que estabelece, em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem em um dado contexto.

10 BRASIL. **NBR 10004** – Norma Brasileira de Resíduos Sólidos 2004 – ABNT - Classificação de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

11 BRASIL. **RESOLUÇÃO Nº 5, de 5 de agosto de 1993**. CONAMA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

todos aqueles produzidos pelas inúmeras atividades desenvolvidas em áreas com aglomerações humanas do município, abrangendo resíduos de várias origens, como residencial, comercial, de estabelecimentos de saúde, industriais, da limpeza pública.

Poluição por resíduos sólidos urbanos

Um dos motivos da poluição por resíduos sólidos é o processo de expansão urbana que tem caracterizado as cidades brasileiras nas últimas décadas, alguns problemas têm se revelado e intensificado, como o da gestão dos resíduos sólidos urbanos. Contudo, são vários os fatores que influenciam a gestão dos resíduos, como: aspectos legais, operacionais e a questão de infraestrutura.

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2012, p. 367) “A poluição, na verdade, é gerada pelo próprio caos urbano, pela falta de política urbana, incumbência do Poder Público (...)”.

Segundo o artigo 3º, inciso III a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente 6.938 de 1981:

III - poluição, é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;¹²

O volume dos resíduos sólidos está crescendo com o incremento do consumo e com a maior venda dos produtos e a consequência disso é a maior quantidade de resíduos que se acumula, cada vez mais destruindo a natureza.

No entanto, por não se dispersar de forma fácil no meio ambiente, além de contaminar o local, o resíduo sólido dura anos para se decompor impactando de forma mais

12 BRASIL. **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

abrangente o ambiente.

Um dos principais problemas em relação aos resíduos sólidos urbanos é o descuido e até a irresponsabilidade criminosa que tem provocado sérios desastres ecológicos em decorrência de depósito irregular no ambiente. Dessa forma é que a Lei 12.305 no seu artigo 47 dispõe que:

São proibidas as seguintes formas de destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos:

I - lançamento em praias, no mar ou em quaisquer corpos hídricos;

II - lançamento in natura a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração;

III - queima a céu aberto ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade;

IV - outras formas vedadas pelo poder público.

1^o-Quando decretada emergência sanitária, a queima de resíduos a céu aberto pode ser realizada, desde que autorizada e acompanhada pelos órgãos competentes do Sisnama¹³, do SNVS¹⁴ e, quando couber, do Suasa¹⁵.¹⁶

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2012, p. 378) aponta como causa agravante do aumento de resíduos sólidos é o aumento do consumo:

A relevância deste fator está na estreita relação entre o aumento populacional e a geração de resíduos, com o agravante do crescimento na geração “per capita”, imposto pela sociedade de consumo atual.

[...]

O volume dos resíduos sólidos está crescendo com o incremento do consumo e com a maior venda de produtos. Destarte, a toxicidade dos resíduos sólidos está aumentando com o maior uso de produtos químicos, pesticidas, como o advento da energia atômica. Seus problemas estão sendo ampliados pelo crescimento da concentração das populações urbanas e pela diminuição ou encarecimento das áreas destinadas a aterros sanitários.

Dessa forma deveria haver na etapa de geração de resíduos sólidos, alteração no padrão de consumo da sociedade que promova a não geração, incentive o consumo de produtos mais apropriados ambientalmente ou mesmo o compartilhamento de bens que contribua para a melhoria da condição de vida da comunidade.

Legislação aplicada à coleta, transporte e a disposição de resíduos sólidos urbanos

13 SISNAMA-Sistema Nacional de Meio Ambiente.

14 SNVS – Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

15 SUASA - Sistema Único de Atenção à Sanidade Agropecuária.

16 BRASIL. **Lei 12.305/2010**. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

As etapas de coleta, transporte e armazenamento consistem nas operações de remoção e transferência dos resíduos sólidos urbanos para um local de armazenamento, processamento ou destinação final. Essa atividade pode ser realizada de forma seletiva ou por coleta dos resíduos misturados. Assim, que é o objetivo principal de se manter a saúde pública.

A lei 12.305/2010 no artigo 19 determina que o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos deve ter o seguinte conteúdo mínimo:

I: diagnóstico da situação dos resíduos sólidos gerados no respectivo território, contendo a origem, o volume, a caracterização dos resíduos e as formas de destinação e disposição final adotadas;
VII: regras para o transporte e outras etapas do gerenciamento de resíduos sólidos [...].¹⁷

A estrutura constitucional do município brasileiro assegura-lhe autonomia para organizar os serviços públicos de interesse local dessa forma como esta o disposto no artigo 30, incisos I e V da Constituição Federal que:

Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local (...).¹⁸

E é esta política de saneamento que atenderá os serviços básicos necessários para que a população possa ter de forma adequada à saúde pública e à proteção ao meio ambiente. Portanto, a necessidade de se fazer cumprir esta lei está totalmente ligada a manutenção do saneamento básico, mínimo essencial para a qualidade de vida e do meio ambiente.

Partindo-se deste ponto de vista é que se faz necessário um acompanhamento da responsabilidade na forma de se cumprir esta obrigação, pois o destino final e o manejo dos resíduos sólidos devem ser realizados sem prejudicar o meio ambiente, sendo então necessário dar um destino final adequado aos resíduos sólidos urbanos.

A Lei 12.305/2010 trata do gerenciamento de resíduos sólidos em seu artigo 3º, inciso X conceitua:

Gerenciamento de resíduos sólidos: conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano de gerenciamento de resíduos sólidos,

17 BRASIL. **Lei 12.305/2010**. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

18 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

exigidos na forma desta Lei.¹⁹

Dessa forma fica evidenciado que o município é responsável em dar um fim adequado aos resíduos, sendo assim esta mesma lei 12.305/2010 em seu artigo 18 condiciona o atendimento à lei, ao recebimento de recursos advindos da União sendo:

A elaboração de plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, nos termos previstos por esta Lei, é condição para o Distrito Federal e os Municípios terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade.

1º—Serão priorizados no acesso aos recursos da União referidos no caput os Municípios que:

I - optarem por soluções consorciadas intermunicipais para a gestão dos resíduos sólidos, incluída a elaboração e implementação de plano intermunicipal, ou que se inserirem de forma voluntária nos planos microrregionais de resíduos sólidos referidos no § 1º do art. 16;

II - implantarem a coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda.²⁰

A mesma lei 12.305 define também que uma das formas de visar economia e o bem da sociedade é a logística reversa e no artigo 3º inciso XII apresenta:

Logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.²¹

O destino final dos resíduos sólidos urbanos é de responsabilidade do Município e que ainda continua sendo um problema.

Tem-se que viabilizar a coleta evitará a poluição que possa acarretar ao meio ambiente, bem como permitirá economia nos processos produtivos das empresas, uma vez que estes resíduos entram novamente na cadeia produtiva, diminuindo assim o consumo de matérias-primas e tornando totalmente ativo o sistema de responsabilidade compartilhada para o destino dos resíduos sólidos, uma vez que espera que todos possam contribuir com o destino

19 BRASIL. Op. cit.

20 BRASIL. **Lei 12.305/2010**. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

21 BRASIL. Op. cit.

dos resíduos sólidos principalmente os recicláveis.

Escolha do local de destino dos resíduos sólidos urbanos

Para escolher o local diversas cautelas devem ser exigidas, notadamente para evitar-se a poluição das águas subterrâneas ou superficiais.

De acordo com Paulo Affonso Leme Machado (2012, p. 580) “[...] na escolha do local a ser utilizado para o aterro sanitário (em imóvel público ou desapropriado para esse fim ou em imóvel particular devidamente autorizado) a municipalidade deve ter em vista causar o mínimo de prejuízo aos vizinhos”.

De outra forma, conforme o artigo 1.277 do Código Civil Brasileiro, o proprietário/possuidor tem direito de fazer cessar as intromissões prejudiciais à segurança, tranquilidade e saúde dos que habitam, instigadas pela utilização de propriedade vizinha.

A resolução do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) de nº404/2008 estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos:

Art. 1º Estabelecer que os procedimentos de licenciamento ambiental de aterros sanitários de pequeno porte sejam realizados de forma simplificada de acordo com os critérios e diretrizes definidos nesta Resolução.

1º Para efeito desta Resolução são considerados aterros sanitários de pequeno porte aqueles com disposição diária de até 20 t (vinte toneladas) de resíduos sólidos urbanos.

2º Nas localidades onde exista um incremento significativo na geração de resíduos pela população flutuante ou sazonal, esta situação deve ser prevista no projeto, o qual deverá contemplar as medidas de controle adicionais para a operação do aterro.

3º O disposto no caput limita-se a uma única unidade por sede municipal ou distrital.²²

Por outro lado, a Resolução 237 de 19 de dezembro de 1.997 do CONAMA adota que, para aterro sanitário de grande porte, ou seja, que possa causar degradação ao meio ambiente, terá que ser criterioso quanto ao contido no artigo 2º e 3º:

Art. 2º- A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.
[...]

22 BRASIL. **RESOLUÇÃO Nº 404, de 11 de novembro de 2008**. CONAMA - Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

2º – Caberá ao órgão ambiental competente definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a complementação do Anexo 1, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade.

Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.²³

Na destinação final dos resíduos sólidos a publicidade e o debate dos interesses em confronto evitarão atitudes de pressão ou de hostilidade para com este ou aquele munícipe, diante disso é que a Resolução do CONAMA 404/2008 em seu artigo 5º, §3º:

Os órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA definirão e estabelecerão, em suas respectivas esferas de competência, os meios e os procedimentos operacionais a serem utilizados para o adequado gerenciamento dos resíduos a que se refere esta Resolução.

A escolha do local assim então deverá seguir as regras da legislação pertinente pois além de trazer consequências como poluição trará também toda a decorrência poluidora.

Depósito de resíduos sólidos à céu aberto

Como a própria palavra diz é deixado a céu aberto, isto é, exposto a tudo, vento, animais, pessoas etc.:

As descargas livres praticadas por particulares ou pelas prefeituras municipais apresentam, inegavelmente, perigos certos: poluição das águas subterrâneas e por conseguinte dos cursos d'água vizinhos, proliferação de animais parasitas (insetos e roedores), odores nauseabundos de fermentação, tendo efeito adverso sobre os valores da terra, criando transtorno público, com interferência na vida comunitária e no desenvolvimento. (MACHADO, 2010, p. 578).

Esta forma de lixão põe em risco não a saúde da coletividade e dos próprios catadores de lixo, tendo a norma geral, no item X da portaria 53/79 proibido esse tipo de depósito.

Considerando que os problemas de resíduos sólidos estão incluídos entre os de controle da Poluição e Meio Ambiente; considerando a importância do lixo ou resíduos sólidos, provenientes de toda a gamade atividades humanas, como veículos

23 BRASIL. **RESOLUÇÃO N° 237, de 19 de dezembro de 1997**. CONAMA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

de poluição do solo, do ar e das águas; considerando a contínua deterioração das áreas utilizadas para depósitos ou vazadouros de lixo ou resíduos sólidos; considerando que, para o bem estar público, de acordo com os padrões internacionais, o lixo de pelo menos 80% (oitenta por cento) da população urbana das cidades com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes deve ter um sistema de destinação final sanitariamente adequado; considerando que, no interesse da qualidade da vida, deverão ser extintos os lixões, vazadouros ou depósitos de lixo a céu aberto, no menor prazo possível.²⁴

A lei 12.305/2010 proibiu este tipo de destino aos resíduos sólidos através de seu artigo 47:

São proibidas as seguintes formas de destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos:
[...] II – lançamento in natura a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração;
III - queima a céu aberto ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade.²⁵

E por se tratar de um ilícito existem decisões para que se preserve o meio ambiente e não mantenha o depósito de resíduo a céu aberto. Trata-se de caso de saúde pública, onde toda a sociedade poderá sofrer dano, caso não haja uma intervenção para que se haja uma precaução ao depositar os resíduos de forma correta.

A lei 12.305/2010 em seu artigo 16 traz uma condição para o recebimento de recursos:

A elaboração de plano estadual de resíduos sólidos, nos termos previstos por esta lei, é condição para os Estados terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à gestão de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade.²⁶

Sendo então que após o prazo que era em 2014, os municípios que não administrarem seus resíduos sólidos poderão sofrer pena de não receberem mais recursos federais.

Depósito de resíduo sólido em aterro sanitário

Aterro sanitário é uma espécie de depósito onde são descartados resíduos sólidos provenientes de residências, indústrias, hospitais e construções. Grande parte deste lixo é formada por não recicláveis. Porém, como a coleta seletiva ainda não ocorre plenamente, é comum encontrarmos nos aterros sanitários plásticos, vidros, metais e papéis:

24 BRASIL. **PORTARIA MINISTERIAL Nº 53 de 01 de março de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

25 BRASIL. **Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

26 BRASIL. Op. cit.

Os aterros sanitários são os locais especialmente concebidos para receber lixo e projetados de forma a que se reduza o perigo para a saúde pública e para a segurança. A vida útil prevista está compreendida entre três e cinco anos, porque o lugar onde o lixo é depositado deve ser periodicamente recoberto com terra. (FIORILLO, 2012, p. 373)

No entender de Paulo Affonso Leme Machado (2010, p. 579):

Aterro sanitário é método de disposição de refugo na terra, sem criar prejuízos ou ameaças à saúde e segurança pública, pela utilização de princípios de engenharia que confinam o refugo ao menor volume possível, cobrindo-o com uma camada de terra na conclusão de cada dia de operação, ou mais frequentemente de acordo com o necessário.

Os aterros sanitários são construídos, na maioria das vezes, em locais distantes das cidades. Isto ocorre em função do mal cheiro e da possibilidade de contaminação do solo e de águas subterrâneas.

Existem, atualmente, normas rígidas que regulam a implantação de aterros sanitários. Estes devem possuir um controle da quantidade e tipo de lixo, sistemas de proteção ao meio ambiente e monitoramento ambiental.

Os aterros sanitários são importantes, pois solucionam parte dos problemas causados pelo excesso de lixo gerado nas grandes cidades. Também existe o aterro controlado que é caracterizado por um lixão coberto, não apresentando mal cheiro e sem o impacto visual, mas que da mesma forma contamina o lençol freático.

A elaboração, em 2010, de uma norma técnica que define as regras para a criação de aterros sanitários de pequeno porte trouxe um bom avanço ao setor. Antes só existiam normas para aterros convencionais, de resíduos perigosos e da construção civil.

A manutenção dos aterros ainda é muito cara para os municípios. Por isso, a resolução 404 do Conselho Nacional do Meio Ambiente estabelece as diretrizes para o licenciamento ambiental dos aterros de pequeno porte. O compartilhamento de aterros sanitários entre municípios de uma mesma região é uma estratégia tendo em vista a meta que o País tem de acabar com os lixões até 2014.

Incineração dos resíduos sólidos urbanos

Segundo de Paulo Affonso Leme Machado (2010, p. 581) “A incineração [...] reduz o lixo a 5% do seu volume. A escória resultante constitui-se de material poroso e inerte, apropriado para aterros de um modo geral e especialmente para cobertura de aterros sanitários”. Um dos principais poluentes da atmosfera é o metano é produzido quando

material orgânico é decomposto.

Celso Antônio Pacheco Fiorrilo (2012, p. 374) entende que “[...] podemos indicar duas grandes vantagens do reaproveitamento energético: a) redução das perdas ou agressões ao meio ambiente; b) utilização da matéria-prima energética trazida pelo lixo”, sendo que haveria a redução da quantidade de resíduos a ser depositada no ambiente natural.

A Incineração de resíduos emprega alta temperatura de fornos para queimar resíduos, que entram em combustão completa. Isso garante o tratamento sanitário e a destruição de componentes orgânicos e minimiza a presença de resíduos.

Por causar dano prejudicial ao meio ambiente é que a lei traz proibições quanto a queima de resíduos à céu aberto. A lei 12.305/2010 em seu artigo 47, inciso III dispõe que: “queima a céu aberto ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade”.²⁷

Fica evidente que a queima só poderá acontecer na forma e com equipamentos adequados para este fim.

Compostagem de resíduos sólidos urbanos

Processo este sendo realizado através de usinas de compostagem o que torna importante sua regulamentação para que ocorra a destruição de agentes patogênicos e de parasitas, tendo em vista que o adubo advindo desse procedimento poderá contaminar alimentos a serem ingeridos crus.

Sendo compostagem um processo biológico de decomposição e de reciclagem da matéria orgânica contida em restos de origem animal ou vegetal formando um composto, que tem como resultado final um composto orgânico que pode ser aplicado para melhorar o solo e que não causa riscos ambientais.

Resta evidente que a forma de gerir os resíduos sólidos determinará os riscos que poderá sofrer toda a sociedade.

A lei 12.305/2010 apresenta entre os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos em seu artigo 7º-inciso XIV: “incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento

²⁷ BRASIL. **Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

energético”.²⁸

Diante disso é que a Lei 12.305/2010 estabelece responsabilidades a serem cumpridas pelo poder público e pelo particular.

RESPONSABILIDADE AMBIENTAL DO PARTICULAR E DO PODER PÚBLICO EM RELAÇÃO AOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS

Com efeito, a proteção ambiental, que é uma obrigação do Estado, é antes de tudo um dever dos cidadãos na salvaguarda do patrimônio ambiental dentro do qual eles vivem.

De acordo com Helli Alves de Oliveira (1990, p. 39) “a obrigatoriedade da transparência dos atos do Poder Público tornou óbvio o comportamento de toda a coletividade, posto que a ninguém é permitido alegar o desconhecimento da lei ou de qualquer ato que seja público (...)”, sendo que o que decorre desta informação implica na ação de todos em face dos problemas ambientais, os cidadãos deverão, diretamente ou através de grupos, estar sempre informados para que possam participar de decisões e, conseqüentemente, exercer uma influência sobre o desenvolvimento de seu país, havendo conseqüências decorrentes de elaboração dos estudos de impacto ambiental e de eventuais danos ecológicos. E cabe ao projeto e a equipe técnica contratada elaborar um estudo, mas cabe ao Estado controlar e fiscalizar as atividades e defender o direito da coletividade de meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal no seu artigo 225 obriga a Administração e o público a controlar as atividades nocivas ao meio ambiente. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações”.²⁹ (grifo nosso)

Trata-se da responsabilidade compartilhada pela preservação do ambiente e dessa forma entende-se que o Estado poderá ser responsabilizado pela falta no exercício do seu controle técnico, assim sendo deverá cumprir a sua função de dever de cuidado de modo geral. Para tanto é que o Estado criou mecanismos através de Leis que regulamentam a Carta Magna, as formas de controle oferecidas pela Constituição Federal e a Política Nacional do Meio Ambiente constituem seus principais instrumentos.

28 BRASIL. Op. cit.

29 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

Dessa forma é considerado responsável quanto ao dano causado ao meio ambiente o próprio Estado, tendo que também criar políticas públicas para proteção do meio ambiente.

A Conferência das Nações Unidas organizada no Rio de Janeiro (ECO 92) sobre Meio Ambiente e desenvolvimento no seu princípio de nº 13 impõe:

Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.³⁰

A lei 12.305/2010 em seu artigo 3º inciso X trata sobre gerenciamento de resíduos sólidos e no artigo 21 apresenta o plano de gerenciamento de resíduos sólidos.

Nesse mesmo contexto esta Lei em seu artigo 7º inciso VI que trás como: “incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados”.³¹

Outra responsabilidade administrativa é implementação dos processos de coleta seletiva, a qual segundo a Lei 12.305/10 deve ser feito por parte de todas as prefeituras do país até 2014, no artigo 18, inciso II os municípios devem inserirem coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação formadas por pessoas físicas de baixa renda.

Dessa forma estarão inserindo nos vários setores da sociedade esses trabalhadores que são atualmente marginalizados e distantes dos direitos sociais e fundamentais e também neste mesmo artigo 18 da lei 12.305/2010 os municípios terão acesso a um recurso federal.

A lei nº 11.445/2007³² estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dispõe dos serviços públicos de saneamento básico, atividades de planejamento, da regulação, aspectos econômicos e sociais, aspectos técnicos, participação de órgãos colegiados no controle social e política federal de saneamento básico.

Referida lei inova no ordenamento jurídico na medida em que inclui no conceito de saneamento básico os serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

No referido diploma legal são reforçados os deveres dos entes federativos em relação

30 Conferencia das Nações Unidas organizada no Rio de Janeiro sobre **Meio Ambiente e desenvolvimento** no seu princípio de nº 13.

31 BRASIL. **Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

32 BRASIL. **Lei 11.445 de 05 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

à prestação adequada de serviços públicos de saneamento básico, ainda que ausente a disciplina em torno da titularidade dos respectivos serviços, tendo o seu artigo 2º inciso III disposto sobre os princípios fundamentais.

Inclusive a Lei 12.305/2010 no artigo 35 trata sobre a responsabilidade do titular do serviço público frente aos Resíduos Sólidos Urbanos, definindo no artigo 26 que “O titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos é responsável pela organização e prestação direta ou indireta desses serviços, observados o respectivo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos”³³. Como de fato a responsabilidade de administrar os resíduos sólidos é dos municípios através de uma gestão integrada.

O objetivo das novas regras é estabelecer a responsabilidade compartilhada entre a sociedade, empresas, Governos Estaduais, a União e Prefeituras no manejo correto do lixo; Todas as prefeituras devem construir aterros sanitários, ou buscar soluções compartilhadas ou consorciadas para tanto, onde só poderão ser depositados resíduos sem qualquer possibilidade de compostagem ou reaproveitamento (somente rejeitos).

Aos Municípios cabe adotar procedimentos para dar disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos até 02 de agosto de 2014. Atualmente os municípios não estão sendo penalizados por não cumprir seu papel quanto aos resíduos sólidos, mas há decisões totalmente favoráveis a preservação do meio ambiente.³⁴

Percebe-se que esta obrigação de proteger e manter o meio ambiente de forma saudável passa a ser de todos, seja particular ou jurídico, de modo que a reparação do dano assegura o meio ambiente de forma saudável e protegido para as nossas gerações futuras.

Formas de responsabilização do administrador público e do particular frente à disposição de resíduos sólidos urbanos - RSU

Ocorrendo o dano ecológico, o poluidor, independentemente de culpa, responderá administrativamente e penalmente, e ficará obrigado a repará-lo.

Assim, poluidor será sempre o primeiro responsável, e, além disso, quanto ao cumprimento da política nacional de resíduos sólidos a lei 12.305/2010 traz no seu artigo 25 que: “O poder público, o setor empresarial e a coletividade são responsáveis pela efetividade das ações voltadas para assegurar a observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos e

33 BRASIL. Op. cit.

34 Disponível em: <http://diario.tjrr.jus.br/dpj/dpj-20131025.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2015.

das diretrizes e demais determinações estabelecidas nesta Lei e em seu regulamento”.³⁵ Sendo, segundo o inciso VII do artigo 4º da lei 6.938/81³⁶ imposta ao poluidor/predador a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, bem como ao usuário.

Neste contexto a lei complementar de nº 140/2001 no seu artigo 3º incisos I e IV dispõe como objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no exercício da competência comum a que se refere esta Lei Complementar, para proteger e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, com gestão descentralizada, democrática e eficiente, bem como assegurar uniformidade de política ambiental³⁷.

Dessa forma se fazem necessários a integração e a cooperação entre os entes do governo de forma que não ocorra dano, para tanto é necessário ter um serviço de saneamento básico de qualidade, posto que a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente é do tipo objetiva, em decorrência do artigo 225, §3º, da Constituição Federal preceituar a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente, sem exigir qualquer elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade civil.

A lei 6.938/81 em seu artigo 14, §1º trata da responsabilidade civil objetiva por danos causados ao meio ambiente.³⁸ A responsabilidade civil ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo, inclusive desconsiderando-se a pessoa jurídica (artigo 4º, da lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998).

A lei 12.305/2010 apresenta um rol de obrigações para que o particular cumpra em relação aos resíduos sólidos urbanos no seu artigo 35, bem como retrata esta obrigação no artigo 33³⁹.

Evidenciado que a obrigação da logística reversa que deverá ser efetuada pelos consumidores comerciantes e distribuidores, fabricantes, para que ocorra de fato a proteção ao meio ambiente. A legislação brasileira vigente responsabiliza, civil, penal e

35 BRASIL. **Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

36 BRASIL. **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

37 BRASIL. **Lei Complementar n.140 de 8 de dezembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

38 BRASIL. **Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

39 BRASIL. **Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

administrativamente, o poluidor, obrigando-o, ainda, a reparar os danos causados, e esta teoria da responsabilidade esta contida no direito civil no qual derivou a teoria da culpa na forma do artigo 159 do Código Civil Brasileiro.

Sobre a responsabilidade penal, a Lei 12.305/2010 supra em seu artigo 51 trata da responsabilização e a lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998⁴⁰ em seus artigos 3º e 70 trata das sanções penais e administrativas e considera infração administrativa ambiental, determinando que a autoridade responsável no caso de imposição e gradação da pena observará o disposto no artigo 6º.

A lei 6.514/2008 dispõe das infrações e sanções administrativas e em seu artigo 3º e, também como penalidade por não cumprimento da Lei de Política Nacional de Resíduos, tem-se o artigo 82 da Lei 7.404/2010.

Dessa forma aquele que praticar infração ao meio ambiente poderá ser punido com qualquer uma dessas sanções, e penalizar não é só no sentido de reparar o dano que causou, mas também conscientizar e proteger o meio ambiente.

Da política nacional de resíduos como instrumento de política pública de destinação de resíduos sólidos urbanos – RSU

Pode-se conceituar políticas públicas como:

[...] conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais. (SEMA, s.d, p. 1)

Políticas públicas podem ser criadas por iniciativa do Estado ou em conjunto com a sociedade, isto pode se dar mediante reuniões, e audiências públicas etc.

Uma das políticas públicas importantes na área de resíduos e saneamento básico está regulamentada pela Lei 12.305/2010, que trata de toda forma de gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos e que no artigo 9º dispõe sobre a observância de uma ordem de prioridade – “[...] não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos”.⁴¹ E no artigo 15, inciso III desta fica

40 BRASIL. **Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

41 BRASIL. **Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólido. Disponível

já evidente que é possível à redução, reutilização e reciclagem, pois para tanto fixa metas.

De outro lado o Decreto nº 7.405, de 23 de dezembro de 2010, institui o Programa Pró-Catador, o Comitê Interministerial para Inclusão Social e Econômica dos Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis, e o Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo⁴². Ressalte-se este Decreto traz como políticas públicas a logística reversa inserida na lei 12.305/2010 no artigo 33, que ocorre ao consumir, manejar e devolver as embalagens para os fabricantes para reutilização, onde a obrigação fica sobre os fabricantes importadores e comerciantes.

Outra política pública importantíssima é a coleta seletiva e a reciclagem que no Brasil hodiernamente é feita quase totalmente na informalidade, embora o artigo 36 da lei 12.305/2010 disponha se obrigação do poder público. Lembrando-se que o artigo 18 aponte o incentivo para tal tipo de coleta seletiva e reciclagem. Sendo certo, que os municípios que manterem uma gestão adequada de resíduos sólidos receberão recursos advindos da União.

Outra política pública trazida pela Lei 12.305/2010 busca resolver um grande e antigo impacto ambiental e conta com prazo final para a adequação dos municípios, trata-se do fim dos lixões (Artigo 15, inciso V).

Deste modo, espera-se que os administradores públicos possam fazer cumprir esta lei, uma vez que ela o obriga a políticas públicas eficazes, visando o lado dos catadores de lixos, a reciclagem e a logística reversa, em um trabalho coletivo com a sociedade.

CONCLUSÃO

Com o advento da lei 6.938/81 que dispõe sobre a política nacional de meio ambiente, a proteção quanto ao meio ambiente se firmou cada vez mais no Brasil.

Assim por tratar-se de um direito difuso conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, a obrigação de protegê-lo é de todos coletivamente, administradores públicos e particulares e dessa forma, deixando nítida a proporção da necessidade de preservação do meio ambiente, ou seja, por ele estar tão presente e ser tão importante para nossa sobrevivência, é preciso preservá-lo e protegê-lo.

Demonstrou-se que a forma adequada de gestão dos resíduos sólidos urbanos,

em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

42 BRASIL. **Decreto nº 7.405, de 23 de dezembro de 2010**. Institui o Programa Pró-Catador, denomina Comitê Interministerial para Inclusão Social e Econômica dos Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis o Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

evidenciando-se as legislações existentes sobre esta proteção, bem como as obrigações que há, para que, tanto os administradores públicos quanto os particulares, procedam uma correta gestão. As políticas públicas apresentadas pela lei 12.305/2010, como a logística reversa, a coleta seletiva e o fim dos lixões á céu aberto, contribuem para que o meio ambiente não sofra mais dano e restou claro a importância da responsabilidade compartilhada do administrador público e do particular, frente a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a Política Nacional de Meio Ambiente e havendo a necessidade de ambos simultaneamente trabalharem para proteção do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. Decreto nº 7.405, de 23 de dezembro de 2010. Institui o Programa Pró-Catador, denomina Comitê Interministerial para Inclusão Social e Econômica dos Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis o Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. Lei 11.445 de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. Lei Complementar nº140 de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. Lei 12.305 de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. PORTARIA MINISTERIAL Nº 53 de 01 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. RESOLUÇÃO Nº 404, de 11 de novembro de 2008. CONAMA - Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. RESOLUÇÃO Nº 237, de 19 de dezembro de 1997. CONAMA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. RESOLUÇÃO Nº 5, de 5 de agosto de 1993. CONAMA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

BRASIL. NBR 10004 – Norma Brasileira de Resíduos Sólidos 2004 – ABNT - Classificação de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA. Disponível em: <http://diario.tjrr.jus.br/dpj/dpj-20131025.pdf> Acesso em 05 nov. 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

GHELLERE, Rui Ghellere. Tutela Ambiental e Técnica Processual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito Ambiental Brasileiro. 18. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 5.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Helli Alves de. Da responsabilidade do Estado por danos ambientais. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PILATI, Luciana Cardoso; DANTAS, Marcelo Buzaglo. Direito Ambiental Simplificado, Coordenação José Rubens Morato Leite, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Ambiente – Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Ordenação do Território, Biossegurança (com a análise da Lei 11.101/2005). 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Bruno Grego dos; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, Willian. Temas Avançados da Advocacia Pública, Direito Ambiental, Sustentabilidade e Advocacia Pública – Volume II: Editora Unicorpore, 2012.

SEMA - Secretaria do Meio Ambiente. O que são políticas públicas. Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticasPublicas.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2015.

SILVA, Anderson Furlan Freire da; FRACALOSSO, Willian. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, De Plácido e, 1892-1964. Vocabulário jurídico conciso. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E O ATENDIMENTO À SAÚDE: UMA CONTRAPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO “SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS”

Mariana Ap MUNHAES¹

RESUMO

O presente trabalho aborda a responsabilidade do Estado no âmbito da saúde analisando em linhas gerais a atual realidade do Brasil. Esta pesquisa teve como fundamento a efetivação do direito à saúde nos moldes constitucionais em face da responsabilidade do Estado quanto a atendimento desse direito básico de todo cidadão. Verificou-se sentido abstrato quanto aos deveres do Estado, sendo necessárias políticas públicas para seu mínimo atendimento como um direito fundamental do indivíduo. Nesse sentido, a realização do trabalho permitiu uma análise acerca da Responsabilidade do Estado como garantidor do direito a saúde, analisando sumariamente o Sistema Único de Saúde, a fim de concretizar o direito à saúde como um direito universal inerente a toda população, ao mesmo tempo em que se chama a atenção do leitor para uma reflexão acerca das demasiadas atribuições do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade do Estado. Direito à Saúde. Sistema Único de Saúde.

ABSTRACT

This paper addresses the state responsibility in health in general analyzing the current reality of Brazil. This research was based on the realization of the right to health in constitutional manner in the face of state responsibility for the care of this basic right of every citizen. It was abstract sense as the State requirements, and necessary public policies to minimum care as a fundamental right of the individual. In this sense, the completion of the work allowed an analysis of the responsibility of the State as guarantor of the right to health, briefly analyzing the “Sistema Único de Saúde” (Unified Health System is Brazil's publicly funded health care system.), in order to realize the right to health as a universal right inherent to all people at the same time that called the attention of the reader to a reflection about the too many state functions.

KEY-WORDS: State responsibility. Right to Health. “Sistema Único de Saúde” (Unified Health System)

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são frutos de conquista e positivação mais recente da sociedade brasileira os quais foram concretizados na atual Constituição Federal. Verdade é que tais

1 Possui bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP. Atualmente é Advogada com experiência nas áreas cível, tributária, empresarial, família e consumerista e Presidente da Comissão da Assistência Judiciária da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB - 63ª Subseção Judiciária em Jales-SP. Especialista em Direito Público pelo Centro Educacional Damásio de Jesus. Graduanda em Gestão Empresarial pela Faculdade de Tecnologia de São Paulo

direitos tornaram-se objeto de diversos estudos que visam buscar a sua efetividade.

A atual Constituição Federal traz a positivação de uma série de direitos sociais: a saúde, a educação, o trabalho, o lazer, a segurança entre outros direitos constitucionalmente garantidos.

Muito se diz quanto às diversas previsões legais que beiram as margens da utopia, devido à falta de efetividade das leis no caso em concreto. Com a saúde, infelizmente, isto se repete muitas vezes. Com base nisso, surge à necessidade de efetivação dos direitos assegurados positivamente. Está breve pesquisa pretende analisar a implementação do direito social à saúde atrelando-a a responsabilidade do Estado com uma análise genérica do Sistema Único de Saúde.

Dessa forma, será feito um estudo sobre a responsabilidade do Estado de modo a investigar os deveres do Estado enquanto garantidor do direito a saúde, traçando um paralelo entre a vontade do legislador quando instituiu o Sistema Único de Saúde com a realidade do Brasil e, notadamente, com as dificuldades encontradas pelo Estado.

O estudo tem essencial importância para o Direito, uma vez que trata da efetivação fundamental do direito à saúde, tema contemporâneo e de aplicação rotineira para toda população o qual, em linhas gerais, requer maior atenção e concretização por parte do Estado.

O método de pesquisa será o bibliográfico trazendo a lume alguns apontamentos acerca da responsabilidade do Estado e suas dificuldades no tocante ao direito à saúde, notadamente, quanto ao Sistema Único de Saúde.

Diante desse contexto, ao iniciar o estudo proposto nesse artigo, se faz necessário analisar os direitos sociais à luz do disposto na Constituição Federal de 1988, enfatizando-se o direito à saúde, por este ser relevante para o desenvolvimento da temática proposta.

Por fim, far-se-á uma breve análise da responsabilidade do Estado, em sentido lato sensu, como garantidor do direito à saúde, examinando-se, por consequência, o Sistema Único de Saúde fazendo uma interface com a reserva do possível, sendo que a escassez de recursos materiais e humanos – ou a má gestão deste por parte da Administração Pública - obriga o direcionamento de atendimento sendo apenas um ou outro atendido importando o atendimento à universalidade como uma impossibilidade real.

A SAÚDE COMO UM DIREITO CONSTITUCIONAL

Historicamente, podemos dizer que com a vinda da Corte portuguesa no século XIX

iniciou-se a trajetória da saúde pública no Brasil devido à necessidade de combate à lepra e à peste tal como controle sanitário.

Por volta dos anos 1870 a 1930 que se providenciou atuação da autoridade do governo policial para adoção do intitulado “modelo campanhista” em que houveram sucessos no combate a certas epidemias, a exemplo da erradicação da febre amarela da cidade do Rio de Janeiro.

No entanto, durante a vigência do “modelo campanhista” não havia ações públicas voltadas para a cura das doenças, isto apenas se instalou na década de 30, momento no qual houve a estruturação básica do sistema público de saúde, criando, inclusive o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência - IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Neste momento, haviam apenas Institutos privados que forneciam essa saúde com atividades curativas, assim, o trabalhador, caso desejasse esse atendimento, deveria contribuir para esses institutos.

Já no século XIX foi criada a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro e, junto com ela, veio a efetivação das políticas sanitárias.

Em 1804, o Brasil passou pela Revolta da Vacina a qual fora desencadeada pela insatisfação do povo frente às medidas tomadas pelo poder público. Paralelamente, o Governo passou a exigir da população pontualidade na vacinação para matrículas nas escolas, empregos públicos, casamentos, viagens, entre outros.

Anos mais tarde foram desenvolvidas ações de regulação do exercício da medicina tais como atividades dos cirurgiões e a criação das primeiras escolas de medicina, uma em 1808 na Bahia (Escola de Cirurgia) e no ano seguinte, no Rio de Janeiro, a cátedra de anatomia no Hospital Militar, seguida pela de medicina operatória.

Nesse período, Oswaldo Cruz passou a organizar a diretoria geral de saúde incorporando como elementos das ações de saúde os seguintes aspectos: “(i) o registro demográfico, possibilitando conhecer a composição e os fatos vitais da população; (ii) a introdução do laboratório como auxiliar do diagnóstico etiológico; e (iii) a fabricação organizada de produtos profiláticos para uso em massa. (BARROSO, 2008)”.

Tempos depois, em 1953, houve desmembramento do Ministério da Saúde e da Educação, ganhando a saúde um Ministério próprio. Durante o regime militar, os Institutos de Aposentadoria e Pensão - IAPs foram unificados, dando origem ao antigo Instituto Nacional de Previdência Social – INPS – hoje conhecido como Instituto Nacional de Previdência e Seguridade Social - INSS.

Junto ao Instituto Nacional de Previdência Social, haviam os Serviços de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e, ainda, a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. A estes sistemas – leia-se, rede pública de saúde - poderiam usufruir todo trabalhador urbano com carteira assinada, desde que seja contribuinte e beneficiário do novo sistema.

Todavia, a grande problemática até então residia na elevada quantidade de trabalhadores no mercado informal, ou seja, sem carteira assinada. Assim, uma parcela considerável da população continuava sem acesso à saúde. Cenário este que sofreu mudança apenas com o advento da atual Constituição Federal, a qual instituiu o Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, Barroso (2008) afirma que “a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde”.

O direito à saúde em 1948 fora reforçado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em que reconheceu esse direito como equilíbrio interno do homem.

Assim, sendo de conhecimento geral os momentos e fases históricas que o Brasil advém, dentre os quais relembramos o período militar ocorrido entre 31 de março de 1964 com o Golpe que derrubou o então presidente João Goulart em 15 de janeiro de 1985, findo com a eleição de Tancredo Neves, momento histórico marcado pela restrição inigualável de direitos dos brasileiros bem como por extravagâncias do governo militar, cujos vestígios inexplicáveis podemos constatar até os dias atuais.

Anos seguintes à queda do militarismo, anunciou-se a criação de novo modelo de democratização dado a latente necessidade de resgatar e devolver ao povo todos os direitos que lhe foram retirados durante o período da ditadura. Eis a proclamação da Constituição Federal datada de 1988 a qual, tal como constante em seu preâmbulo, visava, in verbis:

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (1988)

Assim, a Constituição Federal de 1988 ficou conhecida como “Constituição Cidadã” que, nos dizeres de Ulysses Guimarães enquanto presidente da Assembleia Nacional Constituinte em seu discurso no dia da promulgação da Magna Carta, em 05 de outubro de 1988, “A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes. Mudou restaurando a federação mudou quando quer mudar o homem cidadão. E é só cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa.”

Nesse ínterim, nota-se que a Constituição Federal de 1988 ao elencar direitos fundamentos e sociais nunca antes visto em nosso país, incluiu no rol dos direitos sociais - estes inerentes a todo cidadão - o direito à saúde.

simbolizou o marco da redemocratização do regime político no Brasil e da institucionalização dos direitos humanos no país após mais de vinte anos de regime militar ditatorial, sendo a primeira a afirmar que os direitos sociais equivaleriam a direitos fundamentais, defendendo, portanto, sua aplicabilidade imediata (PIOVESAN, 2010).

A esse despeito, Barroso (2008) assevera que: “Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do “movimento sanitarista” foi a Assembleia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde.[sic]”

Com efeito, nos dizeres de Tavares (2003), os direitos sociais assegurados na Carta Magna de 1988: “são classificados pela doutrina pátria como direitos de segunda dimensão, os quais exigem uma atuação ativa do Poder Público em prol dos menos favorecidos e dos setores economicamente mais debilitados da sociedade”.

No decorrer dos laços constitucionais, há previsão ainda do direito à saúde em seu artigo 194 ao dispor que: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Conforme Canotilho (2008), os direitos sociais, “na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional, e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada”.

É dito que nos termos do artigo 5º, §1º, da Magna Carta, os direitos sociais possuem

qualidade de direitos fundamentais, pelo o que se outorga máxima eficácia e efetividade possível.

Desta forma, os direitos sociais por objetivar intrinsecamente a igualdade exigem prestações positivas pelo Estado, o qual, conforme assevera Novellino (2009), deve realizar a implementação destes “mediante políticas públicas concretizadoras de determinadas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e garantir uma existência humana digna”.

Em consonância, temos que:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da hegemonia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (RODRIGUES et al apud BONAVIDES, 2004, p.564)

Diante desse contexto, Piovesan (2010) ressalta que a Constituição Federal de 1988, além de estabelecer os direitos sociais em seu artigo 6º, apresentou um amplo leque de normas que apontam para a necessidade da criação de diretrizes, programas e afins a serem adotados pelos Entes Públicos e pela coletividade.

Inegável, pois o direito a todo cidadão de exercer seu direito a saúde cuja prestação incumbe ao Poder Público conforme adiante exposto.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

No texto constitucional, observamos a divisão de competências das matérias de atribuição do Poder Público entre suas várias esferas.

No tocante ao direito à saúde, do artigo 23 da Constituição Federal depreende-se ser o seu atendimento de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Vejamos:

Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde concorrentemente à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, §1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II) 27. No que tange ao aspecto administrativo (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde), a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde. (BARROSO, 2008, p. 21)

Tal como assevera Dallari (1995) em uma de suas renomadas obras, é certo que até a promulgação da Constituição Cidadã – o que se deu após 40 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem - “nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social”.

Diante disso, o direito à saúde foi consagrado no artigo 6º da Constituição Federal no rol dos direitos sociais, in verbis:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Em sequência, na seção da seguridade social, o legislador constituinte previu a saúde como direito de todos e dever do Estado, instituindo, ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Paralelamente ser a prestação do direito à saúde um dever do Estado, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público “dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”, conforme o texto constitucional estampado no artigo 197.

Depreende-se, portanto, que mesmo quando a prestação à saúde se der por meio de terceiros ou por pessoa física ou jurídica de direito privado - leia-se: médicos e planos de saúde – a sua regulamentação, fiscalização e controle correrão por conta do Estado, sendo este também responsável nesses casos e não apenas quando prestar o serviço de atendimento à saúde de forma direta.

É sabido que por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 1988, em nome do garantismo de diversos direitos, ao que diz respeito à saúde, criou-se também o modelo operacional do Sistema Único de Saúde – SUS propondo a sua forma de organização e funcionamento.

Nos moldes do artigo 198, o Sistema Único de Saúde – SUS é formado por uma rede regionalizada e hierarquizada integrada de ações e serviços públicos de saúde os quais constituem esse sistema único financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de

outras fontes.

Tal sistema é regido pelas diretrizes de descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e, também, participação da comunidade. Ainda, no artigo 200 da Magna Carta, têm-se as atribuições do SUS, vejamos:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

No entender de Bulos (2003) a “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem e, não apenas, a ausência de afecções e doenças”, razão pela qual se compreende a especial ênfase estabelecida a essa na Constituição de 1988.

Desse modo, entende-se que o direito à saúde pode ser dotado de dupla função:

Tanto como um direito de defesa (proteção do Estado à integridade corporal das pessoas contra agressões de terceiros, por exemplo), quanto como um direito positivo (impondo ao Estado a realização de políticas públicas buscando sua efetivação, tais como atendimento médico e hospitalar, por exemplo), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia” (OHLAND, 2010, p. 31).

Para o Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175-0/RS, o direito social à saúde se caracteriza como direito subjetivo inalienável, tornando-se indispensável para a vida humana, in verbis:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que as razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Constitui bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas

sociais e econômicas que visem garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

Destarte, denota-se que “a saúde foi tratada como um direito social fundamental de todo e qualquer ser humano. Mas, como ensina Norberto Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos*, o momento histórico é de discutir as declarações dos direitos, mas sim sua efetivação” (BRANCO, 2007)

De fato, a efetivação do direito à saúde esbarra em diversos obstáculos, a título de exemplo, podemos citar a ausência de recursos, de políticas públicas ou de descumprimento das que já existem.

Todavia, sendo o direito a saúde um direito essencial e, sobretudo, uma garantia constitucional, é necessário que todos os cidadãos integrantes da sociedade efetuem ampla cobrança do Poder Público, visando prestações contínuas para a concretização do direito à saúde por meio de políticas públicas eficazes e ativas.

Conforme conceituado pela Organização Mundial de Saúde – OMS em sua Carta de constituição de 1946, por “saúde”, podemos entender ser o “completo bem-estar físico, mental e social e não somente a simples ausência de doença ou enfermidade, sendo considerado ainda como princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”. Vejamos:

Mas o referido conceito vem sendo questionado por muitos estudiosos, por considerarem uma visão ultrapassada, já que visa a uma perfeição inatingível. (...) Com efeito, definir a saúde como um estado de bem-estar completo leva a entender que a saúde não é algo atingível ou mesmo que não pode ser violada, o que cria uma visão utópica que não pode ser utilizada pelos operadores dos serviços de saúde quando da execução do seu trabalho. Entretanto, pode-se afirmar que essa definição utópica sobre a saúde serve, pelo menos, de estímulo para que os serviços de saúde sejam efetivados de forma a preservar essa saúde, o que deve ser priorizado nas ações realizadas por médicos, enfermeiros, hospitais e, principalmente, pelo Estado. Na verdade, o conceito dado pela OMS, que é de caráter universal, leva a entender que esse estado de bem-estar é impossível de ser alcançado, mas que não pode deixar de servir para a busca incessante por uma qualidade de vida sempre melhor e digna para qualquer cidadão. (BRANDÃO, 2009, p. 56-57)

Paralelamente a isso, a Declaração Universal de Direitos Humanos em seu artigo XXV, define a saúde como um direito humano, sendo que:

I - Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. II) A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Conceituando direitos humanos, valemos da definição trazida por Brandão (2009), segundo o qual “Os direitos humanos são caracterizados por um conjunto mínimo de direitos que são necessários para que a vida do ser humano seja assegurada, o que deve ser fundado na liberdade e na dignidade”.

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. Em outras palavras, a saúde é direito social fundamental, a ser exercido pelo Estado (e não contra o Estado), através da implementação de políticas públicas e sociais que propiciem o seu gozo efetivo (grifo nosso). (BRANDÃO apud ORDACGY, 2009, p. 61)

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 92) chama os direitos sociais - dentre os quais se inclui o direito à saúde - como direitos prestacionais:

Tais direitos não são meros poderes de agir, meras liberdades, mas têm por característica maior reclamarem contrapartida da parte da sociedade por meio do Estado. São poderes de exigir serviços, prestações concretas, que satisfaçam as necessidades humanas primordiais e prementes: trabalho, educação, saúde, sustento na doença ou na velhice, lazer etc. Correspondem a “créditos” de que cada um seria possuidor em relação ao todo social.

É necessário ter-se em mente que a Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece em seu artigo 7º, inciso I e IX, os princípios que regem esse sistema, sendo os seguintes: a) o da universalidade (garante-se a toda população o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis); b) o da subsidiariedade e c) da municipalização (procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral e de distribuição de medicamentos em particular).

A respeito da competência do Sistema Único de Saúde, existe ainda a cooperação entre todos os entes federativos da República Federativa do Brasil, *ipsis litteris*:

A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III). (BARROSO, 2008)

É necessário ter-se em mente que a atuação do Estado e da União se dá de forma supletiva ao executar diretamente políticas sanitárias, sendo eles responsáveis apenas por

suprir eventuais ausências dos Municípios; isso se dá devido ao princípio da descentralização administrativa.

A intenção do legislador em criar o Sistema Único de Saúde foi possibilitar ao Estado a função de cumprir com o objetivo preconizado na Carta Magna, a ele atribuído, de organizar um conjunto de ações e serviços públicos de saúde que seja capaz de reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde, bem como de garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. (BRANDÃO, 2009, p. 77)

Criticamente temos que o Sistema Único de Saúde foi mais uma das inovações trazidas pela Constituição Federal, proporcionando a todos os cidadãos inequívoco direito de acesso à saúde. Todavia, é sabido que a saúde pública do Brasil e, conseqüentemente, o sistema federal de saúde, atravessa por uma crise da saúde pública sem previsão de melhoras.

Nesse sentido assevera-se que:

Entretanto, em que pesem os louváveis diplomas legais criados para garantir e viabilizar a efetivação do direito à saúde no Brasil, enquanto direito fundamental de todos e dever do Estado, é observada atualmente pela sociedade a decadência da saúde pública em todos os estados brasileiros e o conseqüente sucateamento do SUS, assistido na mais completa inércia ao longo dos anos pelos sucessivos governos brasileiros. A crise na saúde pública do Brasil deve ser considerada sob três aspectos básicos, quais sejam, a deficiência na estrutura física, a falta de disponibilidade de material-equipamento-medicamentos e a carência de recursos humanos. (MADEIRO, 2013)

Dessa forma, constata-se que confere ao Estado a responsabilidade de organizar um conjunto de ações e serviços públicos de saúde habilitados, eficientes e eficazes que consigam reduzir os riscos de epidemias ou até mesmo políticas curativas, ambas atuando nas esferas preventivas e repressivas no âmbito da saúde. Isto porque, é necessário garantir a toda população o acesso ilimitado e ágil do direito universal da saúde, por meio de ações e serviços para promoção, proteção e restauração da saúde.

Como já dito, frisa-se que:

a saúde tanto pode ser protegida pela iniciativa pública, como pela iniciativa privada, pois a Constituição Federal enfatiza que ao mesmo tempo em que o Estado possui a incumbência de garantir a saúde da população, a iniciativa privada tem a liberdade de desenvolver ações e serviços privados de saúde, atuação essa que pode ser suplementar ou complementar, ou seja, quando for desenvolvida exclusivamente ou quando guardar relação com o Sistema Único de Saúde. (BRANDÃO, 2009, p. 77)

É dito na lei instituidora do SUS de nº. 8.080/1990 em seu artigo 2º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Aqui resta claro que a saúde é um direito fundamental do cidadão, sendo o Estado o responsável direto e principal pela sua garantia, cabendo a ele formular e

executar as políticas públicas para tanto.

O estudioso Brandão (2009) apud Cipriano Maia de Vasconcelos e Dário Frederico Pasche (2006, p. 531) afirma que eles “ entendem que o SUS foi instituído com o objetivo de coordenar e integrar as ações de saúde, constituindo-se como um “arranjo organizacional” do Estado brasileiro, criado para dar suporte à efetivação da política de saúde, traduzindo em ações os princípios e diretrizes desta política.”

Assim, o Sistema Único de Saúde:

Compreende um conjunto organizado e articulado de serviços e ações de saúde, e aglutina o conjunto das organizações públicas de saúde existentes nos âmbitos municipal, estadual e nacional, e ainda os serviços privados de saúde que o integram funcionalmente para a prestação de serviços aos usuários do sistema, de forma complementar, quando contratados ou conveniados para tal fim. (BRANDÃO apud PASCHE et al, 2009, p. 78)

Ainda, é necessário ter-se em mente que integram o Sistema Único de Saúde tanto a Administração Direta como da Administração Indireta, sendo que esta última, hierarquicamente, estão o Ministério da Saúde (regulado pelo Decreto Federal nº 4.726/2003), Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, Autarquias hospitalares, Agências Reguladoras (a exemplo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS).

A esse respeito, Brandão apud Carvalho et al (2009, p. 80) preconiza que:

[...] os serviços de saúde, ainda que não estejam formalmente subordinados ou vinculados às Secretarias Estaduais ou Municipais de Saúde, como os hospitais penitenciários (geralmente subordinados às Secretarias de Justiça ou de Segurança), os hospitais das Forças Armadas e os hospitais universitários, integram o SUS e, constitucional e legalmente, hão de submeter-se à direção única do SUS, no tocante à política de saúde. Não cabe aos SUS, entretanto, arcar com o financiamento dos hospitais das Forças Armadas; quanto aos hospitais penitenciários, devem ser estabelecidos projetos e programas específicos. Com efeito, o SUS deve se valer da cooperação dos órgãos públicos de serviços de saúde que estão vinculados ou subordinados a ele, antes de procurar a ajuda de entidades privadas também ligadas à saúde, mas que atuam apenas complementarmente, uma vez que, subtende-se que aqueles são munidos de instrumentos eficazes para se garantir a proteção e defesa do direito à saúde. O mesmo acontece com os serviços de saúde das Forças Armadas, já que os serviços de saúde destinados àqueles que fazem parte dessa categoria, passam a integrar também o SUS, se mantidos com recursos públicos, o que, neste caso, não precisaria da afirmação de um convênio para a sua integralização.

Pelo exposto, é certo que a preocupação precípua do constituinte e do legislador é justamente em proporcionar a todos os indivíduos o direito à saúde, por ser considerado um direito de todos e de acesso universal e igualitário.

Este objetivo fora reforçado nas disposições legais da Lei nº 8.080/90, instituidora do SUS, segundo a qual em seu artigo 5º traz que é incumbido ao SUS: identificar os fatores

condicionantes e determinantes da saúde; formular a política de saúde destinada a promover a observância do dever do Estado de garantir a saúde; formular e executar políticas econômicas e sociais; prestar assistência às pessoas por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, integrando as medidas assistenciais com as preventivas.

No entanto, visto a respeito do direito à saúde e da responsabilidade do Estado em garanti-la, decorre-se várias problemáticas, dentre elas cumpre refletirmos acerca da possibilidade do Estado em cumprir todas as disposições legais que lhe impõe inúmeros deveres quanto à saúde pública a qual é atrelada a tantos outros deveres, tais como: educação, assistência social, habitação, etc.

É verdade que o Estado anualmente arrecada bilhões, porém o montante de arrecadação vem se mostrando insuficiente para cumprir todos os ônus que, por lei, lhe é incumbido. Cumpre ressaltar que o objetivo primordial do presente artigo é permitir ao leitor reflexão acerca do tema, levantando inúmeros “por quês” sobre a má prestação da saúde pública brasileira e não discutir a administração pública – leia-se governo - a qual nosso país está, por ora, submetido.

Quanto à má prestação do serviço de saúde, o Estado tem se valido da criticada e muito rebatida tese da reserva do possível. Para Silva (2009) trata-se de regular a “possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis”.

É evidente que há certa dificuldade de se delimitar os conceitos de reserva do possível e mínimo existencial, porém este último é bastante utilizado pela jurisprudência, ainda que não assim denominado, no momento em que se tutela o direito à saúde. Quanto à reserva do possível, entende-se que não pode sobrepor-se a um direito fundamental tão indispensável. (SARLET et al, p. 2343)

Falsarella apud Scaff (2012) aborda o tema nesta perspectiva, ao afirmar que “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral”.

Em consonância, Wang apud Sarlet et al (2009, p. 312) afirma a existência de um limite fático quanto ao cumprimento universal do direito a saúde. Nesse sentido:

[...] avaliam que os direitos sociais, mas não só eles, pressupõem marcadamente uma obrigação positiva — prestações estatais —, ou seja, implicam custos para serem efetivados, o que faz com que tenham uma “dimensão economicamente relevante”. Portanto, os direitos sociais possuem um limite fático à sua efetivação, que está na real existência de meios por parte dos cofres públicos do Estado para cumprir com suas obrigações. Além desse limite fático, existe também limitação quanto à possibilidade jurídica do Estado de dispor desses recursos, quando existentes. Essas

duas limitações formam a chamada “reserva do possível”.

A esse respeito, a autora Falsarella colacionou vários julgados da Suprema Corte segundo a qual, repetidas vezes, “se posicionou pelo afastamento desse argumento, que não poderia justificar o descumprimento pelo Estado de seus deveres na área dos direitos sociais, especialmente nos casos em que o direito pleiteado integra o mínimo existencial”. A exemplo, tem-se o julgado ARE 639337 AgR/SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011 em que o STF foi uníssono em afastar a tese do princípio da reserva do possível no tocante a saúde.

No entanto, em assunto distinto como é o de disponibilidade financeira, o STF tem se posicionado no sentido de aplicação da reserva do possível quanto ao pagamento de precatório, por exemplo. É o que se percebe nos julgamentos: IF 470/SP. INTERVENÇÃO FEDERAL. Relator: Min. MARCO AURÉLIO e RE 580252 RG/MS. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 17/02/2011.

Na decisão da ADPF nº 45 51, não obstante tenha sido julgado prejudicado o pedido pela perda do objeto, o STF fez considerações a respeito da reserva do possível. Neste caso, porém, o Ministro Celso de Mello, relator, manifestou-se também sobre a necessidade de razoabilidade da pretensão, a par de existência de recursos para atendê-la: “(...)Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (FALSARELLA)

Desta forma, para que os objetivos delineados em lei constitucional ou infraconstitucional sejam cumpridos é necessário o respeito aos princípios constitucionais fundamentais que se aplicam ao Sistema Único de Saúde, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da equidade.

Todavia, sendo a saúde um direito universal, ela também é de responsabilidade de todos os indivíduos, mesmo sendo o Estado encarregado e obrigado a tomar as medidas necessárias para a proteção desse direito, isto não isenta a população de cuidar para que o direito à saúde seja respeitado.

Ao definir os objetivos do SUS, a Lei 8.080/90 lembra que o dever do Estado não

exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Significa dizer que, embora o Estado seja obrigado a tomar todas as medidas necessárias para a proteção do Direito à saúde da população, as pessoas também possuem responsabilidade sobre sua própria saúde e sobre a saúde do seu ambiente de vida, de sua família, de seus colegas de trabalho, enfim, todos têm a obrigação de adotar atitudes que protejam e promovam a saúde individual e coletiva, como a higiene, a alimentação equilibrada, a realização de exercícios etc. (BRANDÃO (2009) apud AITH, 2007, p. 553)

Em seu trabalho, Magno Cardoso Brandão (2009) elenca alguns meios de efetivação do direito a saúde dentre os quais citamos: necessidade de efetivação de políticas públicas, tais como fornecimento de medicamentos, programas assistenciais e preventivos, apoio ao estrangeiro e também efetividade por meio de atuação do judiciário.

Por outro lado, o então ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, em suas diversas obras chama atenção para a judicialização excessiva, em que é necessário o Poder Judiciário agir com muita cautela quanto ao ativismo judicial que, embora seja necessário em alguns casos é também muito delicado, haja vista, a estreita linha dita entre o possível desrespeito com o poder discricionário e a autotutela do Estado.

No tocante as dificuldades enfrentadas pelo SUS, alguns estudiosos defendem serem as seguintes: subfinanciamento e as insuficiências da gestão local do SUS. Quanto ao subfinanciamento, é sabido que recursos destinados à operacionalização e financiamento do SUS, fica muito aquém de suas necessidades.

Para Nelson Rodrigues dos Santos (2007) “a atualização do financiamento federal segundo a variação nominal do PIB não vem sequer acompanhado o crescimento populacional, a inflação na saúde e a incorporação de tecnologias”.

Mantém o financiamento público anual per capita abaixo do investido no Uruguai, Argentina, Chile e Costa Rica e por volta de 15 vezes menor que a media do praticado no Canadá, países Europeus, Austrália e outros. Também é fundamental ter presente que a indicação de 30% do Orçamento da Seguridade Social para a Saúde, como era previsto nas Disposições Constitucionais Transitórias (DCT) da Constituição, era o mínimo para iniciar a implementação do SUS com Universalidade, Igualdade e Integralidade. Se tivesse sido implementada tal medida, hoje haveria R\$ 106,6 bilhões para o financiamento do sistema e não aos R\$ 48,5 bilhões aprovados para o orçamento federal de 2008. O financiamento do SUS é marcadamente insuficiente, a ponto de impedir não somente a implementação progressiva/incremental do sistema, como e principalmente de avançar na reestruturação do modelo e procedimentos de gestão em função do cumprimento dos princípios Constitucionais”. Para quem trabalha na Estratégia da Saúde da Família, tal insuficiência é sentida, principalmente, quando há necessidade de se acessar os outros níveis de maior complexidade do sistema, cuja oferta parece sempre aquém das demandas. Por outro lado, o autor destaca que “houve também a opção dos governos pela participação do orçamento federal no financiamento indireto das empresas privadas de planos e seguros de saúde por meio da dedução do IR, do cofinanciamento de planos privados dos servidores públicos incluindo as estatais, do não ressarcimento ao SUS pelas empresas do atendimento aos seus afiliados, pelas

isenções tributárias e outros, que totalizada mais de 20% do faturamento do conjunto dessas empresas”. (REIS et al, p. 40)

Já no que diz respeito as insuficiências da gestão local do SUS, se refere a gestão municipal dos recursos do SUS, a qual pode ser definida como o conjunto de atividades desenvolvidas pelos gestores municipais, visando a operacionalização, na prática e em seus contextos sócio-político-institucionais singulares, das grandes diretrizes política do Sistema Único de Saúde. Intrinsecamente a insuficiência da gestão local do SUS, Reis et al identificou os seguintes problemas: baixa resolutividade da rede básica de serviços, deficiência na formação dos profissionais de saúde e deficiência na gestão dos sistemas locoregionais de saúde.

Em arremate, tendo sido posto o dever do Estado em garantir saúde para toda a população bem como a existência de certos empecilhos que travam esta prestação do Estado, conclui-se no sentido de que há muitas discussões a serem travadas a respeito deste tema, sendo que disso, tem-se apenas uma certeza: o Estado deve melhor gerir seus recursos visando uma prestação minimamente digna da saúde à população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde foi devidamente consagrado como um direito social na Constituição Federal de 1988 e, estando ligado à vida e à existência digna, foi intitulado como um dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo considerado pela doutrina e legislação vigente um dever do Estado e uma garantia de todo o cidadão brasileiro.

No presente trabalho, fora apresentado o rol de direitos sociais elencados no art. 6º da pela Constituição Federal, sobretudo, o direito social à saúde de responsabilidade solidária dos entes públicos, tornando-se notório que esse deve ser plenamente efetivado pelo Estado, por meio de políticas públicas.

Em sequência, realizou-se breves considerações acerca do Sistema Único de Saúde, vislumbrando-se que, ante à descentralização de poderes estabelecida por ele, o gestor municipal será o maior responsável pela saúde pública da população nesse aspecto.

Não obstante, enfatizou-se que embora seja notório o dever do Estado em atender toda a demanda da população proporcionando prestação de saúde pública minimamente satisfatória aos cidadãos, o Estado enfrenta dificuldades para a sua efetividade, tais como: subfinanciamento e as insuficiências da gestão local do SUS.

Quanto a isto, muitas vezes o Estado em sua defesa invoca a criticada tese da reserva do possível, segundo a qual a efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais por parte da prestação do Estado, tais como o direito à saúde, fica condicionado à existência de recursos públicos disponíveis.

Todavia, diante da análise realizada no presente trabalho, conclui-se que a Constituição Federal prevê o direito a saúde como um dever inequívoco do Estado, pelo o que, em decorrência lógica ao direito à vida e à dignidade humana, cabe aos Entes Públicos a implementação e efetivação das políticas públicas de saúde bem como reorganização das verbas públicas para a sua efetivação.

REFERÊNCIAS

ACHOCHE, Munif Saliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12578>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

Autor desconhecido. Íntegra do discurso presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,--DR.-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html)> Acesso em: 10 jun. 2016

Autor desconhecido. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO).1946. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 10 jun. 2016

BRANDÃO, Magno Cardoso. Direito à saúde: necessidade de proteção e meios de efetivação. 2009. 136 f. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009. Disponível em: <<http://tede.biblioteca.ufpb.br:8080/handle/tede/4383#preview-link0>> Acesso em: 28 jun. 2016

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 16 ed. Organização de Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, da organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (Lei Orgânica da Saúde). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial. Disponível em:

<http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf> Acesso 26 jun. 2016

CAPELLARI, Caroline Moschem; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e o Direito Fundamental à Saúde: Um estudo sobre a judicialização de demandas relativas ao direito à saúde, especialmente no que concerne à alocação de recursos escassos e o Papel do Poder Judiciário brasileiro. Disponível em:

<http://www.pucrs.br/edipucrs/XISalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/84342-CAROLINEMOSCHEMCAPELLARI.pdf>

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. 2013. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002> Acesso em: 10 jun. 2016

CRUZ, Mariana Fordellone Rosa. O dever do Estado na efetivação do direito à saúde: os papéis dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. 2014. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-17102014-101022/pt-br.php>> Acesso em: 28 jun. 2016.

FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. Disponível em:

<http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf> Acesso em: 28 jun. 2016

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 92.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 10, n. 32, p. 105-127, maio/ago. 2009.

MADEIRO, Ricardo C. V. Crise na Saúde Pública. Revista Jurídica Consulex. Ano XVII. Nº 397. Disponível em: <<http://oabce.org.br/2013/08/artigo-cri-se-na-saude-publica/>> Acesso em: 25 jun. 2016

MARUYAMA, Juliana Tiemi; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de; O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306> Acesso em: 29 jun. 2016.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais. Salvador: JusPodivm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários à Constituição Federal: Direitos e garantias fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

OHLAND, Luciana. Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. 2010.

REIS, Denizi Oliveira; ARAUJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. Políticas Públicas de Saúde no Brasil: SUS e pactos pela Saúde. Disponível em: http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_politico_gestor/Unidade_4.pdf > Acesso em: 15 jun. 2016

RODRIGUES, Felipe Sousa; BERNARDI, Renato. Políticas Públicas e Efetividade dos Direitos Sociais. In V Jornada Científica da UENP. 2015. Jacarezinho/PR. Disponível em: <<http://www.uenp.edu.br/certificados/propg/2015/Joic%20V%20-%20UENP/Ciencias%20Sociais%20e%20Aplicadas/FELIPE%20SOUZA%20RODRIGUES.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2016

SARRETA, Fernanda de Oliveira. Educação permanente em saúde para os trabalhadores do SUS. 2009. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/ServicoSocial/fernanda.pdf>> Acesso em 29 jun. 2016.

SILVA, Leny Pereira da. O direito a saúde e o princípio da reserva legal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAÚDE_por_Leny.pdf> Acesso em: 20 jun. 2016

WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-318, Mar/Jul. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/13158/14965>> Acesso em: 20 jun. 2016

A UTOPIA DA PERFEIÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Gabriel Videira da SILVA¹
Wilton Boigues Corbalan TEBAR²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o sistema prisional brasileiro contrapondo-o a realidade com o disposto em lei. Demonstrando que o sistema prisional na prática é muito diferente da perfeição a qual a lei o idealiza, encontrando-se em um mar de problemas como: a superlotação, falta de estrutura e assistência ao preso, além de altos índices de violência, gerando um cenário de total desrespeito a dignidade e aos direitos do condenado, não alcançando dessa forma a finalidade principal do sistema prisional brasileiro, a prevenção especial positiva, fator que é provado pelos altos índices de reincidência. Ao final apesar da função expositiva, o trabalho coloca o incentivo a educação e ao aumento do uso das penas alternativas como soluções viáveis ao uso da privação de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema prisional. Preso. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The following article target at analyze the brazilian prisional system by countering reality with what is shown in the law. The article illustrates that the prisional system is, in fact, very different from what is idealized by the law because it's overwhelmed in too much problems, for instance: the overcrowding, the lack of structure and assistance (legal aid and welfare) to the prisoner, besides the high violence levels. These problems create a scenary of total disrespect to the prisoner's dignity and rights, therefore not reaching the brazilian's prisional system principal purpose: the special positive prevention, a factor proofed by the high reincidence levels. In the end, despite it's expositive function, the article brought togheter the incentive to education and the increase of alternative penalties as viable solutions to the use of detention.

KEY-WORDS: Prisional system. Prisoner. Dignity of the human person. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho utilizou o método dedutivo e tem por objetivo analisar e expor a realidade do sistema prisional brasileiro, já que esse é idealizado em lei de forma

1 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, CAET/PP

2 Professor de Direito Civil no Centro Universitário Toledo Prudente. Graduado em DIREITO no Centro Universitário Toledo Prudente. Foi 1º colocado no concurso de estagiários da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Presidente Prudente no ano de 2009. Foi aprovado no Concurso de Estagiários da Defensoria Pública de Presidente Prudente no ano de 2009. Participou, na qualidade de conciliador, da Semana da Conciliação, evento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, com o apoio da Toledo Presidente Prudente, entre 29 de novembro e 3 de dezembro de 2010, em Presidente Prudente/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, Direito Civil e Processual Civil.

aparentemente perfeita, mas na realidade encontra-se em constante decadência.

Em primeiro momento a pesquisa buscou explicar quando a privação de liberdade ganhou importância e sua real finalidade no sistema prisional brasileiro. A fim de posteriormente destacar que essa finalidade, a prevenção especial positiva não é alcançada de forma plena, já que o país possui altos índices de reincidência decorrentes das péssimas condições apresentadas pelo seu sistema carcerário que em nada recupera os indivíduos.

Após isso o trabalho analisou o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de evidenciar o seu desrespeito pelo sistema prisional brasileiro.

Por fim, em terceiro momento, destacou os principais problemas do sistema prisional brasileiro (superlotação; falta de estrutura e assistência ao condenado; altos índices de violência), os contrapondo com as disposições do ordenamento jurídico pátrio, principalmente em relação da Lei de Execução Penal, chegando ao objetivo principal: mostrar que a realidade do sistema prisional brasileiro é muito diferente do idealizado em lei.

E ao fim, embora o objetivo seja expor a situação, pontuou como soluções viáveis o incentivo ao maior uso das penas alternativas e principalmente o aumento dos investimentos em educação, a fim não mais de remediar a criminalidade, mas sim preveni-la.

BREVE HISTÓRICO SOBRE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Antes de adentrar no tema, faz-se necessário tecer alguns aspectos históricos com relação as penas privativas de liberdade. Até meados do século XVII, salvo poucas exceções, as penas privativas de liberdade tinham caráter transitório e secundário, serviam apenas como etapa para a aplicação de uma pena principal, essa variava desde penas de tortura, amputação de membros, até a pena mais grave, antiga e comum da antiguidade, a de morte.

Uma das poucas exceções do uso da privação da liberdade como pena, eram as prisões destinadas aos clérigos, pois, esses quando cometiam faltas ficavam em lugares fechados e isolados em silêncio e oração cumprindo sua penitência. É desse tipo de prisão que deriva o termo penitenciária, que nada mais é que o lugar onde se cumpre a penitência, o castigo por ter praticado alguma falta.

A partir dos séculos XVI e XVII, o pensamento quanto as penas passa a mudar, e a pena privativa de liberdade começa a ganhar força e importância, culminando nas House of Corrections inglesas, que são consideradas as primeiras prisões rudimentares. Do século XVIII em diante, conforme expõe Rogério Greco, com o advento dos ideais iluministas as

penas privativas de liberdade tornam-se a modalidade principal de pena, sendo intensificado o estudo e criação de sistemas penitenciários, visando melhorar a eficácia e as condições de aplicação da pena, já que de início as prisões eram totalmente degradantes e desumanas.

Dentre os sistemas que surgem nessa época tem-se: o pensilvânico, o alburniano, até chegar ao progressivo inglês, um dos principais antecessores do sistema penitenciário Brasileiro. Tinha por característica a divisão da reclusão em etapas (regimes) do mais rigoroso à liberdade condicional, o indivíduo progrediria por essas etapas através do trabalho e disciplina até chegar a liberdade total e sem condições. Embora, as primeiras manifestações do processo de transição das penas corporais tenham ocorrido em meados dos séculos XV, XVI, a partir do século XVIII é que as penas privativas de liberdade se consolidam como penas principais.

No Brasil

O uso da pena restritiva de liberdade passa ganhar força no Brasil após sua independência, já que até então, conforme dispõe René Ariel Dotti (1998, p. 42) “embora previstas, as penas privativas de liberdade por serem consideradas penas leves, possuíam caráter transitório a aplicação de uma pena física (açoites, tortura e morte)”. Com o advento do Código Criminal do Império em 1830, a pena privativa de liberdade ganha status de pena principal deixando de lado as penas físicas que só continuaram a ser aplicadas aos escravos.

O sistema prisional brasileiro, conforme anteriormente disposto, teve grandes influências do sistema progressivo inglês, a maior semelhança, é a progressão de regimes, uma das características principais do sistema pátrio, e que fora herdado do sistema inglês, a principal diferença entre os sistemas é que a liberdade condicional não é considerada regime de cumprimento de pena no sistema brasileiro, enquanto que no progressivo inglês essa é uma etapa importante para a o cumprimento total da pena.

FINALIDADES DA PENA

Existem várias teorias sobre as finalidades das penas, entender a finalidade de algo, é entender os objetivos pretendidos por esse algo, ou no caso, os objetivos que a pena pretende alcançar ao final de sua aplicação. Aqui abordaremos sucintamente as principais teorias a fim de pontuar a finalidade da pena privativa de liberdade, para posteriormente analisar se o fim pretendido é de fato alcançado no sistema prisional brasileiro.

Teorias Retributivas ou Absolutas

As primeiras teorias que merecem destaque, são as teorias retributivas ou absolutas, para os adeptos dessa corrente, a pena tem como finalidade única retribuir o mal causado pelo indivíduo que praticou o ilícito, dessa forma, a pena não teria qualquer objetivo senão o de ser aplicada. Kant e Hegel são os principais pensadores quanto as teorias retributivas, e apesar de serem adeptos de uma mesma corrente, há distinções entre as teorias desses filósofos, nesse sentido coloca Cesar Roberto Bitencourt:

“um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo às novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade.” (1983, p. 75.)

Para Kant, a pena seria um fim em si mesmo, ou seja, o indivíduo merece a punição porque descumpriu a norma, pouco importando outras finalidades da pena. Enquanto que para Hegel a pena seria um mal necessário, já que ao descumprir a norma penal, o indivíduo provocaria uma falha, uma doença no ordenamento jurídico, que só poderia se reestabelecer, se curar, com a imposição da pena ao indivíduo.

Teorias Preventivas ou Relativas

Em outro polo das teorias que analisam a finalidade da pena, estão as teorias preventivas ou relativas, essas teorias colocam como finalidade da pena a prevenção, ou seja, a pena não é uma mera retribuição a um mal causado, a pena tem por objetivo prevenir, essa prevenção se divide em geral e especial e ambas modalidades se subdividem em positiva e negativa.

Prevenção Geral

A prevenção geral é a que age sobre a sociedade, ela atua sobre os indivíduos externos a prática delitativa, e tem por objetivo impedir que essas pessoas pratiquem quaisquer tipos infrações penais. Conforme anteriormente mencionado, a prevenção geral se subdivide em: prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

No que concerne a prevenção geral negativa, tem-se que essa modalidade de prevenção atua no medo, no temor a pena. Tal corrente defende que a pena deve ser aplicada

de forma rígida e severa ou indivíduo de forma que a sociedade tema em praticar infrações penais pelo severidade e crueldade da pena imposta. Nesse sentido dispõe Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: “a pena seria um mecanismo destinado a atuar psicologicamente na generalidade dos cidadãos, que observando a ameaça da sanção, sua efetiva aplicação judicial e execução, restariam afastados da prática criminosa” (JUNQUEIRA, 2004, p. 59).

Enquanto a prevenção geral negativa atua no medo a prevenção geral positiva é o oposto. Essa teoria visa demonstrar a certeza da eficácia do direito penal, ou seja, o indivíduo vai deixar a ideia de praticar o fato criminoso não pelo medo severidade da pena, mas sim pela certeza de que caso infrinja a norma penal será punido, nessa perspectiva dispõe Cezar Roberto Bittencourt: “A pena passa, então, a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer estabilidade do ordenamento jurídico”. (BITENCOURT, 2015, p. 147). Logo, percebe-se que a prevenção geral positiva atua na confiança no direito penal, a confiança da não impunidade, não dando brechas para a sociedade partir para a criminalidade.

Prevenção Especial

Enquanto a prevenção geral foca a sociedade em si, o grupo social, a prevenção especial age na pessoa do infrator, o indivíduo que já transgrediu a ordem jurídico penal, tendo por objetivo que esse não volte a praticar crimes, ou seja, atua impedindo a reincidência. Essa modalidade também se subdivide em prevenção especial positiva e prevenção especial negativa, as quais analisaremos agora.

A prevenção especial negativa, assim como a prevenção geral negativa também se baseia na rigidez da pena, ou seja, a pena deve ser rígida e intimidadora para que o indivíduo tema cometer crimes e pelo medo da gravidade da pena.

Porém, vale ressaltar dois pontos: em primeiro lugar deve se observar o fato de a prevenção geral negativa agir no grupo social, enquanto a especial negativa age na pessoa do condenado, e em segundo lugar, enquanto a prevenção geral negativa via-se como crueldade pura, sendo o oposto da prevenção geral positiva, a prevenção especial positiva não necessariamente irá se contrapor a prevenção especial positiva que veremos abaixo, pois, desde que respeitados os direitos básicos do apenado, é perfeitamente possível unir a finalidade de recuperação com o temor a pena, visto que toda sanção é tida como algo não favorável ao indivíduo, provocando-o uma repulsa normal por mais comezinha que seja a

pena.

Quanto a prevenção especial positiva, segundo Bitencourt (2015, p. 152) essa possui função reeducadora, ou seja, a pena deve ter dois objetivos: recuperar e ressocializar, isso significa que a pena deve tratar do indivíduo mostrando os valores éticos e morais da sociedade de forma que esse tome consciência do mal praticado e não volte a subverter a ordem jurídico penal. Além disso a pena deve dar instrumentos para que o criminoso retorne de forma harmônica a sociedade, já que esse fica afastado da sociedade durante o cumprimento da pena, esse é um dos pontos principais da ressocialização.

Teorias Mistas ou Unificadoras

Essa corrente é a mais seguida na atualidade e mescla pontos das teorias da retributivas pontos das teorias preventiva. De forma simplista podemos dizer que o pensamento preponderante para essa teoria coloca que a pena possui a função de retribuir o mal causado pelo criminoso, bem como prevenir que esse volte a praticar condutas criminosas (prevenção especial), além de mostrar a sociedade a efetividade do direito penal, visando a prevenção geral positiva.

Vale ressaltar que aqui colocamos o enfoque baseado em uma visão garantidora dos direitos humanos, deixando de lado a prevenção geral negativa, que em tese se contrapõe aos direitos do condenado, visto que prega a ideia de severidade clara das penas e desrespeito dos direitos básicos dos condenados.

Finalidades das Penas no Brasil

O artigo 59 caput do código penal brasileiro dispõe: “o juiz atendendo a culpabilidade... estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Pelos termos destacados no artigo 59, fica nítido que o Brasil adota a teoria mista quanto a finalidade da pena.

Dessa forma, Gustavo Junqueira (2004, p. 116) diz que no país a pena tem função de: retribuir o mal causado pelo criminoso intimidando o criminoso com a pena (retribuição e prevenção especial negativa), demonstrar a sociedade que o direito penal é efetivo (prevenção geral positiva) e ainda recuperar e inserir o delinquente na sociedade (prevenção especial positiva).

Após a análise das finalidades da pena, vem o questionamento: as finalidades

prometidas de fato são alcançadas pelo sistema prisional Brasileiro?

O grande problema do sistema prisional brasileiro é que em tese parece perfeito, a lei molda um belo sistema, colocando várias finalidades para pena e direitos para o condenado, mas o modelo infelizmente fica no mundo das ideias, a realidade como veremos a diante é bem diferente, o sistema prisional brasileiro encontra-se em colapso com dezenas de problemas, não respeitando os direitos do condenado e não alcançando suas finalidades.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A dignidade da pessoa humana é um princípio universal de suma importância para todas as sociedades, estando presente na maioria dos ordenamentos jurídicos e cartas de direitos humanos e mesmo onde não está positivada é reconhecida, pois, esse princípio é basilar ao homem e todas sociedades.

Conceituar dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, pois, constitui um conceito aberto e abstrato, o mais interessante é que mesmo com a dificuldade de conceitua-la sabemos quando nossa dignidade é tolhida, isso ocorre pois tal princípio é umbilicalmente ligado com a natureza do homem. De forma simplista podemos dizer que dignidade da pessoa humana constitui um conjunto de direitos e valores mínimos e essenciais as pessoas, visando a sobrevivência e convivência harmônica dessas em sociedade. Nesse sentido, sábias são as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

“um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo às novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade.” (1983, p. 75.)

Percebemos que a dignidade da pessoa humana é uma espécie de guarda-chuva, abrangendo vários direitos e princípios inerentes ao homem em um único termo abstrato.

No Brasil a dignidade da pessoa humana encontra-se no art. 1º III da Constituição Federal de 1988, constituindo um dos fundamentos do Estado brasileiro vide o título onde se localiza “Dos Princípios Fundamentais”. Devido a sua importância, esse princípio influencia direta e indiretamente todas as áreas do direito brasileiro, inclusive o nosso sistema prisional.

Por mais que a pena constitua uma limitação de direitos, a dignidade do condenado não pode ser suprimida, nesse sentido o art.43 do Código Penal coloca: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. ” Logo, é dever do Estado garantir um conjunto de

direitos mínimos ao recluso de forma a perpetuar a dignidade desse, pois, o condenado assim como qualquer pessoa goza do direito à vida digna.

O grande problema é que o Estado não vem cumprindo a sua função, como foi dito anteriormente o Brasil tem um sistema prisional lindo na teoria, mas tenebroso na prática. O sistema prisional brasileiro afunda em um mar de problemas, nesse ponto Greco coloca:

“um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo às novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade.” (1983, p. 75.)

Dentre os principais problemas que afetam o sistema prisional brasileiro podemos destacar: falta de estrutura das unidades prisionais e assistência ao condenado, superlotação, violência tanto por parte dos presos como por parte do Estado. Todos esses problemas afetam diretamente a dignidade do condenado tornando quase impossível o alcance pleno das finalidades do sistema prisional.

A Realidade De Um Sistema Perfeito Na Lei

Embora a legislação de execução penal brasileira seja uma das mais modernas do mundo, a realidade evidencia que se está muito distante de vê-la aplicada de maneira adequada. Não obstante chegamos a discussão principal do presente trabalho, como já observado, o sistema penitenciário brasileiro se encontra em um mar de problemas, sendo os principais: a superlotação, a falta de estrutura e assistência aos presos além de altos índices de violência. Todos esses problemas criam um ciclo vicioso, pois, impedem que a pena alcance sua plenamente suas finalidades, contribuindo por exemplo para o aumento dos índices de reincidência, que por sua vez influenciam na questão da superlotação e assim uma bola de neve de deficiências vai afundando cada vez mais o sistema prisional brasileiro.

Vale salientar, que o presente trabalho não esgota o tema, já que existem inúmeras outras deficiências no sistema que aqui não serão tratadas. Agora prosseguiremos com cada um dos problemas acima elencados.

Superlotação e a Falta de Estrutura das Unidades Prisionais

A superlotação junto com a falta de estrutura e assistência nas unidades prisionais, talvez sejam os problemas mais graves do sistema prisional brasileiro, tais problemas andam juntos, pois, um problema agrava o outro, a superlotação agrava e piora a falta de estrutura, enquanto a falta de estrutura e assistência evidencia e ajuda agravar a superlotação.

Os arts. 85 e 88 da Lei de Execuções Penais colocam que o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade em uma cela individual e salubre. Quanto a assistência a LEP dispõe no artigo 11 que essa será: material; à saúde; jurídica; educacional; social e religiosa. No entanto, não é o que se vê na realidade, segundo dados do CNJ³, a população carcerária brasileira atual é cerca de 647 mil presos para pouco mais de 391 mil vagas, ou seja, há um déficit de mais de 250 mil vagas, tendo o Estado do Pernambuco a pior situação do país com 30 mil presos para pouco mais de 9 mil vagas. As condições na maioria das unidades são degradantes, faltando toda estrutura e assistência mínima necessária ao respeito da dignidade e dos direitos do condenado.

O relatório da Conselho de Direitos Humanos da ONU⁴ de 29 de janeiro desse ano, comprova a situação trágica do nosso sistema prisional, onde o relator evidencia a situação degradante das unidades prisionais, com celas superlotadas (inclusive, em uma das unidades visitadas, alega que em uma cela com capacidade para 9 presos continha 58 reclusos amontoados); escassez de alimentos, água potável e saneamento básico; péssima assistência à saúde e apoio psicossocial; além da falta de oportunidade de educação e trabalho nas unidades. Todas essas provas mostram que o sistema prisional brasileiro disposto em lei é uma utopia se comparado com a realidade, pois, na prática tudo ocorre diferente do que a LEP previu.

Vale observar, que cerca de 40%⁵ da população penitenciária é de presos provisórios aguardando julgamento⁶. Tal número é muito preocupante, pois, demonstra um triste problema do judiciário, a demora no julgamento, dessa forma, faz-se necessário que o Estado aprimore e aumente a estrutura do judiciário, para que esse possa julgar de forma mais ágil, desfogando as unidades prisionais e perpetuando o princípio da duração razoável do processo.

3 Dados retirados de < http://cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php >

4 Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil de 29/01/2016.

5 Informação retirada de < <http://brasildefato.com.br/node/29774>>

6 Dado retirado de < http://cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>

Importante mencionar, por fim, duas importantes decisões recentes do Supremo Tribunal Federal sobre o sistema prisional quanto a efetivação de direitos fundamentais sob a esteira da dignidade da pessoa humana.

A primeira delas foi debatida no Recurso Extraordinário (RE) 592581, reconhecendo-se que o Judiciário pode obrigar o Poder Executivo a realizar obras emergenciais em presídios, ainda que este poder alegue a insuficiência de recursos, para atender o mínimo de dignidade aos detentos.

A segunda delas trata-se da proposta de súmula vinculante nº 56 que afirma que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar nessa hipótese os parâmetros fixados no RE 641.320.”

Vê-se, claramente, a tendência do Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, a proteger a dignidade da pessoa humana no ambiente prisional.

A Violência nas Unidades Prisionais

Dentro das unidades prisionais infelizmente a violência reina, tal problema, em sua maior parte é um produto das deficiências de um sistema falido, sendo os principais fatores: a superlotação, falta de estrutura, falta de funcionários e má preparação desses, dentre outros fatores.

A superlotação e a falta de estrutura contribuem em muito para a violência, pois, impedem a separação dos presos de forma correta, fomentando questões como: mistura entre condenados e presos provisórios; conflitos entre facções rivais; perseguição de presos a outros que foram condenados a crimes repudiados pelos próprios condenados (estupro, pedofilia, infanticídio); violência sexual, entre outros casos de violência entre condenados. Nesse sentido coloca Rafael Damaceno de Assis:

“um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo às novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade.” (1983, p. 75.)

A violência não parte só dos condenados, infelizmente essa também parte dos agentes do Estado, pessoas que deveriam zelar pelo bem e direitos dos condenados acabam por cometer crimes como: tortura, violência sexual, corrupção dentre outros tipos de

violência⁷. Os principais motivos para tais práticas por parte dos funcionários são: a falta de estrutura para trabalho com poucos funcionários e carecimento de equipamentos; falta de preparo; baixos salários e elevado risco.

Um exemplo muito comum de violência por parte dos agentes do Estado, são os abusos sexuais nas revistas vexatórias, já que nessas, parentes e visitantes ficam nus em um cenário de total desrespeito a dignidade, para que os agentes verifiquem se essas pessoas trazem drogas ou quaisquer elementos proibidos no interior das unidades, no momento dessas revistas não é incomum abusos pelos funcionários. Tal situação seria facilmente evitada se o Estado oferecesse equipamentos como aparelhos de raio x, no sentido da violência por parte dos funcionários dispõe Greco:

“um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo às novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade.” (1983, p. 75.)

A soma de toda essa violência, pode culminar em problema maiores, as rebeliões e motins, que são o ápice da violência nas unidades provocando destruição e várias mortes. Nesse sentido Rafael Damasceno coloca:

“um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca harmonizar o Direito Penal recorrendo às novas medidas que não o encarceramento: que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua personalidade.” (1983, p. 75.)

E o massacre do Carandiru é um dos muitos exemplos de motins cruéis da história prisional brasileira, onde o excesso de presos (7,4 mil reclusos para pouco mais de 3,4 mil vagas) aliados a péssimas condições, violência e maus tratos, culminou em 111 mortes no pavilhão nove da casa de detenção^{8 9}.

Diante do apresentado percebemos o quão grave é a situação da violência no sistema prisional brasileiro, um lugar em que o nome vem de penitência, que deveria ser um espaço de reflexão é em verdade uma bomba em eminência de explosão.

Reincidência e colocações finais sobre os problemas

7 Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil 29/01/2016.

8 Dados retirados de <<http://global.org.br/programas/apos-20-anos-do-massacre-do-carandiru-pouca-coisa-mudou-no-sistema-penitenciario-brasileiro-e-no-tratamento-de-jovens-negros-e-pobres/>>

9 Informação retirada de <<http://noticias.r7.com/sao-paulo/23-anos-apos-massacre-do-carandiru-sociedade-punitiva-trava-avanco-no-sistema-penitenciario-02102015>>

Diante dos problemas expostos fica claro que o sistema prisional brasileiro se encontra em um plano distinto do que a norma colocou, a perfeição está na apenas na letra da lei, dessa forma faz-se necessário expor últimas considerações sobre os problemas e algumas alternativas, sem, no entanto, fugir do caráter expositivo do trabalho.

A primeira observação necessária é que devido a todos esses problemas (superlotação, falta de estrutura, falta de assistência e violência), torna-se impossível o sistema prisional brasileiro alcançar a sua finalidade primal elencada no terceiro tópico do presente trabalho, a prevenção especial positiva, ou seja, a recuperação do criminoso. Dessa forma, as prisões que deveriam ser lugares de recuperação, tornaram-se verdadeiras escolas do crime, o Conselho Nacional de Justiça estima uma taxa de 70% de reincidência criminal¹⁰, ou seja, de cada 10 reclusos soltos 7 voltam a delinquir.

O alto grau de reincidência, além de agravar outros problemas como a superlotação, coloca em xeque a eficácia das penas privativas de liberdade, pois, quando algo não funciona deve-se buscar alternativas.

Dessa forma o uso de penas alternativas e um maior incentivo a educação parecem ser as soluções mais viáveis a falência do sistema prisional brasileiro. Quanto ao uso de penas alternativas, elas já são comumente usadas no nosso ordenamento seja com caráter substitutivo das restritivas de direitos dentro do código penal, ou em caráter primário na legislação esparsa, vide como exemplo as penas do artigo 260 do Código de Trânsito Brasileiro.

No entanto, deve o legislador expandir o uso das penas alternativas dentro do código penal, já que privar a liberdade não vem funcionando de forma efetiva, deixando as prisões apenas para os crimes extremamente graves e para os indivíduos mais perigosos, desafogando dessa forma o sistema prisional e assim aumentando as chances de recuperação dos infringentes as normas.

O incentivo a educação é uma das alternativas e soluções mais importantes, pois, atualmente, um preso na unidade estadual custa em média R\$ 21 mil reais anuais para o Estado, o gasto dobra quando se trata de um preso em unidade federal, enquanto que o gasto com um aluno de escola pública não excede R\$ 3 mil reais anuais no país¹¹. O valor gasto com o sistema prisional não seria um problema se esse de fato alcançasse sua finalidade e

10 Informação sobre reincidência retirado de: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>.

11 Dados estatísticos do parágrafo retirados de: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-gasta-com-presos-quase-triplo-do-custo-por-aluno-3283167>>

recuperasse o condenado, porém, como vimos, isso não acontece.

Uma pesquisa realizada pela USP¹², mostra que a cada 1% investido na educação a criminalidade é reduzida em 0,1%, além de reduzir a criminalidade uma melhora econômica e social no país, efeitos que o sistema prisional já mais trouxe, recorde-se o velho ditado “é melhor prevenir que remediar”, a educação impede que a criminalidade aconteça, impedindo as lesões que o crime realiza na sociedade.

CONCLUSÃO

A política criminal brasileira, por sua história, sempre esteve voltada a prevalência das penas privativas de liberdade, como clássico direito penal de primeira velocidade.

No entanto, o sistema de repressão dos crimes praticados vê na pena dois aspectos relevantes, quais sejam o aspecto preventivo e o aspecto punitivo. Preventivo no sentido de impedir que o agente pratique o crime, para que não sofra a sanção descrita na lei; já o aspecto punitivo retrata a retribuição ao criminoso do mal que ele praticou perante a sociedade.

Sendo assim, se o Brasil adota, como finalidade de pena, a finalidade punitiva, deve fazê-lo com a correta observância da dignidade da pessoa humana, visando, inclusive, a posterior ressocialização do condenado.

A Lei de Execuções Penais na teoria é uma das leis mais avançadas do mundo em termos de cumprimento digno da pena imposta ao condenado. No entanto, na prática não é o que se vê. O sistema prisional é precário, com superlotação, falta de espaço adequado, dentre outros problemas. Nota-se, claramente, que a dignidade da pessoa humana não é respeitada, de modo que o criminoso deve se valer do Judiciário em busca de melhores condições para o cumprimento de suas penas.

Sendo assim, conclui-se que o sistema prisional brasileiro é totalmente diferente dos ditames que o ordenamento jurídico coloca, encontrando-se em um estado de total desrespeito aos direitos e a dignidade do condenado, em um cenário de falta de estrutura; assistência; superlotação e violência, não atingindo sua finalidade principal, a recuperação do indivíduo (prevenção especial positiva), possuindo elevados índices de reincidência.

Dessa forma, faz-se necessário uma mudança de vetor, incentivando as alternativas a prisão e principalmente um maior investimento na educação, para dessa forma desafogar o sistema prisional brasileiro, afim não mais de remediar e sim prevenir a criminalidade.

12 Retirado de: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/06/05/pesquisa-mostra-que-investimento-em-educacao-reduz-criminalidade.htm>>

Enquanto a mudança silenciosa não ocorre, o Judiciário tem se tornado o local para que os condenados obtenham melhores condições para o cumprimento de suas penas.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Rafael Damasceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>> Acesso em: 12 de junho de 2016
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 21. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Lei de Execução Penal. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas a privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Finalidades da pena/ Gustavo Junqueira - Barueri, SP: Manole, 2004
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livros do Advogado Ed. 2001.

CIDADANIA, VULNERABILIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE AS GARANTIAS TRABALHISTAS DE MIGRANTES HAITIANOS NO BRASIL

André Godinho CUNHA¹
Melissa Martins CASAGRANDE²

RESUMO

O presente trabalho aborda as dificuldades sócio-políticas e jurídicas dos cidadãos haitianos que migram para o Brasil e propõe uma análise do princípio da isonomia como direitos fundamentais sob o prisma da efetividade dos direitos trabalhistas dos migrantes haitianos indocumentados. Examina-se a obrigação do Estado brasileiro em aplicar os princípios da igualdade e não discriminação tratando-se a problemática à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos em face de instrumentos normativos internacionais e na recomendação do CNIg pela aplicação do Parecer Consultivo nº18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos assim como da Constituição brasileira e legislação específica.

PALAVRAS-CHAVE: migrantes indocumentados; proteção; isonomia; não-discriminação

ABSTRACT

Ce travail enquête sur les difficultés socio-politiques et juridiques des citoyens haïtiens qui migrent vers le Brésil et propose une analyse du principe de l'égalité en tant que droits fondamentaux à la lumière de l'efficacité des droits du travail des migrants haïtiens sans papiers. Il examine l'obligation de l'Etat brésilien de faire appliquer les principes de l'égalité et la non-discrimination dans le cas de la problématique au regard du Droit International des Droits Humains face à des instruments juridiques internationaux et la recommandation du CNIg pour l'application de l'avis consultatif n ° 18 de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme ainsi que la Constitution brésilienne et la législation spécifique.

KEY-WORDS: migrants non documentés; protection; isonomie; non-discrimination

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe uma análise do direito dos migrantes haitianos

- 1 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Tem experiência na área de Direitos Humanos, com ênfase em imigração. Extensão em Relações Internacionais e Antropologia pelo ISCS - Lisboa
- 2 Pós-Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Doutora em Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico pela McGill University, Canada revalidado no Brasil pela Universidade de São Paulo - USP, Mestre em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Experiência de ensino em universidades brasileiras e canadenses nas áreas de Teoria do Estado, Direito Internacional Público, Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito Constitucional e Metodologia da Pesquisa Científica em Direito. Professora de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na Universidade Positivo. Pesquisadora do Centro de Pesquisa Jurídica e Social (CPJUS) da Universidade Positivo. Colaboradora do Programa de Extensão e Pesquisa Política Migratória Universidade Brasileira (UFPR). Pesquisadora e consultora de organizações internacionais nas áreas de Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário, proteção de refugiados, migrantes e apátridas e governança de organizações do terceiro setor.

indocumentados de terem seus direitos trabalhistas garantidos sem que haja amesquinamento, isto é, com igual consideração em relação aos nacionais brasileiros. Levando em conta a concessão do direito à permanência por razões humanitárias à cidadãos haitianos no Brasil e o crescente aumento da migração haitiana no Brasil percebido nos últimos quatro anos, tendo-se iniciado em 2010.

A universalidade da garantia da igualdade de direitos entre o trabalhador migrante e o trabalhador nacional encontra respaldo nas Convenções nº 97 e nº 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Opinião Consultiva 18/03 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e na Constituição Federal brasileira de 1988.

Todavia, mesmo diante do enorme número de dispositivos internacionais de Direitos Humanos, verifica-se que poucos países são signatários das Convenções mencionadas acima, e mesmo aqueles que são signatários por vezes desrespeitam os princípios nelas albergados.

Em contrapartida, a postura categórica e universal do regime internacional dos Direitos Humanos aponta para uma tendência de relativizar-se o poder do Estado, sobretudo no que tange os direitos dos migrantes mediante a formação de constitucionalismo global fundado no princípio da dignidade da pessoa humana que abarca tais princípios universais assim como pela construção e fortalecimento de um sistema internacional de proteção de Direitos Humanos centrado no cidadão.

Destarte, aborda-se a realidade social dos migrantes, apresentada exatamente, sobre o prisma dos Direitos Humanos, que tem como princípios basilares a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a não-discriminação. Analisam-se, portanto, dispositivos normativos constitucionais e infraconstitucionais assim como jurisprudência internacional e instrumentos normativos internacionais ainda não incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Dispositivos estes que norteiam, ou em princípio deveriam nortear, uma política migratória brasileira.

Coloca-se ainda a seguinte discussão, uma vez que o país adotou uma resposta positiva e contemporânea diante da crise humanitária do Haiti, regularizando a entrada destes migrantes em território nacional, em respeito, dentre outros fatores ao princípio da não-devolução, sedimentado no Direito Internacional. Procura examinar se os migrantes têm a sua cidadania promovida, ou seja, se desfrutam plenamente de seus direitos após sua entrada no

Brasil. Assim é importante tratar primeiramente dos conceitos contemporâneos de cidadania e pós-nacionalidade.

Considera-se ainda que a atual postura do Estado brasileiro em relação à crise humanitária no Haiti contorna uma lei absolutamente ultrapassada e retrógrada baseada no princípio da segurança nacional, o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80). O presente trabalho preocupa-se em problematizar a seguinte questão central: se migrar é um direito humano e a cidadania hoje tende a romper com a ideia de nacionalidade, em que medida seria necessário ampliar e efetivar por meio de políticas públicas o gozo dos direitos fundamentais dos migrantes haitianos para além do direito à permanência por razões humanitárias, que já lhes garantem uma série de direitos, dentre os quais os seus direitos trabalhistas?

Para responder tal questão torna-se importante compreender também o caminho administrativo para concessão dos documentos ao migrante, bem como os problemas enfrentados durante sua jornada ao Brasil e em sua chegada. Além disso, faz-se necessário desmitificar os aspectos sobre a imigração em si. Uma vez que migrar é um direito e a resposta do Estado brasileiro à crise humanitária no Haiti determina o acolhimento e regularização da residência habitual de cidadãos haitianos no Brasil, torna-se indispensável o tratamento digno do migrante, mesmo que indocumentado.

DISSOCIAÇÃO ENTRE NACIONALIDADE E CIDADANIA

O conceito universal de cidadania, radiado pelos Direitos Humanos, é consagrado na esfera global pela Carta das Nações Unidas de 1945, pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 em âmbito regional. Tal conceito de cidadão, daquele que goza do direito a ter direitos, não atribui a necessidade à pessoa de portar essa ou aquela nacionalidade para que possa gozar de direitos fundamentais.

Além disso, a mobilidade é um traço indefectível do ser humano, que persiste desde os primórdios da história, por isso as pessoas migram de forma voluntária, semi-voluntária ou forçada para outros Estados que não o seu Estado de nacionalidade e lá estabelecem a sua residência habitual. Argumenta-se que migrar é um Direito Humano garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 13 e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em seu artigo 12. Entretanto, os Estados reservam para si o poder de atribuir a nacionalidade, e a partir dela, o poder de estabelecer condições para concessão de

direitos fundamentais a seus nacionais e aos não-nacionais que se encontrem em seu território de forma temporária ou permanente limitando assim o exercício da cidadania.

Então temos um paradoxo, que se sedimenta no espaço entre os direitos internacional e interno. Enquanto no âmbito internacional basta tão somente à condição de ser humano para ser um sujeito de direitos fundamentais, um cidadão, no plano ôntico encontra tolhido o gozo dos direitos humanos, muitas vezes, tão somente pelo critério da nacionalidade.

Neste sentido, Ramos observa que “o próprio conceito de ‘cidadão’, ampliado na era contemporânea pelo de ‘nacional’, serve para excluir o outro, o não nacional, amesquinhando seus direitos e constituindo-se em fonte inesperada de opressão a seres humanos, que não possuem a nacionalidade daquele Estado” (RAMOS, 2010, p. 732). No mesmo sentido, Santos propõe a metáfora do pensamento abissal para descrever um sistema de distinções visíveis pelo estabelecimento de linhas radicais que dividem a realidade social em dois universos distintos: o universo “deste lado da linha” e o universo “do outro lado da linha” (SANTOS, 2007, p. 3). Neste contexto tais linhas radicais são fronteiras que separam não apenas espaços geográficos mas também espaços de soberania/cidadania. Para Santos, a divisão da realidade social é tal que outro lado da linha desaparece enquanto realidade, torna-se inexistente, e é mesmo produzido e reproduzido como inexistente (SANTOS, 2007, p. 3-4).

Essa estruturação moderna de Estado-Nação, no molde westfaliano do direito moderno construído com base nos princípios da soberania e da não-ingerência, vem sendo relativizada pelos fenômenos da internacionalização da proteção dos Direitos Humanos e pela humanização do Direito Internacional. A construção de normas internacionais de proteção de Direitos Humanos e a crescente eficácia de seus mecanismos de proteção nos planos global e regional demonstram a sedimentação do princípio da primazia dos Direitos Humanos no Direito Internacional Público contemporâneo ou pós-moderno. A proteção do ser humano e de seus direitos fundamentais passa a ser o foco do Direito Internacional Público e o papel do Estado se reconfigura como àquele que oferece e faz cumprir tal proteção universal.

A soberania do Estado relativiza-se frente ao indivíduo, pois cada vez mais impera a ideia de que a dignidade da pessoa humana é o axioma dos direitos. Consequentemente, entende-se que o conceito de cidadania desvincula-se de nacionalidade, isto é, cidadania significa o exercício de direitos independentemente do local em que o cidadão se encontre ou tiver estabelecido regularmente a sua residência habitual. Consoante à proposição, Reis salienta que “a criação de um regime internacional de direitos humanos estaria, pois, levando

a uma perda de autonomia do Estado na tarefa de decidir sobre questões referentes aos direitos de entrada, ao tipo de diferenciação entre nacionais e estrangeiros dentro de seu território, ao direito de residência e aos critérios de nacionalização”. Reis argumenta que, neste contexto, tal regime estaria contribuindo para a criação de uma espécie ideal de “cidadania pós-nacional ou transnacional” (REIS, 2007, p. 157).

A relativização do controle por parte do Estado sobre suas fronteiras no que concerne a circulação de pessoas pode ser exemplificada por um princípio atinente à figura internacionalmente consagrada do refúgio: o princípio do non-refoulement. Como explica Godoy, o princípio da não devolução, ou non-refoulement, proíbe que o Estado deportar o estrangeiro que pede refúgio antes que tal pedido seja devidamente analisado, frisando-se ainda a proibição da prática de expulsões coletivas (GODOY, 2012, p. 48).

Dentro desta perspectiva de análise dos conceitos de cidadania, em especial no que concerne ao migrante, faz-se importante discutir o arcabouço jurídico no Brasil sobre o tema, e analisar as inovações diante da nova realidade.

DIREITOS DOS MIGRANTES DIANTE DA CONSTITUIÇÃO E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Existem no Brasil diferentes categorias de permanência de estrangeiros. Primeiro aquele que regularmente ou irregularmente visa residir habitualmente no país. Também existem os que estão em território nacional apenas transitoriamente ou temporariamente, seja por turismo, por motivos de estudo ou a negócios, etc. Existem também aqueles que podem desfrutar de permanência em consequência de acordo de livre circulação de pessoas, como, por exemplo, os nacionais de Estados do Mercosul ou ainda àqueles que fazer considerável investimento econômico em território nacional ou no Brasil podem permanecer por razões familiares como o casamento ou união estável com brasileiro e/ou por prole brasileira. E por fim, o do refugiado, que motivos de perseguição, fundado temor de perseguição ou grave violação aos direitos humanos deixa seu país. Igualmente a figura dos que sofrem perseguição política e buscam asilo. Feitas estas considerações, passemos à análise da Constituição Federal.

No plano constitucional verifica-se a postura do Brasil em relação aos estrangeiros, pautada nos princípios da dignidade da pessoa humana, e no princípio da igualdade, conferindo ao nacional e ao estrangeiro residente a “inviolabilidade do direito à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (artigo 5º, caput).

Nota-se desde logo o modelo de Estado-Nação no bojo do artigo 5º, que limita os direitos fundamentais aos nacionais e aos estrangeiros residentes, atentando contra os dispositivos internacionais de proteção pautados na universalidade da dignidade da pessoa humana, mas também contra outro princípio constitucional, qual seja o da igualdade.

Todavia tal visão, o estudo do direito constitucional exige o rompimento com o positivismo jurídico, e uma interpretação limitada que atualmente é amplamente superada pela doutrina, de maneira a estender os direitos fundamentais a todos os estrangeiros, e, conformar-se como os princípios de um Estado Democrático de Direito e com o Direito Internacional de Direitos Humanos. Neste sentido Wendpap & Kolotelo ilustram a necessidade de superação de uma interpretação puramente positivista do caput do artigo 5º ao afirmar que “seria absurdo que o Brasil negasse a garantia do direito à vida para um estrangeiro que transita pelo país” frisando ainda que “qualquer pessoa em território nacional merece ter seus direitos fundamentais respeitados de maneira igualitária”. (WENDAPAP; KOLOTELO, 2007, p. 198).

Na mesma guisa de entendimento Ramos frisa que “é pacífica a doutrina de extensão da titularidade de direitos fundamentais a todos os estrangeiros” e que tal titularidade se justifica de diversos modos. Para Ramos “o Estado democrático de Direito fundado pela Constituição de 1988 não admitiria a privação de direitos fundamentais com base no critério da não-residência que não possui qualquer pertinência no exercício de tais direitos básicos” e o tratamento de estrangeiros não residentes como desprovidos de direitos ofenderia ainda um dos fundamentos da República: a promoção da dignidade humana (RAMOS, 2010, p. 730).

Importante também salientar que a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, § 2º estabelece clausula aberta que permite que os direitos fundamentais constantes em tratados internacionais ratificados pelo Brasil radiem efeitos no cenário internacional e interno, dispensando-se a edição de decreto de execução (PIOVESAN, 2015, p. 163). Piovesan ressalta que “além de fortalecerem e ampliarem o catálogo de direitos previstos pelo Direito brasileiro, os instrumentos internacionais também apresentam relevantes garantias para a proteção de direitos” pois tais instrumentos indicam um consenso internacional sobre a necessidade de adotar parâmetros mínimos de proteção de Direitos Humanos, em outras palavras, indicam que “os tratados não são o ‘teto máximo’ de proteção, mas o ‘ piso mínimo’ para garantir a dignidade humana, construindo o ‘mínimo ético irreduzível’”. Segundo

Piovesan, neste mesmo contexto, os direitos internacionais impõe ainda deveres jurídicos aos Estados no sentido de respeitar, proteger e implementar os Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2015, p. 164).

Nessa ordem de ideias, diante do que dispõe a Constituição brasileira, é possível evocar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos entre os demais tratados que versam sobre a questão da proteção da cidadania, ou seja, do exercício de direitos fundamentais, de estrangeiros no Brasil.

Ainda no plano interno faz-se importante comentar a (Lei nº 6.815/80), denominada Estatuto do Estrangeiro, que trata migrantes com uma política economicista, isto é, àqueles que vêm ao país, vem com a intenção de trabalhar. Tais generalizações devem ser interpretadas com cautela pois o senso comum é pródigo em explorar mitos como o da escassez de trabalho por conta da chegada de trabalhadores estrangeiros, o que hoje sabidamente é ultrapassado.

O Estatuto aludido foi criado durante o período de ditadura militar, também denominado como “os tempos de chumbo”. Por consequência de ter sido criada em um período antidemocrático, a lei direciona-se a uma política de imigração absolutamente restritiva, pautada na segurança nacional. Privando inclusive os migrantes de direitos fundamentais, tal qual o da liberdade de manifestar-se publicamente. Vale lembrar que ainda hoje não houve dispositivo que revogou ou alterou esta lei, e os migrantes, infelizmente, são submetidos a esta lei que está patentemente em desacordo com diversos tratados internacionais. Uma interpretação sistemática da lei em face dos princípios constitucionais contemporâneos verifica facilmente a afronta tanto o princípio da igualdade quanto o da liberdade. Ventura observa que “o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80), assinado pelo general João Figueiredo em 1980, cujas principais características são o alto grau de restrição e burocratização da regulação migratória, a discricionariedade absoluta do Estado, a restrição dos direitos políticos e a liberdade de expressão, além da explícita desigualdade em relação aos direitos humanos dos nacionais” (VENTURA, 2014).

Vale fazer menção à existência de um anteprojeto, já em tramitação no Congresso Nacional, denominado Lei de Migrações, que pretende a substituição do ultrapassado Estatuto do Estrangeiro, cuja primeira versão foi desenvolvida por especialistas convocados pelo Ministério da Justiça. É importante ressaltar também que a evolução sociopolítica do ordenamento jurídico brasileiro com a redemocratização do Estado e a promulgação da

Constituição de 1988 traz um novo paradigma ideológico de pluralismo e diversidade que progressivamente altera a orientação político-legislativa brasileira concernente aos Direitos Humanos e à proteção humanitária. A promulgação da Lei n. 9.474 em 1997, também conhecida como Lei do Refúgio, é um exemplo deste avanço.

A chegada progressiva de refugiados e de fluxos migratórios expressivos por razões humanitárias, principalmente do Haiti, colocam à prova a antiquada legislação vigente embasada na segurança nacional, e, que atualmente regula a chegada e documentação de estrangeiros.

Para Gediel & Casagrande esse espaço legislativo “é ao mesmo tempo novo e defasado e representa um dos maiores paradoxos da resposta brasileira aos grandes fluxos migratórios recentes”. Este paradoxo é demonstrado na cultura institucional na prestação de serviços públicos a migrantes e refugiados, que incluem acolhimento e inserção social, seguindo o viés da legislação que disciplina a entrada e permanência de estrangeiros anterior à Constituição de 1988 e simultaneamente aos marcos de referência contemporâneos para a proteção de refugiados e migrantes em situação de vulnerabilidade estabelecidos na América Latina e globalmente (GEDIEL & CASAGRANDE, 2015, p. 99-100).

Proteção complementar: a permanência por razões humanitárias

O Brasil pautou-se nos Direitos Humanos para tratar os desafios frente ao contexto do desastre ocorrido no Haiti. Essa postura responsável por parte do Brasil deu-se pela relação de proximidade entre os dois Estados, em decorrência, principalmente, da atuação da Missão das Nações Unidas para estabilização no Haiti, ou MINUSTAH, por sua sigla em francês, comandada desde o princípio pelas Forças Armadas brasileiras, e que detém o maior efetivo em solo haitiano. Para Gediel & Casagrande, esta atuação contribuiu tanto para a produção de certa imagem que a população haitiana tem do Brasil como para requalificar a posição brasileira no plano global da política humanitária (GEDIEL & CASAGRANDE, 2015, p. 98). Além da presença ostensiva do Brasil no Haiti, é inegável a existência de similitudes culturais que aparecem inclusive em nossa música e no amor dos haitianos pelo futebol brasileiro (CHAVES JUNIOR, 2008).

Como explicitado anteriormente, não há um, mas vários estrangeiros diante da lei brasileira, contudo, o trabalho tem como foco abordar a situação dos migrantes haitianos. Para que haja uma compreensão mais aprofundada sobre o visto humanitário concedido aos

haitianos que migram para o Brasil, torna-se necessário abordar as normas que tratam sobre a questão dos refugiados e o princípio da não-devolução.

Considera-se a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 o mais importante diploma que versa sobre o refúgio, e que, ao contrário das normas internacionais anteriores sobre o tema, que destinavam-se a alguns casos concretos, isto é, com critérios herméticos, a Convenção é de caráter genérico, bastando, para se reconhecer o refúgio tão somente a figura da perseguição odiosa ou do fundado temor de perseguição e a incapacidade do refugiado de retornar ao país de que partiu.

Posteriormente, a limitação temporal da Convenção de 1951 foi vencida com a entrada em vigência, em 1967, do Protocolo Adicional à Convenção de Refugiados. A Convenção tinha efeito somente para situações de refúgio ocorridas anteriormente a 1951.

Em 1969, foi assinada a Convenção da Organização da Unidade Africana sobre Refugiados, de âmbito regional africano, que ampliou o conceito de refugiado, antes *stricto sensu*, focada no sujeito, para casos em que fosse verificada grave violação aos direitos humanos que compelsse as pessoas a buscarem outro país para refugiarem-se. E por fim a Declaração de Cartagena, de âmbito regional interamericano, firmada em 1984 e que reúne todos os critérios anteriormente utilizados nas Convenções e amplia ainda mais o conceito de refúgio e proteção. A Declaração de Cartagena sobre Refugiados é uma das maiores conquistas no processo de desenvolvimento de um regime de proteção na América Latina. Segundo Reed-Hurtado, o processo iniciado pela Declaração promoveu com sucesso o estabelecimento e a consolidação de práticas e princípios humanitários no âmbito da prática administrativa e legislativa dos Estados que a adotam (REED-HURTADO, 2003, p. 4-10).

O Brasil ratifica a Convenção das Nações Unidas de 1951 e a incorpora em seu plano interno, tratando do refúgio através da lei nº 9.474/97, também conhecida como Lei do Refúgio que acompanha a postura contemporânea da Declaração de Cartagena que trás uma interpretação ampliada do conceito de refugiado.

Tanto a Convenção como a Declaração contém expressamente o princípio de non-refoulement, ou não-devolução, que veda a expulsão em massa de pessoas solicitantes de refúgio. A pessoa que solicita o refúgio para qualquer autoridade migratória tem a garantia de que não será deportada.

O princípio da não-devolução integra diversos tratados internacionais e argumenta-se o seu reconhecimento como norma cogente do Direito Internacional Público. O princípio da

não-devolução em conjunto com a evolução do conceito ampliado de refúgio, determina o surgimento da “proteção complementar”. Tal termo procura promover a proteção humanitária de quaisquer casos que não estejam albergados em normas referentes ao refúgio mas que dão ensejo à necessidade de proteção internacional.

Constante no Manual do ACNUR de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado, confere-se a essencialidade ao termo “fundado temor de perseguição” para o enquadramento como refugiado. Existe, portanto, um elemento subjetivo para determinar o refugiado, que é exatamente o temor de regresso, de modo a demonstrar que é intolerável o retorno. Assim explica Godoy:

Sobre a definição mais ampla de refugiado, três aspectos foram considerados relevantes para a aplicação do inciso III da Lei 9.474/1997: a incapacidade total de ação do Estado de origem; a carência de paz duradoura; e o reconhecimento da comunidade internacional sobre a grave e generalizada violação de direitos humanos no território ou Estado em questão (GODOY, 2012, p. 62).

Feitas as considerações sobre a evolução legal do conceito de refugiado e como o Brasil tem acompanhado tal evolução, bem como o conceito da “proteção complementar”, parte-se para uma análise direta do visto humanitário concedido aos haitianos.

O Brasil utilizou-se da “proteção complementar” para a criação da solução de permanência por razões humanitárias para cidadãos haitianos. De fato, argumenta-se que a realidade haitiana enquadrou-se no conceito aberto de proteção dada a incapacidade total e sistemática do Estado. O Haiti, que em 2009 já possuía uma realidade social extremamente complexa, constituindo o menor PIB do continente, foi abalado por um terremoto em 2010. O terremoto deixou 222.570 mortos e quase 500 mil feridos (CHAVES JUNIOR, 2008). A implementação inédita da modalidade do visto humanitário para haitianos no Brasil atenderia, portanto, a necessidade de proteção humanitária dos cidadãos haitianos devido ao cerceamento do exercício de seus Direitos Humanos em virtude da histórica instabilidade política exacerbada por um desastre natural de grandes proporções (GEDIEL & CASAGRANDE, 2015, p. 103).

Godoy afirma que as vítimas de desastres naturais não são refugiados no sentido tradicional. Todavia, alguns Estados como a Venezuela, os Estados Unidos e o Brasil, têm se empenhado em contornar o rigor técnico das definições e por medidas legislativas e administrativas inovadoras de dar amparo a essas questões oferecendo assim proteção complementar àqueles que desta proteção necessitam. Segundo Godoy, tais medidas são uma boa prática representando uma resposta positiva do Estado que é coerente com sua

responsabilidade perante o Direito Internacional de proteger as pessoas que estejam em seu território ou sob sua jurisdição, independentemente de sua nacionalidade ou status migratório” (GODOY, 2012, p. 48).

O órgão brasileiro competente para analisar os pedidos de refúgio é o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), ligado ao Ministério da Justiça. Quando um pedido enviado ao aludido órgão não atende aos requisitos tradicionais de refúgio, ainda que haja o indeferimento, tal pedido é enviado ao Comitê Nacional de Imigração (CNIg), órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, que analisa justamente os casos omissos na Convenção e Lei nº 9.474/97.

A resolução normativa nº 13 do CONARE, autoriza o envio para o (CNIg) dos casos que não cumpram o critério tradicional motivados por razão humanitárias. Desta maneira, o (CNIg) tem concedido aos haitianos o visto de permanência, ou também denominado “visto humanitário”, de acordo com suas próprias Resoluções Normativas regulando a matéria expedidas desde 2012.

O número de pedidos de refúgio cresceu 800% entre 2010 e 2015. Contudo, é interessante notar que o número de migrantes, refugiados ou não, que chegam ao Brasil, não atinge o número de brasileiros que emigram para outros países.

Com a emissão do visto de permanência, os haitianos podem obter o Cadastro de Pessoa Física (CPF), o Registro Nacional de Estrangeiro (RNE), Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e usufruir dos serviços e programas públicos.

A questão é se efetivamente existem políticas públicas capazes de proporcionar a efetivação desses direitos. As barreiras são diversas, tais como a língua e a cultura. Gediel & Casagrande observam que “a preservação da dignidade e o acesso aos direitos fundamentais não se materializam com a simples emissão de um visto de permanência por razões humanitárias e que o reconhecimento da vulnerabilidade e a intenção de proteção não são suficientes para oferecer proteção de fato” (GEDIEL & CASAGRANDE, 2015, p. 104).

DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Eis o ponto central da discussão do presente artigo: o visto humanitário tem sido capaz de promover dignidade à realidade que os haitianos se deparam quando chegam ao Brasil?

Ainda que o posicionamento do CONARE e do CNIg, frente à questão dos haitianos

seja pautado nos Direitos Humanos, embora o visto humanitário promova em certa medida a cidadania, aqui entendida nos moldes do conceito de pós-nacionalidade, ou seja, capacidade de exercer direitos sem a exigência da titularidade da nacionalidade do país de residência habitual, insta verificar, de maneira profunda, a promoção desta cidadania.

Milhares de haitianos que chegaram ao Brasil desde 2010 se encontram em situação de vulnerabilidade por serem, de fato, e por diversos motivos, indocumentados. Ainda que medidas tenham sido paulatinamente tomadas desde a implementação da permanência por razões humanitárias para haitianos, parte ainda espera emissão do visto. Outros, em decorrência da ação de coites (criminosos que traficam pessoas, pelas fronteiras), têm seus documentos que foram emitidos ainda no Haiti rasgados ou roubados para que o ciclo de dependência criado pelo tráfico de pessoas se perpetue. Por mais que o protocolo de solicitação do visto garanta inúmeros direitos, o desconhecimento desta realidade pelos próprios migrantes ou ainda, e principalmente, pelos agentes públicos dificulta o acesso a inúmeros direitos fundamentais. Em outra situação ainda mais irônica, ocorrida com aqueles que chegam com o visto humanitário concedido pela embaixada do Brasil no Haiti, mas acabam encontrando dificuldades em obter documentação no Brasil por questões puramente burocráticas.

Os órgãos públicos federais, estaduais e municipais são constantemente colocados à prova pois além do súbito aumento de prestação de serviços que antes desempenhavam em caráter excepcional, ou seja, além da prestação do serviço público à nacionais do Estado, inclui-se também um considerável número de estrangeiros, a cultura institucional na prestação destes serviços públicos segue o viés da legislação que disciplina a entrada e permanência de estrangeiros, anterior à Constituição de 1988 e não o da legislação em prol dos Direitos Humanos posterior a ela. Como consequência, soma-se ao corpo legislativo defasado, uma grande quantidade de medidas administrativas destinadas exclusivamente ao migrante usualmente carregadas de formalismo e extremamente dependentes da discricionariedade do agente público que as elabora e executa.

As dificuldades para obtenção de documentação local como o CPF, o RNE e a CTPS acabam gerando uma situação de limbo jurídico para os haitianos que migram para o Brasil muito embora a sua permanência seja, em tese, regular. Sem documentos, infelizmente, os migrantes estão sujeitos a todo tipo de exploração decorrente do tráfico e outras formas de exploração de pessoas como o trabalho escravo. Isto é, sem a Carteira de Trabalho, acabam

submetendo-se a trabalhos com condições indignas e que não respeitam a legislação trabalhista vigente.

Sem levar em conta as dificuldades financeiras que passam na chegada ao Brasil, a maioria deles não possuem dinheiro sequer para alimentar-se, pagar sua moradia, e muito menos para pagar o valor da guia à Polícia Federal, para o que o pedido de permanência seja encaminhado às autoridades competentes para emití-lo.

Percebe-se desta maneira, que muitos ficam à margem do visto humanitário, ainda que por alguns meses. Diante da problemática do exercício de direitos fundamentais daqueles que não possuem documentos, qual seria a medida mais acertada para evitar tal cerceamento da cidadania?

Para responder a essa pergunta, primeiramente é necessário perceber que a sociedade deve superar alguns mitos sobre problemas que não se verificam na realidade quando se tratam de migrantes indocumentados, popularmente designados “imigrantes ilegais”, independentemente da regularidade de sua permanência. Em segundo lugar, faz-se necessária a promoção de uma política pública sobre migração, hoje inexistente ou pífia no país, respeitando os dispositivos que protegem os estrangeiros indocumentados que são, dentre outros: as Convenções nº 97 e nº 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Opinião Consultiva nº 18 de 2003 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

Mitos e preconceitos contra migrantes indocumentados

Acerca dos imigrantes indocumentados, Ventura salienta que existe o mito de que impedir ou dificultar a entrada dos imigrantes repele a ação dos coiotes, quando na verdade, se o roteiro torna-se mais controlado e restritivo, maior o valor cobrado pelos atravessadores e consequentemente maior a demanda pela atividade. (VENTURA, 2014).

Quando é tratado o tema da imigração no Brasil, por vezes as pessoas parecem esquecer que a nação é constituída por imigrantes. Com a chegada de cidadãos haitianos em grande escala, o sentimento popular passa a ser o de “invasão”, contudo, como ressalta Ventura, em 2014, a chegada de estrangeiros ao país não compõe o percentual de 0,5% da população, enquanto que no mesmo ano 1% de brasileiros emigraram para várias partes do mundo, como migrantes econômicos (migrantes voluntários), e que é bastante diferente da

motivação de haitianos que vêm ao Brasil. Ressalte-se ainda, que mesmo com a concessão do visto humanitário, os quase 3,5 milhões de haitianos por todo o planeta, apenas uma pequena parcela decide vir ao Brasil.

Como bem salienta Ventura, existe um temor de que os imigrantes causem surtos e epidemias das mais diversas doenças trazidas do Haiti, tais como o ebola e a febre chikungunya.. Outro mito, em relação ao mercado de trabalho, é de que a imigração gera a escassez empregos, tal mito todavia, é rebatido por Ventura ao afirmar que “a ideia de que o estrangeiro rouba os empregos dos nacionais, abusa dos serviços do Estado e eleva os índices de criminalidade é contrariada pela maioria dos estudos realizados a respeito do tema” (VENTURA, 2014).

Direitos fundamentais garantidos aos migrantes indocumentados

Sabe-se que aqueles trabalhadores estrangeiros que não possuem situação regularizada acabam por sujeitar-se a trabalhos em condições de escravidão ou análogas à escravidão, por consequência, ficam vulneráveis frente aos empresários que não cumprem a função social da empresa. Paradoxalmente, a condição irregular e a negativa de reconhecer ao migrante os seus direitos fundamentais, tal qual o direito ao trabalho digno, prejudica os migrantes diretamente, e em certa medida também prejudica os empresários que são comprometidos com a função social da empresa. Os únicos favorecidos com tal situação são aqueles que visam burlar a lei e fazer uso de mão de obra escrava, mão de obra barata e "descartável".

A criminalização da migração, ou a tipificação penal da migração, viola sistematicamente os Direitos Humanos. Fruto disso é o termo comumente utilizado imigrante ilegal ao invés de irregular ou indocumentado. Na França chegou a existir um tipo penal para aqueles que ajudavam os estrangeiros sem documento. Tal tipo penal era chamado de “delito de solidariedade”. Godoy & Trabazo também chamam a atenção para proposta similar no Brasil. O Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 236 de 2012 propõe a tipificação de novos delitos que somente podem ser cometidos por estrangeiros ou por pessoas que auxiliam estrangeiros em situação irregular almejando consolidar no Brasil uma política de criminalização dos movimentos migratórios, em franca oposição à postura assumida pelo Brasil na Constituição de 1988 e nos foros internacionais (GODOY & TRABAZO, 2014, p. 223).

Justamente diante dos problemas verificados pela condição vulnerável dos que não

portam documentos, existem dispositivos que visam a proteção das pessoas sujeitas a tal situação. A Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho, trata justamente dos trabalhadores migrantes em situação irregular. A Convenção é dividida em duas partes, a primeira trata das “migrações em condições abusivas” e a segunda da “igualdade de oportunidades e tratamento”.

A referida Convenção destaca a obrigação da regularização do trabalhador em situação irregular, e estabelece sanção, como mecanismos de colaboração internacional para sua aplicação, para os que cometem tráfico de mão de obra. Também são passíveis de prisão, aqueles empresários que contratarem trabalhadores em condição irregular (LOPES, 2013, p. 50).

A referida Convenção, em seu artigo 9, dispõe também que na impossibilidade de regularização, o trabalhador e sua família beneficiar-se-ão de tratamento igual dos direitos de empregos anteriores, no que diz respeito à sua remuneração, segurança social e demais vantagens. E ainda ressalta que não deverá haver oposição por parte dos Estados aos que trabalham ou residem irregularmente, e ainda, incentiva que haja concessão de trabalho regular bem como sua permanência.

Reis comenta que tanto a Convenção nº 143 da OIT adotada em 1975, quanto a Convenção nº 97 de 1949, recomendam esforço dos Estados para divulgar informações que facilitem o processo migratório e buscam garantir que os migrantes tenham assegurados os mesmos direitos dos trabalhadores nacionais, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo ou religião. A Convenção nº 143 inova, no entanto, ao incluir provisões relacionadas à questão da migração irregular e do tráfico de pessoas, assim como a inclusão de direitos culturais (REIS, 2004, p. 30).

Tendo inclusive o CNIg já recomendado a ratificação por parte do Estado brasileiro da Convenção nº 143, o que ainda não ocorreu. Sem embargo, nota-se que existe baixa receptividade à Convenção por parte da comunidade internacional como um todo.

Conquanto o Brasil não tenha ratificado os tratados internacionais referentes ao tema, questiona-se se existe alguma obrigação de prestação positiva por parte do Estado, afim de que sejam respeitados os direitos fundamentais dos migrantes?

Antes de responder à questão, é necessário tomar conhecimento da Opinião Consultiva Consultivo nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que dispõe sobre a vedação de tratamento discriminatório dos direitos trabalhistas dos migrantes

indocumentados. Para tanto, pauta-se no argumento de dois princípios, o da igualdade e o da não-discriminação, ambos garantidores dos direitos fundamentais a todo ser humano por sua condição humana. Tais princípios estão inclusive albergados na Convenção Americana de Direitos Humanos (RAMOS, 2010, p.743).

Portanto, os dois princípios, igualdade e não-discriminação, tornaram-se imperativos e com efeito erga omnes, prova essa de que a soberania estatal tem sido relativizada tal qual o princípio da não-ingerência e não-intervenção em assuntos internos do Estado em prol da proteção internacional dos Direitos Humanos a todos os cidadãos, independentemente de nacionalidade. Neste sentido, Godoy assinala que a CIDH considerou unanimemente que os princípios da igualdade e não-discriminação podem ser considerados como normas imperativas do direito internacional geral pois são aplicáveis a todos os

Estados, independentemente de serem parte ou não de um tratado internacional gerando efeitos para terceiros, inclusive particulares (GODOY, 2012, p. 51).

A questão anteriormente levantada, se encarada nos limites de um discurso de Direitos Humanos, tem como resposta a imperiosa necessidade dos Estados de dignificar o ser humano, afim de que impeçam a atuação daqueles que exploram os trabalhadores indocumentados. Assim destaca Godoy:

Ademais a Corte IDH, afirmou que os Estados são obrigados a respeitar e garantir os direitos humanos de todos os trabalhadores, independentemente de sua condição de nacional ou de estrangeiro. Os trabalhadores migrantes em situação irregular, por se encontrarem em situação de particular vulnerabilidade, devem ser igualmente protegidos. Para tanto, os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para assegurar que tais direitos sejam reconhecidos e garantidos na prática (GODOY,2012, p. 51).

Além disso, o artigo 1º, III da Constituição de 1988, consagra o axioma fundador de toda a ordem constitucional, o princípio da dignidade, e no artigo 5º, caput, o princípio da igualdade, de maneira que ambos coadunam-se ao que pretende a Opinião Consultiva nº 18/03 da CIDH, uma vez que essa é pautada na condição humana como único critério necessário à promoção de direito fundamental, especialmente o direito laboral.

Nessa ordem de ideias, os direitos fundamentais devem ser promovidos à qualquer estrangeiro, residente ou não, fundando-se no princípio da universalidade. Tal princípio é intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que não autoriza distinção por critério de nacionalidade, e sequer exige disposição constitucional expressa. É o que Sarlet chama de “presunção de titularidade”, que diante da dúvida não há de haver amesquinamento de preceito fundamental, mas a aplicação do princípio da

universalidade. Além disso, ressalta que a não promoção dos direitos fundamentais, fere o que é cristalino no art. 4º inciso II da Constituição Federal, pois esta assegura a promoção dos Direitos Humanos (SARLET, 2012, p. 214).

Aqui também não está em jogo a discricionariedade do Estado em aceitar a entrada indiscriminada ou não, de não nacionais, nem mesmo se quer sustentar que aqueles estejam em situação irregular devam permanecer sem que haja regularização documental. O mérito da questão é a garantia dos direitos trabalhistas durante sua permanência no território do Estado, não importando o status do imigrante, exige-se portanto, uma postura positiva por parte do Estado que esteja pautada pelo princípio da dignidade humana.

Outro tratado internacional relevante ao tema é a Convenção das Nações Unidas que trata sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias assinada em 1990 e vigente desde 2003 no plano internacional. A relevante Convenção, contudo, não foi ratificada pelo Brasil até o momento da conclusão desse trabalho, embora enviada ao Congresso Nacional para referendo parlamentar em 2010.

De qualquer maneira, o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve funcionar como diapasão racional à atuação dos Estados que não podem infringir normas de direito cogente. Destarte, aqueles que estão em território brasileiro, um Estado Democrático de Direito, merecem que seus direitos fundamentais sejam respeitados, não importando a situação documental (GODOY, 2012).

Dentre os pontos mais importantes da Convenção das Nações Unidas sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes destaca-se a necessidade dos estrangeiros sejam orientados acerca de seus direitos na sua língua materna. Importante salutar o esforço da Secretaria Nacional de Direitos Humanos que desenvolveu uma cartilha que informa aos haitianos uma série de direitos, inclusive trabalhistas. Tal cartilha é ofertada em português, francês e crioulo haitiano, ou Kreyol Ayisian que é língua oficial do Haiti. Ademais, aos empresários que visam cumprir com a função social da empresa, o dever de informação constante em tal Convenção é indispensável, pois promove a dignidade da pessoa humana, sendo o direito à informação um direito fundamental constitucionalmente garantido.

A Convenção supramencionada exige o tratamento igualitário dos trabalhadores migrantes, não importando sua situação. A Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes da ONU, também enfatiza quanto a vedação de tornar o contrato de trabalho nulo por mera irregularidade administrativa do migrante. Vale reforçar, como já discutido anteriormente,

que, ainda que não tenha ratificado o tratado, o Estado obriga-se aos princípios de igualdade e não-discriminação pois tais princípios são normas de direito cogente.

Ainda reforça Lima Santos, acerca da crescente atuação do Direito Internacional dos Direitos Humanos comina relativização da soberania estatal e conseqüentemente, da responsabilidade do Estado por violações ou cerceamento do exercício de direitos fundamentais. Ainda torna-se possível afirmar que o acesso à justiça, também direito fundamental, é direito do trabalhador migrante nessa guisa de entendimento. Lopes aduz a importância do respeito a tal direito, ressaltando que a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas tem exortado os Estados para que as violações de leis laborais sejam submetidas a juízo, sobretudo, àquelas que versam sobre a condição de trabalho dos migrantes, em particular no que concerne à remuneração, condições de higiene e segurança no trabalho (LOPES, 2013, p. 252).

Quanto à perspectiva do Brasil em adotar leis infraconstitucionais que possam garantir tratamento igualitário aos trabalhadores migrantes, vale salientar que o anteprojeto da Lei de Migrações, alinha-se aos princípios constitucionais da igualdade e não discriminação. Ao contrário do Estatuto do Estrangeiro, que muitas vezes coloca em risco a dignidade dos migrantes que chegam ao país.

Uma boa prática que busca romper com o círculo de violações aos direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, cumprindo diversas obrigações regidas pelos ordenamentos jurídicos interno e internacional, é a atuação Conselho Estadual dos Direitos dos Refugiados, Migrantes e Apátridas do Paraná – CERMA. Instituído pela lei estadual nº 18.465 de 24 de abril de 2015, o CERMA é ligado à estrutura da Secretaria de Estado da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, e é gerido por seu Departamento de Direitos Humanos. A implementação deste conselho, de caráter consultivo, paritário (entre Estado e sociedade civil organizada) e deliberativo, significa importante inovação em termos de direitos dos migrantes, não somente pelo fato de ter sido o primeiro conselho do Brasil a tratar das temáticas atinentes à migração, refúgio e apatridia, mas também por articular a implementação de políticas públicas ao segmento em questão. Além disso, os migrantes têm a possibilidade de pleitear suas demandas perante o CERMA exercendo assim a democracia por via direta já que não possuem assegurado o seu direito ao voto.

A estrutura do CERMA permite, inclusive, que violações aos direitos trabalhadores migrantes sejam acompanhadas e encaminhadas ao Ministério Público do Trabalho (MPT), ao

CNIg, e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que atuando em consonância com sua competência, possam prevenir e combater eventuais violações dos direitos de migrantes, inclusive direitos trabalhistas, combatendo a xenofobia e contribuindo para a implementação de políticas públicas com o escopo de efetivar os direitos fundamentais dos migrantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O respeito à dignidade da pessoa humana, é norteador da temática discutida no artigo. Isto porque promove o rompimento do paradigma de maneira a transcender o modelo dualista moderno que dissocia os conceitos de nacionalidade e cidadania. Desta maneira, foi possível demonstrar que o direito de mobilidade é fundamental. Além disso, apesar das dificuldades que os imigrantes enfrentam, o Brasil acompanha, ou tende a acompanhar, em certa medida, os desafios impostos pelo fluxo migratório dando-lhes uma resposta contemporânea, fundada na primazia e proteção dos Direitos Humanos.

Todavia, demonstrou-se a necessidade de aperfeiçoamento, isto é, ir para além do visto humanitário. De tal sorte que, o Brasil, em respeito ao princípio constitucional da igualdade e da não-discriminação e cumulativamente, em consonância com os tratados internacionais, deve assegurar o igual tratamento dos direitos laborais aos haitianos indocumentados. Por conta disso, verificou-se necessário promover deveras uma proteção complementar aos que chegam ao território nacional, com o intuito de construir uma nova vida e enriquecer esse país vasto em diversidade. Dessa maneira pode-se afirmar que:

O “visto humanitário”, apesar de positivo, não promove proteção complementar eficaz, pois determinadas situações vivenciadas pelos haitianos, especialmente àqueles sem documentos, têm ofendida sua dignidade humana. O Estado brasileiro tem responsabilidade objetiva em promover os direitos fundamentais através de políticas públicas sem distinção, isto é, não pode unicamente utilizar o critério da nacionalidade para promover tais direitos e sim aplicar um conceito holístico de cidadania. Além dos Estados estarem condicionados a respeitar os direitos dos migrantes ao tratamento igualitário, por força de convenções internacionais, também estão as pessoas físicas e jurídicas de direito privado e tal conduta deve ser regulada pelo Estado.

Os direitos trabalhistas são direitos fundamentais, e conforme as normas constitucionais, os tratados e recomendações internacionais expostos, não devem ser

amesquinhadados aos migrantes, seja qual for seu status documental e migratório.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Haitianos ainda aguardam carteira de Trabalho para aceitar emprego em São Paulo. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-04/haitianos-ainda-aguardam-carteira-de-trabalho-para-aceitar-emprego-em-sao>

ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo. Direitos Fundamentais Revisitados. Curitiba: Juruá, 2009.

CHAVES JUNIOR, Eliseu de Oliveira. Um olhar sobre o Haiti: Refúgio e migração como parte da história. 1ª ed., Brasília: Editora L.G.E., 2008.

DHNET. Migrações em condições abusivas e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores, outubro de 2014. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

DIÁRIO DO CENTRO DO MUNDO. “Somos tratados como animais”, diz haitiano em SP. Disponível em: <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/somos-tratados-como-animais-diz-haitiano-em-sp/>. Acesso em: 15 fev. 2015.

FANTÁSTICO. “Número de pedido de refúgio cresce 800% em quatro anos no Brasil”. Portal G1 Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/08/numero-de-pedidos-de-refugio-cresce-800-em-quatro-anos-no-brasil.html>. Acesso em: 18 fev. 2015.

GEDIEL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins. “A migração haitiana recente para o Brasil: bases teóricas e instrumentos político-jurídicos” in Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v. 4., n. 8, jul/dez 2015, p. 97-110.

GODOY, Gabriel Gualano; RAMOS, André de Carvalho de (coord.). 60 Anos de Acnur: Perspectivas de Futuro. 1ª ed. São Paulo: Editora CL-A, 2011. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf?view=1. Acesso em: 17 fev. 2015.

GODOY, Gabriel Gualano; TRABAZO, Raquel. “O Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 e o retorno do Direito Penal do Autor: crítica ao título XV sobre crimes relativos a estrangeiros” in GEDIEL, José Antônio Peres; SILVA, Eduardo Faria & TRAUZYNSKI, Silvia Cristina, Direitos Humanos e Políticas Públicas, Curitiba: Editora Universidade Positivo, 2014.

GOMES, Letícia. “Haitianos em Santo André têm dificuldades para arrumar emprego”. Disponível em: <http://www.metodista.br/rroonline/noticias/2014/05/haitianos1>. Acesso em: 15 fev. 2015.

ILLES, Paulo; VENTURA, Deisy. Qual a política migratória do Brasil? Diplomatique. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>. Acesso em: 02 fev. 2015.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Inmigración y derechos humanos: Um análisis crítico del caso brasileño. Curitiba: Juruá 2013.

MIGRANTE.ORG. Gid enfomasyon sou travay pou ayisyen nan Brezil. Disponível em: <http://www.migrante.org.br/migrante/images/arquivos/guia-trabalho-haitiano.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos, 8a ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho; Sarmiento, Daniel; PIOVESAN, Flávia de (coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REED-HURTADO, Michael (2013). The Cartagena Declaration on Refugees and the Protection of People Fleeing Armed Conflict and Other Situations of Violence in Latin America. In Legal and Protection Policy Research Series, United Nations High Commissioner for Refugees. PPLA/2013/03. Disponível em: www.refworld.org/docid/51c801934.html. Acesso em: 15 Mai. 2016.

REIS, Rossana Rocha. Políticas de imigração na França e nos Estados Unidos. São Paulo: Editora Hucitec. São Paulo. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes” in Revista Critica de Ciências Sociais, 2007, vol. 79, p. 3-46.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. 11ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado 2012.

VENTURA, Deisy; REIS, Rossana Rocha. “Criação de lei de migrações é dívida histórica do Brasil”. Carta Capital, Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/divida-historica-uma-lei-de-migracoes-para-o-brasil-9419.html>. Acesso em: 15 Jan. 2015.

WENDPAP, Friedmann; KOLOTELO, Rosane. Direito Internacional. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier 2007

Anteprojeto de lei 2012 sobre alteração do Código Penal. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/PSL-236.pdf>. Acesso em 30 jun. 2016.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 30 jun. 2016.

Lei Estadual de Criação do Conselho Estadual dos Direitos dos Refugiados, Migrantes e Apátridas do Paraná. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=139784&indice=1&totalRegistros=1>. Acesso em 30 jun. 2016.

Anteprojeto de Lei de Migrações. Disponível em: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/10947.pdf>. Acesso em 30 jun. 2016.

Convenção Sobre as Imigrações Efectuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>. Acesso em 30 jun. 2016.

Opinião Consultiva nº18 de 2003 da Corte Interamericana OC-18/03. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em jun. 2016

Convenção da Nações Unidas que Trata dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2016.

Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho sobre Trabalhadores Migrantes. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/523>. Acesso em: 30 jun. 2016

Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho sobre Trabalhadores Migrantes. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>. Acesso em: 30 jun. 2016

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ivana Nobre BERTOLAZO¹

Antonio Sergio Cordeiro PIEDADE²

RESUMO

Trabalho de caráter introdutório. Aborda o problema da constituição de uma nova disciplina jurídica, o Direito Administrativo Sancionador e a conceituação dessa disciplina, passando pela conceituação do que é sanção administrativa, e a diferenciação desta e da sanção penal. Ainda trabalha a diferenciação do Direito Administrativo Sancionador e das outras áreas afins e ramos correlatos do Direito, para uma correta delimitação do âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador. Trabalha também com a interlocução entre o Direito Administrativo Sancionador e os Direitos Fundamentais. Esse estudo apresenta uma abordagem pelo método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Sancionador; Sanção Administrativa; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Introductory character work. It addresses the problem of formation of a new legal discipline, the Administrative Law Sanctioning and the conceptualization of the discipline, through the conceptualization of what is administrative penalty, and this differentiation and criminal sanctions. Still works differentiation Sanctioning Administrative Law and other related fields

- 1 Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Especialista em Metodologia de Ação Docente (UEL). Bacharel em Direito (UEL). Professora no Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* de Direito Internacional e Econômico (UEL). Professora de Metodologia Científica e da Pesquisa e de Direito nos Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Facnopar (FACNOPAR). Professora do Curso de Graduação em Direito (FACNOPAR). Coordenadora e colaboradora em projetos de ensino, pesquisa e extensão (FACNOPAR). Advogada (OAB-PR). Revisora de Periódicos Científicos. Autora de livros e artigos.
- 2 Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Doutor em Direito Penal pela PUC/SP. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso desde 1997, com atuação no Tribunal do Júri de Cuiabá- MT. Coordenador do Núcleo de Ações de Competência Originária (NACO) do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Ex Presidente da Associação dos Promotores do Júri- "Confraria do Júri". Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, aprovado em concurso de provas e títulos (2014). Professor do Programa de Mestrado em Direito Agroambiental da UFMT. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos - CEP - Humanidades (UFMT). Foi professor da Universidade do Estado de Mato Grosso lecionando a disciplina de Direito Processual Penal em 2004 e 2005. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Coordenador Pedagógico da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso (2009). Professor da Escola da Magistratura Matogrossense (EMAM). Membro do Conselho Técnico Científico da Revista *Argumenta*, publicada pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Norte do Paraná. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso (2006/2008). Parecerista da Revista *Direitos, Trabalho e Política Social* (2015) dos Programas de Pós-Graduação em Política Social e em Direito Agroambiental da UFMT. Membro do Conselho de Orientação Editorial da Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC), editada pela ThomsonReuters-Revista dos Tribunais. Parecerista da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal (RIL). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal.

and related areas of law, for proper scoping incidence of Administrative Law Sanctioning. also works with the dialogue between the Administrative Law Sanctioning and Fundamental Rights. This study presents an approach by the interpretative method, with analysis and exegesis of texts on literature review of books, articles and judged available in physical and wide world web support.

KEY-WORDS: Santionnary Administrative Law; Administrative Sanction; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo está em constante evolução. Por ser uma disciplina mais nova em relação aos seus congêneres (Direito Civil, Direito Comercial, Direito Penal, por exemplo) e por estar sempre vinculado ao modelo de Estado exigido pela sociedade em determinada época, ele deve estar sempre se reinventando. Além disso, o advento das garantias e dos direitos individuais mudou a relação administrador-administrado. Se antes em nome do interesse público a Administração Pública tudo podia, hodiernamente o respeito à liberdade e as garantias individuais, e o reconhecimento da desigualdade entre Administração e administrado deságua na efetivação de uma isonomia real que começa a ser praticada no Brasil.

E é no esteio dessas mudanças que começa a ser implementado, de forma bem esparsa, admita-se, o estudo do potencial sancionatório da Administração Pública, que concretiza-se num novo sub-ramo do Direito Administrativo, o Direito Administrativo Sancionador. O potencial sancionatório da Administração sempre foi conhecido, apenas o seu estudo não era feito de forma sistematizada. Assim, O objetivo deste trabalho é delinear os contornos dessa nova disciplina, separando-a do Direito Administrativo Tradicional, e do Direito Penal. Além disso, busca a inter-relação entre o Direito Administrativo Sancionador e os Direitos Fundamentais. Esse estudo apresenta uma abordagem pelo método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital.

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O Direito Administrativo é uma disciplina jurídica sintetizada em tempos recentes. A pesquisa histórica revela que ele obteve a sua autonomia no final do séc. XVII e início do XVIII. Com o passar do tempo, principalmente no curso do século XIX, foi surgindo um

regime especial para as Administrações Públicas. De um lado, esse regime especial se propunha a atender as crescentes necessidades de gestão de interesses públicos e por isso fazia surgir privilégios à Administração; por outro lado crescia também a necessidade de tutelar os direitos dos administrados, diante da natural desconfiança em relação ao extraordinário desenvolvimento e aumento dos poderes da Administração Pública, o que impunha o surgimento de sujeições e limites às suas atividades.

No Brasil, a Carta Constitucional de 1988 produziu profundas alterações no Direito Administrativo Brasileiro e limitou as atividades da Administração Pública, por meio de direitos que passaram a proteger o administrado e de princípios claros e definidos, expressos no texto constitucional, que balizam e, ao mesmo tempo, limitam as atividades públicas. A partir da denominada “Constituição Cidadã” a relação jurídica entre as pessoas governamentais e o cidadão obteve novos contornos. O autoritarismo da disciplina jurídica foi atenuado por meio de uma relação maior de igualdade adstrita ao atendimento dos direitos de cidadania que foram exalçados em níveis jurídicos até então nunca observados. Assim, a verticalidade das relações jurídicas administração- administrado passou para um prisma eminentemente igualitário considerando os aspectos atinentes aos princípios estruturais desse regime jurídico administrativo.

Essas considerações são importantes uma vez que o Direito Administrativo é considerado o direito comum do direito público, assim como o direito civil é o direito comum do direito privado. É ele quem consubstancia as prerrogativas da Administração Pública e os direitos dos administrados.

Dessa forma, dentro do âmbito de incidência do direito administrativo, como leciona Fábio Medina Osório “as sanções administrativas aparecem como uma possível manifestação ou projeção do Direito Administrativo, do regime jurídico de direito público a que se submetem determinadas relações jurídicas” (2000, p. 54)

As sanções administrativas são espécies do ramo das sanções jurídicas. O fato delas só agora começarem a ser submetidas a uma regulamentação e ao que pode chamar de “teoria geral das sanções administrativas” não significa que antes elas não eram aplicadas. Desde a estruturação do Direito Administrativo as sanções administrativas são utilizadas, mas sem essa “teoria geral”. O direito europeu continental há tempos já começou essa teorização, notadamente o direito espanhol. Entretanto, no Brasil essa lacuna só foi suprida com o lançamento, em 2000, do livro *Direito Administrativo Sancionador*, de Fábio Medina Osório.

Desde então, o panorama melhorou muito. Entretanto, ainda são escassas no Direito pátrio as obras que tratam do tema. Tratar das sanções administrativas é importante uma vez que elas são à base do Direito Administrativo Sancionador.

O Direito Administrativo Sancionador é uma subdivisão do Direito Administrativo que trata da configuração jurídica das sanções administrativas. Ele tem ligações com o Direito Penal, pois dos vários tipos de sanções jurídicas que existem as mais estudadas e que de certa forma possuem um “ramo próprio” são as sanções penais. Além disso, muitas das garantias dadas quando se aplica um tipo de sanção foram pensadas em função da aplicação do direito penal. Aí a razão da ligação de ambos. Mas nem por isso o Direito Administrativo Sancionador é subdivisão do Direito Penal. Não tem como um sub-ramo do direito ter se originado não de um ramo, mas ou mesmo tempo de dois. Ele se origina de um e tem ligações com o outro (pode ter ligações até com mais de um ramo, além daquele do qual se originou, nada obsta, uma vez que o Direito não é estanque, ele é dividido em ramos por motivos didáticos pedagógicos).

Na sequência, é necessário definir o que é sanção, de forma lato sensu, o que é sanção jurídica, e diferenciar a sanção administrativa da sanção penal. Com isso, pode-se, em seguida, delimitar o âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador em relação aos outros ramos e áreas dentro do próprio Direito Administrativo, quais sejam, o Direito Administrativo Penal, o Direito Administrativo Ordenador e o Poder de Polícia. Assim, depois dessa explanação pode-se conceituar o Direito Administrativo Sancionador e a sanção administrativa.

Definição de Sanção

A sanção pode ser conceituada sumariamente como um processo de garantia. Segundo Miguel Reale “sanção é pois todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra.” (1998, p. 72) A essa regra aludida na definição de sanção pode ser das mais variadas formas possíveis. Pode ser uma regra social, moral, religiosa, de etiqueta, jurídica. Há uma enormidade de regras possíveis, que por sua vez comportam diversos tipos de sanções.

Por exemplo, uma regra moral se descumprida daria origem a que tipo de sanção? Pode-se formular a pergunta de outra maneira: quais são as sanções específicas da ordem moral? Pode-se listar o remorso, o arrependimento, o exame de consciência. O homem com

uma consciência ética, com uma autocrítica que analisa de forma veemente os seus atos, encontra em si mesmo uma censura, uma força psíquica que o coloca na situação de réu diante de si próprio. É o conhecido exame de consciência, é uma forma imediata de sanção dos ditames morais, não é preciso que ninguém diga a pessoa que ela descumpriu uma norma. Ela já sabe. E se pune interiormente por isso. É a sanção do foro íntimo.

Já a sanção de natureza social se manifesta de uma forma bem diferente, externa, pois a sua própria conformação exige que ela se reflita na sociedade, que seja um tipo de sanção externalizável ou externalizada. Há uma reação, muito forte, dependendo do contexto, por parte da sociedade, quando o homem age de modo contrário à tábua de valores vigentes. A sanção de natureza social tem força bem maior do que se supõe. É o que se denomina mérito ou demérito social, como forma de sanção das regras morais. Afinal a sanção social também é uma regra moral. A sanção na moral obedece a essa dimensão individual e social do homem, que pode operar tanto no plano da consciência e ser intrínseca quanto no plano da chamada consciência coletiva e para fazer efeito tem que ser extrínseca.

Importante observar que essas formas de sanção, tanto morais quanto sociais não estão organizadas. De certa maneira, acham-se difusas no espaço social: é a crítica e a condenação, é a opinião pública que se forma sobre a conduta reprovada; são todos os sistemas de autodefesa da sociedade, que, aos poucos, eliminam da convivência o indivíduo que não obedece aos preceitos de ordem moral. Reale explica que “um ostracismo espontâneo é aplicado pela sociedade quando o indivíduo viola as suas obrigações de natureza ética. Pode-se dizer que a grande maioria dos homens cede diante da pressão dessa força difusa do meio social.” (1998, p. 73)

Já por exemplo uma infração a uma norma de etiqueta faz com que você não seja mais convidado para as festas do seu círculo de amigos, até que eles tenham certeza de que você está arrependido ou que apreendeu a maneira correta de prosseguir. Por outro lado, a infração a uma norma religiosa também conta com suas sanções próprias, uma vez que dizem respeito à crença e à fé, fundadas na esperança ou certeza de uma vida ultraterrena, difícil de ser medida nessa vida.

Porém, uma distinção importante a ser feita é que em um determinado momento histórico houve a passagem da sanção difusa para a sanção previamente organizada. Essa passagem não foi feita em um dia, nem tem data para ser comemorada, ela demorou muito tempo para se concretizar, mas foi por meio dela que se pode perceber a passagem paulatina

do mundo ético para o mundo jurídico. Das regras religiosas e morais que antes afetavam primitivamente toda forma de relacionamento, o mundo jurídico foi se despregando, desgarrando-se, até adquirir contornos próprios e formar um todo homogêneo que pode ser assim caracterizado pela organização progressiva da própria sanção. Leciona Reale que “a sanção portanto é gênero de que a sanção jurídica é espécie. Existem sanções morais e jurídicas, correspondentes, respectivamente, às regras de natureza moral e jurídica.” (1998, p. 74) Assim, há quantos tipos de sanções quanto forem as regras a serem desenvolvidas.

A Sanção Jurídica

Paulo Dourado de Gusmão define sanção jurídica como “a consequência jurídica danosa, prevista na própria norma, aplicável no caso de sua não observância, não desejada por quem a transgredir, sendo-lhe aplicável pelo poder público.” (1998, p. 82)

Como já foi explicado supra, o que caracteriza a sanção jurídica é a sua predeterminação e organização. No Direito, de uma certa forma, tudo obedece ao princípio, que prega a sanção organizada e predeterminada. Até mesmo a existência do poder Judiciário, dá-se em razão da predeterminação da sanção jurídica. Por exemplo, um homem lesado em seus direitos sabe de antemão que pode recorrer à Justiça, a fim de que as relações sejam objetivamente apreciadas e o equilíbrio restabelecido, e que para que haja garantia que essas relações sejam restabelecidas e os direitos desse homem lesados sejam protegidos há sanções já previamente determinadas e organizadas, com as hipóteses de incidências previstas e com seu uso pelo Judiciário previamente autorizado.

Importante ressaltar que a sanção jurídica também neutraliza, desfaz, anula ou repara o mal causado pelo ilícito, bem como cria uma situação desfavorável para o transgressor. Só se aplicam as sanções previstas em lei: além delas, o juiz não tem escolha. Pode-se dizer que a sanção acompanha de perto a evolução do direito, humanizando-se com a civilização, individualizando-se, tornando-se assim proporcional ao delito.

Para uma melhor compreensão dos tipos de sanção jurídicas existentes, apresenta-se uma tabela, baseadas nas classificações de Miguel Reale (1998, p. 75/76) e Paulo Dourado de Gusmão (1998, p. 83):

Tabela 1- Os tipos de sanção e seus respectivos conceitos e exemplos

Tipos de	Conceito	Exemplos
-----------------	-----------------	-----------------

sanção

Repressivas	A sanção repressiva é aquela que se preocupa em repreender o infrator, é a consequência jurídica danosa no caso da não observância da norma.	Pena capital, pena privativa de liberdade, multa, prisão civil, perda de o pátrio poder.
Preventivas	A sanção preventiva no direito penal visa evitar a repetição de crimes, privando o delinquente perigoso da sua liberdade, para reeducá-lo em estabelecimentos adequados ou privando-o do exercício de uma profissão; nos outros ramos do direito visa evitar prejuízo ou impedir que o crédito fique sem garantia.	No direito penal, medida de segurança.
Executivas	Obriga o faltoso a cumprir a obrigação através da “execução forçada”.	Execução fiscal.
Restitutivas	Restabelecer a situação anterior, desenvolvendo através de indenização o patrimônio lesado ao estado anterior ao do dano.	Indenização civil, restituição da coisa furtada ou devidamente apropriada, recuperação da posse.
Rescisórias	Rescindir um negócio jurídico ou contrato (também podem rescindir sentenças) como punição à não observância de determinado comportamento.	Contratos, dissolvem sociedades, anulam atos e sentenças.
Extintivas	Extinguem relações jurídicas e direitos pela ocorrência da prescrição ou de decadência.	Prescrição, decadência, preclusão, coisa julgada (questão decidida por decisão final torna-se irrecorrível, não pode ser renovada em outra ação).
Premiais	É um tipo de sanção usada para incitar a adesão espontânea dos obrigados a determinados tipos de comportamentos, como os que propiciam incentivos e vantagens, oferecendo algum benefício ao destinatário.	Um desconto ao contribuinte que paga o tributo antes da data do vencimento.

Fonte: elaborada pelos autores

Diferenciação Entre a Sanção Administrativa e a Sanção Penal

O direito regula e protege bens jurídicos, que são divididos em diferentes ramos, para facilitar o estudo. O ilícito é qualquer conduta contrária à ordem jurídica como um todo e essa conduta ilícita tem que ser sancionada. Porém, nem todo ilícito ofende o direito penal, pode

ofender outros ramos do direito, como o Direito Administrativo. Assim, nem toda sanção será uma sanção penal, pode ser uma sanção pertencente a outras áreas do direito (civil, comercial, internacional). Mas aqui interessa a diferença entre as sanções penais e as sanções administrativas.

O direito penal, via de regra, ou seja, na maioria das vezes tem caráter reforçador, isto é, ele sanciona um bem jurídico já protegido pelo direito extrapenal, é um reforço de proteção, já que esse bem jurídico já é protegido por outros ramos do direito. Scolanzi considera que o Direito Penal é o ramo mais severo do Direito, pois tutela o bem mais importante do ser humano, que é a liberdade. Assim, é forçoso considerar que a incidência do Direito Penal é subsidiária à utilização dos demais sistemas de controle social, pois estes outros sistemas são de aplicação mais branda e benéfica. Com isso, deve o Direito Penal se preocupar apenas com as condutas que são muito lesivas à sociedade, não foram capazes de ser absorvidas pelos outros instrumentos de controle mais brandos, o que determina a essência de ultima ratio do controle penal. (2013, p. 177)

Embora a legislação de execução penal brasileira seja uma das mais modernas do mundo, a realidade evidencia que se está muito distante de vê-la aplicada de maneira adequada. Não obstante os avanços conquistados ao longo deste século, evidencia-se que o sistema prisional não vem cumprindo com a sua finalidade, que é devolver à sociedade o cidadão, que por ter infringido uma lei teve sua liberdade restrita, apto a desenvolver um comportamento adequado às normas de convivência social impostas pelo ordenamento jurídico.

Há casos, porém, que o direito penal tem caráter constitutivo, ele constitui a sanção a ser imposta, como é no caso do homicídio, nesse caso, ele é o único ramo do direito a proteger aquele bem jurídico. Nos dois casos, entretanto, o direito penal deve ser usado para proteger os bens jurídicos mais valiosos, aqueles mais caros ao homem e a vida em sociedade. Assim, o direito penal deveria ser utilizado como intervenção mínima e última para garantir a ordem.

Já a sanção administrativa também defende um bem jurídico, mas o bem jurídico defendido não é tão caro, ela não deve ser utilizada como a última ratio, mas sim como a primeira. Fábio Medina Osório, ao explicar essa diferença, leciona:

"A sanção criminal pode ter, dependendo do caso, os mesmos objetivos que a sanção administrativa, constituir um reforço indispensável na proteção do bem jurídico. A eleição dos bens jurídicos pode ser, na verdade, o estabelecimento dos objetivos, das finalidades das sanções. Nesse passo, é possível que o legislador utilize técnicas distintas para proteção de idênticos bens jurídicos. Sem embargo, também é possível perceber que, na variação das técnicas, o legislador busca atender determinadas

peculiaridades." (2000, p. 136/137).

Além disso, há a diferença de que embora ambos os tipos de sanção, tanto a penal, quanto à administrativa, exercitem o poder punitivo do Estado (*ius puniendi*), elas não o exercitam da mesma forma. Fábio Medina Osório explica:

"Em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: direito penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto, que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos." (2000, p. 135).

Nesse sentido leciona Edílson Pereira Nobre Junior:

"Que a infração administrativa não integra o Direito Penal, porque a responsabilização do infrator não é tornada concreta pela função jurisdicional, mas pelo Estado no desempenho de uma competência administrativa."(2000, s/p)

Ainda, há a diferença entre os sujeitos ativos habilitados a aplicar ambas as sanções. O sujeito ativo aplicador da sanção administrativa pode ser a Administração Pública, direta ou indireta, centralizada ou descentralizada, ou o Poder Judiciário. Já a sanção penal só pode ser aplicada pelo Poder Judiciário.

Também é importante salientar que a sanção penal só poder ser exercida (aplicada) dentro de um processo judicial penal, já a sanção administrativa pode ser aplicada dentro de um processo administrativo ou de um processo judicial qualquer.

E todos os tipos de sanções administrativas também podem ser tipos de sanções penais (multas, penas restritivas de direitos), mas nem todos os tipos de sanções penais podem ser sanções administrativas. Isso porque, há penas, como as penas restritivas de liberdade só podem ser aplicadas dentro do âmbito de incidência do direito penal. Em resumo, as principais diferenças entre as sanções penais e administrativas são:

Tabela 2- As principais diferenças entre as sanções penais e administrativas

Sanções Penais	Sanções Administrativas
É a última <i>ratio</i>	Não deve ser a última <i>ratio</i>
Exercita o <i>ius puniendi</i> do Estado dentro do âmbito penal	Exercita o <i>ius puniendi</i> do Estado dentro do âmbito administrativo
Pode ser aplicado só pelo Judiciário	Pode ser aplicado pela Administração Pública e pelo

Judiciário

Além disso, só pode ser aplicada dentro de um processo judicial penal

Pode ser aplicada dentro de qualquer processo judicial ou dentro de um processo administrativo

Nem todos os tipos de sanções penais podem ser sanções administrativas. Isso porque, há penas, como as penas restritivas de liberdade só podem ser aplicadas dentro do âmbito de incidência do direito penal

E todos os tipos de sanções administrativas também podem ser tipos de sanções penais

Fonte: elaborada pelos autores.

Delimitação em Relação a outros ramos dentro do Próprio Direito Administrativo

Ao se tratar do Direito Administrativo Sancionador, surgem vários nomes e várias referências que podem embaralhar até a mente dos mais atentos. Há também Poder de Polícia, Direito Administrativo Ordenador, Direito Administrativo Penal, todos eles com um nome convidativo a sugerir semelhança ou até mesmo sinonímia com o Direito Administrativo Sancionador. Após uma breve explanação sobre cada um deles, ressaltar-se-á as diferenças em relação ao Direito Administrativo Sancionador.

Poder de Polícia

O poder de polícia em sua acepção grega referia-se a todos os serviços da polis, sem distinção. Na Idade Média, passou a ser vinculado com a prerrogativa que o Príncipe tinha de zelar pela boa ordem da sociedade civil, tendo sua ação cerceada pela Igreja, encarregada da boa ordem nos assuntos morais, religiosos, e eclesiásticos. No período absolutista, o Estado também passou a ser chamado Estado-Polícia, pois o poder de polícia era exercido pelo Monarca, podendo ser utilizado não só no processo de disciplina e contingência dos interesses individuais, mas também nas finanças públicas, impostos, ou onde o rei achasse sua intervenção necessária. Foi com a ascensão do Estado liberal, na França pós Revolução Francesa, que se firmou o conceito clássico, que segundo Caio Tácito é a “ação da autoridade estatal para fazer cumprir o dever de não perturbar a boa ordem da coisa pública.” (1975, p. 136)

Até hoje, na França e na Itália, ainda perdura, de uma certa forma, o conceito clássico, que atrela o poder de polícia a defesa da ordem pública, da segurança e da

salubridade. Já nos Estados Unidos esse conceito foi se modificando, e passou a abranger os poderes residuais constitucionalmente atribuídos aos Estados, o que na verdade passou a corresponder à competência legislativa estadual para regular os direitos privados em benefícios dos interesses coletivos. Essa intervenção estatal não se dava só nos casos de segurança, moralidade ou salubridade públicas, mas incluía todas as iniciativas ligadas a conveniência públicas ou à prosperidade geral. Mas ressalta-se que o poder de polícia norte americano é exercido na maioria das vezes por meio de lei, enquanto no continente europeu seu exercício encontra-se atrelado à discricionariedade e aos atos administrativos.

O conceito moderno ultrapassa as fronteiras conservadoras no que tange aos limites a liberdade e a propriedade, limitações essas que são o cerne do poder de polícia. Exige-se hoje do Estado um papel mais amplo e ativo na promoção do bem estar geral, não somente no que toca à ordem pública, mas também no sentido da ordem econômica e social.

O poder de polícia, é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas a administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade.

Importante é distinguir o chamado poder de polícia administrativo (do qual se tratou até agora) do poder de polícia judiciário. Caio Tácito, considera que:

“O poder de polícia é essencialmente preventivo. É necessário distingui-lo daquela atividade preliminar à repressão penal também exercida pelas autoridades policiais. A doutrina francesa criou, como critério diferenciador, a separação entre polícia judiciária e administrativa. A primeira, de natureza repressiva, incumbida de apurar a responsabilidade e de encaminhar a justiça os autores das infrações penais. A segunda, de finalidade preventiva, voltada a manutenção da segurança, ordem e tranqüilidade públicas como meio de resguardar o meio social de ofensas potenciais.” (1975, p. 143)

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, vai mais além, quando explica que:

“O que efetivamente aparta a polícia administrativa da polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais, enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica.” (2002, p. 710)

Essa distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária é importante na medida em que ajuda a estabelecer as diferenças entre o poder de polícia e o direito administrativo sancionador. Segundo Fábio Medina Osório:

“No fundo, nesse campo, o poder sancionador não deixa de apresentar algum parentesco com o poder de polícia, é um poder relacionado intimamente com o

poder de polícia, embora, teoricamente, não se possa atrelar a sanção administrativa ao poder de polícia. Realmente melhor enquadrado resta, aqui, o poder punitivo estatal com o critério da gestão de serviços." (2000, p. 137).

Pelo trecho citado, Fábio Medina Osório imagina, em suas próprias palavras, um parentesco, entre o poder de polícia e o poder sancionador da Administração Pública. Essa relação não é válida, pois o âmbito de incidência do poder de polícia não é o mesmo do Direito Administrativo Sancionador. No poder de polícia, o mais importante é suspender a atividade que está perturbando a ordem pública, seja essa ordem econômica, social, sanitária. Já no Direito Administrativo Sancionador o objetivo é aplicar uma sanção pela atividade ilícita praticada. O Direito Administrativo Sancionador trabalha com o ilícito, só se pode aplicar uma sanção administrativa se alguma atividade ilícita for realizada, já o poder de polícia trabalha com a ordem pública, pode ocorrer de uma atividade lícita estar perturbando a ordem pública. Uma loja, por exemplo, pode fazer uma promoção e a aglomeração se tornar tão grande que atrapalhe o trânsito e ponha em risco a vida dos transeuntes. A Administração Pública pode intervir e mandar suspender a promoção, até que a situação esteja controlada ou adiá-la para o dia seguinte. A atividade não era ilícita, era perfeitamente lícita e por isso não pode ser enquadrada como passível de sanção administrativa. Mas pode sim estar sujeita a polícia administrativa. Quando a polícia administrativa atua de forma repressiva ela pode até assemelhar-se com o Direito Administrativo Sancionador, mas não se pode dizer que eles sejam da mesma família.

Direito Administrativo Ordenador

O Direito Administrativo Ordenador surgiu em nosso país por meio de um livro de Carlos Ari Sundfeld lançado em 1993 em que ele propunha uma nova teoria para o poder de polícia. Segundo ele, não é só o nome do poder de polícia que é inadequado, mas também a sua base metodológica.

Segundo esse autor, a expressão poder de polícia não serve atualmente porque remete a um poder de regular que o Estado tinha antes de tornar-se um Estado Democrático de Direito e com essa mudança esse poder passou para o legislador; que está vinculado ao modelo de Estado liberal clássico, que, pelo menos no âmbito do Direito Administrativo já teve suas teorias superadas e remete a um poder discricionário implícito para interferir na vida do cidadão que também atualmente já tem seus limites muito claros.

Assim, o pressuposto de que a Administração Pública dispõe de uma certa faculdade,

com perfil diferenciado, que lhe permite interferir sobremaneira na vida do administrado, restringindo a sua propriedade e liberdade não é válido. Parte-se de um outro raciocínio, de que a limitação de regular direitos, sejam eles individuais ou não, é exclusiva da lei, e que a ingerência da Administração na vida privada tem que ser feita por meio de lei. O nome desse novo ramo do Direito Administrativo veio do Direito Administrativo Alemão, que já se utilizava desse nome para superar a noção de poder de polícia e contrapor-se a Administração Pública Prestacional, ou seja, aquela que presta serviços aos administrados.

Como se pode ver, Direito Administrativo Ordenador não tem nada relacionado com Direito Administrativo Sancionado. Só o nome é parecido, o que pode causar alguma confusão. O Direito Administrativo Ordenador veio propor uma nova teoria ao poder de polícia, enquanto o Direito Administrativo Sancionador veio propor uma teoria a inexistente teoria das sanções administrativas.

Direito Administrativo Penal

O Direito Administrativo Penal ou Direito Penal Administrativo é aquela parte do Direito Administrativo intimamente relacionada com o Direito Penal, na qual condutas ilícitas são definidas como crimes e recebem as sanções tipicamente penais. Algumas dessas condutas estão tipificadas no Código Penal, outras, em leis esparsas, como a lei 8666/93 (Lei de Licitações), mas são normas penais sem sombra de dúvida, trazem as sanções penais típicas, mas que tratam de crimes ocorridos dentro das relações no âmbito do Direito Administrativo. Não há o que confundir, são normas penais que tratam de crimes “administrativos” ou são normas administrativas que “criminalizam” determinadas condutas. Em ambas as interpretações não há características de sanções administrativas a serem aplicadas. Só sanções penais.

Conceito de Direito Administrativo Sancionador

Depois que já se teceu todo um arcabouço introdutório ao que seria o Direito Administrativo Sancionador, e se fez as principais diferenciações, que seriam entre as sanções penais e as administrativas e o Direito Administrativo Sancionador e seus ramos correlatos ou assemelhados, ou a áreas dentro do Direito Administrativo com as quais se possa fazer alguma confusão. Agora, pode-se conceituar o Direito Administrativo Sancionador.

Assim, o Direito Administrativo Sancionador é aquele que se ocupa da sanção

administrativa e de seus efeitos. Quem pode aplicá-la, em quem ela pode ser aplicada, como se dará essa aplicação, quais os princípios que orientam, como será esse processo. Percebe-se dessa forma, que no cerne do Direito Administrativo Sancionador está a sanção administrativa. Vamos a ela. Segundo Suay Rincón, “sanção administrativa é qualquer mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal a resultar de um procedimento administrativo com uma finalidade puramente repressora.” (1989, p. 55 apud OSORIO, 2000, p. 56). Assim, pode-se ressaltar os seguintes aspectos constantes dessa definição.

O sujeito ativo, aquele que aplica a sanção é a Administração Pública (essa Administração pode ser direta ou indireta, centralizada ou descentralizada). O sujeito passivo, aquele que recebe a sanção é o Administrado. Ou seja, há uma relação Administração - administrado que justifica a aplicação da sanção. Num procedimento licitatório, a Administração Pública não pode aplicar uma medida típica repressora em um particular que não se candidatou a participar do certame, por exemplo.

A medida tem que ter finalidade repressora e caráter aflitivo para ser caracterizada como sanção. Se não for assim, não tem possibilidade de ser uma sanção administrativa. A sanção administrativa não pode ter caráter premial, por exemplo, nem ser tão leve que seu caráter aflitivo se dilua e não seja nem notado por quem a recebe.

Natureza administrativa do procedimento na maioria das vezes. Como a sanção administrativa foi pensada para ser aplicada no âmbito do processo administrativo, isso pode dificultar a sua aplicação no âmbito judicial, mas não impedir. Importante salientar, que no caso de uma sanção administrativa ser aplicada em âmbito judicial, ela pode ser aplicada até mesmo contra a Administração Pública, contrariando a regra geral de que a Administração é o sujeito ativo. Ela só o será no âmbito do processo administrativo, já que não pode sancionar a si própria. Já num processo judicial, se ela merecer, se tiver descumprido alguma das normas que ensejam a aplicação da sanção administrativa, ela pode ser obrigada a fazê-lo por sentença judicial.

Direito Administrativo Sancionador e os Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais são atualmente a base do ordenamento jurídico. Importante ressaltar que nem sempre foi assim. A Segunda Guerra Mundial, sua magnitude, a importância e o impacto que ela teve, e, principalmente, a transformação da pessoa humana

em objeto a ser explorado de forma nunca vista antes dessa guerra foram fatores fundamentais para mudar essa situação. Assim, após a guerra, ocorreu uma nova dimencionalização da pessoa humana, tratada a partir de então sob o ponto de vista da sua dignidade. Com isso, os Direitos Fundamentais, ou seja, direitos básicos, que, nas palavras de Silva são as “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. (2004, p. 178).

Assim, é impossível apresentar um rol taxativo dos Direitos Fundamentais. Eles tanto podem ser ligados atrelados diretamente à pessoa humana, como o direito à vida ou a liberdade, como também podem ser ligados ao Estado, como a manutenção de um Estado Democrático ou de um Estado de Direito. Assim, como há Direitos Fundamentais ligados ao Estado, há necessariamente Direitos Fundamentais ligados a Administração Pública e ao Direito Administrativo, com o intuito de satisfazer o interesse público.

Com isso em mente, percebe-se que os Direitos Fundamentais podem ser impactados pela atuação da Administração Pública. Ou seja, também podem ser impactados pela atuação do Direito Administrativo Sancionador. Ferreira explica que se os Direitos Fundamentais podem ser impactados pelo “exercício da potestade administrativa sancionadora, de forma direta e imediata, ou, pior, de modo indireto e mediato, mas que pode chegar a vulnerar sua própria essência como delimitada juridicamente.” (2012, p. 171) Assim, como exemplo, pode-se citar o fato de que, em decorrência da aplicação de uma multa que, pelo seu valor, tem consegue impactar e atingir o âmago da própria propriedade. (2012, p. 171)

Com isso, é extremamente necessário ressaltar que o Direito Administrativo Sancionador deve obediência aos Direitos Fundamentais, principalmente aqueles que tratam sobre ilícitos, sanções, litígios, processos, garantias, acusados ou acusadores (adaptados aqui como sancionados e sancionadores), ou seja, todos os Direitos Fundamentais insculpidos na Carta Magna são apropriáveis tanto pelo Direito Penal como pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que com nuances e adaptações necessárias, porque retratam o próprio poder punitivo estatal. Isso porque como o próprio regime jurídico-administrativo se funda na submissão do ato administrativo a lei (e a sanção administrativa nada mais é do que um ato administrativo), no exercício do poder sancionador não poderia ser diferente. Ao obedecer aos comandos legais, mais ainda deve o Direito administrativo Sancionador obedecer aos comandos constitucionais e os Direitos Fundamentais expressos no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo-se aqueles que o Brasil comprometeu-se por meio de tratados internacionais.

CONCLUSÃO

Nesse tempo atual de grandes embates contra a corrupção, de ações visando a proteção do patrimônio público, interessante ressaltar a importância desse novo ramo do Direito Administrativo. Em relação ao estudo compreendido, que tinha como objetivo construir um arcabouço conceitual para o Direito Administrativo Sancionador, uma disciplina nova e que estuda o potencial sancionatório da Administração Pública, e das relações jurídicas submetidas ao Direito Administrativo, concluiu-se que:

a) A sanção é todo e qualquer processo de garantia de uma regra, sendo essa regra de qualquer espécie. Dessa forma, sanção jurídica é uma espécie da sanção em geral;

b) Dentro das sanções jurídicas há diversas subdivisões, sanção civil, administrativa, tributária, penal, comercial, dentre essas nos interessam as sanções penais e as sanções administrativas;

c) As sanções penais e administrativas foram comparadas para que se estabelecesse o âmbito de incidência do Direito Administrativo Sancionador, no qual concluiu-se que as sanções administrativas e penais são diferentes e muito, e que as principais características das sanções administrativas são: a sanção administrativa não deve ser a última ratio, a sanção administrativa exercita o ius puniendi do Estado dentro do âmbito administrativo, ela pode ser aplicada pela Administração Pública e pelo Judiciário, pode ser aplicada dentro de qualquer

processo judicial ou dentro de um processo administrativo, e todos os tipos de sanções administrativas também podem ser tipos de sanções penais, mas nem todos os tipos de sanções penais podem ser sanções administrativas;

d) Após estabelecidas as características principais da sanção administrativa, fez um estudo comparativo entre o Direito Administrativo Sancionador, o Direito Administrativo Penal, o Direito Administrativo Ordenador, e o Poder de Polícia, para ainda melhor delimitar o âmbito de atuação do Direito Administrativo Sancionador, sendo ele o responsável único e exclusivo pelo estudo e aplicação das sanções administrativas;

e) Conceituou-se Direito Administrativo Sancionador como aquele que se ocupa da sanção administrativa e de seus efeitos. Quem pode aplicá-la, em quem ela pode ser aplicada, como se dará essa aplicação, quais os princípios que orientam, como será esse processo. Percebe-se dessa forma, que no cerne do Direito Administrativo Sancionador está a sanção administrativa. Na mesma linha, conceituou-se sanção administrativa como sendo qualquer mal infligido pela Administração Pública a um administrado, como consequência de uma conduta ilegal que resulta de um procedimento administrativo com uma finalidade puramente repressora;

f) Por ultimo, considera-se que o Direito Administrativo Sancionador tem ligação umbilical com os Direitos Fundamentais, pois, trabalhando com o poder punitivo do Estado (mesmo que na seara Administrativa), ele deve obediência aos Direitos Fundamentais expressos tanto na Constituição como os Tratados Internacionais com os quais o Brasil se comprometeu.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gustavo Portela Barata. A inaplicabilidade da lei de execução penal e seus reflexos nos reclusos e egressos do cárcere em Sorocaba. 2008. 184 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2008.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CASTRO, Daniel Guimarães Medrado de. Direito Administrativo Sancionador: reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância. IN: Revista da AJURIS – v. 42 – n. 137 – Março 2015. P. 173 a 188.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 15º ed. ver e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

COSTA JUNIOR, Paulo Jose da. Direito Penal das Licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei 8666 de 21-6-1993. São Paulo: Saraiva, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 6º ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas: entre Direitos Fundamentais e Democratização da Ação Estatal. In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo. 5º ed. Ver .atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios Processuais no Direito Administrativo Sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. IN: R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 109 p. 773 - 793 jan./dez. 2014.

GUEDES, Glênio Sabbad. Da Responsabilidade Subjetiva nos Domínios do Direito Administrativo Punitivo. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/GL%20C3%A0nioResponsabilidades%](http://www.bcb.gov.br/GL%20C3%A0nioResponsabilidades%20)>. Acesso em 01-03-02.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 23º ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 21º ed atualizada por Eurico de Andrade de Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3º ed, 8º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2000.

_____. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed, refundida, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MOREIRA, Egon Bockman. O Processo de Licitação, a Lei 9784;99 e o Principio da Legalidade. Ano I, vol 1 nº 3; junho de 2001. Salvador, BA. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br;pdf_3/DIALOGO JURIDICO-03>. Acesso em 14-03-2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 14 de junho de 2016.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal.. Disponível em: Acesso em 14 de maio de 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____ e BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Anotado e Legislação Complementar. 2º ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24º ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SALMERÓN, Manuel Fernandez e SIERRA, César Cierco. De Regimén Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Cómun. Tradução italiana: Riforma dell procedimento amministrativo in Spagna: La legge 4/1999, del 13 junio di modifica della legge 30/1992, del 26 di novembre. Data do documento: 19/04/2000. Disponível em: [http/ www.giust.it](http://www.giust.it). Acesso em: 21/11/2002.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. A tipicidade penal à luz da missão do direito penal no estado democrático de direito. IN: ARGUMENTA - UENP Jacarezinho. nº 18 p. 173 – 206. 2013. p. 177.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1993.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei 7209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMITES DO DIREITO A PROPRIEDADE: A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E A ATUAÇÃO ESTATAL

Vinicius Alves SCHERCH¹
Sandra Santos Rosa SCHERCH²

RESUMO

O presente artigo teve por objetivo um estudo sobre a regularização fundiária de loteamentos clandestinos, irregulares ou isolados a cidade. Foi realizada uma pesquisa com base nos dados do Censo 2010 e se constatou que no Brasil o problema persiste por omissão de dados e de ações. Demonstrou-se que a propriedade não é absoluta, pois sujeita-se ao interesse público e precisa cumprir sua função social. A responsabilidade é constitucionalmente dos municípios, na organização do plano diretor, em prever e realizar a regularização fundiária, que é um direito fundamental, exigível como acessibilidade ao bem comum, na forma do Estatuto das Cidades

PALAVRAS-CHAVE: Regularização fundiária – Direito fundamental – Função social da propriedade – Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

This article aimed was a study on the land regularization of illegal settlements, irregular or isolated of town. Was performed a search based on 2010 Census data and found that in Brazil the problem persists because of omission of information and actions. It has been shown that the property is not absolute, as subject to the public interest and must fulfill its social function. The responsibility is constitutionally municipalities, at organization of the master plan, to anticipate and carry out land regularization, which is a fundamental right, exercisable as accessibility to the common good, in the form of the Statute of Cities.

KEY-WORDS: Land regularization - Fundamental right - social function of property - State Responsibility.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a necessidade de se buscar a regularização fundiária surgiu e se mantém em decorrência principalmente do êxodo rural ocorrido no século XX, da burocracia que os indivíduos encontram na obtenção de documentos do Poder Público, dos critérios utilizados para o planejamento urbano que não consideram a opinião popular e da omissão dos Municípios no exercício do poder de polícia para buscar, de forma efetiva, a garantia ao

1 Advogado lotado na Assessoria Jurídica do Município de Bandeirantes em regime parcial, Graduado em Direito, Graduado em Gestão Pública, Pós-graduado em Administração Pública, Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho, Membro da Comissão de Eventos e Cursos da OAB PR Subseção de Bandeirantes - Triênio 2016/2018, Parecerista na área de Licitações e Contratos.

2 Possui licenciatura plena em Geografia pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus Cornélio Procópio - Paraná. Atualmente aluna do curso de Direito pela UNOPAR, Campus Bandeirantes - Paraná. Atualmente aluna do curso de pós graduação IDCC-Direito Constitucional Contemporâneo.

direito à moradia.

A fim de estabelecer um local para morar, ainda que em condições mínimas, as pessoas buscam a ocupação de terras vazias, a constituição de loteamentos irregulares que são comercializados quase sempre a baixo custo e clandestinamente, a invasão de prédios ociosos e abandonados. Sendo outro fator que contribui, a atuação estatal ineficaz ao construir conjuntos habitacionais sem cumprir todas as exigências no afã de proporcionar moradias, muitas vezes com interesse mais político do que público.

Por óbvio, isso desencadeia problemas de ordem ambiental principalmente nas áreas de preservação permanente (APP), uma vez que muitas vezes são objeto de ocupação ou simplesmente ignoradas. E, pela falta de correta disposição do esgoto, a consequência vivida por essa população é a convivência com doenças, mau cheiro e poluição de águas dos rios.

Não menos importante, pela falta de infraestrutura, são constantes os desabamentos, enchentes, problemas de fornecimento de energia elétrica, abastecimento de água, coleta de lixo, inviabilidade do trânsito e a violência diante da precariedade dos serviços públicos no local.

As pessoas moradoras de locais sem regularização fundiária, além desses problemas já mencionados, se veem impossibilitados do direito pleno a propriedade (direito ao registro imobiliário) e de direitos que parecem insignificantes para alguns, tais como o direito a ter um endereço, ao acesso a crédito, a igualdade de condições no mercado de trabalho e ainda sofrem com o baixo desenvolvimento social e econômico, sendo este o contexto que se busca explorar a diante.

BREVE DIAGNÓSTICO DAS MORADIAS IRREGULARES

O IBGE considera estatisticamente essa situação que necessita de regularização fundiária como aglomerados subnormais, de onde o último Censo (2010), traz a informação de que há no Brasil 6.329 unidades, entre favelas, invasões, comunidades, palafitas e loteamentos clandestinos. Embora seja um número geral para vários tipos de moradias, o registro daquele ano encontrou 11.425.644 pessoas habitando aglomerados subnormais.

Porém, segundo o instituto, no mesmo estudo, para ser considerado um aglomerado subnormal, o conjunto tem de possuir mais de 51 unidades habitacionais e, possuir ainda pelo menos uma das seguintes deficiências: (i) irregularidade das vias de circulação e do tamanho e forma dos lotes, (ii) carência de serviços públicos essenciais (como coleta de lixo, rede de

esgoto, rede de água, energia elétrica e iluminação pública).

Muito embora, na realidade municípios pequenos tenham indivíduos com moradias nessas condições, em menores aglomerações e que também necessitariam entrar nessa estatística, tal é o impacto que isso reflete que "77,1% dos domicílios em aglomerados subnormais se encontravam em municípios com mais de 2 milhões de habitantes "e" 59,3% da população residente em aglomerados subnormais (6.780.071 pessoas) estão concentrados nas regiões metropolitanas de São Paulo, Rio de Janeiro, de Belém, de Salvador e de Recife", segundo o estudo publicado pelo IBGE.

Incrivelmente, esses dados ainda são pouco declarados, onde modo geral cerca de 50% dos municípios reconhecem as situações de irregularidade fundiária.

A violência, embora em índices oficiais não apareça indexada aos aglomerados subnormais, é mais propensa nesses locais devido à má organização das ruas e a falta de recursos, como a iluminação pública por exemplo, embora seja um dado considerado como um todo nos municípios.

Por outro lado, abordando especificamente grandes aglomerados subnormais, conforme Meirelles e Athayde (2014), 6% da população brasileira encontra-se morando em favelas que, "apesar de seus dramas e deficiências, é hoje o lugar dos emergentes, dos que costuram esperanças, onde são gerados 60 bilhões de reais, valor que corresponde ao PIB de países como a Bolívia e o Paraguai".

E, continuando, os autores afirmam que "se as favelas compusessem um estado, seriam o quinto mais populoso da federação", e "em 2013 a renda do favelado era de 1.068 reais contra apenas 603 reais, em 2003. Trata-se de um salto notável de 54,7%. No Brasil em geral a renda pulou de 1.172 reais para 1.616 reais, numa evolução de 37,9%".

Dessa forma é incontestável que não só nas favelas, mas em todas as áreas de habitação irregular, existem pessoas que merecem um olhar especial do Estado e necessitam de uma maior integração à sociedade, para uma participação massiva e eficaz na formulação de políticas públicas a fim de garantir seus interesses enquanto cidadãos.

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A regularização fundiária, como escreve Carvalho Filho (2008, p. 144), "é o processo através do qual se estabelece um legítimo vínculo jurídico entre um bem imóvel e o respectivo

titular do direito de propriedade ou de outro direito real". Ou seja, é uma forma de legitimar como proprietário, um indivíduo que, por algum motivo, ocupou de forma irregular um imóvel e nele edificou sua moradia.

Sob esse aspecto, a regularização fundiária, embora não seja um tem exaurido na Constituição Federal, já que tão somente são conferidos o direito a propriedade e aquisição por usucapião, sendo remotamente citada na parte que trata da política urbana (arts. 182 e 183). De onde se destaca que sua característica perene o interesse social.

Ao proveito do que ora se pretende expor, cabe citar o Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/2001, em seu art. 2º:

“Art. 2o A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;

e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

h) a exposição da população a riscos de desastres

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a

valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais.

XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento.”

Por fim, o melhor conceito legal é encontrado na Lei nº 11.977/2009 em seu art. 46, onde:

“A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

Se percebe então, que o fundamento primaz do Estatuto das cidades e da Lei nº 11.977/2009 é buscar, através de suas diretrizes, garantir a propriedade de uma forma adequada, digna e em conformidade com o interesse social.

Discorrendo sobre o direito a propriedade, que é um direito real, como dispõe o art. 1.228 do Código Civil, é entendido como aquele o indivíduo tem exclusividade para utilizar, usufruir, dispor e reaver aquilo que é seu, a Constituição Federal o garante como um direito fundamental.

No entanto, mais uma vez, entra em cena a função social, que também encontra-se na Constituição Federal como uma espécie de dever da propriedade, onde para Gonçalves:

“A preponderância do interesse público sobre o privado se manifesta em todos os setores do direito, influenciando decisivamente na formação do perfil atual do direito de propriedade, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado para transformar-se em um direito de finalidade social. Basta lembrar que a atual Constituição Federal dispõe que a propriedade atenderá sua função social (art. 5º, XXIII).” (2016, p. 22)

Sobre o interesse público e a propriedade, Ozéias J. Santos escreve:

“O interesse público é composto de regras que preenchem o denominado direito de vizinhança, em que o direito de propriedade de outras pessoas privadas é tutelado, sendo, assim, disciplina pertinente ao direito privado. As normas disciplinadoras do direito de vizinhança são tidas como limitadoras do direito de propriedade, contudo, cabe frisar que, mesmo assim sendo consideradas, a bem da verdade, não o são. Cunha Gonçalves dispõe que estas normas tão somente balizam as margens do direito de propriedade de cada um, para não permitir a existência de abuso do titular, sacrificando o direito dos demais, que é igual para todos. Trata-se de uma normatização do direito de propriedade que não pode, ser considerada então uma forma de intervenção do Estado na propriedade [...]”(2014, 487)

De início, poder-se-ia dizer que há um verdadeiro choque de princípios. Onde, partindo da premissa de que devem ser considerados os interesses privados em detrimento dos interesses públicos, fica então autorizada a entrada na propriedade que não cumpre a finalidade social?

Não é tão simples. Visando garantir a liberdade, direito fundamental de primeira geração, e uma intervenção mínima do Estado na esfera individual, Montesquieu visando a emancipação do indivíduo, inspirado por Locke, que considerava a propriedade um direito natural, uma série de princípios blindam o direito a propriedade.

Assim, Carlos Roberto Gonçalves (2016) cita como princípios fundamentais dos direitos reais (i) o princípio da aderência, no qual o indivíduo não depende de outro para exercer o senhorio sobre a coisa, (ii) o princípio do absolutismo, que confere status erga omnes ao direito real, (iii) o princípio da publicidade, sendo interessante citar que consagra-se no registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis, para imóveis e para bens móveis dá-se com a tradição, ou entrega do bem, (iv) o princípio da taxatividade, onde considera-se como direito real somente aquele que é assim catalogado pela lei, não admitindo portanto a constituição de um direito por analogia, (v) princípio da tipicidade, onde para ser considerado um direito real, é necessário que esteja descrito em lei, (vi) o princípio da perpetuidade, no qual o direito não se perde pelo não uso, mas somente por meios e formas legais, (vii) o princípio da exclusividade que prevê a impossibilidade dois direitos reais de igual conteúdo sobre a mesma coisa, e finalmente, (viii) o princípio do desmembramento, que de conteúdo diverso ao do princípio da consolidação, permite desmembrarem-se direitos reais diversos sobre um mesmo bem, tal como a coexistência do usufruto com a propriedade, que ao final daquele consolida-se no domínio pleno da coisa retornado ao proprietário.

Tão logo não seja o objetivo desse texto dissecar os princípios dos direitos reais, é relevante que alguns deles são importantes ao estudo do direito a propriedade imobiliária, em especial porque esta guarda consigo a oponibilidade aos demais, quando devidamente

registrada.

Como demonstrado, há uma série de princípios que protegem a propriedade, sendo pacífico quanto à forma perene com que o indivíduo a detém tanto que transmite-se pela sucessão, que não será aqui analisada.

Com efeito, essa situação de perpetuidade dá quase status de direito intocável à propriedade, enquanto analisada somente como um direito real e individual. Sendo assim o ponto de tensão, fica no princípio da perpetuidade frente ao interesse público atua diretamente sobre essa relação entre o indivíduo e a coisa.

Para tornar mais evidente, o ponto de tensão fica justamente na finalidade para o qual o indivíduo tanto almeja e defende a questão de ter o bem e se estaria sendo cumprida a função social.

Segundo Cleysson Moraes de Mello:

“Hodiernamente, há que se considerar o princípio da socialidade, isto é, os institutos jurídicos devem respeitar a sua função social. Daí que a propriedade encontra-se subordinada a sua função social. Isto significa dizer que a propriedade não pode atender apenas aos interesses individualistas, senão deve ser inserida em uma nova dimensionalidade ética que perpassa e adorna com novas cores as relações interprivadas, com vistas a atender também o interesse da coletividade.” (2013, p. 313)

Assim como acontece com outros direitos fundamentais, a Constituição Federal cuida não somente de expor em seu texto garantias, mas também finalidades para esse direito, como uma espécie de teleologia. E, sob esse aspecto, o todo constitucional volta-se a buscar o interesse público, que, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello (2004, p. 52), é resultado de uma expressão conjunta que os indivíduos têm enquanto membros da sociedade e também pelo fato de simplesmente o serem, sendo esse interesse justificável a medida que torna-se veículo de realização daqueles que o integram e dos que o integrarão futuramente, tido então como interesse primário.

Por conta disso é que a propriedade tem que atender à sua finalidade social, sob pena de tornar-se um direito vazio e que serve somente à especulação e amontoamento de bens imóveis pelo indivíduo, dono.

Atrela-se a isso, a questão de que todo ser humano tem direito, enquanto igual, a um espaço onde possa viver, trabalhar e contribuir de forma harmoniosa com o ambiente e com os outros, para só então essa propriedade atingir a função social.

Sobre a função social da propriedade, Teori Zavascki escreve que:

“Há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua

titularidade jurídica, a significar que a sua força normativa ocorre independente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, 'função social das propriedades'), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse.” (apud MARTINS COSTA, 2002, p. 844)

Parte daí a importância da regularização fundiária, já que na prática, existe o imóvel que cumpre a sua função social, só que na posse de um indivíduo diverso do proprietário. E, partir disto, delineiam-se os conceitos básicos de direito a propriedade e de direito ao endereço e infraestrutura (asfalto, saneamento básico e iluminação pública), bem como o direito à integração a cidade, onde esse indivíduo não pode ser visto como, simplesmente o outro.

A ATUAÇÃO DO ESTADO NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

A ideia que se busca no presente artigo não é aquela de dar aos considerados proprietários de imóveis clandestinos o justo título de sua moradia, ou de proporcionar, como, nas palavras de Sundfeld apud CARVALHO FILHO(a 2008 p. 144), a "transferência dos grupos marginalizados para dentro do mundo jus-urbanístico e, a adequação da ordem urbanística à situação real da população por meio de normas especiais de urbanização (ordem urbanística popular)". Mas, de uma forma contrária, trazer a cidade para dentro desses locais que são considerados clandestinos e irregulares.

Nesse viés, a ênfase é dada na atuação do Estado a fim de garantir aos indivíduos condições de exercer o seu direito de propriedade, pois como expressa Hegel (apud SARLET, 2015, p. 134), "a propriedade constitui o espaço de liberdade da pessoa (Späre ihrer Freiheit), o que, não exclui o já referido conteúdo social da propriedade, mas pelo contrário outorga-lhe ainda maior sentido".

O Estado sempre deverá agir na busca de garantir o direito a propriedade com base no interesse público, pois conforme entende Ozéias J. Santos:

“O Direito Público é o atuante para defender os interesses direitos do Estado (interesse público, que também é interesse da sociedade), seja na dos interesses direitos da coletividade (interesse social, que também é interesse do Estado). Por

essa atuação, ao Estado cabe limitar o direito de propriedade, ao impor um non facere ou um pati, bem como impor deveres aos titulares desse direito ainda suprimindo.” (2014, 488)

Muito embora o Estado não deva imiscuir-se na propriedade, com vistas a própria garantia de individual de liberdade, a regularização fundiária volta-se a tratar de uma situação encarada com um caráter prestacional ao considerar essa atuação uma garantia ao direito social de propriedade.

Dessa forma, a atuação do Estado, a princípio, cinge-se de demarcar dentro do polígono irregular em que se constitui o loteamento clandestino as ruas para torná-lo o mais próximo possível do ideal buscado pela população a fim de inserir essa parcela na cidade.

COMPETÊNCIA E INSTRUMENTOS DE INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE

De acordo com a lei nº 6.766/79, o parcelamento do solo urbano tem, necessariamente, que cumprir vários requisitos, dentre os quais, permitir áreas de circulação, espaços de uso público, cada lote não pode ser inferior a 125 m² e tem de ter 5 metros de frente no mínimo e as suas vias deverão se articular com as oficiais já existentes.

Os projetos de loteamento são levados a conhecimento do Poder Executivo Municipal e também são submetidos às legislações específicas e ao Plano Diretor local, pelo proprietário, também chamado na referida lei, de loteador, que faz geralmente com o auxílio de uma empresa do ramo ou, pelo menos, através de um profissional, no caso, o responsável técnico.

A lei nº 6.766/79, em seu art. 37, trata como proibida a venda ou promessa de venda de loteamento não desmembrado. Já nos arts. 50 a 52 da mesma lei, de modo específico, essas condutas são qualificadas como crime contra a Administração Pública e previstas penas de reclusão e multa a quem nelas incorra. Então, sob esta situação, bem como pela necessidade de se submeter a regulamentação do loteamento a análise da prefeitura, que também deve notificar o loteador de irregularidades, já fica caracterizada a importância da atuação do Ente Público.

Portanto, no caso de loteamentos regulares e irregulares, o município age no exercício do poder de polícia, uma vez que possui o dever de fiscalizar, notificar e instaurar o processo administrativo de regularização e em casos extremos assumir a regularização podendo ressarcir-se no loteador que deu causa a essa despesa pública. Isso também se dá em razão do disposto no art. 30, VII da Constituição Federal que diz ser da competência

municipal "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano", que é exercida na observância do art. 182.

Sob essa competência com relação à disposição do espaço da cidade, Hely Lopes Meirelles (2006, p. 510) entende que “urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. Entendam-se por espaços habitáveis todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: habitação, trabalho, circulação, recreação”, daí se vê a importância da atuação do município.

Com efeito, independentemente se há um loteamento irregular ou é até ausente o projeto de tal loteamento, ainda que constem as áreas menores, de uma área maior, que geralmente são adquiridas a baixo custo e sem informar o cartório de imóveis, o Município pode intervir no local sob o prisma do interesse público e de seu dever constitucional.

Maria Zanella di Pietro também escreve sobre a atuação do Estado e o direito a propriedade:

“Sabe-se que a propriedade é o direito individual que assegura ao seu titular uma série de poderes cujo conteúdo constitui objeto do direito civil; compreende os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, de modo absoluto, exclusivo e perpétuo. Não podem, no entanto, esses poderes serem exercidos ilimitadamente, porque coexistem com direitos alheios, e porque existem interesses públicos maiores, cuja tutela incumbe ao Poder Público exercer, ainda que em prejuízo dos direitos individuais. Entra-se aqui na esfera do poder de polícia do Estado, ponto em que o estudo da propriedade sai da órbita do direito privado e passa a construir objeto do direito público e a submeter-se a regime jurídico derogatório e exorbitante do direito comum.” (2009, p. 125)

Ainda que se deva respeitar a propriedade, é possível uma intervenção sumária, pois "o direito de propriedade não se revela absoluto. Está relativizado com a Carta da República – 5º, XXII, XXIII e XXIV, e 184." (MS 25.284. REL. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, Dj de 23-42004)

Neste ponto, poderia o Município, com base em um decreto que declara a utilidade e, sob o fundamento do interesse público e da garantia do bem-estar dos habitantes daquele local, realizar a intervenção na propriedade daquele proprietário, loteador, para constituir a infraestrutura mínima, tal como meio-fio, asfalto iluminação pública e escoamento pluvial e também realizar o acesso a energia elétrica e água, esgoto. Essa ideia, ao contrário de uma desapropriação tradicional, traduz-se em uma verdadeira entrada nessa propriedade, sem proceder a figura constitucional da prévia e justa indenização, e ainda, contabilizadas

corretamente todas as despesas para sua realização às custas do erário, proceder contra o proprietário o ressarcimento, mediante ação judicial.

Tal enfoque pode ser construído a partir da jurisprudência, de onde se retiram algumas decisões:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO URBANÍSTICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER DE REGULARIZAÇÃO. 1. O art. 40 da lei 6.766/79 deve ser aplicado e interpretado à luz da Constituição Federal e da Carta Estadual. 2. A Municipalidade tem o dever e não a faculdade de regularizar o uso, no parcelamento e na ocupação do solo, para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e o bem-estar da população. 3. As administrações municipais possuem mecanismos de autotutela, podendo obstar a implantação imoderada de loteamentos clandestinos e irregulares, sem necessitarem recorrer a ordens judiciais para coibir os abusos decorrentes da especulação imobiliária por todo o País, encerrando uma verdadeira *contraditio in terminis* a Municipalidade opor-se a regularizar situações de fato já consolidadas. 4. (...). 5. O Município tem o poder-dever de agir para que o loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição. 6. Se ao Município é imposta, *ex lege*, a obrigação de fazer, procede a pretensão deduzida na ação civil pública, cujo escopo é exatamente a imputação do facere, às expensas do violador da norma urbanístico-ambiental. 5. Recurso especial provido.” (REsp 448216/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma do STJ. DJ 17/11/2003 p. 204)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. MUNICÍPIO. PODER-DEVER. LEGITIMIDADE PASSIVA. ARTS. 30, VIII, DA CF, E 40 DA LEI 6.766/79. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. 1. A ausência de prequestionamento do dispositivo legal tido como violado torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 2. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. 3. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária. 4. Legitimidade passiva do ente municipal para figurar em ação civil pública que objetiva a regularização de loteamento irregular. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (REsp 447433/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ22/06/2006p.178)

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGULARIZAÇÃO DO SOLO URBANO. LOTEAMENTO. ART. 40 DA LEI N. 6.766/79. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. Nos termos da Constituição Federal, em seu artigo 30, inciso VIII, compete aos Municípios "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano." Cumpre, pois, ao Município regularizar o parcelamento, as edificações, o uso e a ocupação do solo, sendo pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual esta competência é vinculada. Dessarte, "se o Município omite-se no dever de controlar loteamentos e parcelamentos de terras, o Poder Judiciário pode compeli-lo ao cumprimento de tal dever" (REsp 292.846/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 15.04.2002). No mesmo sentido: REsp 259.982/SP, da relatoria deste Magistrado, DJ 27.09.2004; Resp 124.714/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 25.09.2000; REsp 194.732/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 21.06.99, entre outros. Nesse diapasão, sustentou o Ministério Público Federal que "o município responde solidariamente pela regularização de loteamento urbano

ante a inércia dos empreendedores na execução das obras de infra estrutura" (fl. 518). Recurso especial provido, para concluir pela legitimidade passiva do Município de Catanduva." (REsp 432531/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2004, DJ 25/04/2005 p. 265)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 211 E 7 DO STJ. LOTEAMENTO IRREGULAR. REGULARIZAÇÃO. MUNICÍPIO. ART. 40 DA LEI N. 6.766/79. 1. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" (Súmula n. 211 do STJ). 2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não soluciona a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte. 3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7/STJ). 4. O STJ, ao interpretar a regra disposta no art. 40 da Lei n. 6.766/79, entende que o Município tem o poder-dever de agir para regularizar loteamentos irregulares de sua propriedade, descabendo o pedido de anulação do contrato. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido." (REsp 191507/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2005, DJ 13/06/2005 p. 219)

“ADMINISTRATIVO – LOTEAMENTO INACABADO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPUTAÇÃO POR AÇÃO DE REGRESSO À EMPRESA LOTEADORA. 1. É dever do município fiscalizar os loteamentos, desde a aprovação até a execução de obras. 2. A CF/88 e a lei de parcelamento do solo (Lei 6.766/79) estabelecem a solidariedade na responsabilidade pela inexecução das obras de infra-estrutura (art. 40). 3. Legitimidade do município para responder pela sua omissão e inação da loteadora. 4. Recurso especial provido.” (REsp 252.512/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma do STJ. DJ 29/10/2001 p. 194)

A discricionariedade dos municípios, reside então na forma com que atuará para a realização desse importante direito dos indivíduos que se encontram em situações precárias e indignas, não por opção, mas por necessidade e que, somente se estabeleceram de forma irregular por uma omissão da atuação do Estado, que falhou no poder de polícia, já que não se pode conceber uma edificação do dia para a noite.

Além da intervenção sumária, o município pode realizar a desapropriação de parte do terreno particular para fins de integração de construções clandestinas com o restante da cidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2004, p. 577) menciona a desapropriação como "o procedimento através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire para si, mediante indenização, fundado em interesse público". Sendo, ao complemento, a definição de José Maria Pinheiro Madeira (2009, p. 990-991), onde a desapropriação é a "transferência compulsória da propriedade de alguém para o Poder Público, mediante indenização, dentro dos requisitos legais. Trata-se de forma originária de aquisição da aquisição da propriedade, que independe de título anterior ou da vontade do

anterior dono do bem. Sua regulamentação básica encontra-se no Dec. –Lei 3.365/71".

A desapropriação seria sobre a faixa 'non aedificandi', como explica José Afonso da Silva:

“O plano de alinhamento destinado a promover o alargamento do logradouro público atinge os terrenos fronteiros, edificados ou não-edificados, criando, em relação à faixa afetada, uma restrição de inedificabilidade (faixa non aedificandi), que a doutrina denomina servidão de recuo, porque, até sua efetiva incorporação no domínio público, se caracterizará como um recuo dentro da propriedade privada, sem direito de construir, a serviço da ampliação do domínio público.” (2010, p. 209)

Ainda para José Afonso da Silva (2010, p. 210-211), essa faixa 'non edificandi', trata-se de uma restrição geral, que impede novas construções dentro de seu domínio e serve para o alinhamento de futuras edificações nos terrenos nus. As construções já existentes nos terrenos atingidos são consideradas não-conformes, ao passo que também existem conformidades não toleradas, em que não atendidos requisitos de higiene e segurança, são objeto de demolição.

Conforme o referido autor, uma vez que ostenta um cariz de restrição geral, em princípio, essa restrição não gera indenização, o que é discutível, uma vez considerada sua extensão e sua real utilidade e consignação para o interesse público.

Outro modo de se realizar a regularização de loteamentos irregulares é a doação, pelo proprietário loteador, ao município, das faixas destinadas à extensão das ruas oficiais, bem como a criação dentro da propriedade, de lotes para uso público, dados em favor do Poder Público como forma de custeio da implementação da infraestrutura. Todavia, esse procedimento requer um acompanhamento minucioso, pois "os usuários são anônimos, indeterminados, e os bens utilizados o são por todos os membros da coletividade - uti universi – razão pela qual ninguém tem direito ao uso exclusivo ou a privilégios na utilização do bem: o direito de cada indivíduo limita-se à igualdade com os demais na fruição do bem ou no suportar os ônus dele resultantes”. (MEIRELLES, p. 435)

Assim, toda cautela deve ser tomada para o fim de evitar danos ao erário e demonstrar a prevalência, sempre, do interesse público, para evitar não só a facilitação imotivada da regularização e ferir o princípio da isonomia, mas também para justificar o investimento do dinheiro público sem que haja um desvio de finalidade e a malversação dos recursos públicos.

Di Pietro ainda escreve:

“na realidade, tanto as chamadas limitações administrativas à propriedade (em sentido estrito) como a ocupação temporária, a requisição administrativa, a servidão administrativa e a desapropriação constituem formas de limitações do Estado sobre a propriedade privada, cada uma delas atingindo o exercício desse direito de maneira

mais ou menos intensa, mas sempre com o objetivo de satisfazer o interesse público. Assim, em sentido amplo, as limitações administrativas abrangem todas essas modalidades. Em sentido restrito, referem-se apenas àquelas impostas pelo poder de polícia do Estado, condicionando o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, sem implicar desdobramentos dos poderes inerentes ao domínio.” (2009, p. 126)

O Estado detém inúmeras formas de atuar para buscar a regularização de loteamentos, seja através de compelir o loteador, seja através de suas próprias forças, sendo o grande problema identificado quando deixa de agir, se omitindo.

A QUESTÃO DO DIREITO A MORADIA DIGNA E DA ATUAÇÃO DO ESTADO

Como já mencionado, de forma breve, o direito a propriedade ganha um viés social, quando analisado sob o prisma da função social e da superioridade do interesse público, de modo que é possível ao Estado entrar no domínio particular a fim de atribuir-lhe uma finalidade que atende aos anseios dos indivíduos.

A Constituição Federal, em seu art. 6º, confere à moradia uma condição de direito social. Como afirma Liana Portilho Mattos (apud CARVALHO FILHO, 2008, p. 153) "não há remota possibilidade de satisfação do direito à vida digna sem a garantia da moradia - também digna". Assim como avaliado no texto constitucional, que é fruto do que o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe:

“Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

Retornando ao Estatuto das cidades, já não cabe mais falar em um ambiente que não forneça aos indivíduos condições mínimas e, portanto, a manutenção de direitos sociais, surgido a cidade sustentável, que, nas palavras de Oliveira:

“É aquela apropriada a fornecer a seus habitantes as condições mínimas de bem-estar, segurança, vida saudável, etc. Onde o direito à moradia ocupa posição de destaque, na qualidade de coluna cervical da política urbana, merecendo cuidados e dedicação especiais e especializados, uma vez que a moradia não pode ser inapropriada, ou seja, sem esgoto, água, luz, etc. Pelo contrário, deve reunir toda a condição de infraestrutura urbana: do saneamento básico ao transporte público de qualidade, com acesso à cultura, lazer, trabalho, e demais serviços públicos, como educação, saúde, etc. Isso para preservar as presentes e futuras gerações (inciso I do art. 2º).” (2002, p. 22)

Assim, a preocupação com os conceitos de propriedade, dignidade, mínimo necessário e com a função social, encontram-se bem explícitos na legislação, faltando-lhes,

realmente, a efetividade. Já não se figura mais admissível o sobreviver e, ao avanço, cabe ao Estado fornecer um pouco mais de dignidade, onde entra a questão do reconhecimento daqueles indivíduos que estão em um local clandestino, irregular ou aglomerado subnormal, como usuários e destinatários do bem comum, já definido como ruas, praças, iluminação, saneamento básico, água, energia elétrica, entre outros. Todavia, são óbices a essa efetivação, as sempre arguidas limitações dos recursos públicos, cabendo a reflexão de Sarlet:

Em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontra(ao menos de acordo com a doutrina majoritária) sob uma reserva do possível, circunstância que, por sua vez, implica uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometida aos órgãos políticos e para tanto legitimados. (2015, p. 322-323)

Nesse ponto abre-se um parêntese para analisar a atuação do Estado, onde cabe dos indivíduos, enquanto titulares dos poderes que outorgam, exigir a providência necessária, até porque, do ponto de vista da reserva do possível, o ônus de provar a impossibilidade de realizar determinado direito é público, e não dos tutelados. Por isso, é necessário que o Estado quanto mais se demonstre necessário, democratize o orçamento público, pois através da participação popular, é que vão sendo diagnosticadas as hipóteses de aplicação dos recursos estatais em favor de políticas públicas eficientes.

A atuação do Estado conquanto busque a regularização de áreas invadidas, clandestinas e, portanto, que representam riscos sociais e à saúde, deve ser vigente e pautada nos reclamos dos destinatários do bem comum, ultrapassando as próprias disposições do plano diretor. Já que como expressa José Afonso da Silva:

“O plano diretor é 'plano, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo no que tange às diretrizes básicas), as atividades a serem executadas e quem deve executá-las'. Além disso, 'é diretor, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano do Município'.” (apud CARVALHO FILHO, p. 141.)

Dessa forma, o Estado deve ter como objetivo primaz a função social da cidade e a melhoria da qualidade de vida dos habitantes, não podendo diminuir a regularização fundiária a um direito individual ou setorizado, para não buscar sua efetivação.

CONCLUSÕES

Por meio da pesquisa realizada, foi possível encontrar uma situação bem irregular da ocupação fundiária urbana, o que remete a um acanhado do Estado em colocar em evidência os problemas relacionados a moradia e infraestrutura.

Grande parte da população que reside em locais considerados irregulares, não tem condições de regularizar sua moradia por conta das condições financeiras insuficientes ou pelo excesso de exigências, todavia, ainda assim persistiriam as ações do Estado para proporcionar a extensão das vias públicas.

Isso não retira a importância do tema, pelo contrário, é reflexo de uma preocupação velha do País com a política urbana, tanto que "pretendeu o Constituinte conferir densidade ao fato de que, acima dos interesses individuais e econômicos, devem sobrelevar os interesses urbanísticos gerais e sociais". (CARVALHO FILHO, 2008, p.141)

A reserva do possível tem sido utilizada para amparar a omissão na regularização fundiária, mas sem considerar que as despesas que o Estado teria com infraestrutura e outras obras necessárias, se torna ínfima diante da situação de descaso e de risco dos indivíduos sem saneamento básico e sem condições mínimas de existência, fatalmente aumentando gastos com saúde, transporte e assistência social, isso sem considerar os danos ao meio ambiente, que também constitui dever do Estado zelar, tornando esse argumento falho.

Embora já se tenha debatido sobre o direito a propriedade, é fundamental entender que, enquanto bem imóvel, a plenitude do direito real só é alcançada com a presença da função social. Sendo essa a liberdade para utilizar, usufruir, dispor e reaver, exercida com base no que escreve Sarlet (2015, p. 47) "não na liberdade do e perante o Estado, e sim na liberdade por intermédio do Estado". Então, o direito individual (a propriedade) é visto sob o aspecto da coletividade (função social), o que fundamenta, ou deveria fundamentar, a atuação do Estado na regularização fundiária, sendo esta uma ferramenta, seja para expropriar áreas abandonadas e torná-las habitadas, seja intervindo nos loteamentos irregulares com a intenção de trazer dignidade aos indivíduos ou até através da desburocratização para tornar mais acessível a regularização da documentação e trazer garantias aos moradores que tanto buscam um pedaço que seja seu nesse vasto território. A regularização fundiária se revela de fato, como afirma CARVALHO FILHO, um direito fundamental e, por isso sob o enfoque da responsabilidade do Estado, diante de sua eficiência na realização de moradias com solidez e adequação, merece mais respeito e atenção daqueles que podem conduzir as decisões do Poder Público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal.

_____. Lei no 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Publicada no DOU de 11.07.2001 e reficada em 17.7.2001.

_____. Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Publicada no DOU de 11.07.2001 e reficada em 17.7.2001.

_____. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicada no DOU de 11.07.2001 e reficada em 11.1.2002.

_____. Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Publicada no DOU de 8.7.2009 e reficada em 17.07.2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regularização Fundiária: Direito Fundamental na Política Urbana. Revista de Direito Administrativo, nº 247, Atlas, jan./abr. 2008.

CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Aglomerados subnormais: primeiros resultados. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Acompanha 1 CD-ROM. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_>. Acesso em: jun. 2016.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito administrativo, 22. ED. – São Paulo: Atlas, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas, volume 5. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Jurisprudências disponíveis em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> e <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> . Acesso em: 28.jun.2016

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Administração pública: centralizada e descentralizada. Tomo II. 10.ed. Rio de Janeiro: HP Comunicação, 2009.

MARTINS COSTA, Judith. A reconstrução do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Direito Administrativo Brasileiro. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Renato. ATHAYDE, Celso. Um país chamado favela: a maior pesquisa já feita sobre a favela brasileira. São Paulo: Editora Gente, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Cleysson Moraes de. Constituição da República Anotada e Interpretada. 1ª Ed. Campo Grande: Contemplar, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da Cidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SANTOS, Ozéias J. Manual de direito público. Volume 1. São Paulo: Vale do Mogi Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10.ed.rev.atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Beatriz Casagrande FORTUNATO¹
Clarissa Chagas Sanches MONASSA²

RESUMO

O Direito do Comércio Internacional é um ramo do Direito Internacional Econômico que procura organizar uma das atividades mais antigas e mais importantes para a economia: o comércio internacional. A seu turno, a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a ordem econômica e financeira, e um de seus princípios basilares é o da livre concorrência, o qual é resultado do modelo capitalista e possui leis que atuam em sua defesa, uma vez que ele visa garantir que haja equilíbrio no mercado e na economia. Portanto, esta pesquisa, tem a finalidade de demonstrar a importância da defesa deste princípio em âmbito nacional e em prol do comércio internacional.

PALAVRA-CHAVE: Comércio internacional – princípio – livre concorrência

ABSTRACT

The International Trade Law is a range of activity of the International Economic Law which aim is examine one of the oldest and most important activities of human's history: the international trade. The Brazilian Constitution of 1988, in turn, establish about the economic and financial order, and one of its main principles is the free competition, which is the result of the capitalist system and has national laws to protect it, because it intents ensure a balance in the market and economy. Therefore, this search has the purpose of showing how important is safeguard this principle in the national scenery and in favor of international trade.

KEY-WORDS: International trade – principle – free competition

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, o comércio é característica marcante da história e economia mundial, era realizado por meio de trocas de produções e colheitas entre grupos distintos, passou pela época do escambo, criou-se a moeda, com a Revolução Industrial, houve um aperfeiçoamento da produção, e a colonização da África e da América também contribuíram.

1 Beatriz Casagrande Fortunato é graduanda do 8º termo de Direito do Univem – Centro Universitário Eurípides de Marília; participa do programa de Iniciação Científica desta mesma IES; estagiária da 1ª Vara Federal da 11ª Subseção Judiciária da Justiça Federal em Marília, SP.

2 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, especialização em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina, mestrado em Direito do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/UNIVEM, doutoranda em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica da Argentina. Docente da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha de Marília- UNIVEM e da Faculdade de Direito da Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura/OAPEC. Advogada e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa GEP, cadastrado no CNPq. Atua nas seguintes áreas: Direito Internacional Público e Privado; Direito Internacional dos Direitos Humanos, Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica.

Assim, devido ao seu desenvolvimento ao longo dos anos, com a formação dos Estados, foi preciso um ramo do Direito Internacional para organizar e regulamentar as questões atinentes ao comércio internacional, tamanha sua demanda. A Organização Mundial do Comércio, atualmente, ocupa um espaço central, pois é o órgão mais completo a reger sobre as relações comerciais, posto que apresenta normas, diretrizes a serem seguidas pelos países membros e um sistema de solução de conflitos cogente e muito respeitado na sociedade internacional.

No âmbito interno, cada Estado possui normas de interesse da sua economia. No Brasil, a Constituição Federal elenca princípios e normas imperativas e programáticas sobre a Ordem Econômica e Financeira. Dentre os princípios, o princípio da livre concorrência merece atenção, porque tem implicância direta com o comércio nacional e internacional, bem como possui legislação específica e órgãos que atuam em sua defesa.

Logo, esta pesquisa, ancorada pela análise da coleta de dados bibliográficos, documentais e via internet, por meio do método hipotético-dedutivo, busca demonstrar a importância e a vinculação deste princípio, da lei e órgãos que o regem no Brasil para com o comércio internacional.

DO DIREITO COMÉRCIO INTERNACIONAL: REFERENCIAL HISTÓRICO, PRINCÍPIOS E DIRETRIZES:

O comércio existe desde o início das civilizações e diferentes povos o realizavam por meio da troca. O desenvolvimento da agricultura feudal acabou gerando excedentes de produção, o que propiciou o crescimento das cidades e suas comunas. Com isso, houve a formação da burguesia comercial, cuja aliança com o rei e a nobreza colaborou com o início do Estado Moderno (RAMOS, 2008).

No século XV, o mundo foi dominado pelas Grandes Navegações, cujo objetivo era escoar a produção e buscar metais preciosos, além disso, houve a “descoberta” de terras as quais foram denominadas colônias, na maioria das vezes, submissas ao seu país colonizador, a metrópole (RAMOS, 2008). As colônias eram fonte de produção de matérias-primas e metais preciosos, por isso, geravam excedentes à metrópole.

A partir do século XIX, com a intensificação do comércio, o protecionismo, fruto do mercantilismo que acontecia nas colônias, como resultado das Grandes Navegações, acabou por gerar um embate com os defensores do livre comércio. Assim, na visão de Adam Smith, a

política não deveria interferir nas práticas comerciais, as fronteiras geográficas não eram interessantes, pois o que realmente importa é a ligação entre as nações a fim de permitir o mercado.

Dessa maneira, o motor do livre comércio e do comércio internacional, para Adam Smith, era a divisão internacional do trabalho, em que cada nação produziria e se especializaria na produção de um bem, e este escalonamento da produção propiciaria o livre comércio entre as nações para que todas detivessem riqueza e poder.

Ademais, conforme esclarece Guilherme Cantarino da Costa Ramos (2008), a interferência política era desnecessária, visto que, para Adam Smith, a “mão invisível” realizaria as mudanças cabíveis e adequadas, quando fosse preciso, beneficiando as nações.

Em sua Teoria das Vantagens Comparativas, David Ricardo aprimorou as ideias de Adam Smith, pois, segundo ele, cada país deve dedicar seu capital e trabalho a produzir o que lhe trouxesse mais benefícios, suprindo à necessidade de seu mercado interno e da produção voltados a exportação, de modo que essa seria a alternativa para equilibrar o trabalho de forma eficiente, inclusive economicamente, possibilitando o livre comércio entre os países sem prejuízos de um estado estacionário, no qual o crescimento populacional lidaria com terras bem menos férteis.

A ideologia do Estado Liberal vagou pelo século XIX, de tal maneira que os Estados optaram por não tratar de normas sobre assuntos econômicos, as quais ficariam sob a autoridade de agentes econômicos e do Direito Privado. Entretanto, em razão do livre comércio e da busca por novos mercados, começaram a surgir problemas, porque o Direito Privado interno não atendia as necessidades econômicas que envolviam os comerciantes (SAKR, 2010).

Sendo assim, Rafael Lima Sakr (2010) coloca a intervenção do Estado como sendo requisitada nos seguintes casos: para estabelecer a liberdade de comércio; regular os direitos de proteção mínima aos comerciantes quando eles celebrassem tratados de comércio e navegação; assegurar que os líderes da África e do Pacífico concedessem iguais oportunidades para as empresas privadas; e, celebrar tratados com os antigos Estados inimigos.

Não foi possível então, deixar o comércio ser regulado pelos agentes econômicos, visto que surgiu a necessidade da intervenção do Estado para regularizar e regulamentar normas a respeito do comércio que proporcionassem liberdade e igualdade em oportunidades

e assegurassem direito mínimos aos comerciantes.

Muitos tratados foram assinados, dentre eles, destaca-se o Tratado de 1810, entre Portugal e Grã-Bretanha, o qual regulava direitos e vantagens aos ingleses em domínios portugueses, e trouxe uma novidade no âmbito do comércio internacional: a cláusula da nação mais favorecida. Esta cláusula, durante o século XIX, fez com que fossem uniformizados os discursos jurídicos e de liberalização do comércio, e pelo fato de prever a não discriminação entre os contratantes, gerou as redes comerciais previstas em tratados bilaterais. A cláusula da nação mais favorecida delegava obrigações negativas de abstenção e positivas de cooperação entre os Estados (SAKR, 2010).

Em um cenário internacional no qual os tratados e convenções não dispunham acerca das questões econômicas, mas sempre se referiam à busca pela solução de conflitos e coexistência pacífica entre os Estados, o interesse expansionista e a fome por mais capital e mercado falaram mais alto, conseqüentemente, houve um “recuo” do Estado Liberal para que o Direito Internacional pudesse regular sobre Economia, atendendo os anseios dos comerciantes.

O resultado foi próspero e marcou a história do comércio internacional: a cláusula da nação mais favorecida possibilitou o surgimento de redes comerciais por meio de contratos nos quais não haveria discriminação entre as nações, mas sim cooperação.

No decorrer do século XIX e no século XX, o livre comércio foi conquistando cada vez mais adeptos com vistas a escoar a produção e obter fontes de matéria prima barata. No entanto, com a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e as conseqüências dela advindas, houve uma retração no comércio internacional. Além disso, anos mais tarde, a Crise de 1929 causou um novo abalo no mercado mundial (RAMOS, 2008).

Já após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) ficou evidente para os países a necessidade de haver cooperação entre eles, além disso, os negócios passaram a se dar em âmbito internacional, surgiram as empresas multinacionais e os países menos industrializados passaram a se esforçar a fim de desenvolver suas exportações, características essas que marcam a “nova economia mundial” (BASSO, 1996).

Eduardo Grebler (1986) coloca, também, as transações comerciais realizadas entre os cidadãos e empresas de países distintos e as Leis Uniformes de Genebra abordando sobre letras de câmbio, notas promissórias, cheques e os usos e costumes do comércio internacional como estimulantes para que, enfim, pudesse se falar sobre o Direito do Comércio

Internacional.

Esse foi o contexto em que, segundo Maristela Basso (1996) surgiu o Direito do Comércio Internacional,

ou *Droit International des Affaires*, que tem como objeto de estudo toda a atividade mercantil internacional, abrangendo todas as áreas do direito comercial e do direito industrial, caracterizando-se como um verdadeiro direito econômico, mais amplo, que inclui o direito monetário-cambial, o direito financeiro, o direito fiscal, em síntese, o Direito Internacional Econômico.

O Direito Internacional do Comércio ou Direito do Comércio Internacional surge quando o mundo estava devastado após a Segunda Guerra Mundial e os Estados perceberam que as alianças não deveriam ser somente em tempos de guerra, de tal forma que, como o mundo economicamente caminhava mal, um auxílio mútuo era a solução.

Este instituto é parte do Direito Econômico Internacional e trata da “organização dos intercâmbios econômicos e financeiros entre os Estados, com a presença de importantes organismos internacionais de cooperação econômica e comercial, entre eles a Organização Mundial do Comércio (OMC), que representa relevante mecanismo de solução de controvérsias” (BIJOS; OLIVEIRA; BARBOSA, 2013).

Com isso, o Direito do Comércio Internacional surge para regulamentar e organizar questões que envolvem o comércio, e todo o fluxo econômico e financeiro decorrente dele, há várias instituições internacionais dispostas a prestar essa tarefa. Isso porque, o comércio é uma das mais antigas e mais importantes formas de acumulação de capital (lucro), geradora de emprego e relacionamentos sociais nacionais e internacionais.

O Direito do Comércio Internacional não é, senão, o reflexo e a consequência das relações internacionais de caráter econômico. Está diretamente vinculado à circulação internacional das mercadorias, dos serviços e dos pagamentos. Abrange, portanto, a criação internacional das riquezas e a mobilidade dos fatores de produção (capital e mão de obra) de um país a outro (BASSO, 1996).

Além disso, pela Resolução da ONU (Organização das Nações Unidas) nº 2.102, de 20 de dezembro de 1965, o Direito do Comércio Internacional é definido levando-se em conta três elementos: os textos emanados da ONU, os quais possuem uma série de três operações, dentre as quais estão a compra e a venda de mercadorias; as normas de Direito Privado e, justamente o fato de apresentarem essa essência privada; e, a uniformização jurídica a fim de que não haja o conflito de leis (BIJOS; OLIVEIRA; BARBOSA, 2013).

Desse modo, o Direito Internacional do Comércio consiste em um conjunto de normas de natureza variada a dispor sobre relações comerciais e econômicas realizadas em âmbito internacional, a fim de uniformizá-las e harmonizá-las para evitar um conflito.

As fontes do Direito do Comércio Internacional são os usos e costumes internacionais, visto que são as práticas mercantis que o regem, e a Lex mercatoria, é o grande exemplo desta influência; os tratados internacionais para regulamentar determinadas matérias; as decisões realizadas por meio da arbitragem, mas não só, bem como da Câmara de Comércio Internacional de Paris e a Uncitral (United Commission on International Trade Law – Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), órgão da ONU que busca regular e uniformizar o Direito do Comércio Internacional, e uma tentativa de codificá-lo. Em havendo lacuna, conforme Leila Bijos, João Rezende de Almeida Oliveira e Leonardo Garcia Barbosa (2013), buscam-se as soluções aplicadas nos conflitos do Direito Internacional Privado. E, ainda, são utilizadas também como fontes as fontes do comércio internacional, em sua grande maioria, Convenções e Contratos de compra e venda.

Portanto, o Direito do Comércio Internacional não advém somente de tratados, usos e costumes de âmbito internacional e das normas das instituições internacionais sobre essa matéria, bem como emana das fontes do comércio internacional, das normas nacionais com reflexos mundiais, e decisões de fortes grupos econômicos transnacionais, logo, nota-se a importância deste instituto e as grandes consequências nacionais e mundiais de qualquer medida econômica e comercial tomada.

Criada em 1919, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) se caracteriza como a materialização de uma sociedade de comerciantes, é uma organização não governamental que possui mais de sete mil membros de centro e trinta países. Não obstante, sua Corte Internacional de Arbitragem, a qual é respeitada internacionalmente, os procedimentos e regras instituídos pela Câmara também são muito utilizados e respeitados (BIJOS; OLIVEIRA, BARBOSA, 2013).

Com isso, nota-se que a CCI atua em prol de comerciantes de inúmeras áreas e âmbitos de atuação no comércio internacional, ajuda na regulamentação de cláusulas contratuais, em questões atinentes ao próprio contrato e os negócios realizados no ramo do comércio internacional.

A Lex mercatoria é também uma das fontes do Direito Internacional do Comércio, ela existe desde que imperam os usos e costumes mercantis, pois foi no ambiente mercantil, pautado nas práticas comerciais realizadas pelos comerciantes que ela surgiu e se desenvolveu.

Por não apresentar características cosmopolitas, a utilização da lex mercatoria acabou

diminuindo, todavia, em virtude do crescimento das relações econômicas internacionais e a vontade, aliada à necessidade de sua aplicação pelos comerciantes, também porque as legislações internas não supriam suas necessidades, e as decisões dos Tribunais nacionais eram arbitrárias e pouco úteis na prática, de tal maneira que, os Estados precisaram reconhecer algumas questões e aparatos legais da chamada Nova Lex Mercatoria (VIDIGAL, 2011).

Nessa interação entre Estado e mercado é que a Nova Lex Mercatoria deposita seu alicerce normativo, visto que da autorregulação do mercado são tirados instrumentos jurídicos a exemplo do crédito documentário com a intervenção dos bancos nos negócios de exportação, os contratos tipo, as condições estabelecidas pelo Conselho de Assistência Econômica Mútua (COMECON), e os incoterms (os quais efetivam termos do Comércio Internacional elaborados pela Câmara de Comércio Internacional – CCI). Enquanto os tratados internacionais multilaterais sobre comércio, como o GATT e a OMC, e os que constituem blocos regionais, a exemplo da União Europeia, NAFTA, MERCOSUL decorrem e possuem certa influência nas práticas comerciais, e ainda, as sentenças arbitrais, proclamando os usos e costumes no âmbito comercial introduzem ao mercado o precedente como uma fonte normativa, segundo afirma Erick Vidigal (2011).

E, para não haver o conflito de leis na relação mercado e Estados, busca-se editar leis uniformes como: a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Nota Promissória (Genebra, 1930); Lei Uniforme de Cheques (Genebra, 1931); Regras de Usos Uniformes de Créditos Documentários; Lei Modelo de Arbitragem (UNICITRAL); Convenção Internacional sobre compra e venda internacional (Viena, 1980); Regras Uniformes para Garantia de Contratos (CIC); Princípios dos Contratos Internacionais (UNIDROIT); e, a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Cidip V – Cidade do México), (VIDIGAL, 2011).

A nova lex mercatoria se instrumentalizou, em aspectos jurídicos, no inconterms, contratos tipo e outros aparatos que simbolizam o uso e as práticas comerciais realizadas internacionalmente. Outrossim, as Leis Uniformes são de grande valia para o Direito e Comércio Internacional, uma vez que estabelecem parâmetros quanto a alguns títulos de crédito, contratos e a compra e venda internacional, destarte, harmoniza-se a relação comercial internacional, de modo a não haver disparidades.

Em meados de 1944, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) caminhava para seu

fim, sob liderança dos Estados Unidos e influência da Inglaterra, os países aliados (Estados Unidos, União Soviética e Reino Unido, dentre outros) se reuniram em Bretton Woods (Estados Unidos) para discutir os rumos da nova ordem econômica mundial que batia na porta. A Conferência de Bretton Woods criou o Sistema Bretton Woods (SBW) que tinha como princípios: liberalizar o comércio internacional em bases multilaterais; regime de taxa de câmbio fixo; e, uma maior liberdade para a movimentação de capitais, foram criados dois institutos: o Fundo Monetário Internacional (FMI), cujo objetivo era a manutenção da estabilidade das taxas de câmbio e auxiliar os países com problemas de balanço de pagamento. Uma vez que, o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) ou Banco Mundial se responsabilizava em fornecer os recursos a fim de que os países conseguissem se reconstruir após a guerra (RAMOS, 2008).

A preocupação com os rumos da economia mundial buscava não passar pela destruição que as guerras causaram e as graves consequências das crises econômicas novamente, com isso, a criação desses institutos ao mesmo tempo em que ajudava a resolver os problemas, trazia indícios das “novas” potências e líderes mundiais que se consolidavam e mantinham o mundo nessa relação de subordinação.

Em outubro de 1947, em Genebra (Suíça) foi celebrado entre vinte e três países, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT – General Agreement on Tariffs and Trade), visando uma maior uniformização no tocante as questões que envolviam o comércio internacional. O Acordo entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948.

No GATT, a cláusula da nação mais favorecida simbolizava que cada participante do acordo se empenhava em incluir a todos os signatários, os mesmo privilégios que forem dados a alguns deles (GREBLER, 1986). Além de essa cláusula ser inserida no artigo 1º do Acordo como pressuposto fundamental da igualdade econômica entre os membros do Acordo (GIUFFRÉ, 2012).

A cláusula da nação mais favorecida foi aprimorada e revigorada pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio, sendo inclusive, um de seus sustentáculos, buscava-se com ela eliminar o protecionismo das nações ou os benefícios paralelos concedidos entre elas para estendê-los a todos os membros, isto é, a sociedade internacional participante do Acordo. Logo, o GATT funcionava como um esquematizador e organizador do comércio internacional, valendo-se, principalmente, das tarifas como fundamento.

Entretanto, as ideias que fundamentavam o GATT, com o tempo, foram entrando em

declínio pelo fato de não se adequarem a realidade, pois, não obstante ter contribuído com o desenvolvimento do comércio internacional, com a diminuição das tarifas, o crescimento ocorreu somente nos países desenvolvidos, de forma que o GATT não apresentou muita efetividade aos países em desenvolvimento (BAPTISTA, 1984).

O crescimento e o desenvolvimento do comércio internacional fizeram com que as ideologias do GATT se tornassem pouco adequadas a esse contexto cada vez mais complexo. Ademais, porque os países desenvolvidos foram os que mais se beneficiaram com o Acordo em si e seus resultados.

As rodadas foram ambientes para a realização de discussões sobre a economia mundial, o comércio e demais entendimentos sobre questões relacionadas. Contribuindo, inclusive, com a liberalização do comércio internacional e o sistema multilateral, uma vez que se defendia a “teoria da bicicleta”, na qual para manter-se em pé, é preciso estar sempre em movimento, isto é, a fim de que houvesse equilíbrio no sistema “é necessário um contínuo processo de liberalização, que impeça fases protecionistas, com uma série de rodadas até a liberalização completa de todo o comércio internacional” (THORSTENSEN, 2001).

Por conseguinte, a realização das rodadas contribuiu para a unificação das práticas comerciais realizadas pelos países, de modo que eles também pudessem se adaptar ao contexto internacional de forma mais balanceada e, em conjunto, compreender as intenções e iniciativas dos demais participantes. As rodadas que mais se destacaram foram a Rodada Kennedy, a Tóquio e a Uruguai.

O maior resultado da Rodada Uruguai foi à criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em abril de 1994, com a assinatura do Tratado de Marraquexe, a Organização iniciou seus trabalhos em 1º de janeiro de 1995.

A importância da OMC como um órgão que veio envolver o comércio de maneira a estimulá-lo, trabalhar com sua estrutura e estabelecer procedimentos a fim de solucionar suas controvérsias é notável. Ela é colocada como substituta do GATT, embora tenha incorporado todos os acordos realizados pelo mesmo, traduz-se, mais ainda, em um instrumento atuante, relevante e complexo em prol do comércio internacional, suas exigências e demandas.

A Organização atua em várias áreas e busca envolvê-las com o comércio, como pontua Vera Thotstensen (2001):

A organização se constitui como um foro de continuação do processo de negociações na área do comércio, visando sempre uma maior liberalização do comércio de bens e serviços, além de um foro para discussão de temas relacionados ao comércio, como meio ambiente, investimentos, concorrência, facilitação de

comércio, comércio eletrônico e cláusulas sociais.

A Organização foi um grande passo de aceitação das nações para regularizar e organizar as questões de comércio internacional para, em cooperação, todas poderem evoluir, resta claro também o legado das rodadas, não só pela sua incorporação, como na adoção de mecanismos para discussão consensual dos temas relevantes nas negociações e a fim de propiciar, cada vez mais, uma multilateralidade entre os Estados.

Assim, a Organização Mundial do Comércio diverge de outros institutos porque apresenta “competências regulatórias, decisórias e executórias, as quais têm o condão de promover a credibilidade, aceitação e observância do sistema multilateral de comércio”. Implantaram-se, então, normas primárias relativas a comportamento e obrigação, que atendem os anseios do Estado em prol de seus objetivos comuns e normas secundárias quanto à organização e competência. Portanto,

a OMC consolidou o processo de justificação do espaço econômico mundial em níveis desconhecidos pelo GATT, bem como promoveu a legalização da jurisprudência diplomática e despolitização da solução de controvérsias, o que operou uma mudança conceitual do sistema GATT/OMC (SAKR, 2010).

O Órgão de Solução de Controvérsias criado na OMC detém a competência de vistoriar as relações econômicas internacionais apurando seu caráter jurídico, dando mais estabilidade aos anseios normativos dos países membros; restringe o risco de abuso de poder e diminui os custos das transações, com a finalidade de estimular a liberdade e o bem estar econômico (SAKR, 2010).

O fato da OMC contar com um órgão que atue resolvendo os conflitos gerados pelo e no comércio, denota a solidez da Organização e o tamanho de sua preocupação com o comércio internacional, sem contar com a segurança jurídica dada aos seus Estados membros.

Não só o ideal de multilateralismo no comércio mundial, fundado na participação dos Estados na liberalização do comércio, que vem sendo posto em prática, como também questões atinentes ao regionalismo baseado na união de países em blocos para comercializar. Essa união pode se dar das seguintes maneiras: zonas de livre comércio, nas quais a integração é somente em nível comercial; união aduaneira, quando há uma tarifa externa entre seus membros; mercado comum, no caso da integração abranger, além de bens e serviços, o fluxo de capitais e pessoas; e, união monetária, que consiste na articulação de regras comerciais e a sistematização das políticas econômicas, criando uma moeda comum. A integração pode ser realizada pela constituição de instituições supranacionais ou, por via

intergovernamental. Embora esses acordos regionais atentem ao princípio da não discriminação do GATT, o mesmo pactuou regras para criação desses acordos, e ainda, essas regras foram consolidadas com a instituição da OMC, a fim de não prejudicar a colocação de barreiras de comércio com os outros países no cenário internacional (THORSTENSEN, 2001).

Resgatando de forma analógica a cláusula da nação mais favorecida, percebe-se que por meio das parcerias comerciais e econômicas, os países perceberam que, quanto maior sua rede de contatos e parceiros, sem protecionismos, mas sim todos com encargos, direitos e obrigações é possível alcançar o desenvolvimento econômico, uma vez que o comércio é uma de suas principais ferramentas, e está sendo aperfeiçoado com o auxílio e as inovações da internet, constatando-se a existência uma infinidade de mercados e possibilidades.

Por conseguinte, o comércio internacional é uma das principais e imprescindíveis facetas a ser tratada pelo Direito Internacional Econômico, claramente, ao mesmo tempo em que ele se desenvolve em prol da sociedade internacional, precisa haver e estar em harmonia com o aparato legislativo interno de cada Estado, para que haja afinidade e regularidade entre a economia interna e internacional.

DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A Constituição de 1988 estabelece as premissas da ordem econômica e financeira no título VII, traçando, no artigo 170, diretrizes e princípios essenciais a sua instituição e funcionamento para serem seguidos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Tais princípios balizam a atuação dos agentes econômicos frente à economia nacional, bem como acerca da atuação do Estado, e ainda, determinam os parâmetros e caminhos a serem seguidos pela economia, reiterando o rol de normas programáticas previstos na Constituição.

Esses princípios podem ser divididos em princípios de funcionamento da ordem econômica, que “referem-se à dinâmica das relações produtivas, às quais todos os seus agentes estão vinculados”, que são os dos incisos I a VI do artigo 170 da Magna Carta. E, por outro lado, os princípios fins esboçam a realidade material desejada pelo constituinte (BARROSO, 2001).

Dentre os princípios de funcionamento, o princípio da livre concorrência tem relevância no âmbito econômico e comercial. Ademais, somado ao princípio da livre iniciativa e da propriedade privada, expressa a opção do constituinte por uma economia capitalista e de mercado, na qual o comércio ocupa e exerce um grande espaço e influência. Inclusive, a escolha desse sistema, para Luis Roberto Barroso (2001), demonstra a crença de que o capitalismo e o mercado são a melhor forma e a mais eficiente de proporcionar a satisfação de interesses do consumidor, desde que em condições de livre concorrência, particularmente no que diz respeito a preços.

Destarte, a livre concorrência, uma vez garantida, contribui para o equilíbrio do mercado, do comércio e conseqüentemente, da economia como um todo, interna e internacionalmente. Além disso, consiste em um dos pilares do sistema capitalista adotado pelo Estado.

Entende-se por concorrência perfeita quando existem condições iguais a todos os que participam do mercado. A fixação do preço por um agente individualmente, não interfere na formação do preço dos bens, o que demonstra a fluidez, homogeneidade e singularidade do produto, o qual fica isento de influências negativas externas. Por outro lado, a concorrência imperfeita consiste na desigualdade dos agentes econômicos, movidos pela vontade de lucro desmedido, sendo que os mais fortes e mais hábeis utilizam meios e mecanismos em prol de sua supremacia, por essa razão, ocorre a heterogeneidade (diferença nos preços) e formação de grupos de força, nos quais há subordinação e não transparência (GAMA, 2014).

A concorrência perfeita é a manifestação do princípio da igualdade no mercado, pelo menos quanto ao seu acesso e permanência. Em contrapartida, na concorrência imperfeita, a sede por lucro impera, fazendo com que haja um desequilíbrio entre os agentes econômicos, o

que implica na disparidade entre preços, prejudicando o mercado, pois se formam grupos de força que acabam exercendo domínio sobre o mercado e agentes menores.

O princípio da livre concorrência, segundo Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2006) é delimitador para que a livre iniciativa exerça sua função social, assim, esse princípio estipula obrigações positivas e negativas, porque possibilita o uso de todas as técnicas lícitas para conquistar o mercado, apesar de punir e proibir atos que desvirtuem, rompam e corrompam a livre competição.

Luís Roberto Barroso (2001) comenta que o princípio da livre iniciativa presume a existência da propriedade privada, constitui a liberdade de empresa e a livre concorrência, a qual corresponde à faculdade do empreendedor escolher seus preços, que serão definidos pelo mercado em um ambiente competitivo.

Por sua vez, Isabel Vaz (1997) pontua que a livre concorrência, no ordenamento jurídico brasileiro, possui “natureza instrumental, fato que conduz o intérprete a classificá-la como um instrumento de política econômica posto a serviço de desenvolvimento econômico e dos superiores interesses da economia nacional”.

Cumprir observar que uma vez instituída como um princípio para o funcionamento da economia capitalista, a livre concorrência funciona como ferramenta a possibilitar a concretização dos anseios e metas de interesse econômicos do Brasil.

Isabel Vaz (1997) ainda entende que “a livre concorrência apresenta-se como um conjunto de normas de comportamento a serem seguidas pelos agentes econômicos, brasileiros ou que forem aqui sediados, no exercício das atividades que escolherem”.

Nesse sentido, a livre concorrência, sendo representada e normatizada na Constituição brasileira como um princípio, ocupa a posição de demonstrar aos agentes econômicos que a sua possibilidade de atuação no mercado está assegurada, entretanto, limitada a lealdade e higidez do mercado, seja nacional ou internacionalmente.

A concorrência no mercado é fruto de situações em que os agentes econômicos exercem suas atividades, principalmente compra e venda, porém sem prejudicar os objetivos dos outros, possibilitando, assim, que os preços sejam ajustados de forma espontânea, pautados pela oferta e procura, com a garantia da liberdade de agir dos compradores e vendedores para atingir um preço justo (GAMA, 2014).

E, ainda, pelo fato da livre concorrência estar vinculada ao princípio da soberania de natureza econômica, é proibido, então, o exercício de atividades dissonantes aos interesses econômicos nacionais (VAZ, 1997).

Dessa forma, o mercado, através da concorrência, nas relações de compra e venda, com base na oferta e procura, caminha para a avaliação do melhor preço, equilibrado entre os interesses dos compradores e vendedores.

“Os agentes privados têm não apenas o direito subjetivo a livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado”, segundo Luís Carlos Barroso (2001). De modo que, uma das funções, tanto do Estado, como um agente fiscalizador da Ordem Econômica, quanto dos agentes econômicos, consiste no respeito à ordem econômica e seus pilares. Da mesma forma que a livre concorrência é assegurada a todos, ela deve ser exigida de todos.

No liberalismo clássico, a livre concorrência era a consequência da livre iniciativa dos agentes econômicos, dado que havia uma interferência mínima do Estado no mercado em prol da preservação da propriedade, autonomia e interesses individuais. A partir do ressurgimento do comércio, sua estrutura era compartimentada, e o Estado não precisava interferir na economia, pois nenhum agente econômico influenciava os preços e condições de venda, garantindo, assim, mercados competitivos. Todavia, a partir da Revolução Industrial, com as fábricas, indústrias, cada vez mais aprimoradas, e as junções de empresas, houve uma modificação na estrutura e dinâmica mercadológica que culminou na concentração de capital, de forma que, ante a pressão popular, foi criada uma legislação em defesa da concorrência, inicialmente no Canadá e Estados Unidos, depois se espraiando para outros países (RAGAZZO, 2006).

Enquanto a concepção liberal foi difundida pelo ideário da livre concorrência (perfeita), motivo pelo qual o mercado atuaria livremente consoante a regulação dos preços, os neoliberais pugnam que a propriedade e a atividade econômica estão relativizadas a uma função social, a exemplo do controle de preços de mercadorias, juros, salários, autorização para a concentração de empresas e a reprovação ao domínio do mercado (GAMA, 2014).

É possível perceber que a livre iniciativa se expandiu em ao longo do tempo, e a barreira encontrada para que houvesse um equilíbrio entre os agentes econômicos, foi a intervenção do Estado e a garantia da livre concorrência. Sendo assim, a livre iniciativa é

proporcionada e assegurada a qualquer comerciante ou agente econômico, contanto que também fosse garantida a livre concorrência entre ambos como em “paridade de armas”.

O embate entre as concepções liberais e neoliberais indica que os liberais almejavam a condução dos preços e da economia livremente, mas com os agentes em igualdade de condições. No entanto, com o tempo, tamanha a importância da economia, seus reflexos sociais e políticos, foi necessário que houvesse atuação do Estado a fim de impor-lhe limites em defesa dos interesses da coletividade.

Assim, o princípio da livre concorrência fornece a base jurídica para impedir que os agentes econômicos possam desvirtuar as prerrogativas de liberdade de iniciativa. Prejudicando a sociedade e os mercados. A manutenção e a preservação da liberdade e da igualdade dependem da atuação do Estado na economia, limitando a iniciativa de agentes econômicos. E isso se dá, como dito, pelo princípio da livre iniciativa (RAGAZZO, 2006).

É evidente, então, a necessidade de intervenção do Estado na economia para garantir a regularidade das ações praticadas no mercado, como também, seus rumos e sustentáculo, além do que, a economia é um dos pilares do Estado e da sociedade, porquanto ele deve zelar por ela.

Por isso, o princípio da livre iniciativa envolve tanto o comércio, quanto deve estar presente e ser observado pela economia nacional, é ramo do Direito Econômico, tamanha sua amplitude de atuação.

As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 estão ancoradas em pensamentos liberais, de modo que não se preocuparam em dispor detalhadamente ou estabelecer sobre a participação do Estado na economia. A Constituição de 1934, por sua vez, motivada pela Constituição de Weimer, em 1919, e pela Constituição Mexicana de 1917, trouxe regras de organização econômica pelo Estado como protetor da liberdade de mercado, porém com limites a existência digna dos cidadãos, a qual somente seria atingida pela observância dos princípios da justiça e das necessidades da vida nacional (RAGAZZO, 2006).

Por outro lado, a Constituição de 1937 condicionou a liberdade de iniciativa à intervenção do Estado, com vistas a suprir lacunas ou insuficiência da iniciativa individual, também iria coordenar fatores de produção a fim de que prevalecessem os interesses do povo brasileiro, e previa, aliás, crimes contra a economia popular (RAGAZZO, 2006).

A Lei nº 4.137 de 1962 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no entanto, ante a época ditatorial pela qual o Brasil passava, não foi muito aplicada.

A Constituição de 1988 é também reconhecida como Constituição Econômica, ela

determina que o Estado detém um papel subsidiário na economia, a qual é primeiramente regida pelos agentes econômicos (RAGAZZO, 2006).

Mauro Grinberg (1997) ressalta dois pontos importantes a respeito da concorrência em âmbito nacional: como era uma economia fechada, o que prejudicava as exportações, as primeiras normas internacionais em prol da adesão de tratados internacionais são de 1987; e, a abertura da economia em 1990 demonstrou a necessidade de órgãos de defesa do comércio para a aplicação de tratados internacionais e proteção quanto às práticas de concorrência desleal.

A Lei nº 8.884 de 1994, conhecida como Lei Antitruste ou Lei de defesa da concorrência, transformou o Conselho Nacional de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal e tratava da proteção e infrações em desfavor da ordem econômica brasileira.

Na Lei nº 8.884/94, a defesa da concorrência era realizada por meio da punição aos que cometessem infrações a livre concorrência, a fiscalização e gestão dos resultados da concentração do poder econômico advindo de atos jurídicos de incorporação de empresas (DUTRA, 1997).

Prevvia a Lei nº 8.884/94 acerca das infrações a ordem da ordem econômica, a extraterritorialidade de sua aplicação no tocante a questões que surtiram efeitos no território nacional, o controle de atos e contratos firmados, e outras normas em favor da proteção da livre concorrência.

Isso porque, “a proteção à livre concorrência tem por objeto a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico, que empresas exerçam ou possam eventualmente exercer em sua atuação os mercados onde ofertem ou procurem bens e serviços” (DUTRA, 1997). De tal maneira, uma das práticas resultado do capitalismo exacerbado é a vontade de acumular cada vez mais lucro e capital, para tanto, exorbita-se o poder econômico, o que não é saudável para o mercado, visto que o agente econômico utiliza a sua influência, credibilidade e posição no mercado para realizar condutas consideradas anticoncorrenciais.

A Lei 8.884/94 foi revogada pela Lei 12.529/2011. A seu turno, a Lei nº 12.529 de 2011 aprimorou e alterou a estrutura do Sistema de Defesa da Concorrência (SBDC), o qual é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF).

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) opera nas atividades de controle da estrutura do mercado, incentivando e fomentando a concorrência leal e transparente e com a punição das práticas de atos anticompetitivos (GAMA, 2014).

O CADE é o organismo que agirá em nome do Estado na aplicação da lei em consonância com os princípios constitucionais e a Ordem Econômica, tal como o que não se pode aceitar em razão da soberania e dos interesses econômicos brasileiros (VAZ, 1997).

Assim, o CADE é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça que é o responsável por difundir as questões atinentes a livre concorrência, bem como atuar em sua defesa. Ele é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência Geral e o Departamento de Estudos Econômicos, cujas atribuições estão pormenorizadas na Lei Nova Lei Antitruste.

Além disso, a Lei n 12.529/2011 incumbiu ao CADE a “análise de processos de infração antitruste (controle de condutas) e atos de concentração econômica (controle de estruturas de mercado)”, (GAMA, 2014).

No tocante a atuação do Estado na Ordem Econômica, o artigo 174 da Constituição³ estabelece sua função de agente normativo e regulador para fiscalizar, incentivar e determinar a atividade econômica. A lei também prevê possibilidades de atuação direta do Estado na Ordem Econômica.

Para Luís Roberto Barroso (2001), “o papel do Estado a Ordem Econômica é a preservação e promoção dos princípios de funcionamento e implementação de programas para a realização de princípios fins”, o motivo consiste no fato da Constituição Cidadã traçar normas programáticas a serem cumpridas e buscadas pelo Estado, na figura dos seus governantes, agentes políticos e povo brasileiro.

O Estado pode atuar na economia direta e indiretamente, saliente-se que sua atuação direta será em casos excepcionais. De outro modo, indiretamente, ele pode incentivar e estimular a iniciativa privada, por meio de auxílios fiscais e financiamentos, bem como, deve também disciplinar atuando em prol da defesa e incentivo dos princípios da ordem econômica, através de Leis, Regulamentos, poder de polícia, dentre outros (BARROSO, 2001).

Além disso, o Estado sempre estará também restrito aos ditames do livre iniciativa e

3 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

ao princípio da razoabilidade, o qual irá limitar o poder administrativo e legislativo do Estado através do Judiciário (BARROSO, 2001).

Destarte, a atuação do Estado no âmbito econômico pode ser direta ou indireta, mas será sempre secundária, dando privilégio aos agentes econômicos, além disso, poderá ser objeto de análise do Judiciário caso haja suspeita de vícios, ou esteja eivada de irregularidades.

Eis que, na defesa da concorrência, o Estado age para proteger o mercado interno e reprimir o abuso do poder econômico que objetive a dominação do mercado, eliminação da concorrência e o aumento exorbitante dos lucros, conforme estabelecem os artigos 173, parágrafo quarto⁴ e 219⁵ da Constituição Federal (SQUIZZATO, 2013).

O Estado, como administrador da ordem social, política e econômica deve zelar pela economia, e pelo mercado interno nacional, inclusive defendendo-o, para tanto, pode se valer de políticas públicas e da regulação de resguardo e incentivo ao mercado interno, como também, da repressão aos agentes econômicos que excedam em seu papel (SQUIZZATO, 2013).

Portanto, compete ao Estado estar e mostrar-se atento ao mercado e a economia nacional, podendo estimulá-la com políticas públicas, práticas de fomento e punição de ações desmedidas de suas funções por parte dos agentes econômicos.

DO RELACIONAMENTO E CORRELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E O DIREITO INTERNACIONAL DO COMÉRCIO:

Pois bem. O princípio da livre concorrência é um dos maiores alicerces do capitalismo, que passou a ser protegido difundido para abater um dos maiores frutos negativos da herança capitalista: o abuso do poder econômico.

Para Ives Gandra da Silva Martins (1986), “a repressão ao abuso econômico é a

4 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

5 “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.”

principal forma de disciplina da concorrência”. Isso porque, devido a livre iniciativa, amplamente assegurada, de que qualquer pessoa (física ou jurídica) pode, livremente, adentrar ao mercado, foi necessário estabelecer uma barreira para uma atuação contida e que proporcionasse o funcionamento do mercado.

A livre concorrência aparece justamente com a finalidade de proteger o mercado da sede de lucro, visando ser funcionamento como estrutura e organismo.

O princípio da livre concorrência, no Brasil, garantido constitucionalmente, é regulamentado por meio da Lei nº 12.529/2011, a qual estabelece as condutas infracionais consideradas anticorrencencias, isto é, atos desleais para com o mercado nacional, realizados por agentes econômicos. Da mesma forma que, a perseguição das metas traçadas na Lei será realizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Destarte, a livre concorrência procura manter as bases do sistema capitalista, de modo a garantir que todos os que participem da economia, nela interfiram, possam adentrar ao mercado, o qual não estará fadado ou dominado por alguns grupos de empresas. Garantindo, por conseguinte, um produto de qualidade, cada vez mais inovador e de grande valia aos consumidores.

O Estado é agente secundário, o qual é responsável por fiscalizar, organizar, muitas vezes incentivar, e proteger a ordem econômica brasileira. Nesta toada, o CADE detém um papel determinante, pois atua em defesa do ambiente econômico, de modo que as práticas realizadas no mercado e que contenham indícios de que podem ferir a livre concorrência serão por ele avaliadas, vistoriadas e, caso necessário, reprimidas.

Atualmente, um dos atos que mais exige apreciação do CADE são os atos de concentração:

Os atos de concentração econômica consistem em toda e qualquer operação econômica que vise a qualquer forma de concentração entre agentes econômicos, seja através de fusão ou incorporação de sociedades, seja via a constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou ainda qualquer outra forma de agrupamento societário. Tais atos de concentração envolvem o controle das estruturas de mercado. A Lei 12.529/2011, no seu art. 90, somente admite a concentração econômica após a aprovação pelo Cade, impondo multa àqueles que não cumprirem a regra (GAMA, 2014).

Dessa forma, a incorporação das empresas ou grupos empresariais merece atenção porque pode acabar por diminuir a variedade dos produtos, sua qualidade e concentrar em um

grupo mais da metade do capital destinado àquela área, atentando ao princípio e a livre concorrência em si.

Somada a essa atuação, o CADE possui uma assessoria internacional, a Assint, a qual trabalhará com as atividades voltadas a cooperação internacional ante a participação do órgão em foros internacionais. Como instituto que atua no âmbito concorrencial, essa ligação internacional é necessária devido à globalização, posto que os atos de concentração podem ocorrer em âmbito internacional.

Nesse sentido, a força normativa será do direito do comércio internacional, quando ligadas e voltadas ao comércio internacional. E principalmente, as organizações de comércio internacional é que serão as responsáveis por sua organização, regulamentação e eventual solução de conflitos.

Então, em prol da concorrência leal e justa, a comunicação entre os órgãos de proteção do comércio e da economia internacional e nacional é extremamente necessária para que haja cooperação internacional e todos os Estados possuam iguais condições frente o mercado internacional, salvo também quando existam condições especiais aos participantes de acordos regionais de comércio.

A primeira manifestação da livre concorrência no âmbito do comércio internacional pode ser verificada pela vontade e necessidade dos comerciantes a fim que houvesse regras a dispor sobre tais questões nos Estados, para que em cada território elas fossem respeitadas.

Com o tempo, e devido à proximidade das regiões, havia certa uniformização, principalmente porque a *lex mercatoria* era muito respeitada, assim, mesmo que não positivada, os usos e costumes detinham força de lei. A ampliação do mercado com a colonização e a Revolução Industrial, fez com que mesmo cogente, a *lex mercatoria* não abarcasse todos os territórios. Uma das medidas de harmonização entre o âmbito interno e internacional, com as moedas diferentes, foi à criação de leis uniformes para determinados títulos de crédito muito utilizações nas relações comerciais, bem como a uniformização de leis quanto à compra e venda internacional.

A livre concorrência passou a ser vista e assegurada pela cláusula da nação mais favorecida, a qual inicialmente pelo Tratado de 1810, mas depois com o GATT e a OMC, pretende que, nas relações comerciais entre Estados não haja desequilíbrios, visto que alguns possuam benefícios em desfavor de outro ou outros.

Essas medidas de favorecimento de uns ou um ou seu benefício são rechaçadas pelos países quando eles são os prejudicados, e são conhecidas como dumping ou subsídios.

no dumping há a venda para o exterior por preço inferior ao normal (sendo que a hipótese mais corrente do preço normal é a do preço praticado no mercado externo no exportador, enquanto no subsídio há uma ajuda governamental que acaba por desequilibrar o mercado; a salvaguarda existe para situações excepcionais de vendas maciças que podem causar desequilíbrios no mercado (GRINBERG, 1997).

Enquanto o dumping é utilizado no mercado internacional, o subsídio ocorre em âmbito interno. Contudo, ambos consistem em práticas desleais que afrontam a concorrência, dado que impedem a livre competição e beneficiam determinado agente econômico nacional ou internacional. As defesas para tais atos são os direitos anti-dumping e atos compensatórios, segundo Mauro Grinberg (1997).

Outrossim, não só ferem a concorrência, como ambas as práticas prejudicam simultaneamente o mercado interno e internacional, valorizando excessivamente certo produto e seu agente econômico, ferem os demais produtores desta mercadoria, ferem os consumidores pois os preços não serão equilibrados, e ainda sim, ferem os importadores do mesmo. Ora, ainda que o subsídio ou o dumping sejam para determinada categoria irão lesar os produtos dela derivados, ou seja, haverá um escalonamento de preços e produtos e prejuízos exponenciais cada vez maiores, não só econômicos, mas que vão influir e influenciar o contexto social interno e internacional.

A acusação quanto a essas práticas é uma demanda frequente da Organização Mundial do Comércio, que buscará resolver tal conflito adequadamente, porque sua amplitude não diz respeito apenas ao país acusador, prejudicado nas negociações e relações comerciais, como também os outros Estados que com ele comercializem e se relacionem, visto que estão em condições de desigualdade. Por isso, o CADE deve fiscalizar a livre concorrência e os atos anticoncorrenciais que possam gerar interferências no Brasil, de modo a proteger o mercado nacional e trabalhar em cooperação com a OMC.

CONCLUSÕES

O Direito do Comércio Internacional foi instituído para organizar, regulamentar e fiscalizar as questões atinentes ao comércio internacional, cada vez mais difundido diante da globalização, para tanto, com o passar dos anos, muitas práticas foram utilizadas pelos comerciantes, desde a *lex mercatoria*, tratados, a cláusula da nação mais favorecida presente em tratados e leis uniformes.

Ocorre que, foi necessária a criação de organismos internacionais para envolver todos esses aparatos legais, a fim de organizar ainda mais o comércio internacional. A Organização Mundial do Comércio é o organismo mais completo, que irá regulamentar, fiscalizar, organizar e solucionar os conflitos que surgirem.

A seu turno, o direito nacional, pela Constituição Econômica de 1988, estabeleceu premissas e princípios quanto à ordem econômica e financeira, devido à importância e influência que ela exerce. Consignou-se que a economia será regida por agentes econômicos, no entanto, sob os olhos do Estado, cuja função será secundária.

Um dos princípios elencados pela Carta Magna é o da livre concorrência, que busca garantir a todos a participação no mercado em igualdade de condições, sem que haja o abuso do poder econômico. Esse princípio está amparado pela Lei nº 12.159/2011, a qual instituiu e aperfeiçoou os órgãos que atuam na garantia, proteção e repressão da livre concorrência. Dentre eles, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), cuja atuação se dá na fiscalização e verificação dos atos anticoncorrenciais e de concentração nacionais, bem como os que ocorram internacionalmente e que repercutam no Brasil.

Destarte, para combater atos anticoncorrenciais e que se voltem ao abuso do poder econômico, não é necessária somente uma atuação internacional da OMC ou nacional do CADE, mas sim uma cooperação entre estes dois institutos, a fim de que não haja desequilíbrio no sistema capitalista como um todo, e não impliquem em conflitos que decorram de problemas e vantagens econômicas e comerciais entre os países. Por conseguinte, da mesma forma que o mercado interno deve ser amplamente protegido, o internacional também merece zelo, pois ante o mundo globalizado atual, é eminente e indispensável sua conjugação.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. A Nova ordem econômica Internacional: uma reflexão sobre suas origens e reflexos na ordem jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 23, 1984, p. 91-113.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de direito administrativo*, v. 226, 2001, p. 187-212.

BASSO, Maristela. Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacional. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, n. 77, 1996, p. 60-71.

BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; BARBOSA, Leonardo Garcia. Direito do Comércio Internacional. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 50, número 197, jan./mar. 2013. Disponível em:
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496982/000991336.pdf?sequence=1>>
Acesso em: 15 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 de junho de 2016.

DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico e a função preventiva do Cade. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, v. 4, n. 1, 1997, p. 5-19.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da concorrência no Brasil: perfil contemporâneo. Revista de Direito Privado, n. 60, 2014, p. 257-275.

GIUFFRÉ, Gaston Jose. A hermenêutica na solução de conflitos sobre o comércio intra-regional esboços teóricos gerais e específicos para compreender o sistema normativo do Mercosul. 2012. 156 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Londrina.

GREBLER, Eduardo. O direito e o comércio internacional. In: Revista de Direito Mercantil, n. 62. São Paulo: RT, abr./jun. 1986, p. 12-16.

GRINBERG, Mauro. O Direito da Concorrência Empresarial e a Defesa Comercial. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, v. 3, 1997, p. 36-39.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Disciplina jurídica da concorrência: Repressão ao abuso de poder econômico. Revista dos Tribunais, 1986, p. 36-43.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. Scientia Iuris, v. 10, 2006, p. 83-96.

RAMOS, Guilherme Cantarino da Costa. Comércio internacional, política comercial brasileira e a atuação da Câmara de Comércio Exterior (Camex) na condução das políticas para o setor. 2008. 312 fls. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro.

SAKR, Rafael Lima. A cláusula da nação mais favorecida na ordem econômica internacional: uma investigação sobre o discurso jurídico do artigo I: 1 do GATT. 2010. 381 fls. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

SQUIZZATO, Ana Carolina. Direito financeiro e econômico. São Paulo, Método, 2013.

THORSTENSEN, Vera. OMC: Organização mundial do comércio. As regras do comércio internacional e a rodada do milênio. 2ª ed. São Paulo, Aduaneiras, 2001.

VAZ, Isabel. Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo, v. 4, 1997, p. 267-278.

VIDIGAL, Erick. A lex mercatoria e sua aplicação no mundo contemporâneo. Universitas: Relações Internacionais, v. 9, n. 1, 2011.

O PANORAMA HISTÓRICO DO TRATAMENTO DADO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Amanda Medicis MIOLLA¹

RESUMO

O objeto do presente trabalho científico é abordar o processo histórico pelo qual as pessoas com deficiência presenciaram desde os primórdios. Feitas algumas ponderações referentes às diversas fases do mundo e do Brasil, nas quais se destacam tanto a forte exclusão e preconceito em relação às pessoas com deficiência, o que infelizmente é observado em pleno século XXI, quanto às conquistas mais relevantes em termos de acessibilidade, inclusão, principalmente a respeito da recente Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Constituição Federal de 1988, o que mostra o espaço que a pessoa com deficiência após muita luta alcançou.

PALAVRAS-CHAVE: Conquistas. Deficiência. Discriminação.

ABSTRACT

The object of this scientific work is broach the historical process by which people with disabilities have witnessed since the beginning. Doing some considerations for the various phases of the world and Brazil, where we highlight both the strong exclusion and the prejudice against people with disabilities, which unfortunately is observed in the twenty-one century, as the most important achievements in terms of accessibility, inclusion, especially regarding the recent International Convention on the rights of Persons with disabilities and the Federal Constitution of 1988, which shows the space that the disabled person after much struggle has reached.

KEY-WORDS: Achievements. Deficiency. Discrimination.

INTRODUÇÃO

Num cenário internacional e brasileiro, finalmente, há em termos jurídicos grandes conquistas no sentido da previsão dos direitos das pessoas com deficiência. A importância e o interesse pelo tema ficam evidentes nesta pesquisa bibliográfica, pois ficam demonstradas tantas evoluções, inclusive por meio de tratados internacionais. No entanto, em termos de efetividade, há ainda muito a ser feito, pois o grupo minoritário ainda encontra dificuldades para a vida em sociedade.

O presente trabalho abordou o tratamento preconceituoso relacionado às pessoas com deficiência ao longo da história da humanidade e do Brasil, assim como a formação dos direitos das mesmas. O objetivo principal foi identificar e avaliar o palco histórico da pessoa

1 Graduanda em Direito Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, CAET/PP

com deficiência em seu aspecto social e jurídico, tanto mundialmente, quanto no Brasil. Para tanto, foram utilizados os métodos dedutivo e indutivo nas comparações sobre a legislação evolutiva e os problemas relatados ao longo dos anos.

Os dados colhidos na literatura foram de fundamental importância, tendo em vista que, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com deficiência, em 2016, os direitos das pessoas com deficiência, como a inclusão, a acessibilidade e demais direitos são novos desafios para a sociedade brasileira.

Estruturou-se o trabalho em dois grandes capítulos, que são frutos de pesquisas doutrinárias em obras brasileiras e estrangeiras. O primeiro capítulo tratou sobre a pessoa com deficiência no aspecto mundial, mais geral, desde a antiguidade até os dias de hoje. Para tanto, utilizou-se o método histórico de pesquisa acadêmica, dentro do recorte desejado para a temática. Por conseguinte, o segundo capítulo abordou as questões das pessoas com deficiência no Brasil, desde as tribos indígenas e a colonização, até os dias de hoje.

ENFOQUE MUNDIAL

O contexto mundial em relação ao tratamento dado à pessoa com deficiência no tocante aos seus direitos e garantias está longe de ser um processo linear, uma vez que a percepção social se deu de forma diferente em cada região do mundo. Devido às diferenças dos Estados, dos governos e das constituições, a tutela dos direitos para tais pessoas também não foi uniforme.

Assim trazem João Roberto Franco e Tércia Regina Dias:

A história da pessoa com deficiência varia de cultura para cultura e reflete crenças, valores e ideologias que, materializados em práticas sociais, estabelecem modos diferenciados de relacionamentos entre esta e outras pessoas, com ou sem deficiências².

Inicia-se a retrospectiva pela pré-história, momento dos primeiros agrupamentos humanos na Terra. Épocas Mesolítica, Neolítica e Paleolítica. Não há registro escrito, apenas alguns indícios arqueológicos encontrados em pesquisas.

Estudos demonstram que a sobrevivência, principalmente das pessoas com deficiência, nesse período era extremamente difícil, devido às condições ambientais da época.

De acordo com Maria Aparecida Gugel³,

2 FRANCO, João Roberto; DIAS, Tércia Regina da Silveira. A pessoa cega no processo histórico: um breve percurso. Revista Benjamin Constant, Rio de Janeiro, n. 30, p. 1-9, 2005.

3 GUGEL, Maria Aparecida. A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. 2008. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em: 10 de abril de

Não se têm indícios de como os primeiros grupos de humanos na Terra se comportavam em relação às pessoas com deficiência. Tudo indica que essas pessoas não sobreviviam ao ambiente hostil da Terra. Basta lembrar que não havia abrigo satisfatório para dias e noites de frio intenso e calor insuportável; não havia comida em abundância, era preciso ir à caça para garantir o alimento diário e, ao mesmo tempo, guardá-lo para o longo inverno.

Ainda havia a crença de que a deficiência guardava relação com espíritos malignos, sendo tais pessoas mortas e abandonadas. Com base em Franco e Dias, a prática do homicídio também era frequente entre as tribos.

O próximo período analisado é a Antiguidade, sendo suas civilizações marcantes: egípcia, grega e romana.

Há divergência entre os historiadores, mas para Gugel⁴, no Egito Antigo, a pessoa com deficiência dispunha de certa integração. Algumas pessoas com nanismo dançavam profissionalmente.

Diferente de alguns registros obtidos nas comunidades egípcias, as cidades-estado gregas Atenas e Esparta tratavam de forma desprezível os deficientes.

Conforme Franco e Dias⁵, em Atenas, aqueles que nascessem com deficiência eram colocados em vasos de argila e abandonados. Registros trazem ainda que as pessoas eram atiradas da cadeia de montanhas chamada Taygetos.

Na outra importante polis grega, Esparta, que foi uma sociedade marcada pela padronização existente por ideais estéticos, atléticos e guerreiros, as pessoas com deficiência eram cidadãos de segunda categoria, como os escravos e os periécicos, este que habitavam fora dos muros da cidade. Os cidadãos espartanos eram preparados desde a infância para ir para a guerra, e como consequência de tal modelo, o que fugia dos padrões era rejeitado, assim, as pessoas com deficiência mais uma vez eram segregadas. Além disso, os pais tinham a obrigação de apresentar o filho deficiente ao Conselho, em praças públicas.

Ainda em Esparta, há o famoso caso do corcunda, Efiálfes, escondido desde a infância pelo pai Euridemo de Malis, com o fim de que seu filho não fosse descartado, como eram os deficientes. Conforme retrata o filme 300⁶, futuramente ele foi negado pelo Rei Leônidas, por ser deficiente e não servir para compor as falanges espartanas. No filme traz que ele não conseguia levantar escudo, devido a sua deficiência, e, portanto, não serviria para lutar.

2016.

4 Ibid.

5 FRANCO; DIAS, 2005, op. cit.

6 Releitura Fictícia da Batalha de Termópilas durante as Guerras Persas.

Traz Heródoto em seu livro, que Efilates ficou conhecido em Esparta por ter traído o rei espartano, dizendo ao rei persa Xerxes I como encontrar um caminho alternativo na garganta das Termópilas. Ainda na Antiguidade, há de se observar que em Roma, tratamento não prosperou, pois as leis romanas davam permissão aos pais de matarem as crianças com deficiência. Havia muitos abandonos no famoso Rio Tibre.

De acordo com Gugel⁷, ao tempo das conquistas romanas, auge dos Césares, legiões de soldados retornavam com amputações das batalhas, dando início a um precário sistema de atendimento hospitalar.

O pensamento de discriminação estava tão enraizado, que filósofos importantes da história, citados frequentemente no estudo da Filosofia, também tinham suas colocações em relação à pessoa com deficiência, posicionando-se no mesmo sentido, na rejeição.

Nesse viés, traz Adami⁸ que o extermínio de crianças com deficiências era tão comum que, mesmo os maiores filósofos da época estavam de acordo com tal costume.

Silva⁹ menciona em sua obra afirmações de dois grandes filósofos: Platão e Aristóteles. Vide:

Platão afirmou: “no que concerne aos que receberam corpo mal organizado, deixa-os morrer (...) quanto às crianças doentes e às que sofrerem qualquer deformidade, serão levadas, como convém, a parapeiro desconhecido e secreto” (Platão in Silva, p. 124). Quanto a Aristóteles, seu pensamento pode ser assim resumido: “quanto, a saber, quais as crianças que se deve abandonar ou educar, devesse haver uma lei que proíba alimentar toda criança disforme” (Aristóteles in Silva, p. 124).

Com a queda do Império Romano do Ocidente, inicia-se a Idade Média, no ano de 476, que vai trazer mudanças no tocante a pessoa com deficiência..

Vale mencionar mais um apontamento de Franco e Dias¹⁰, em que neste período, a deficiência visual era usada como uma forma de punição aos indivíduos, dessa forma aquele que desagradasse os imperadores sofriam tinham seus olhos arrancados.

Influência do Cristianismo

Surge o Cristianismo, religião monoteísta baseada na vida e ensinamentos de Jesus de Nazaré, que passou a influenciar de maneira significativa as sociedades, dava-se abrigo e

7 GUGEL, 2008, loc. cit.

8 ADAMI, Anacleide Sobral et al. Aspectos históricos da pessoa com deficiência. Educere et Educare: revista de educação, v. 1, n.1, o. 104, 2006

9 SILVA, Otto Marques da. Época Ignorada: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje. São Paulo; Caderno Cedes, 1986.

10 FRANCO; DIAS, 2005, op. cit.

alimentação à pessoa com deficiência. Porém, ao mesmo tempo em que se verificava uma situação de acolhida, por outro lado era uma forma de separar tais indivíduos do convívio social.

Dentre as instituições que desempenhavam tal papel cabe mencionar o Asilo de Quinze-Vingts, fundado por Luís XIII, que era destinada exclusivamente aos cegos provenientes das Cruzadas. Mas, assim como a maioria das instituições da época, traz a literatura, conforme Vânia Morales¹¹:

O isolamento, neste sentido, expressava um duplo desejo: o de esconder o problema e o de tratá-lo longe do convívio social. Daí, o paradoxo da intervenção demonstrando que se, por um lado, as instituições conseguiram substituir a caridade pela assistência, congregando esforços no sentido da integração progressiva das pessoas com deficiência, por outro, elas contribuíram para formulação de representações negativas que acabaram dificultando a inserção social deles.

Traz Gugel¹², que os anões e os corcundas eram vistos como focos de diversão da nobreza, sendo compradas para divertir convidados em festas. O filme clássico “O corcunda de Notre Dame”¹³ retrata muito bem o período da Idade Média. As que podiam trabalhar eram recolhidas e mantidas por religiosos. Já as que não, viviam à margem da sociedade, vivendo de caridade alheia.

A visão, até mesmo religiosa, em relação à pessoa com deficiência era bravia. Segundo a tradição judaico-cristã, no Pentateuco, que é a Tora para os judeus e os cinco primeiros livros da Bíblia Sagrada para os cristãos, no livro, Levítico, capítulo 21: 16-23.

16 Disse ainda o Senhor a Moisés:

17 Diga a Arão: Pelas suas gerações, nenhum dos seus descendentes que tenha algum defeito poderá aproximar-se para trazer ao seu Deus ofertas de alimento.

18 Nenhum homem que tenha algum defeito poderá aproximar-se: ninguém que seja cego ou aleijado, que tenha o rosto defeituoso ou o corpo deformado;

19 ninguém que tenha o pé ou a mão defeituosos,

20 ou que seja corcunda ou anão, ou que tenha qualquer defeito na vista, ou que esteja com feridas purulentas ou com fluxo, ou que tenha testículos defeituosos.

21 Nenhum descendente do sacerdote Arão que tenha qualquer defeito poderá aproximar-se para apresentar ao Senhor ofertas preparadas no fogo. Tem defeito; não poderá aproximar-se para trazê-las ao seu Deus.

22 Poderá comer o alimento santíssimo de seu Deus, e também o alimento santo;

23 contudo, por causa do seu defeito, não se aproximará do véu nem do altar, para que não profane o meu santuário. Eu sou o Senhor, que os santifico.

No ano de 1233, o Papa Gregório IX, instituiu o Tribunal Católico Romano,

11 SIERRA, Vânia Morales. Rompendo o estigma da incapacidade: a evolução dos direitos para de crianças e adolescentes com deficiência. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7197>. Acesso em: 12 de abril de 2016

12 GUGEL, 2008, op. cit.

13 Filme com lançamento em 16 de março de 1997, que retrata um personagem que vivia em Paris, na Idade Média, corcunda e que vivia enclausurado desde a sua infância nos porões da catedral de Notre Dame.

conhecido como Santa Inquisição, artifício da Igreja para torturar ou até matar os que representavam alguma ameaça ao poder. A igreja tinha documentos que ajudavam a reconhecer sinais daqueles possuídos pelo demônio, sendo, infelizmente, os deficientes assim considerados, e conseqüentemente, mortos ou torturados.

Apenas no cristianismo primitivo que se rompeu com a concepção judaica sobre as deficiências, dando lugar, segundo a Bíblia, aos milagres, que geraram como consequência uma mudança de comportamento que levou a certa integração social e maior aceitação da pessoa com deficiência. Assim traz Franco e Dias¹⁴:

A pessoa humana elevou-se à categoria de valor absoluto e todos os homens, sem exceção, passaram a ser considerados filhos de Deus. O Evangelho dignifica o cego e deste modo, a cegueira deixa de ser um estigma de culpa, de indignidade e transforma-se num meio de ganhar o céu, tanto para a pessoa cega quanto para o homem que tem piedade dessa pessoa (Mecloy, 1974; Pessoti, 1984; Amiralian, 1986; Silva, 1986; Rocha, 1987; Amaral, 1995).

Posteriormente, a Idade Moderna, marcada por novas ideias e perspectivas, no ano de 1453 com a Tomada de Constantinopla.

Em decorrência das guerras, os soldados voltavam mutilados, assim como acontecia nas Cruzadas, e então encontravam embaraços para se reintegrarem na sociedade.

Outro episódio marcante foi a Revolução Industrial, marcada pela celeridade da produção em massa, acaba que uma parcela da sociedade não se mostra tão interessante ao fim que buscavam, incluindo-se nessas parcelas as pessoas com deficiência, uma vez que eram consideradas menos produtivas que as demais.

É de fácil constatação que ao longo da história a deficiência foi intimamente relacionada à noção de inutilidade, e não havia muita preocupação em converter a situação.

Momento de transformações

A mudança começa a ser notada no século XX após os mencionados períodos, por muitas razões passa a ser dado um tratamento positivo para as pessoas com deficiências. Os Estados Unidos da América do Norte devido à presença de mutilados e doentes na decorrência da Guerra do Vietnã são pioneiros, mas a Europa também merece destaque, além dos organismos da Organização das Nações Unidas.

Ana Paula de Souza Leonart ressalta que¹⁵:

14 FRANCO; DIAS, op. cit., loc. cit. p.2

15 LEONART, Ana Paula De Souza. A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 2, n. 2, 2007. p. 7. Disponível em:

Na Europa, alguns notáveis tentavam superar suas deficiências usando a criatividade. O alemão Phen Farfler, vítima de paralisia, construiu a primeira cadeira de rodas, isso para que ele próprio pudesse ter acesso ao trabalho e passeios. Ou seja, atitudes individuais e aparentemente isoladas foram ajudando as pessoas com deficiência na superação de barreiras.

Houve avanços importantes, destacando-se entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, nesse sentido, discorrem Fernandes, Schlesener e Mosquera¹⁶:

Portanto, no século XX, os indivíduos com deficiências começaram a ser considerados cidadãos com seus direitos e deveres de participação na sociedade; no entanto, ainda numa abordagem assistencial. Com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciam-se os primeiros movimentos organizados por familiares desses indivíduos. Esses movimentos eram norteados pelas críticas à discriminação.

E então um próximo passo, a criação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, com assinatura em Nova York, em março de 2007, que trouxe várias condições para que a pessoa com deficiência melhor se integrasse, vivesse em sociedade.

Nos dias de hoje, infelizmente é possível encontrar em vários países situações de preconceito, desprezo, falta de estrutura e de condições de trabalho para pessoas com deficiência, mas tal cenário melhorou muito comparado ao terreno lastimável que era observado em praticamente todas as culturas.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO NACIONAL

Quanto ao panorama histórico da pessoa com deficiência no Brasil, não são numerosas as pesquisas e leituras a respeito. Apesar de infeliz, o fato é que o deficiente esteve por muitas décadas condição de “miseráveis”, assim como os pobres e doentes. Silva¹⁷ traz que “talvez o mais pobre dos 25 pobres”.

No que diz respeito aos índios, os dados apontados por Silva são de que eram raros os casos de deformidades, enquanto. Porém, é válido ressaltar que os relatos trazem que aqueles que nascessem com alguma limitação, seja física ou sensorial, eram eliminados pela tribo.

Os pensamentos de segregação e superstições ligados à pessoa com deficiência continuavam a se apresentar no decorrer da história do país.

<<http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/view/187/179>>. Acesso em 20 de abril de 2016.

16 FERNANDES, Lorena Barolo; SCHLESENER, Anita; MOSQUERA, Carlos. Breve Histórico da Deficiência e seus Paradigmas. Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares em Musicoterapia, Curitiba, v.2, p.132 –144, 2011.

17 SILVA, op. cit.

O período de colonização, ou chamado também Brasil Colonial, pendurou do século XVI ao XIX, foi marcado por enfermidades adquiridas principalmente pelos portugueses, uma vez que a condição climática era muito diferente à que estavam acostumados e pela enorme quantidade de insetos. Figueira¹⁸ aduz no sentido que algumas dessas enfermidades de natureza muito grave chegaram a levar os portugueses à aquisição de graves limitações físicas ou sensoriais.

A paralisia foi uma grande dificuldade enfrentada pelas pessoas no Brasil do século XVII, onde usavam alguns métodos como medicamentos, ora o uso de ervas, ora de animais. Silva¹⁹ explica que:

“(...) outros autores indicam-nos que sem a menor sombra de dúvida alguns 26 procedimentos indicados por eles provocavam algumas curas, bastante melhora ou pelo menos algum alívio em pessoas que eram vítimas de algum tipo de paralisia nos primeiros séculos de Brasil”.

Na escravidão dos negros, observavam-se, com frequência, as deficiências físicas, uma vez que os castigos impostos aos negros escravos eram muito cruéis. O Rei Dom João V, a demonstrar tal crueldade da época, em alvará de 03 de março de 1741, que deu a permissão para amputação dos membros de negros fugitivos que fossem retidos.

As pessoas com deficiências eram praticamente invisíveis, reservadas ao convívio familiar. Até havia sentimentos de caridade na forma em que as demais pessoas as viam, mas não a cidadania e conquistas de direitos que elas mereciam.

Avanços a partir do século XIX

No período imperial, em que o Brasil tinha como seu imperador Dom Pedro II, a pessoa com deficiência presenciou certos triunfos.

Entre os anos 1824 e 1854 estudantes do Brasil começaram a frequentar Universidades da França, Alemanha e Áustria, ressalta Silva²⁰:

A civilização francesa principalmente começou a invadir o Brasil sedento de cultura e de modernização, chegando a dominar nossos usos e costumes por aproximadamente um século todo. Alunos jovens de famílias ricas, bolsistas, ou estudantes das mais variadas origens lá iam estudar e, ao voltar, começavam a criar o nosso próprio ensino e o nosso próprio meio técnico e cultural.

Em 1854, houve um primeiro passo para a inclusão das pessoas com deficiência

18 FIGUEIRA, Emílio. Caminhando em silêncio: uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na história do Brasil. São Paulo: Giz Editorial, 2008.

19 SILVA, op. cit.

20 SILVA, Ibid.

visual no Brasil. O brasileiro, deficiente visual, José Álvares de Azevedo, estudou na escola de Paris e trouxe o Braille²¹ para o Brasil, apresentando ao imperador Dom Pedro II, que se sensibilizou com a ideia de se criar uma instituição para cegos, no Rio de Janeiro. O nome da instituição no início foi Imperial Instituto dos Meninos Cegos, e, posteriormente, em 1891, mudou de nome para Instituto Benjamin Constant²².

Silva²³ ressalta que “de certa forma o Brasil foi pioneiro nas Américas Central e do Sul, com a criação do Imperial Instituto dos Meninos Cegos, no ano de 1854, no Rio de Janeiro”. Ainda no século XIX, houve a criação do Instituto Nacional de Educação dos Surdos, por meio de um antigo aluno surdo da escola de Paris. A criação dos institutos no Brasil guarda relação com a política dos grandes institutos da Europa. Mário Cléber Martins Lanna Júnior²⁴ traz que em seguida:

Na primeira metade do século XX, o Estado não promoveu novas ações para as pessoas com deficiência e apenas expandiu, de forma modesta e lenta, os institutos de cegos e surdos para outras cidades. As poucas iniciativas, além de não terem a necessária distribuição espacial pelo território nacional e atenderem uma minoria, restringiam-se apenas aos cegos e surdos.

Nessa época, também se observou a inclusão na questão educacional das pessoas com deficiência. Segundo Taís Evangelho Zavareze²⁵:

Esse período é marcado pela criação de escolas especiais que visam uma educação diferenciada às pessoas consideradas deficientes. A fim de poupar gastos do governo em manter manicômios, asilos e evitar a segregação. A partir da década de 50 houve a expansão das classes especiais, principalmente nas escolas públicas ou privadas sem fins lucrativos.

As primeiras iniciativas referentes à deficiência intelectual foram: o movimento Pestalozzi, no ano de 1926, o primeiro no Rio Grande do Sul e também a Associação Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), a primeira no ano de 1954, em Guanabara, baseada no modelo dos Estados Unidos.

Na lição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz²⁶,

21 Sistema de escrita e leitura tátil para deficientes. Inventado por Louis Braille. É lido da esquerda para a direita com uma ou ambas as mãos.

22 Nome em homenagem ao seu terceiro diretor, Benjamin Constant Botelho de Magalhães.

23 SILVA, op. cit.

24 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. - Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

25 ZAVAREZE, Taís Evangelho. A construção histórico cultural da deficiência e as dificuldades atuais na promoção da inclusão, 2009. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0478.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

26 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 221 p. ISBN 85-7308-760-9, p. 112.

A segregação continuava evidente com o surgimento de “Escolas Especiais” e “Oficinas de Trabalho” que, se, por um lado, permitiam um progresso notável no tratamento de tais pessoas, por outro, criavam um universo paralelo e ainda distinto do “mundo dos normais”.

Na década de 1950, houve o surto de poliomielite, e, assim o surgimento das instituições de reabilitação. O primeiro centro de reabilitação foi a Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação, em 1954. Mário Lanna Júnior²⁷ traz que outras organizações filantrópicas surgiram no contexto da epidemia de poliomielite.

Movimentos das Pessoas com Deficiência no Brasil Na Década de 70

O despertar das pessoas com deficiência para começar a organizar movimentos em que elas mesmas fossem protagonistas, se deu numa época de mudanças políticas. Com a decadência do regime militar, período marcado pela restrição da liberdade, o país seguia rumo à redemocratização. Era clara a intenção de se conquistar a cidadania e a autonomia, tão merecidas. Mário Lanna Júnior²⁸ afirma que:

Os movimentos sociais, antes silenciados pelo autoritarismo, ressurgiram como forças políticas. Vários setores da sociedade gritaram com sede e com fome de participação: negros, mulheres, índios, trabalhadores, sem-teto, sem-terra e, também, as pessoas com deficiência.

Em 1979 as pessoas com deficiência buscavam promover um encontro em nível nacional, e assim formaram a Coalizão Pró-Federação Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes. Houve três encontros nacionais, entre os anos de 1980 e 1983, sendo o primeiro deles em Brasília. Mário Lanna Junior²⁹, novamente, aduz que:

O 1º Encontro Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes aconteceu em Brasília, de 22 a 25 de outubro de 1980. O objetivo do encontro foi criar diretrizes para a organização do movimento no Brasil, estabelecer uma pauta comum de reivindicações e, ainda, definir critérios para as entidades que poderiam ser reconhecidas como integrantes da Coalizão.

O primeiro encontro e os demais foram considerados proveitosos, uma vez que fortaleceu as pessoas ao terem conhecido as dificuldades peculiares enfrentadas por cada pessoa com deficiência que ali estavam todas buscando seus direitos. Mas, o evento mais esperado e significativo ainda estava por ocorrer, buscando chamar a atenção para o problema e por consequência, buscar soluções.

27 LANNA Junior, op. cit.

28 LANNA Junior, op. cit.

29 LANNA Junior, Ibid.p?

O Ano Internacional das Pessoas com Deficiência

O ano internacional da pessoa com deficiência foi em 1981, ano marcante na história de luta por direitos. Foi um ano esperado desde 1976, por ter neste ano a ONU se pronunciado sobre uma participação plena dos Estados. O ano internacional das pessoas com deficiência tinha muitos objetivos, dentre eles, conforme menciona Mário Lanna Junior³⁰:

Os objetivos principais do AIPD em relação às pessoas com deficiência eram: ajudar no ajustamento físico e psicossocial na sociedade; promover esforços, nacional e internacionalmente, para possibilitar o trabalho compatível e a plena integração à sociedade; encorajar projetos de estudo e pesquisa visando à integração às atividades da vida diária, aos transportes e aos edifícios públicos; educar e informar o público sobre os direitos de participar e contribuir em vários aspectos da vida social, econômica e política.

Foi preciso criar um órgão pátrio, a Comissão Nacional das pessoas com deficiência, para que se efetivassem as medidas tratadas no Encontro.

E então mais movimentações foram realizadas. O terceiro encontro nacional de entidades foi realizado em 1983, depois da edição de outros dois, o primeiro em 1954 para cegos e o segundo em 1984. Porém, o terceiro encontro não obteve muito sucesso, levando à dissolução do movimento, pois houve certa “disputa” entre as pessoas, sobre qual seria a deficiência mais importante.

A grande expectativa em relação à nova Constituição Federal e o espaço da pessoa com deficiência

A elaboração da Constituição Federal de 1988 trazia grandes expectativas, não só para a pessoa com deficiência, mas para todo o povo brasileiro, uma vez que era a esperança de um sistema democrático, com governo duradouro. Momento importantíssimo para as pessoas com deficiência, pois até o momento a legislação a respeito destas a Emenda nº 12, de 1978, conhecida como "Emenda Thales Ramalho"³¹.

As pessoas com deficiência participaram da Assembleia Nacional Constituinte, nesse sentido, Lanna Junior³²:

As pessoas com deficiência participaram ativamente das discussões da ANC. Assuntos relacionados a esse grupo foram tratados na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, subordinada à Comissão

30 LANNA Junior, Ibid.

31 "É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I. educação especial e gratuita; II. assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; III. proibição de discriminação, inclusive quanto a admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; IV. possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos."

32 LANNA Junior, op. cit.

Temática da Ordem Social, que realizou oito audiências públicas, sendo três destinadas a discutir questões atinentes às pessoas com deficiência: a audiência do dia 27 de abril, “Deficientes Mentais; Alcoólatras; Deficientes Auditivos”; a do dia 30 de abril, “Deficientes Físicos; Ostromizados; Hansenianos; Talassêmicos” e a do dia 4 de maio, “Deficientes Visuais; Hemofílicos; Negros”.

O que as pessoas com deficiência buscavam há tempos era a igualdade de direitos, e então não queriam que fossem tratadas pela Carta Magna em um tópico separado dos demais, pois isso, ao ver delas, demonstrava discriminação. Nas palavras de Lanna Junior³³, o movimento não queria as tutelas especiais, mas, sim, direitos iguais garantidos juntamente com os de todas as pessoas. Glauco Roberto Marques Moreira³⁴ traz sobre a proteção constitucional de 1988:

Com a Constituição de 1988, sob a designação de pessoa portadora de deficiência, vários dispositivos contemplaram a tutela especial dessas pessoas, alavancando ações judiciais para a defesa de seus interesses. Com isso, a proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência deu um grande salto na qualidade de vida dos portadores de deficiência.

E então, o texto relacionado à pessoa com deficiência foi distribuído por toda a Constituição Federal de 1988, não exatamente trazendo tudo o que as pessoas buscavam, mas o principal ideal foi atingido: a igualdade.

Coordenadora Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência e seu órgão consultivo

No ano de 1986, foi criada a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência (CORDE), órgão mais abrangente em relação às políticas públicas, pois apesar de muitos movimentos até então em relação às pessoas com deficiência, estes foram muito aleatórios.

Já em 1999, foi criado um órgão consultivo da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência (CORDE), o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE), que tratou de dar representatividade legislativa e ser uma forma de vinculação entre a sociedade civil e o Poder Público, através do Decreto lei nº 3.076, de 1º de junho de 1999.

Quanto às competências deste órgão, traz Mário Lanna Junior³⁵:

Definiu-se que as competências do CONADE seriam: zelar pela implantação da

33 LANNA Junior, Ibid.

34 MOREIRA, Glauco Roberto Marques. Pessoas portadoras de deficiência: pena e Constituição. Porto Alegre: Fabris, 2008. 232 p. ISBN 978-85-7525-439-4, p. 28.

35 LANNA Junior, op. cit.

Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência; acompanhar o planejamento e avaliar a execução das políticas setoriais relativas à pessoa portadora de deficiência; zelar pela efetivação do sistema descentralizado e participativo de defesa dos direitos da pessoa portadora de deficiência; propor a elaboração de estudos e pesquisas; propor e incentivar a realização de campanhas visando à prevenção de deficiências e à promoção dos direitos da pessoa portadora de deficiência; aprovar o plano de ação anual da CORDE; entre outras.

Realizaram-se também, por organização da Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência (CORDE) e Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE), as Conferências Nacionais da Pessoa com Deficiência: a primeira, em maio de 2006, enquanto a segunda em dezembro de 2008. Basicamente, eram reuniões que juntavam muitas pessoas para apresentarem e discutirem propostas de políticas públicas.

Traz Mário Lanna Junior³⁶:

As Conferências Nacionais sobre políticas públicas foram avanços proporcionados pela Constituição de 1988 que garantiram espaços institucionalizados de participação social. Em meados da década de 1990 e início da década de 2000, os conselhos e os movimentos sociais organizados passaram a realizar, com o apoio do Estado, suas conferências nacionais.

O momento em que a primeira conferência aconteceu foi de muito alvoroço, pois estava sendo elaborada a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU), e o debate girou em torno da Convenção. Ainda nesse ínterim, houve a campanha "Acessibilidade – Siga esta ideia" com o intuito de promover, segundo Lanna Junior³⁷, um processo de incorporação do ideal e de ações concretas para a promoção da acessibilidade, além de intensificar a sensibilização da população em geral para o tema.

A segunda conferência teve como tema “Inclusão, participação e desenvolvimento: um novo jeito de avançar”, deixando bem preponderante a ideia de inclusão social.

Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU

O Brasil participou da elaboração da Convenção, e tal participação foi promovida pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, através da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, antiga Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência (CORDE) e também pelo Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE).

O Brasil assinou a Convenção e seu protocolo facultativo em 30 de março de 2007, vindo a ratificar apenas em 9 de julho de 2008, por meio do decreto legislativo de número

36 LANNA Junior, *Ibid.*

37 LANNA Junior, *Ibid.*

186. Equivalendo-se à emenda constitucional, por ter obtido aprovação superior a três quintos em ambas as casas (câmara dos deputados e senado), em duas votações realizadas. Explana Lanna Junior³⁸:

A Convenção e sua ratificação pelo Estado brasileiro foram importantes conquistas do movimento político das pessoas com deficiência, uma vez que consolidaram os avanços do movimento: definiram o termo deficiência como resultado da interação entre a pessoa e o ambiente e estabeleceram referências legais baseadas nos direitos humanos, na inclusão e na participação plena.

A partir do ato de ratificação, o Brasil assumiu o dever de fazer uso de princípios e diretrizes a respeito dos direitos das pessoas com deficiência, e ainda, terá a Convenção como uma base normativa de status constitucional para a elaboração das demais normas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146 de 2015

A lei nº 13.146, foi ratificada pelo Congresso Nacional em 06 de julho de 2015 e, respeitando as normas da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, entrou em vigor 180 dias após sua publicação no Diário Oficial da União (DOU).

Ostenta uma série de direitos e garantias às pessoas com deficiência, concernentes à saúde, moradia, trabalho, assistência social, previdência social, acessibilidade, acesso à informação e comunicação, direito à participação na vida pública e política, ciência e tecnologia e acesso à Justiça. Mais de 20 leis foram alteradas com a entrada em vigor do Estatuto. Paulo Paim³⁹, autor da lei, mostra satisfação com a aprovação pelo Congresso Nacional, vide:

O Estatuto vem somar um grande número de direitos ainda não contemplados pelo escopo legal vigente e estabelecer sanções para o descumprimento desses direitos, imprimindo maior poder coercitivo àqueles já garantidos.

A lei ainda não é tão conhecida pelos cidadãos, mas já está, graças a tanta luta, trazendo mudanças significativas no tocante a assegurar direitos. No entanto, a partir da legislação começa uma luta por buscar a efetividade, ou seja, que a legislação seja aplicada e sirva para buscar a integração e a igualdade das pessoas com deficiência.

CONCLUSÕES

38 LANNA Junior, Ibid.

39 PAULO PAIM. Senado Federal. Estatuto da Pessoa com Deficiência Lei Brasileira de Inclusão No 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em:

<<http://www.senadorpaim.com.br/uploads/downloads/arquivos/daed457c4a7524302b56e700fa609419.pdf>>

Tendo em vista os fatos apresentados nas pesquisas acadêmicas feitas, é nítida a marginalização sofrida pela pessoa com deficiência na sociedade por muitos séculos, e assim, percebe-se a relevância de haver um pensamento inclusivo e do dever de engajamento do Estado e políticas internacionais para com as melhorias. A evolução legislativa fica patente, começando em nível internacional com a Convenção da ONU, que traz um importante avanço e serve como balizador. Posteriormente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência vem aprimorar a defesa desse grupo minoritário, que merece um tratamento no sentido de levar o princípio da igualdade às suas últimas consequências.

No entanto, há uma construção histórica, pois a própria Constituição de 1988 trazia uma denominação equivocada “pessoa portadora de deficiência”, que eram chamadas de pessoas com necessidades especiais. Mas a Lei Maior foi a pioneira em buscar proteção e assegurar direitos, mesmo com alguns problemas. Em épocas passadas, a exclusão das pessoas com deficiência na sociedade era percebida em integralidade, sendo totalmente afastadas, por serem consideradas “possuidoras de espíritos malignos”, “sem valor”, “incapazes ao trabalho”, entre outras características remetidas às mesmas.

Ao mesmo tempo em que havia muita discriminação e eliminação em algumas culturas, em outra já havia um tratamento melhor, com instituições de caridade, juntamente aos idosos, doentes e mendigos. O que antes era responsabilidade apenas da família, passa a ser do Estado também. Como levantado no decorrer do trabalho, o processo de conquistas e espaço das pessoas com deficiência foi demorado. E, ainda, devido à complexidade das diversas deficiências existentes, há muito que ser feito. Imprescindível se faz, ainda que com tantos avanços mundiais e com a criação de um Estatuto para a pessoa com deficiência no Brasil, instruir a sociedade para uma visão inclusiva para implementação e efetivação das leis.

REFERÊNCIAS

ADAMI, Anacleide Sobral et al. Aspectos históricos da pessoa com deficiência. *Educere et Educare: revista de educação*, v. 1, n.1, o. 104, 2006

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMENTADA. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para integração da pessoa com deficiência – CORDE, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 221 p. ISBN 85-7308-760-9

FERNANDES, Lorena Barolo; SCHLESENER, Anita; MOSQUERA, Carlos. Breve Histórico da Deficiência e seus Paradigmas. Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares em Musicoterapia, Curitiba, v.2, p.132 –144, 2011.

FIGUEIRA, Emílio. Caminhando em silêncio: uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na história do Brasil. São Paulo: Giz Editorial, 2008.

FRANCO, João Roberto; DIAS, Tércia Regina da Silveira. A pessoa cega no processo histórico: um breve percurso. Revista Benjamin Constant, Rio de Janeiro, n. 30, p. 1-9, 2005.

GUGEL, Maria Aparecida. A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

HERÓDOTO. Historia Heródoto. Grécia Antiga: Robert Strassler, 2006.

Lanna Júnior, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. - Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

LEONART, Ana Paula De Souza. A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 2, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/view/187/179>>. Acesso em 20 de abril de 2016.

MOREIRA, Glauco Roberto Marques. Pessoas portadoras de deficiência: pena e Constituição. Porto Alegre: Fabris, 2008. 232 p. ISBN 978-85-7525-439-4

PAULO PAIM. Senado Federal. Estatuto da Pessoa com Deficiência Lei Brasileira de Inclusão No 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.senadorpaim.com.br/uploads/downloads/arquivos/daed457c4a7524302b56e700fa609419.pdf>>

PERANZONI, Vaneza Cauduro; FREITAS, Soraia Napoleão. A evolução do (pre)conceito de deficiência. Disponível em: <<http://coralx.ufsm.br/revce/ceesp/2000/02/a2.htm>>. Acesso em: 17 de abril de 2016.

SIERRA, Vânia Morales. Rompendo o estigma da incapacidade: a evolução dos direitos para de crianças e adolescentes com deficiência. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7197>. Acesso em: 12 de abril de 2016

SILVA, Otto Marques da. *Época Ignorada: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje*. São Paulo; Caderno Cedes, 1986

ZAVAREZE, Taís Evangelho. *A construção histórico cultural da deficiência e as dificuldades atuais na promoção da inclusão*, 2009. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0478.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2016.

FRANCO, João Roberto; DIAS, Tércia Regina da Silveira. *A pessoa cega no processo histórico: um breve percurso*. Revista Benjamin Constant, Rio de Janeiro, n. 30, p. 1-9, 2005.

O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE COMO MEDIDA DE CARÁTER IMEDIATISTA PARA A REALIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Lorena Saleme ORLANDO¹
Felipe Augusto Rodrigues AMBROSIO²

RESUMO

O presente artigo pretende exprimir no que consiste o princípio da coculpabilidade, bem assim os fins a que se destina e a maneira como deve ser-lhe garantida efetividade. Encontrando-se implícito no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente do sistema constitucional de garantias de direitos, referido princípio permite que, ao aplicar a pena ao infrator da lei, no final do processo de conhecimento na seara criminal, o juiz sentenciante observe o juízo de censura que recai tanto sobre a conduta praticada, como sobre a omissão do Estado em relação ao infrator, em outras palavras, que possa ser atenuada a pena aplicada ao autor do ilícito quando diante da inadimplência do Estado para consigo, a abalar a sua capacidade de autodeterminar-se, em razão da falta de oportunidades de seu crescimento e desenvolvimento. Com a efetivação do princípio em estudo seria reconhecido que o Estado, e a própria sociedade como um todo, gozam de parcela de culpa na prática do delito, por não terem atendido àquele indivíduo como é de seu dever. Esse reconhecimento incidiria especificamente no quantum da pena, através de sua atenuação, e de maneira reflexa serviria para movimentar o Estado, fazê-lo enxergar suas mazelas. Assim, seria considerada medida de caráter imediatista, utilizada enquanto não surgem políticas sociais eficientes a superar essa omissão do Estado, que de fato caminham juntamente com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 3º da nossa Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Coculpabilidade; Autodeterminação do infrator; Pena; Responsabilidade do Estado

ABSTRACT

This article aims to explain the principle of coculpability, its function and the way its effectiveness is guaranteed. It is found implicitly in Brazilian law order, due to guarantee of rights in the constitutional system. The referred principle allows that, when the sentence is delivered to the lawbreaker in the end of the judicial process in the criminal realm, the judge considers the senses of censorship which falls both on the action practiced, how about the omission of the State in relation to the offender, in other words, it can be mitigated the

1 Graduanda em Direito Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP

2 Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Campus Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Área de Concentração - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa - Função Política do Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP- Campus Jacarezinho). Bolsista da CAPES.

sentence imposed on the perpetrator of the offense when given the state of default to you, to shake their ability to self-determination, mainly on the grounds of lack of opportunities for growth and development. The effectiveness of the presented principle would recognize that the State and the society have their share of guilt in the offence, since they haven't attended the individual, as it is their obligation. This recognition would focus specifically in the quantum of the penalty, through its attenuation. As a reflex, it would also force the State to perceive its problems. Thus, this should be considered an assignment of immediate matter, to be used while there are no efficient social politics that considers this omission of the State and that indeed they suit to the key objectives of the Federal Republic of Brazil, listed in the article 3 of the Brazilian Federal Constitution.

KEY-WORDS: Coculpability; Self-determination of the transgressor; Sentence; State responsibility

INTRODUÇÃO

Utilizando-se o método indutivo para a pesquisa, inicia-se o presente estudo retratando, a partir das disposições da lei fundamental do país, os conceitos de culpabilidade, em suas multifaces, e coculpabilidade penal.

Após, apresentam-se discussões da Escola Clássica e Positivista quanto à culpabilidade, relacionadas ao “livre-arbítrio” e ao “determinismo”, para, após, aprofundar-se a análise em relação à coculpabilidade e sua especial ligação com o contexto social vivenciado no Brasil.

A realidade brasileira mostra gritantes disparidades entre seus indivíduos por razões econômico, sociais, culturais, educacionais. Disparidades essas que influenciam de maneira direta para o aumento da criminalidade, em razão da redução da capacidade de autodeterminação dos indivíduos que vivenciam o descaso estatal.

Pois, em direção contrária aos objetivos traçados pela Carta Constitucional, o Estado brasileiro vem contribuindo para que as desigualdades sociais se enraízem, a partir do momento em que deixa de investir em educação, saúde, trabalho, moradia, cultura, fechando os olhos para os direitos sociais assegurados a todos os cidadãos, criando um direito penal que seleciona as mazelas sociais para nelas incidir.

Nesse contexto surge a necessidade de aplicação imediata do princípio da coculpabilidade, entendido como a responsabilização do Estado pela ocorrência de determinados delitos, praticados por cidadãos em condições de vida precárias. Sua inclusão dentro do sistema penal, neste momento, permite a dignificação desses indivíduos e expressa, em sua totalidade, a igualdade material tanto almejada. A partir do momento em que se divide

a culpa pelo delito entre o infrator e o Estado, impulsiona-se o Poder Público a agir.

ESTADO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE CORRUPÇÃO, IMORALIDADE POLÍTICA, BIOPOLÍTICA, DESIGUALDADE SOCIAL E CRIMINALIDADE

A realidade assume inúmeras nuances. Obviamente que varia sua intensidade conforme fatores, como a escolaridade do indivíduo, o local onde reside e desempenha os ofícios diários, suas crenças, sua cor, seu modo de viver e conviver.

E para boa fatia da população brasileira, ela é cruel, desumana. Felizmente, tornou-se praticamente consenso que o conjunto fático no qual esbarramos é resultado da deterioração dos serviços públicos mais básicos, decorrentes da corrupção em todos os níveis da esfera administrativa, bem como da sociedade, especialmente das elites intelecto-culturais, as quais não externam seu repúdio a tal quadro, construído para uma realidade social de inversão de valores éticos, a marcar a vida de maior parte da população brasileira, especialmente aquela abaixo da linha da pobreza.

Tais quadros de miséria e violência que são verificados cotidianamente levam o ser humano a resultados nefastos, mormente os excluídos da sociedade brasileira, que convivem com a fome e outros inúmeros tipos de privações.

O incontestável martírio suportado pelos favelados das periferias, quanto pelo sertanejo nos agrestes, revela o lado mais obscuro do corpo social o qual nos inserimos. Deve-se imputar a culpa por toda essa situação aos homens que administram as instituições do poder organizado, sem se esquecer, contudo, do próprio povo, que deveria se fazer mais ativo frente aos desmandos dos governantes. Mesma população esta que vive uma cidadania sob o império da tortura da dignidade, das moléstias, da fome, ou seja, o exercício mais aflorado da miséria humana, na sua mais tenebrosa condição.

As flagrantes situações de descaso com os excluídos sociais têm inquestionável fonte no sistema corrupto brasileiro, o qual, podendo ser comparado aos sistemas totalitários do século XX, faz delesapátridas nas periferias, hospitais abandonados, clínicas psiquiátricas, sertões famélicos, dentro de sua própria terra.

O que se vê é um descaso que perdura por anos com o qual o cidadão acaba se acostumando, e aprende a conviver com a precária administração pública. E a desorganização estatal tem impedido o acesso do homem comum aos meandros do poder, onde são e serão tomadas as decisões que determinam o posicionamento dos cidadãos no Estado soberano,

facilitando, dessa forma, ainda mais a atuação dos agentes corruptos. Asseveram Rosenn & Downes que:

A troca de favores envolve a manipulação do poder público por funcionários com o objetivo de “comprar” apoio político no Congresso, apoio financeiro da comunidade de negócios, ou uma coisa ou outra de outros grupos de interesses. Tais trocas ocorrem em todos os sistemas políticos e possuem uma longa e célebre história no Brasil.³

No Brasil, as pessoas de menor poder econômico têm significado para o Estado apenas enquanto eleitores, jamais como cidadãos, que são traídos pelo Legislativo e Executivo, justamente por não terem condições de se defenderem ou oporem qualquer resistência às afrontas constantes de seus direitos mais básicos, consagrados de maneira romântica na Carta da República de 1988.

Em nosso país, a biopolítica vem sendo exacerbadamente explorada de maneira aterrorizante, ao passo em que os recursos públicos, que deveriam ser destinados ao atendimento das funções sociais do Estado, têm deixado claro o império do poder totalitário da fraude.

Nessa esteira, seguindo o pensamento de Agamben, tem-se a indicação dos expatriados da sociedade brasileira, aqueles que são insuscetíveis, porém são matáveis, já que podem ser abandonados pelo soberano sem quaisquer condições próprias de sobrevivência. O homo sacer^[1] se personifica na vida abandonada pelo direito

O preso, o favelado, o migrante e o imigrante, em suma, o pobre e o miserável constituem outras tantas figuras que confirmam o caráter biopolítico e aporético da política contemporânea: eles constituem o elemento “que não pode ser incluído no todo de que formam parte (isto é, o Povo como instância política constituinte da soberania) e o que não pode pertencer ao conjunto em que já está sempre incluído”⁴.

Os desmandos praticados em todos os níveis de poder, a opressão imposta pela sobrecarga tributária, a violência restritiva da liberdade do cidadão comum, o tráfico de influência e de interesses, protegidos e acobertados pelo aparente legítimo processo eleitoral levam a qualquer pessoa com o mínimo senso crítico a pensar estar vivendo sob o domínio de um totalitarismo impostor, sedizente Democrático de Direito.

Entendemos que a corrupção, a violência (em todas as suas formas) e a criminalidade no atual contexto social estão indissolúvelmente associadas, sendo elas faces da mesma

3 ROSENN, Keith S. & DOWNES, Richard – Organizadores. *Corrupção e Reforma Política no Brasil – O Impacto do Impeachment de Collor* – Rio de Janeiro, FGV, 2000, p. 50-51.

4 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. Belo Horizonte, UFMG. 2002, p. 226.

moeda. E esta reunião vem atingindo proporções assustadoras, que põe em xeque o Estado nacional, na medida em que o poder público não logra controlar a ocorrência dos crimes, fazendo se contaminar por eles. Assim, toda a miséria e iniquidade social constituem um campo altamente propício para a disseminação de delitos e da violência.

O Estado brasileiro se vê imerso num grau de corrupção generalizada em todos os níveis da administração pública, tal qual impulsionado nas situações contumazes regidas pelas trocas de favores. Os casos de lavagem de dinheiro apresentados na grande mídia de tempos em tempos são apenas a ponta de um iceberg, que se usa de uma liberdade de imprensa corrompida pelo clientelismo político, fluxo de influências, pressão de multinacionais e patrocinadores de campanha, incutindo, dessa forma, no senso comum, opiniões deturpadas, quando não, falsas.

Numa fria análise, nota-se que a administração pública deixa de atender seus encargos e deveres, e a sociedade se omite na fiscalização e denúncia, estando ambas cientes, e tentando explicar, por todos os meios, o estado de corrupção generalizada. Dessarte, esvai-se pelo ralo a aparência democrática de nação, num cotidiano de corrosão de valores éticos que deveriam nortear o trato com os recursos e serviços públicos. A maquiagem aplicada em procedimentos licitatórios e concorrenciais, de legalidade, só trazem uma anêmica aparência, mantida pelo segredo, segredo este condicionante do próprio poder.

Nesta vertente, a própria falta de entendimento da população contribui para a manutenção do status quo, que se mantém estruturado numa teia secular de procedimentos corrompidos. Pelas breves considerações até agora expostas, tentamos estabelecer o nexo lógico entre a corrupção sistêmica no Estado brasileiro, que em função deste mal que o assola em todas suas esferas, é levado à inoperância e negligência, com a criminalidade e violência crescentes. Buscamos, pelo momento, demonstrar que toda a violência só pode existir com a conivência, cumplicidade e ativa participação estatal e de seus órgãos, entenda-se, grupos da polícia, membros do Legislativo (em todos os níveis), setores do aparelho burocrático civil e inclusive autoridades do judiciário.

A escalada na ocorrência de crimes apenas leva a legitimação do poder punitivo e repressivo estatal. Quadro este que força a sociedade e as pessoas a abrirem mão das conquistas democráticas, consubstanciadas nas liberdades políticas, em troca de uma suposta garantia do Estado e de setores privados para seus bens, incluindo a vida e o patrimônio.

A SELETIVIDADE DO SISTEMA E O “ETIQUETAMENTO” SOCIAL: CONTROLE E PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

O sistema penal, como modalidade imprescindível de controle para manutenção da ordem e da paz em sociedade, é indubitavelmente eivado de deficiências, dentre elas a chamada seletividade. Há certos mecanismos que ensejam esse tratamento desigual. O próprio processo de criminalização, a bem da verdade, parece selecionar a quem punir mais. Este, por sua vez, apresenta vários aspectos no que tange a diferenciação do tratamento entre as camadas ricas e pobres da sociedade. O fenômeno do etiquetamento, por exemplo, enquanto estigmatizador da população criminoso pertencente às camadas menos favorecidas, também ressalta esse caráter seletivo do Direito Penal. Situação diferente é a que ocorre com a população mais abastada ou que ocupa funções de grande renome, que cometem delitos de um diferente gênero, como os casos de crime de colarinho branco. Esse último consiste na ‘cifra negra’ da criminalidade em favor dos ocupantes de posição social privilegiada. Nesses casos, além de ser evidente a impunidade dos infratores, a própria sociedade parece ‘esquecer’ e não repugnar tanto tais condutas.

É bastante notório que o Direito Penal atinge muito mais uma “clientela” específica que é, por seu turno, a classe mais pobre. É o que assevera Fragoso, em sua obra: “Parece certo que a realização do sistema punitivo funciona como um processo de marginalização, para atingir uma determinada clientela, que está precisamente entre os mais desfavorecidos da sociedade”.⁵

Embora o Estado Democrático de Direito esteja em busca da compensação dessa diferenciação, ela ainda é bastante perceptível em nosso cotidiano, quando nos deparamos com situações em que somente os pobres são punidos por não ter condições de pagar sua fiança ou contratar bons advogados para defendê-los. Nestes casos, o devido processo e a ampla defesa figuram apenas nos livros. Segundo esse raciocínio, conclui Fragoso:

O Direito Penal é o direito dos pobres, não porque os tutele e proteja, mas sim porque sobre eles exclusivamente faz recair sua força e seu vigor. Eles é que constituem a clientela do sistema e são por ele, virtualmente, oprimidos. Só os pobres sofrem os processos por vadiagem e só eles são vítimas das batidas policiais com o seu cortejo de ofensas e humilhações. Só os pobres são ilegalmente presos para averiguações. Os ricos livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção. Eles nunca vão para as prisões. Quando, em situações excepcionais, isso vem a suceder, logo ficam doentes e são transferidos para hospitais.⁶

5 FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 552.

6 *Idem*.

Se analisarmos o sistema penal ao longo dos anos, juntamente com o desenvolvimento da sociedade capitalista, perceberemos que seu sistema de valores enfatiza, ao máximo, a proteção do patrimônio privado, em que a camada privilegiada política e economicamente se vale de instrumentos no sentido de atingir desvios típicos de grupos sociais marginalizados. Sobre esse tema, Batista conclui que

Quando alguém fala que o Brasil é “o país da impunidade”, está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros – dos escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo – a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc). Porém, essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem bem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam rápido emprego e desfrutam do salário mínimo (punidos ou mal pagos): Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário, porque a polícia prende e arreventa (punidos e mal pagos).⁷

Fácil entender que a sociedade moderna, excludente e marginalizadora, é reflexo de um passado cheio de injustiças e enraizado em discriminações e preconceito, que insistem em perdurar até os dias de hoje, impregnando as mentes humanas e instituições sociais e políticas desde os tempos mais remotos.

A sempre tratada igualdade material, ideal almejado pelo direito, onde todos os homens possuem dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, está longe de ser aplicada de forma absoluta. A sociedade, seus órgãos institucionais, bem como o próprio Estado Democrático insistem em relativizá-la constantemente, na maioria das vezes em desfavor dos mais pobres. Por que não sonhar que um dia viveremos plenamente não apenas aquela igualdade decorrente da submissão de todos ao império da mesma lei, mas uma situação onde as leis possuam conteúdo e adequação social.

É imprescindível que o sistema penal, como um todo, seja norteado pelos princípios derivados do perfil político-constitucional, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. Tais preceitos funcionarão como braços genéricos e abrangentes, cabendo sempre ao operador do direito verificar sua presença, tanto na criação, quanto na aplicação da lei penal. A igualdade material, embora seja incessantemente buscada, não é concretizada de modo satisfatório em diversos aspectos, uma vez que o próprio processo de criminalização costuma diferenciar o tratamento entre ricos e pobres.

A máquina repressiva do Estado deve estar em consonância com seus princípios

7 BAPTISTA, Carlos Alberto. Crescimento da Criminalidade e a atuação estatal. Curitiba: Juruá, 2007, p. 39.

basilares, precipuamente o da Dignidade da Pessoa Humana, de modo a impedir a ilegalidade processual, sob pena de exercer seu poder de forma arbitrária e seletiva, sobre os setores vulneráveis, como ensina Zaffaroni.⁸

Na realidade brasileira, não obstante a existência de todas as diretrizes constitucionais, o Estado, da forma como hoje se insere, é, infelizmente, incapaz de cumprir com seus deveres sociais. Os casos de corrupção, supracitados no capítulo anterior, dirigidos ao Estado, por seus próprios representantes, enfraquece-o ainda mais, impedindo-o assim de levar a efeito sua função social, conforme determinado pelo texto constitucional.

A fim de conjecturar um direito penal igualitário, Alessandro Baratta, no que tange à tão almejada igualdade, numa visão realista, afirma que o “direito penal igualitário é um mito, uma vez que a própria norma penal distingue os autores dos crimes segundo suas classes sociais”.⁹

É difuso o controle pelo qual os mecanismos controlam a população, que, despercebida, segue as condutas impostas, de tal forma que se torna inconsciente da influência sofrida. É o que se vê com atuação dos meios de comunicação em massa, que além de induzir a padrões de conduta, bombardeiam a sociedade com imagens e informações que manipulam o imaginário popular, implantando uma verdadeira neurose, e criando ainda uma infinidade de análises e fórmulas de resolução dos problemas para a criminalidade.

Já o chamado controle institucionalizado é aquele que se impõe com regras próprias, através de uma instituição do próprio Estado. Dentro do chamado controle com discurso não-punitivo, mesmo com a imposição de uma conduta sem o caráter punitivo, há, na prática, modos de punir, mesmo que de forma indireta, como ocorre com a psiquiatria ou a institucionalização de velhos, quando entre instrumentos elétricos de tortura e eletrochoques não costuma haver muita diferença. O controle institucionalizado em forma punitiva é, por sua vez, representado por excelência pelo sistema penal. Para Cirino dos Santos, a pena criminal é considerada como o “mais rigoroso instrumento de reação oficial contra violações da ordem social institucionalizada, garante todos os outros sistemas ou instituições particulares e a existência/continuidade do próprio sistema social, como um todo”.¹⁰ Inquestionável, portanto, a preponderância da função de controle social da Política Criminal

8 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, 16.

9 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 162.

10 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 25.

adotado e do direito posto.

O processo de criminalização, tomado no seu conjunto, é marcado pela seletividade. Consoante o pensamento de Baratta, a igualdade no direito penal não passa de um mito. Para ele, “o direito penal não é menos desigual do que outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência”.¹¹

O que se pode perceber, como já foi dito, é que, na prática, o que existe é apenas um mito de igualdade no direito penal.

A criminalidade, quando ocorre entre sujeitos da classe dominante, na esmagadora maioria das vezes, não produz consequências penais, vale dizer, não gera o processo de criminalização secundária, ou, se o fizerem, serão conduzidos à impunidade. Em contrapartida, a criminalidade de autores em posição de classe dominada, ou seja, a que normalmente envolve crimes contra a pessoa, contra o patrimônio e contra a sexualidade, produz consequências penais: gera a criminalização secundária, que conduz a punições rigorosas.¹²

Com isso, visualizamos que o resultado dessa seletividade na criminalização secundária pode acarretar efeitos diversos na sociedade, dependendo dos motivos que ocasionaram uma ou outra aplicação das leis penais. Percebe-se que, nas camadas subalternas, os marginalizados e estigmatizados criam “um sentimento de verdadeiro temor na aplicação do Direito Penal, o qual, por sua natureza, já traz esse estigma, mas para os destinatários em potencial podem trazer verdadeiro pânico, pois são eles, muitas vezes, os seus destinatários”¹³.

Tendo como precursor Durkheim, a teoria do etiquetamento ou labelling approach mostrou-se como uma superação ao positivismo, com fortes raízes na Criminologia Tradicional.

Sob a perspectiva da teoria do labelling, quanto ao processo de seleção da população criminosa, segundo Sack, apud Baratta,

a criminalidade, portanto, como realidade social, não é uma entidade preconstituída em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por estes últimos a determinados indivíduos. E isto não somente conforme o comportamento destes últimos se deixe ou não subsumir dentro de uma figura abstrata do direito penal, mas também, e principalmente, conforme as meta-regras, tomadas no seu sentido objetivo antes indicado.¹⁴

A principal consequência do etiquetamento daquele que praticou o delito, ou seja, da sua estigmatização como delinquente consiste em uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo; uma mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no status de

11 BARATTA, Alessandro. *Op cit.*, p. 162.

12 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Op cit.*, p. 28.

13 KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 47.

14 BARATTA, Alessandro. *Op cit.*, p. 180.

desviante.

O status de criminoso acaba sendo imposto de forma estigmatizante ao autor do desvio primário pela própria sociedade, através da reação social, levando o indivíduo, muitas vezes, a um conseqüente desvio secundário permanente e uma carreira criminosa. As ideias de ressocialização e a concepção educativa da pena estão prejudicadas de tal forma que colocam em completa dúvida o princípio da prevenção e levam todo o sistema ao descrédito.

A estigmatização social também coloca em xeque o princípio da igualdade, tendo em vista que, para a teoria do etiquetamento, a criminalidade é um status atribuído a “determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento e estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental”.¹⁵

A existência da criminalidade do colarinho branco está estritamente relacionada ao fenômeno do etiquetamento, aquela como reflexo deste. Isto pois, havendo um estereótipo de delinquência incrustado nas camadas pobres, acaba sendo transportada às camadas abastadas uma menor atenção em relação à criminalidade, direcionando os olhos da sociedade, e em especial os do sistema penal, a os estigmatizados, entenda-se, miseráveis.

Um aspecto de bastante relevância é o da sanção a ser aplicada ao criminoso das cifras negras, quanto à espécie da pena cominada. Nos crimes cometidos pelos pertencentes às classes sociais mais baixas, a pena privativa de liberdade e em larga escala se revela a mais aplicada. O próprio estereótipo já edificado em torno das camadas pobres já induz o juiz a aplicar a pena de prisão, que se revela “a mais apropriada” para os comportamentos típicos dos miseráveis.

Evidente que o princípio da igualdade passa a ser considerado mito. Os delitos econômicos e empresariais, típicos das elites, não obstante tipificados na lei penal, não são objeto de processo de seleção, etiquetamento ou estigmatização, em virtude de serem perpetrados pelos estratos elevados da população, que não caem usualmente nas malhas surradas e remendadas de um direito penal preconceituoso e seletivo que encontramos no Brasil.

DOS PRINCÍPIOS DA CULPABILIDADE E DA COCULPABILIDADE

A importância do Direito Penal dentro da sociedade, ao proteger bens jurídicos

15 *Idem*, p. 112.

essenciais como a vida, a liberdade, a integridade física, entre outros, é inegável. Também é inegável o fato de que, lidando com a resposta estatal às ações que atentam contra esses bens, a incidir na restrição de liberdade dos infratores, merece ser especialmente construído através de princípios sólidos, seguros e que garantam os direitos daqueles sobre os quais incidirão as normas jurídico-penais. Por isso mesmo tratou a Constituição Federal, lei fundamental do nosso país, de trazê-los, alguns explícitos e outros implícitos.

Limitamo-nos neste trabalho de tratar apenas de dois deles, correlacionados entre si: o princípio da culpabilidade, que decorre do texto constitucional de 1988, especialmente atrelado à dignidade da pessoa humana, e o princípio da coculpabilidade, também conhecido como culpabilidade compartilhada, implícito no ordenamento como decorrência do sistema constitucional de garantias de direitos.

Necessário frisar que o objetivo do presente estudo é a apresentação da coculpabilidade e seus desdobramentos, mas, para isso, de rigor pontuar acerca da culpabilidade.

Apesar de trazerem nomenclaturas bastante similares, dizendo respeito àquilo que é culpável, referidos princípios possuem diversas diferenças, a começar pela conceituação e seu surgimento, passando pela maneira como são previstos dentro do ordenamento e até mesmo o seu alcance.

O princípio da culpabilidade se perfaz, em sua totalidade, na máxima latina: *nullum crimen sine culpa*. Isso porque, na lição de Rogério Greco¹⁶, referido princípio possui três sentidos fundamentais: elemento integrante do conceito analítico de crime, princípio mediador da pena e princípio impedor da responsabilidade penal objetiva.

A partir do momento em que se tem a notícia da prática de um crime, diversas são as observações a serem feitas até que se alcance preencher, em todos os seus aspectos, a fórmula adotada como conceituação analítica de crime, a qual o desdobra nas seguintes características: fato típico, ilicitude e culpabilidade.

16 Curso de Direito Penal: Parte geral, 2008, p. 90.

A culpabilidade, assim, dentro do que se entende por teoria do delito, após passar por uma evolução em sua conceituação ao longo tempo (e ainda há falar-se em discussões entre os juristas quanto ao tema), entende-se hoje como juízo de reprovação, de censura sobre a conduta praticada pelo agente. Seria este, em verdade, o conceito dogmático de culpabilidade, através do qual se verifica, após análise da tipicidade e ilicitude do fato apresentado, se existe a possibilidade de reprovar a conduta praticada.

Como princípio mediador da pena, “a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios [...]”¹⁷

Este sentido é o que oferece as bases para o critério trifásico de aplicação da pena, observadas as nominadas circunstâncias judiciais do artigo 59, caput, do Código Penal, sendo que a primeira delas é a culpabilidade do autor do fato criminoso, juízo de censura que, neste momento, incide especificamente na sanção como resposta ao injusto praticado.

Por fim, a culpabilidade como princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva refere-se especificamente aos elementos dolo e culpa. Nilo Batista ensina que “não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade.”¹⁸

Antes de iniciar o estudo do princípio da coculpabilidade, que se verifica atrelado ao anteriormente exposto, especialmente no tocante à individualização da pena aplicada ao infrator, é importante ressaltar que o entendimento do próprio significado de culpabilidade oscila entre as ideias da Escola Clássica, a partir do que se denomina “livre-arbítrio”, ou seja, a capacidade do homem em agir de acordo com suas próprias escolhas, de maneira livre e desvinculada, e da Escola Positivista com o “determinismo”, o qual prega que o homem não é livre em suas ações, mas sim influenciado por fatores diversos, de natureza interna e externa, como o meio econômico-social que o circunda, a educação e os valores que lhe foram passados, entre outros.

É certo que, de acordo com o ensinamento de Rogério Greco¹⁹, o “livre-arbítrio” e o “determinismo” não se excluem, mas em verdade se completam, sendo que ambos devem ser levados em conta para chegar-se ao juízo de reprovabilidade que paira sobre as ações

17 BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*, 2004, p. 307.

18 *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 2005, p. 104.

19 *Op. Cit.*, 2008, p. 383.

delituosas.

Partindo deste ponto é que se pretende apresentar o que é o princípio da coculpabilidade, entendido como a consagração da responsabilidade do Estado (e da sociedade como um todo), na prática de determinados crimes em que o autor, face à realidade econômico-social que o rodeia, tem reduzida capacidade de autodeterminação.

O princípio da coculpabilidade é responsável por balizar o juízo de reprovação que deve pairar sobre os indivíduos que cometeram determinado crime, em conjunto com a responsabilidade do Estado pela ocorrência deste, permeado pela garantia ou não dos direitos fundamentais do infrator.

De maneira bastante clara, Grégore Moreira de Moura explicita a significação do princípio pela sua terminologia:

Inicialmente cabe ressaltar que o prefixo ‘co’ quer dizer estar junto, em comum, que divide algo etc. Daí a noção de que o Estado está junto, participa indiretamente, é também responsável indireto pelo cometimento de delitos, devendo procurar formas de minimizar a criminalidade na busca do bem comum. E o complemento ao prefixo, isto é, o termo ‘culpabilidade’, significa que o Estado, em virtude de sua reiterada inadimplência no cumprimento de seus deveres, em especial aqueles relativos à inclusão socioeconômica de seus cidadãos, deve proporcionar aos acusados, que se encontram na situação de hipossuficientes e desde que esta situação tenha influência na conduta delitiva, menor reprovabilidade. Portanto, a palavra culpabilidade não é usada aqui em sua acepção dogmática, mas, sim, como uma forma de responsabilização indireta do Estado, dada sua omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais, gerando consequências na cominação, aplicação e execução da pena.²⁰

O princípio da coculpabilidade, partindo da explanação já exarada, seria responsável por apontar ao Estado a sua ineficiência, as suas malezas, a partir do momento em que encontra aplicação em casos tais que o indivíduo infrator da lei padece de um descaso estatal que lhe obstaculiza a autodeterminação.

Quanto à questão da autodeterminação, faz-se necessário ressaltar, neste momento, que “não se está considerando uma circunstância socioeconômica como uma causa absolutamente condicionadora da conduta do agente, [...] mas sim que os aspectos sociais que envolvem as circunstâncias de vida do sujeito devem ser mensurados na aplicação da pena.”²¹

Desse modo, não se trata de considerar que ao indivíduo não foi dada qualquer oportunidade de escolha, mas que, de fato, o leque que lhe foi apresentado pelo estado, quando comparado ao oferecido a outros cidadãos, foi acentuadamente reduzido.

Hoje, como valoração *compensatória* da responsabilidade de indivíduos *inferiorizados* por condições sociais adversas, é admissível a tese da *co-culpabilidade* da sociedade organizada,

20 *Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*, 2006, p. 39.

21 FLORES, Marcelo Marcante. *Estado, Responsabilidade e Co-culpabilidade Penal*, p. 14.

responsável pela *injustiça* das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes da *anormal motivação da vontade* nas decisões da vida.²²

Verificado o liame entre o crime e a omissão estatal, encontra guarida a aplicação do princípio da coculpabilidade, ainda que não expresso no texto constitucional ou na legislação penal especificamente.

Seu assento no ordenamento jurídico significa, pois, a materialização dos próprios objetivos fundamentais do nosso país, colaborando para a criação de uma sociedade justa e para a redução das desigualdades sociais (artigo 3º da Constituição Federal).

O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE NO CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO

Antes de traçar maiores considerações acerca de sua verificação no atual contexto sociológico, político, econômico e cultural em que vivemos, é importante situar a origem histórica do princípio da coculpabilidade, pois assim se afigura possível compreender o princípio em sua inteireza.

Grégore de Moura²³ ensina que existem três correntes que pretendem explicar a origem histórica do referido princípio, sendo que alguns autores acreditam que se deu no século XVIII com as ideias iluministas, alguns atribuem sua origem em meio aos direitos socialistas e há aqueles que ainda o dizem ter sido no século XX.

Referido autor, na esteira do professor Zaffaroni, principal figura quando o assunto é o princípio da coculpabilidade, adere ao primeiro entendimento, segundo o qual o iluminismo proporcionou o surgimento dessas ideias, sendo que, em verdade, “[...] a co-culpabilidade nada mais é do que o reconhecimento jurídico, social e político da quebra do contrato social por parte do Estado, devendo, desta feita, assumir essa ‘inadimplência’ reconhecendo-se a coculpabilidade.”²⁴

Atrela-se o seu surgimento, assim, à ideia da celebração de um contrato social, em que se esperava fosse o Estado salvaguardar os direitos de todos os cidadãos, oferecendo a ele o monopólio do poder, e a sua consequente quebra.

Pois é certo que “com o contrato social o homem também depositou no Estado suas expectativas de se desenvolver em sociedade, de obter condições para satisfazer seus desejos e de alcançar a realização de seu projeto de vida”²⁵, e o fato do ente público não garantir a sua

22 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*, 2000, p. 270.

23 Op. cit., 2006, p. 41.

24 MOURA, Grégore Moreira de. Op. cit., 2006, p. 44.

25 MORAES, Daniel Cardoso de; GOMES, Eduardo Lipus. *Reinterpretando a Co-culpabilidade no Estado*

promessa, colaborando para uma ferrenha desigualdade econômico-social, a repercutir na esfera penal, deve gerar a sua responsabilização.

Zaffaroni atribui a Jean Paul Marat, artífice da Revolução Francesa, a origem do princípio²⁶, quando este realiza “crítica socialista e revolucionária ao pensamento talional kantiano. (...) afirmando que a pena mais justa é a talional, mas observa que isto só o seria na medida em que a sociedade fosse justa.”²⁷

As teses de Marat eram parecidas com as dos teóricos da época (penas fixas etc.), só que seu sistema denunciava a falácia das construções iluministas, quanto à pretensão de que a pena justa fosse a retributiva, em uma sociedade sem justiça retributiva.²⁸

De maneira geral, aqueles que entendem ter o princípio da coculpabilidade se originado a partir de Marx e as ideias socialistas, os quais são avessos ao sistema capitalista, enxergam que o sistema penal reflete as condições econômicas do país em que se desenvolve.

O princípio da coculpabilidade, neste caso, implicaria "no reconhecimento da igualdade material, por meio da co-responsabilização indireta do Estado iluminista em não criar oportunidades iguais de inclusão social aos seus cidadãos, em virtude de sua inadimplência.”²⁹

Importante destacar que, pela análise da própria conceituação do princípio da coculpabilidade, os estudos realizados a fim de se alcançar a origem do referido princípio acabam se encontrando, ao considerar-se que o Estado não pode punir a todos os indivíduos da mesma maneira, pois “para que o Estado possa punir de forma justa e legítima, necessário se faz que todos os cidadãos tenham tido, no ponto de partida, as mesmas oportunidades.”³⁰

A partir da ideia de que os pontos de partida não são iguais, revela-se o princípio da coculpabilidade, o qual exprime a “consagração do conceito aristotélico da justiça distributiva, base de uma igualdade discriminadora, que importava tratar os iguais de modo igual e os desiguais desigualmente.”³¹

Nesse tocante, verifica-se necessário pontuar a respeito das diferenças entre a igualdade formal (também denominada política) e a material (ou social). Já se logrou alcançar, no Brasil, a igualdade perante a lei (artigo 5º, caput, da Constituição Federal), a qual

Social de Direito Brasileiro, 2012, s. p.

26 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *A culpabilidade compartilhada e os direitos humanos fundamentais*, out/dez 2009, p. 55.

27 *Manuel de Direito Penal Brasileiro*, 2009, p. 234.

28 *Ibidem*, p. 235.

29 MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit.*, 2006, p. 42.

30 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Op. cit.*, out/dez 2009, p. 57-58.

31 BONAVIDES, Paulo. *O Princípio da Igualdade como limitação à atuação do Estado*, jul./dez 2003, p. 07.

considera todos os indivíduos iguais, sem distinções de qualquer natureza, seja pela raça, sexo, orientação sexual, religião, subsumindo-se todos aos mesmos regramentos.

No entanto, ainda há muito a ser feito em relação ao alcance da igualdade material entre os cidadãos, entendendo-se que esta se liga umbilicalmente às ideias de justiça social.

Por diversas razões de ordem histórica e política, verifica-se que o Brasil é permeado por uma desigualdade econômico-social que reflete em todos os aspectos da vida humana, seja nas discrepâncias entre as moradias dos habitantes de uma mesma região, no acesso à cultura, na qualidade da saúde e educação proporcionadas, na oportunidade de empregos, e na própria segurança pública.

Sobre o assunto, Loïc Wacquant diz que “(...) a sociedade brasileira continua caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa que, ao se combinarem, alimentam o crescimento inexorável da violência criminal, transformada em principal flagelo das grandes cidades.”³²

É certo que “o desinteresse do Estado no tocante aos problemas estruturantes da sociedade desencadeia problemas ainda mais agudos.”³³ No entanto, exterminar referida desigualdade, ao invés de se projetar como um objetivo do Estado Democrático de Direito, é cultivada pelo Estado, principal ator desta tragédia, sendo que inerte e omissa diante das garantias fundamentais estabelecidas pelo direito constitucional aos cidadãos, vale-se daquele que seria a ultima ratio do sistema normativo, o direito penal, para enxergar e punir, de maneira seletiva, os marginalizados sociais.

A maneira encontrada pelo Estado para contornar as consequências de sua omissão é, de modo absolutamente contraditório, o uso do direito penal, o qual, frise-se, é balizado pelos conceitos de intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade da pena.

Isso porque “o punitivismo atende ao clamor público e permite ao Estado a relocação de sua autoridade e legitimidade, que, em virtude disso, se desprende cada vez mais das políticas sociais.”³⁴

Parte-se da premissa de que manter a ordem e reafirmar a soberania do estado diante de abalos sociais causados pelo cometimento de crimes é tão mais importante do que tratar o cerne da questão.

32 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*, 2011, p. 10.

33 REIS, Marcela de Castro. *O recrudescimento penal seletivo no Brasil: o pobre como grande outro*, p. 24.

34 Ibidem.

Imaginar um contexto isento de desigualdades sociais no qual as leis funcionariam como medidas preventivas e orientadoras para o convívio social é algo utópico aos olhos da atual realidade, sendo que atualmente, as leis apenas funcionam como medidas punitivas, sem qualquer grau de reinserção do indivíduo à sociedade, usadas apenas para agravar e até marginalizar ainda mais aquele infrator, salvo raras exceções de centros de reabilitação bem administrados.³⁵

Pois se é bem verdade que aqueles que praticaram um crime merecem a respectiva punição estabelecida em lei, também é certo que estamos a tratar de um direito penal do fato, em que a reprovação pela conduta praticada deve ser verificada, caso a caso, atentando-se para as circunstâncias que envolveram o delito, sem se esquecer de analisar aquele que o praticou e a realidade por ele vivenciada.

Ao ser aplicado o princípio da coculpabilidade em um caso concreto, admitindo-se que o Estado também é responsável pela prática daquele ilícito, oferece-se tratamento desigual àqueles que, de fato, são desiguais (não lhes foi garantido educação, saúde, moradia digna, entre outros) em nítida tentativa de assegurar-lhes, em algum momento, a igualdade material em relação aos demais.

Responsabilidade conjunta do Estado. E a autodeterminação? E o livre arbítrio? Ora, o homem, ser dotado de livre arbítrio, é capaz de analisar a situação, valorá-la e decidir qual conduta deve tomar. Esta premissa, embora seja verdadeira, nivela as pessoas como se iguais fossem. A realidade é distinta e provoca situações absolutamente diversas. O cidadão que possui digna moradia, alimentação adequada, ocupação lícita e um mínimo grau de escolaridade está em posição diametralmente oposta àquele que vive em situação de miséria, sem comida para si e sua família, sem teto e que não possui escolaridade. Certamente diante de uma situação adversa, o primeiro vislumbra uma gama de opções que o último não consegue sequer imaginar. A liberdade de ação e de vontade está relacionada com a realidade social.³⁶

Partindo deste ideário, “funcionaria a culpabilidade compartilhada como verdadeiro princípio neutralizador da seletividade que permeia o funcionamento do sistema penal.”³⁷

Em assim sendo, ao garantir-se a aplicação do princípio da coculpabilidade, seria o direito penal utilizado como ferramenta social, posto que colaboraria, à sua maneira, para a redução das desigualdades sociais, ao exercer influência sobre a modificação das políticas públicas adotadas pelo Estado.

Na lição de Nilo Batista, “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”³⁸, sem se esquecer, contudo, da proteção que deve incidir sobre o infrator da lei penal, tanto no tocante à verificação do juízo de

35 FREITAS, Paulo Henrique Souza. *A Responsabilidade do Estado pela teoria da coculpabilidade penal e a sua contextualização no direito estrangeiro*, jan./jun. 2014, p. 131.

36 CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Co-culpabilidade*, jan./jun. 2005, p. 49.

37 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel, op. cit., p. 62.

38 Op. cit., 2005, p. 116.

censura que recai sobre sua conduta, quanto a partir da individualização da pena que lhe é devida, segundo os parâmetros da lei e, ainda, no momento em que a referida penalidade é executada, tendo em vista o seu objetivo primordial consistir na ressocialização do indivíduo.

O princípio da coculpabilidade vem para garantir não a punição penal do Estado, nem a tão-só diminuição da pena aplicada ao infrator, mas sim para assegurar a dignificação daqueles indivíduos esquecidos à margem da sociedade, os quais somente recebem alguma atenção do Estado a partir do momento em que incorrem na prática de um injusto penal.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

O princípio da coculpabilidade é responsável por reconhecer a ineficiência do Estado em atingir os seus próprios objetivos, em prover os direitos inerentes aos seus cidadãos, em manter às margens da sociedade uma parcela desfavorecida tanto econômica quanto social e culturalmente.

Pois, nas palavras de Zaffaroni³⁹, “[...] há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir essas causas sociais ao sujeito e sobrecarrega-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade.”

Sendo certo que o Estado constantemente viola os deveres que ele próprio se compromete a cumprir, onde está a sua legitimidade em punir infratores da lei que agiram em decorrência desse descaso?

A aplicação do princípio da coculpabilidade visa retirar a carga pela prática do crime unicamente das costas do cidadão que, invisível ao Estado durante toda a sua vida, passou a ser objeto de enfoque somente a partir do cometimento de um delito, oportunidade em que o direito penal faz as vezes do próprio direito constitucional.

Conforme já explanado, o direito penal é que oferece as respostas aos abalos ocorridos no seio social. Sua ação, via de regra, limita-se ao momento em que não se afigura possível resolver os conflitos de maneira diversa, através dos demais ramos do direito. Ultima ratio do sistema normativo.

Entretanto, quando se analisa a realidade do país, verifica-se que essa conceituação está deturpada. Sabemos que os direitos sociais foram delineados de maneira pormenorizada na Carta Constitucional de 1988. Entretanto, também devemos saber que a sua efetivação

39 Op. cit., 2009, p. 525.

prescinde de inúmeras ações estatais. Existe uma “[...] incontestável relação existente entre Direitos Humanos e Direito Penal, posto que, onde há mais incidência do Direito Punitivo, com toda a certeza há menos prevalência dos Direitos Humanos sociais básicos.”⁴⁰

Carecemos de políticas sociais voltadas à garantia de educação, cultura, saúde, moradia, aos cidadãos economicamente desfavorecidos e essa carência se reflete no nosso sistema penal.

Luiz Fernando Kazmierczak⁴¹ aduz que “é evidente que nem todo crime nasce da exclusão social, inclusive nem se pretende justificar esta tese. No entanto, hoje, os excluídos são tratados como se criminosos fossem, sendo a miséria criminalizada pelas agências estatais de controle.”

Criminalizar a miséria é pisar em quem já está caído ao chão, é atirar em quem já dá seu último suspiro de vida. Precisamos, ao invés disso, resgatar o infrator e oferecer-lhe oportunidade, opção de crescimento, abrindo-lhe portas antes trancadas a sete chaves.

O princípio da coculpabilidade, assim, vem como uma tentativa de quebrar as barreiras desse sistema penal marcado pela exclusão social. Pois, a partir de sua efetivação dentro do contexto penal, com obrigatória observância pelos juízes sentenciantes diante dos casos concretos é possível: retirar tão somente das costas do cidadão-infrator a punição pelo ilícito cometido em meio a fatores sociais adversos, e mostrar ao Estado a sua ineficiência, retirando-o da sua zona de conforto ao apontar para o Poder Público os problemas que precisa enfrentar de modo a concretizar os reais valores abraçados pelo Estado Democrático de Direito.

Entende-se que referido princípio encontra amparo na disposição genérica do artigo 66 do Código Penal, o qual aduz que “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

Entretanto, seja pela maneira abrangente como vem tratado, seja pelo não aprofundamento dos operadores do direito no assunto, verifica-se uma verdadeira relutância de grande parte dos magistrados em aplicar-se referido princípio nas sentenças condenatórias.

As justificativas envolvem tanto a consideração de que a coculpabilidade é um prêmio entregue àqueles que cometeram determinado crime em inobservância à sua responsabilidade social, como a falta de provas de que ao criminoso de fato faltou assistência

40 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Op. cit., p. 59.

41 *Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal*, 2009, p. 16.

por parte do Estado.

O próprio Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicação da coculpabilidade adotando o entendimento de que a consagração de referido princípio colaboraria para o aumento da criminalidade, posto que se trata de justificativa para a prática delitiva, amparo às condutas desregradas, a enterrar os valores morais ao invés de enaltece-los.⁴²

Ora, verifica-se, pela análise de diversos julgados, que a verdadeira significação do princípio da coculpabilidade não foi captada. Quem ganha um prêmio recebe uma recompensa por algo feito e, de fato, um abrandamento da pena aplicada em razão do cometimento de um ilícito por ocasião da situação socioeconômica vivenciada não é uma espécie de retribuição. A pena mais enérgica, mais dura que recebem não é a imposta pelos juízes, mas sim dia a dia.

Não basta somente uma matrícula em escola pública para se acreditar que ao indivíduo ofereceu-se educação, não basta somente um posto de saúde próximo para se acreditar que a saúde é garantida, assim como não basta um princípio que atenua a pena do infrator para que o Estado se veja livre da dívida que com ele ostenta.

O princípio da coculpabilidade tem caráter imediatista, existe para fazer o Estado enxergar as suas mazelas. É muito fácil diminuir a pena de um infrator em razão das condições sociais por ele vivenciadas, e que influem na prática do crime. Difícil mesmo é tratar um problema em sua raiz, é construir escolas de qualidade, capacitar profissionais das mais diversas áreas, investir capital para formar cidadãos, de fato.

A coculpabilidade, se não bem instituída, pode servir como medida de demagogia pois, de que adiantaria somente a pseudo-punição do Estado, sem que o problema seja resolvido em sua raiz de maneira eficaz a fim de não ser necessário, no futuro, o uso de medidas como esta. O contexto para que ela não seja necessária é ilusório em face da sociedade atual, sendo que se entende que a teoria não teria valia se pudesse partir de um princípio de que todos são iguais, e possuem os mesmos meios sociais e as mesmas condições de auto-determinação em face desses contextos socioeconômicos. Portanto, é necessário compreender a real intenção e a crítica presente em tal teoria. Enquanto não existe um estado democrático de direito

42 CRIMINAL. HABEAS CORPUS . ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. TESE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO . SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DE CO-CULPABILIDADE. NÃO APRECIÇÃO PELO JUIZ SINGULAR. AUSÊNCIA DE NULIDADE. SENTENÇA FUNDAMENTADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. I. Hipótese em que o impetrante aponta a ausência de fundamentação da sentença para fixar a pena-base acima do mínimo legal com base nos elementos de culpabilidade, conduta social, personalidade e comportamento da vítima. II. Não tendo o pleito sido submetido ao crivo do órgão colegiado do Tribunal **a quo** , haja vista que na ordem originária o impetrante alegou ocorrência de bis in idem decorrente do aumento da pena-base devido à reincidência, não pode ser o pedido conhecido por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. III. A teoria da coculpabilidade, invocada pelo impetrante, no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos. IV. (...). (HC 172.505/MG, Relator o Ministro GILSON DIPP , DJe 01/07/2011).

propriamente dito, com todos os seus requisitos constitucionais, medidas como a prevista na presente teoria podem sim, ser de muita ajuda desde que não estagne a melhoria do Poder Público para a sua não necessidade de aplicação.⁴³

Assim, necessária a consagração do princípio da coculpabilidade dentro dos tribunais, em cada sentença exarada, diante de cada réu que se verifica na situação ora apresentada, como medida urgente.

Porém imprescindível a conscientização do Estado e da sociedade como um todo acerca das mudanças político-sociais por que precisa o nosso país passar. Quando isto acontecer, e as mudanças se puderem ver, não há mais razão para que o princípio da coculpabilidade se faça presente em nosso ordenamento.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível concluir que o princípio da coculpabilidade, implícito no ordenamento jurídico brasileiro por estar relacionado às garantias constitucionais, merece especial atenção por parte dos estudiosos e operadores do direito. Especialmente quanto a estes últimos verifica-se uma maior necessidade de entendimento, aceitação e consequente garantia de efetividade na prática forense.

A conceituação do princípio da coculpabilidade, conforme exarada neste trabalho, no sentido de se responsabilizar conjuntamente o Estado pela prática de delitos ocorridos no seio de precárias condições econômico-sociais, gera certo incômodo entre os juristas, principalmente quando invocados a colocar o princípio em prática, gerando, consequentemente, a falta de efetividade.

É preciso compreender, em primeiro lugar, a dura realidade social que vivenciada por muitos brasileiros e a necessidade de modificá-la, atendendo aos hipossuficientes em seus direitos e garantias fundamentais.

Após, é imprescindível enaltecer a função social do princípio da coculpabilidade, ferramenta a serviço da dignificação dos cidadãos, diante do fato de que objetiva minimizar os efeitos dessa disparidade social, movimentando o Estado.

43 FREITAS, Paulo Henrique Souza. Op. cit., p. 132.

O homo sacer é um conceito-limite do direito romano que delimita o limiar da ordem social e da vida humana. Nele transparece a correlação entre a sacralidade e a soberania. O homo sacer não só mostra a fragilidade da vida humana abandonada pelo direito, mas também, e mais importante, revela a existência de uma vontade soberana capaz de suspender a ordem e o direito. A vida nua, expulsa da ordem pela exceção da vontade soberana está condenada ao banimento. Ela é uma vida banida e, como consequência, uma vida bandida.

Por fim, estabelece-se o caráter imediatista de referido princípio, tendo em vista que sua existência está intimamente ligada com a omissão estatal em garantir educação, saúde, cultura, moradia, trabalho digno.

O princípio da coculpabilidade existe e deve ser-lhe garantida efetividade até o momento em que se verificar um descompasso entre os objetivos preconizados pelo nosso Estado Democrático de Direito e a realidade vivenciada dia-a-dia nas cidades brasileiras. Sua intenção é não punir o Estado, ou mesmo premiar o infrator, mas sim modificar todo um contexto social.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer. Belo Horizonte, UFMG. 2002.

ARAÚJO, Jader Máximo de. O Princípio da Coculpabilidade como causa atenuante inominada. Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1138>>. Acesso em 08 de março de 2016.

BAPTISTA, Carlos Alberto. Crescimento da Criminalidade e a atuação estatal. Curitiba: Juruá, 2007.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 10^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Teoria geral do delito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. Disponível em <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/47>>. Acesso em 14 de junho de 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

_____. STJ. Acórdão no Habeas Corpus n. 172.505/MG. Relator: DIPP, Gilson. Publicado

no DJe em 01/07/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=tese+e+coculpabilidade+&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 09 de junho de 2016.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Co-culpabilidade. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 21, p. 47-51, jan./jun. 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A criminologia Radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FLORES, Marcelo Marcante. Estado, Responsabilidade e Co-culpabilidade Penal. Disponível em <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/.../marcelo_marcante.pdf>. Acesso em 18 de novembro de 2015.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Paulo Henrique Souza. A Responsabilidade do Estado pela teoria da coculpabilidade penal e a sua contextualização no direito estrangeiro. Revista Argumenta, Jacarezinho, PR, n. 20, p. 127-142, jan./jun. 2014.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A culpabilidade compartilhada como princípio mitigador da ausência de efetivação dos direitos humanos fundamentais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, ano 46, n. 184, p. 55-65, out./dez. 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte geral. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica - Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP. Jacarezinho, PR, 25 de jul. 2009.

Daniel Cardoso de; GOMES, Eduardo Lipus. Reinterpretando a Co-culpabilidade no Estado Social de Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/?evento=37#DIREITOPENAL_E_CRIMINOLOGIA>. Acesso em 28 de junho de 2016.

MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

PALADINO, Carolina Freitas. A corresponsabilização penal estatal: réquiem ou remição das funções das penas privativas de liberdade. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/232>. Acesso em 09 de junho de 2016.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 1- parte geral: arts. 1º a 120. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Marcela de Castro. O recrudescimento penal seletivo no Brasil: o pobre como grande outro. Disponível em:
<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/z4c7xib8/XsSv2HR9sj62q8zK.pdf>>.
Acesso em 08 de março de 2016.

ROSENN, Keith S. & DOWNES, Richard – Organizadores. Corrupção e Reforma Política no Brasil – O Impacto do Impeachment de Collor – Rio de Janeiro, FGV, 2000.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. O discurso de criminalização da pobreza no Brasil: recepção da política criminal de tolerância zero e suas repercussões. Disponível em
<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/23r885k0/7joTd94G3I2seoY0.pdf>>.
Acesso em 08 de março de 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A Moderna Teoria do Fato Punível. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

WACQUANT. Löic. As prisões da miséria. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

YOUNG, Jock. A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. trad.: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____; PIERANGELI, J. Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RESISTÊNCIA COMO LIBERDADE: O DISCURSO DE DIREITOS E A TOMADA DA TERRA NA AMÉRICA LATINA

Caio Henrique Lopes RAMIRO¹

Maria Gabriela BRANDINO²

RESUMO

O objetivo principal deste trabalho é desenvolver uma reflexão a respeito do processo de colonização da América Latina e o aparecimento de um discurso de direitos reconhecidos aos povos indígenas, a fim de se investigar a possibilidade de reconhecimento da resistência e da desobediência praticadas pelos povos latino-americanos como justificável. Partindo de um método hermenêutico, foram analisados os textos de bibliografia primária e de autores que se dedicaram ao problema em análise.

PALAVRAS-CHAVE: América Latina, dominação, liberdade cultural, direito de resistência.

ABSTRACT

The main objective of this work is to develop a reflection on the Latin American colonization process and the emergence of a rights discourse recognized indigenous peoples, in order to investigate the possibility of recognition of resistance and disobedience practiced by the peoples of Latin Americans as justifiable. From a hermeneutical method, they were analyzed the primary literature texts and authors who have dedicated themselves to the problem in question.

KEY-WORDS: Latin America, domination, cultural freedom, right of resistance.

INTRODUÇÃO

Não é pretensão do presente trabalho apresentar soluções definitivas acerca da análise antropológica jurídica em contraposição ao tratamento e marginalização dos povos indígenas. O objetivo é levantar a problemática que envolve o processo de “civilização” e integração do Outro tido por selvagem, que faz parte de sociedades sem Estado.

1 Graduanda em Direito na Faculdade Cidade Verde (FCV) em Maringá-PR. Integrante do Grupo de Estudos Schmittianos – FCV (linha de pesquisa: Carl Schmitt como teórico da Constituição: a guarda da Constituição e o debate com Kelsen), vinculado a Rede Internacional de Estudos Schmittianos. O presente trabalho trata-se de resultado parcial do projeto de iniciação científica: Liberdade cultural em perspectiva antropológico-jurídica, apresentado ao Programa de Iniciação Científica da Faculdade Cidade Verde-FCV e desenvolvido sob a orientação do prof. Caio Henrique Lopes Ramiro.

2 Professor no curso de Direito da Faculdade Cidade Verde (FCV) em Maringá-PR. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Marília/SP/Brasil. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR/Brasil. Membro da Rede Internacional de Estudos Schmittianos – RIES. Líder do *Grupo de Estudos Schmittianos – FCV (linha de pesquisa: Carl Schmitt como teórico da Constituição: a guarda da Constituição e o debate com Kelsen)*, vinculado a Rede Internacional de Estudos Schmittianos. Co-líder do grupo de estudos *Direito & Literatura* (FCV). Integrante do grupo de pesquisas *Bioética e Direitos Humanos*, vinculado ao CNPq – UNIVEM e liderado pelo prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior.

Será foco deste trabalho questionar as máximas da igualdade social sobre o tom da liberdade cultural. Tão bem escritas em nossa Constituição Federal, porém, inexistente no cotidiano.

Assim, como forma inicial de delimitação de um tema tão amplo e profundo objetiva-se iniciar os estudos e neste sentido ilustrar o contexto em que estavam mergulhados os povos da América Latina e o caminho árduo que foi percorrido depois do encontro entre os povos do velho e do novo mundo.

CARTOGRAFIA DA COLONIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA

Inicialmente, apresenta-se oportuno um argumento de ordem metodológica no sentido de que a abordagem do presente trabalho terá por pretensão se colocar na perspectiva dos vencidos. Isso talvez possa indicar, para alguns, ausência de afastamento ou objetividade científica (tão caras ao universo do positivismo), no entanto, quando se pensa a América Latina não é razoável se colocar ao lado do colonizador europeu e sua pretensão mitológica de neutralidade científica, postura que não implica negar autores e referenciais da linhagem européia de pensamento.

Nessa primeira parte do trabalho faremos uma leitura histórica de alguns textos de Enrique Dussel, pensador argentino, que se radicou no México em meados de 1970. Em Europa, modernidad y eurocentrismo, Dussel constrói um argumento histórico para desmistificar a falsa noção de superioridade dos povos europeus. A máxima criada de um povo evoluído, descendente das melhores linhagens de seres humanos que existiram, fica enfraquecida - para não dizer derrubada -, quando o autor aponta que os europeus descenderam dos povos "bárbaros" e ainda transmitiram essa desagradável herança aos povos do ocidente, como se qualquer povo – a exceção do europeu -, seria culturalmente subdesenvolvido. Criou-se, dessa forma, o mito de oriente versus ocidente, onde quem imperava era o povo europeu e sua vontade. Essa ideia de sobreposição de determinada cultura instituiu o sonho hegemônico, capaz de passar sem piedade sobre milhões de pessoas em prol da unificação como aconteceu na busca do povo alemão à raça ariana, que vai ser citada brevemente em um momento mais oportuno.

Ainda sobre os olhares atentos de Dussel a identidade latina americana foi construída sobre essa Europa moderna e desenvolvida, o que provoca uma verdadeira inquisição sobre nossa cultura e destruição de povos inteiros pelo fim único mercantil, pela retirada das

riquezas naturais utilizando mão de obra latina até a sua exaustão como aconteceu em Potosi y Zacatecas. Ao nos aproximarmos da reflexão de Dussel temos de entrar na polêmica acerca da ideia de descobrimento da América. Por óbvio, observando-se as limitações do presente trabalho, não se tem nenhuma pretensão de esgotamento temático ou mesmo de um exaustivo inventário historiográfico a respeito da América Latina. Talvez, não desprezando a importância de uma contextualização historiográfica, seja mais importante um enfretamento de re-leitura da historiografia tradicional acerca da modernidade e suas implicações na América Latina.

Para Dussel o que se mostra fundamental é pensar a modernidade como um mito eurocêntrico que possibilita todos os projetos coloniais europeus, com fortes impactos para os povos americanos. Nessa linha de argumentação, Dussel discorda de pensadores como Habermas, que consideram como eventos históricos decisivos para a constituição da modernidade e de seu sujeito a Reforma, a Ilustração e a Revolução Francesa (DUSSEL, 2016a, p. 67). Além disso, denuncia a formação de um discurso tradicional, que podemos caracterizar com Foucault e Barthes, como um discurso de poder que justifica a dominação européia pelo descobrimento, ou seja, o europeu que chegou a América em 1492 “diz que descobriu (retirou o véu daquilo que estava coberto) um continente”³ (DUSSEL, 1988, p. 32).

A hipótese é de que há um verdadeiro mascaramento que forja a ilusão do descobrimento pelas noções de civilização e de progresso da cultura européia, não apenas como um discurso histórico tomado apenas como ideologia, mas, sim, de uma tática discursiva, um dispositivo⁴ de saber e de poder que se constitui como lei de formação do saber no campo político, significa dizer que os conceitos de civilização e de progresso – forjado por certa filosofia história que passa, no século XVIII, a compreender a história como processo -, entram em cena como meios de justificar – em termos schmittianos – a tomada e posse da terra no novo mundo. Parece-nos fundamental compreender os artifícios de poder que se formam pelas práticas discursivas, dessa maneira, em toda sociedade a produção do discurso é impactada por procedimentos e mecanismos de controle que têm “por função conjurar seus perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade (FOUCAULT, 2013a, p. 8).

3 As traduções são de autoria dos autores, salvo indicação em contrário.

4 A expressão dispositivo carrega o sentido usualmente dado por Foucault e designa as estruturas do conhecimento e os vários mecanismos institucionais, físicos e administrativos, que propiciam e mantêm o exercício de poder dentro do corpo social. Agamben generaliza esse conceito foucaultiano e compreende por dispositivo qualquer coisa que possa capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos.

A história oficial nos deixa heróis que navegaram por mares bravios, durante dias, para chegar até um mundo sem civilidade, localidade em que e os que ali viviam não valiam em sua essência, somente em força de trabalho. Os novos territórios descobertos viraram quintais de extração, províncias que proporcionavam o luxo das famílias reais, fortaleciam as frentes de batalhas, inclusive, religiosas.

De acordo com Dussel, a observação dos povos latino-americanos teria de se concentrar no discurso da modernidade, uma vez que para muitos autores esse período é um fenômeno essencialmente europeu, com raízes no pensamento kantiano acerca da necessidade da humanidade de uma saída de sua minoridade de que ela própria é culpada (Aufklärung) e, em alguma medida, também no pensamento de Hegel, tendo em vista que sua resposta à pergunta sobre o que é o iluminismo caminhou no sentido de que “a história mundial é a auto-realização de Deus (uma Teodicéia), Razão e Liberdade. É o caminho para o iluminismo [...]”(DUSSEL, 2016a, p. 60). O ponto de Dussel é o de que a modernidade surge com a afirmação da Europa como centro civilizado da história do mundo, contudo, não como resultado apenas dos acontecimentos intra-europeus.

Para o pensador argentino, percebe-se que há dois momentos discursivos a serem observados, a saber: o primeiro o da justificativa da dominação pela ideia da superioridade cultural e, um segundo, que apresenta um argumento racional de justificação da violência. A compreensão do mito da modernidade não quer de maneira alguma negar seu caráter emancipatório – como pretendem teóricos da pós-modernidade -, mas, sim, almeja colocar em cena a figura do Outro não-europeu, que foi ocultada quando da construção do discurso de civilização culturalmente avançada e pretensamente hegemônica, que estava autorizada a “civilizar” a cultura bárbara ou selvagem encontrada pelo colonizador (DUSSEL, 2016a). É interessante notar que a ideia de descobrimento se apresenta como uma contradição em termos quando pretende negar o Outro. Portanto, o eurocentrismo, como apresentado por Dussel, demonstra que o discurso do descobrimento carrega com ele a pretensão hegemônica da Europa de ver a sua cultura como aquela que representa a subjetividade da modernidade, o que a autoriza a se reconhecer, ilusoriamente para os outros povos, como o falar em primeira pessoa constituinte do acontecimento histórico, “‘yo descubro’, ‘yo conquisto’, ‘yo evangelizo’ (misioneramente), ‘yo penso’ (ontologicamente)” (DUSSEL, 1988, p. 483).

Toda superioridade do povo europeu justificou oficialmente a aplicação racional da violência (DUSSEL, 1986, p. 48) e este movimento de justificação e de imposição de vontade

foi tão intrínseco que a atual sociedade latina se entende como inferior. Isso é resultado de uma consciência construída por uma posição ideologicamente eurocêntrica. A superioridade como elevação moral foi um caminho falacioso construído no processo civilizatório e produziu muitas vítimas e de muitas maneiras, desde a invasão direta do corpo a sacrifícios das culturas e de consciência.

De forma literária podemos visualizar a dor da violação do processo histórico no breve trecho de *Enterrem Meu Coração na Curva do Rio*, de Dee Brown, que descreve o processo de colonização norte-americano, oportunidade em que também foram retirados os direitos dos povos nativos de se defenderem, punindo-os duramente a cada tentativa desesperada de recuperarem a essência cultural que lhe fora retirada.

O dano causado na busca desmedida pela conquista territorial e dominação dos povos que são minoria, perdura até hoje. Esses povos massacrados tinham tudo que precisavam, viviam e viveriam por milhares de anos sem a influência narcisista dos colonizadores. Cada povo indígena fora retirado de seu ambiente natural, de seus hábitos, culturas, e através da violência desmedida novos hábitos e novas crenças lhe foram “apresentadas”. Os conquistadores das novas terras retiraram a liberdade dos povos que dominaram e os tornaram estrangeiros em suas próprias terras.

No livro de Eduardo Galeano (1986) temos a visão do processo civilizatório de um cidadão ganhador de um Premio Nobel da Paz, para Josué de Castro não há solução para a América Latina a não ser a violência. Contraditório fica o dito frente à honra recebida. Se durante todo o processo civilizatório as intervenções foram violentas (sanguinárias) não foi porque os nativos a mereciam, e a servidão não se justifica pela maneira vista como primitiva em que os povos indígenas viviam. Na perspectiva de Eduardo Galeano, os índios eram vistos como selvagens e aguentariam mais peso do que o débil lombo das lhamas, comparação que comprova a coisificação ocorrida e a imposição de um esforço servil que não era estabelecido nem mesmo aos animais.

Nas referências de Galeano, o Senhor Juan Gines de Sepúlveda (GALEANO, 1986, p. 48), conhecido ironicamente como humanista, acredita que os povos nativos mereciam o tratamento que recebiam porque seus pecados e idolatrias eram uma ofensa a Deus. Argumentos eram utilizados como justificativa na utilização de vidas como instrumentos, é necessário transpormos à visão dos colonizadores europeus sob os povos que habitavam o território a ser explorado. Era preciso sugar até o último centímetro de terreno fértil no caso

dos colonizadores portugueses do Brasil ou espanhóis no dos nossos vizinhos latinos, utilizando de forma cruel o povo local para saciar sua inesgotável ambição. A forma Espanhola de colonização foi mais invasiva do que as feitas pelos portugueses, mas não menos violenta, os índios eram submetidos à produtos que os levavam a morte, eram obrigados a trabalhar até a morte que não demorava muito tempo nessas condições. Conforme Eduardo Galeano (1986, p. 24):

A Espanha vivia o tempo da reconquista. 1492 não foi só o ano do descobrimento da América, o novo mundo nascido do equívoco de consequências grandiosas. Foi também o ano de consequências grandiosas”. A guerra santa cristã travada contra o Islã pela reconquista esgotava as riquezas da coroa espanhola. Nesse período a “rainha Isabel fez-se madrinha da Santa Inquisição. A façanha do descobrimento da América não podia explicar-se sem a tradição militar de guerra de cruzadas que imperava na Castela medieval [...]. O papa Alexandre VI, que era espanhol, converteu a rainha Isabel em dona e senhora do Novo Mundo.

Com o modo de ver cada índio entendido como sem valor e compreendendo o indígena, até mesmo como ser sem alma, a Igreja Católica criou o estereótipo de que os índios eram preguiçosos e inferiores aos demais seres humanos. Essa visão é fácil de ser encontrada ainda nos dias de hoje em discursos desatentos que reproduzem uma argumentação de soberanias de raça utilizada no eurocentrismo. Mesmo depois da Bula Papal expedida em 1537 pelo Paulo III (GALEANO, 1986, p. 48) reconhecendo os índios como “verdadeiros homens” as atrocidades continuaram a acontecer no novo mundo. Há uma forte cargadecisionista no pensamento eurocêntrico e papal, o que nos autorizaria a aproximação do pensamento de Carl Schmitt. Devemos lembrar que, para ele a noção de soberania parte do princípio que soberano é quem decide sobre o estado de exceção, que por sua vez significa quem decide sobre as situações limites, durante toda a idade média a soberania do mundo antigo era exercida pela igreja católica.

Ao soberano compete, ainda, a decisão sobre quais vidas valem a pena serem vividas e a extensão dessa decisão chega ao limite de que as vidas apontadas como sem utilidade ou valor podem ser facilmente descartadas por qualquer mecanismo, pois não se trata de um indivíduo ou semelhante. Parece claro que o discurso do civilizador entre na esfera de justificação racional de uma decisão soberana acerca do reconhecimento ou a negação de direitos civis e políticos aos povos não-europeus. Esses direitos, que decorrem do reconhecimento/pertencimento ao Estado-nação civilizado, são exatamente aqueles que serão atingidos pela decisão soberana, e negados aos povos considerados selvagens/bárbaros. Assim, essa decisão abre um espaço de exceção, que reconhece e cria um ambiente vazio de

normatividade, onde a norma se aplica por desaplicação, lugar anômico em que “tudo é possível”, uma atmosfera biopolítica em que a vida dos povos ameríndios se encontra exposta a toda espécie de violência e a morte.

Aqui se mostra fecunda a reflexão de Carl Schmitt a respeito do estado de exceção e da tomada da terra. Schmitt parte de uma análise da estrutura de ordenação do espaço político na sociedade capitalista, destacando o espaço de vigência do Nomos soberano, dando ênfase ao caráter territorial, ou seja, a tomada da terra (Landnahme), mas, também, a ordenação jurídica (Ordnung) do território (Ortung), trinômio que se opera pela nacionalidade (nascimento/nação).

Toda ordenação no Jus publicum europeu há de conservar a tomada da terra como sua característica fundamental, seu nomos por excelência, a garantia da estrutura espacial e a unidade da ordenação e do assentamento (SCHMITT, 2005, p. 186). Verifica-se do diagnóstico schmittiano que o direito público europeu se constrói em uma perspectiva que pretende legitimar a estrutura do Estado-nação a partir de uma organização jurídica da política nos termos de território (Territorium), ordenamento (Ordnung) e nascimento (Geburt), o que nos coloca diante dos elementos fundamentais para o reconhecimento do Estado-nação da modernidade. Esse último para Schmitt é o substituto do Papa - que ordenava as cruzadas como a decisão para a tomada e posse da terra de povos não cristãos - e, além disso, o jus publicum europeu, apresenta-se como um discurso jurídico que se pretende legitimador da tomada da terra, especialmente no “novo mundo” por meio do “descobrimento” e ocupação, garantindo as posses coloniais das potências européias por títulos jurídicos legais (SCHMITT, 2005, p. 116-119).

Conforme Schmitt (2005, p. 122):

O título jurídico da occupatio responde a realidade de então uma vez que pressupõe que o solo europeu de soberanos e povos europeus é distinto, segundo o Direito das Gentes, de outro solo de “Ultramar”. O solo do novo mundo pode ser ocupado livremente. Em relação com essa tese, os juristas dos séculos XVII e XVIII supõem praticamente que o solo do Novo Mundo só é ocupável livremente por Estados europeus e, desde logo, só de forma que o solo colonial não chegue a ser idêntico, em virtude da ocupação colonial ao território estatal europeu do ocupante, senão que permaneça distinto do mesmo, tanto que se trate de colônias de comércio ou de territórios de colonização.

Ainda, de acordo com Schmitt o conceito de descobrimento também serve de justificação – inclusive jurídica -, para tomada e posse da terra em territórios ultramar, portanto, tomada de terras não-européias (SCHMITT, 2005, p. 123). O descobrimento opera como um título jurídico e fundamenta a descoberta dos soberanos cristãos de terras, ilhas e

mares até então desconhecidos e agora passíveis de serem adquiridos perante a ordem internacional e o direito das gentes, centrado na Europa (SCHMITT, 2005, p. 123).

Schmitt (2005, p. 123-124) enfatiza que:

O fato é que o sentido do título jurídico “descobrimento” reside na alegação de uma posição historicamente mais elevada do descobridor frente ao descoberto, uma posição que era distinta frente aos habitantes da América do que frente aos antigos povos não-cristãos, como árabes, turcos e judeus, contanto se eram considerados hostes perpetui ou não. Desde o ponto de vista do descoberto, o descobrimento como tal nunca é legal. [...] Os descobrimentos são levado a cabo sem a autorização prévia do descoberto. Por isso, o título jurídico do descobrimento se apóia em uma legitimidade mais elevada. Só pode descobrir quem, no nível espiritual e histórico, é suficientemente superior para compreender o descoberto com seu saber e sua consciência.

Para Schmitt a expressão *nomos* não carrega apenas o sentido de lei como algo que funda e significa o direito, mas apresenta acepções como o de tomar, conquistar; distribuir e dividir o conquistado e, por fim, explorar o que foi tomado, por conseguinte, opera como uma violência prévia, assim, a expressão *nomos* da terra terá o sentido concreto de uma nova tomada da terra e, por consequência, “uma nova divisão, distribuição e repartição da terra” (SCHMITT, 2014, p. 21). De tal modo, com o termo *nomos* Schmitt pretende destacar o problema espacial de ordenação do mundo.

Retomando o contexto histórico da colonização da América Latina, mesmo depois do reconhecimento dos índios como seres “almados”, a situação de fato nada mudou. A escolha do sujeito universal de direito, parte do mesmo referencial e seleciona os que devem ser tutelados, elenca-se uma dignidade e aos que terão direito a esta. Os que estiverem fora dessa proteção formal estão fora da vida jurídica e são reduzidos quando muito a estatística ou mera vida.

O próprio ordenamento jurídico brasileiro trata em separado os nossos seres fora da redoma de proteção jurisdicional, no caso em questão os povos indígenas que são tratados até hoje como selvagens, compõem uma categoria diferente da sociedade civilizada. Existem requisitos para que índio participe da sociedade, e são requisitos que violentam duplamente cada indivíduo, a saber: primeiro historicamente, segundo psicologicamente, porque são tratados como parte da floresta, com similar tutela a dos animais, porque compõem a categoria de selvagens. Sair da condição de silvícola, e passar a conviver em sociedade “civilizada”, deixar de ser selvagem e passar a ser cidadão brasileiro, deixar de ser incapaz e passar a ser capaz, essa é a condição dos nossos índios, ou se é índio ou faz parte do corpo nacional. Nesse sentido será que a nossa Constituição Federal corresponde com a realidade de fato?⁵

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou

Com o objetivo de preservar a extinção dos silvícolas a legislação brasileira criou a Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, a fim de preservar a cultura indígena e integrá-los a comunhão nacional. Como se eles não fossem o próprio fruto deste solo. O que pensar de uma lei que trás em si os índios como selvagens que não fazem parte da sociedade brasileira e tem o objetivo de integrá-los ao seio nacional. Isso significa que hoje eles não o fazem?

O que são nossos povos indígenas? “Aborígenes”? “Animais”? Parece que o diagnóstico é que estão fora do contexto nacional, esperando a oportunidade de serem reconhecidos como verdadeiros brasileiros. É garantida a igualdade entre brasileiros e estrangeiros e como ou quando será garantida a igualdade entre os invisíveis para a lei?

Através de diversos meios de dominação, os povos indígenas foram reprimidos, passaram a acreditar que sua cultura é inferior, e ainda serviram exaustivamente de mão de obra. Assassinos? Torturadores? Muito pelo contrario, somos heróis, aparecemos nos filmes e na historia oficial como defensores da nação e como superiores. E as mulheres e crianças que torturamos para domesticar os homens dos povos indígenas? E os índios que matamos porque não foram adestrados? Mesmo com toda barbárie há quem veja os colonizadores como superiores e os povos dominados como vilões, criou-se a imagem de que eles possuem condutas que não devem ser aceitas, eles são alcoólatras, dormem nas ruas, não aparece nos livros história oficial como as vítimas que realmente foram. Desde a língua a maneira de se portar, as nações indígenas tiveram que seguir regras que não eram as deles. Essas invasões tornaram os índios escravos, dentro de seu próprio território, e reféns dentro de seus corpos. Estima-se que havia cerca de mil povos indígenas até a chegada dos portugueses no Brasil, restando apenas cerca de 200 e conforme Galeano (1986, p. 50) “Os índios das Américas somavam entre 70 e 90 milhões de pessoas, quando os conquistadores estrangeiros apareceram no horizonte; um século e meio depois tinham-se reduzido, no total, a apenas 3,5 milhões”.

Toda a situação de mediocridade que nossos índios vivem hoje, como a mendicância nos períodos de migração ou até mesmo a precariedade quanto aos cuidados básicos fornecidos a qualquer integrante da sociedade civilizada do Brasil, é resultado da destruição histórica cultural de um povo através de um duro processo tomada da terra que alterou a subjetividade de cada ser humano violado. Doloroso é enfrentar a realidade de que os países que mais possuíam riquezas materiais foram os mais explorados e não tiveram para si

degradante; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

nenhuma oportunidade de crescimento através de suas próprias riquezas. Além disso, de toda nossa história, o que escandaliza é a crueldade aplicada sobre os corpos dos nativos para utilizá-los e torná-los disciplinados para executar funções degradantes contra si e contra sua própria terra.

Dessa forma, reproduzir o discurso de que os povos ameríndios foram descobertos é justificar as pretensões do colonizador e de sua superioridade civilizatória. Destarte, há que se representar a história dos povos da América Latina como uma perspectiva de resistência ao universo cultural europeu, considerando o colonizador não como um “descobridor”, mas, sim, como um invasor, um intruso que justificou política e juridicamente toda a sorte de violências praticadas aos povos não-europeus, um “desejo metódico de massacrar uma etnia e todos os indivíduos (homens, mulheres, crianças) que dela faziam parte, pelo simples fato de dela fazerem parte” (WOLFF, 2004, p. 29).

NOTAS SOBRE A TEORIA DO DIREITO DE RESISTÊNCIA

Em primeiro lugar, importa considerar que o objetivo agora é de uma abordagem do direito de resistência, considerando uma possível perspectiva para a América Latina. Entretanto, dada a riqueza do tema, e, também, sua dificuldade, não se tem a pretensão de esgotamento, e sim, de um breve inventário dos argumentos teóricos em torno da temática, com a observação, no que for possível de seu desenvolvimento histórico. Igualmente, não ingressaremos na polêmica teórica a respeito da possibilidade de caracterização do direito de resistência e da desobediência civil como direitos fundamentais, haja vista que esse seria problema para um trabalho próprio.

De início, podemos concordar com Franz Neumann (1969) que em um primeiro momento a questão em análise parece de fácil abordagem, todavia, na medida em que nos debruçamos e aprofundamos as reflexões a seu respeito às dificuldades só fazem aumentar. Além disso, por mais que tenhamos oportunidade de considerar que o problema da resistência e da desobediência sempre esteve aí, significa dizer que do ponto de vista da história do pensamento político há possibilidade de considerá-lo como um tema bastante antigo (NEUMANN, 1969, p. 165). Sem nenhuma arbitrariedade, poderíamos apontar já no seminal texto trágico⁶ de Sófocles – Antígona -, a utilização do expediente da resistência pela heroína

6 A célebre peça do dramaturgo grego pertence ao gênero literário das tragédias, e em sua trilogia ilustra uma série de características que se atribuem ao *drama* desde a Antiguidade; logo, esse escrito do teatro trata de assuntos políticos sobre o governo e o destino de *Tebas* e, além disso, é capaz de provocar ponderações

que dá título à tragédia, quando Antígona se opõe ao edito temporal de Creonte - seu tio-, que ordena que não se guarde os ritos fúnebres a seu irmão Polínice, uma vez que esse último fora considerado um traidor da cidade de Tebas, no entanto, o ponto da resistência e da desobediência, no que diz respeito à filosofia e teoria do direito “sempre representou uma espécie de assunto proibido no amplo repositório de teorias, estruturas explicativo-compreensivas e noções que costumamos chamar de doutrina jurídica” (MATOS; SOUZA, 2014, p. 150).

Nessa linha de argumentação, a temática em análise se assemelha com a ideia do estado de exceção quando está em questão a abordagem jurídica de seu estatuto teórico. O direito de resistência, para alguns autores, estaria na base teórica de sustentação de suas imagens secularizadas que derivariam dele, a saber: o direito a revolução e a desobediência civil. Geralmente, os fundamentos teóricos de justificação de um direito de resistência são apresentados levando em consideração a ideia de direito natural, direitos inalienáveis e de uma teoria da justiça, exercíveis dentro de uma circunstância concreta contra um poder político opressor que se materializa na forma estatal, chegando ao extremo de justificação do tiranicídio (NEUMANN, 1969, p. 165).

De acordo com Patricio Carvajal (1992, p. 65-66):

O direito de resistência tem uma base doutrinária sólida e precisa, fundada no direito natural e em uma teoria da justiça, com o qual os diversos graus de resistência, desde a resistência passiva ao tiranicídio, tem fundamentos éticos concretos, o que torna possível invocar seu exercício sempre legítimo de tal direito. Deste modo, em relação ao direito a revolução e a desobediência civil, poderíamos argumentar que se trata de manifestações ou condutas políticas que derivaram do direito de resistência devido, entre outras causas históricas, ao processo inexorável de secularização da sociedade moderna.

Não se quer afirmar com a transcrição supra que tal direito existe apenas na modernidade. Já na antiguidade grega, a partir do texto de Sófocles, muito se discutiu a respeito da possibilidade da resistência e da desobediência, com o extremo da derrubada de uma tirania e do regicídio. Na compreensão de Franz Neumann (1969, p. 195-166), mesmo que se possa considerar o fato como um erro histórico, a primeira manifestação da possibilidade da resistência se apresenta com o assassinato de Hiparco, filho de Pisístrato, regicídio cometido por Harmódio e Aristogíton (514 a.C.), em defesa da liberdade.

No texto de Neumann (1969, p. 166) observa-se:

Sabemos, contudo, que o crime foi inteiramente motivado pelos ressentimentos pessoais contra o tirano e não por considerações políticas diretas. Mesmo assim foi

acerca do jurídico até nossos dias.

desse assassinato que nasceu a poderosa tradição que continuou até o século XVII (quando nasceu o absolutismo secular) e que recebeu um novo impulso com o advento do totalitarismo.

Nota-se uma origem antiga da ideia de resistência, mas o entendimento dessa última como um direito parece sofrer uma inflexão na aurora da modernidade. Logo, a sustentação teórica de um direito à resistência e a desobediência civil são buscados em autores da modernidade, muito especialmente em pensadores do liberalismo político, como é o caso de John Locke, que fala abertamente a respeito da resistência em sua obra⁷.

Nos moldes em que se apresenta a questão, com o aparecimento dos Estados modernos, após a ruptura e desencantamento do mundo teológico-eclésiástico, o debate se consolida em torno ao modo de se justificar a figura da soberania e do Estado, também no que diz respeito a suas estruturas e sua relação com os indivíduos que constituem o corpo político. Com isso, alguns temas que anteriormente ficaram obscurecidos no cenário de discussão passam a fazer parte da pauta, dentre eles estão os tópicos da resistência e da desobediência, que serão abordados por um prisma múltiplo de expectativas, que vão desde a questão acerca do dever de obediência ao Estado, considerando mandamentos jurídicos que estão em desacordo com a consciência do indivíduo no que diz respeito ao seu senso moral, conforme defendia Thoreau (2012)⁸; ou, também, do ponto de vista apresentado por Carvajal, que leva em consideração um aspecto de consciência moral, agora atrelado ao conceito de justiça.

Um ponto importante a se considerar está vinculado a ideia de subordinação à ordem estatal, que na modernidade passa a ser desempenhada por um sistema normativo que garantiria a ordem e a segurança dos indivíduos, devido ao fato de que o Estado é monopolizador da violência, que passará, em termos weberianos, a ser exercida como uso legítimo da força, quando de sua configuração em um Estado de Direito. O pacto de submissão irá configurar os papéis dos atores no contexto do cenário político da modernidade e determinará as figuras do indivíduo, da sociedade e do próprio Estado.

Na modernidade se desenvolve a ideia de limites a atividade estatal no que diz respeito a salvaguardas das liberdades individuais. Com o aparecimento das declarações de direitos - em especial com o Bill of Rights da declaração da Virgínia de 1776 e a Declaração

7 Notes-se que há quem defenda que ideia de um direito de resistência também está presente no pensamento de Thomas Hobbes, quando esse último afirma que dá passagem do estado de natureza ao estado civil o indivíduo leva consigo o dever/direito de lutar por sua própria vida, ou seja, haveria um direito de autopreservação em Hobbes, oponível inclusive contra o poder soberano.

8 Nas palavras de Thoreau (2012, p. 10): “[...] a massa de homens serve ao Estado não na qualidade de homens, mas como máquinas, com seus corpos. [...] Na maioria dos casos, não há, em absoluto, o livre exercício do julgamento ou do senso moral”.

de Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789 -, é no século XVIII - com as primeiras imagens dos direitos humanos, cuja fundamentação se dá na ideia de direito natural -, que para alguns autores se dá a pretensão de limitação do Estado com contornos jurídico-positivos e históricos. Consequentemente, os documentos jurídicos das declarações da Virgínia de 1776 e a da constituinte francesa de 1789 atestam a hipótese de que a ideia iluminista de matriz kantiana de respeito aos indivíduos como fins em si e reconhecimento de direitos universais do homem e do cidadão e, doravante, dos direitos humanos, toma a forma histórica com sua positivação nos ordenamentos dos Estados nacionais, impactando a conduta humana, que a partir de agora será orientada pela ordem normativa, uma vez que o cidadão dos Estados de Direito nacionais é o destinatário por excelência dos agora chamados direitos fundamentais (BULYGIN, 1987, p. 79).

A partir desse momento é que o constitucionalismo moderno começa, então, a reconhecer as dimensões de direitos. Os primeiros estão ligados aos direitos de liberdade com tendência a limitar, como já mencionado, o poder soberano, caracterizando-se como direitos civis, marcados por uma propriedade negativa de defesa do indivíduo em relação ao poder soberano; e políticos, e aqui a ideia dos direitos passa também a considerar uma perspectiva positiva que será representada pela possibilidade de participação e reivindicação política (autonomia). Esse último aspecto no interessa mais de perto, tendo em vista sua ligação com o tema da resistência e da desobediência, como formas de contestação do pacto originário por descumprimento da promessa associativa de asseguramento de direitos ou meios para a realização dos mesmos.

Não obstante, há que se considerar a perspectiva eurocêntrica de tal abordagem, que tem por local de atuação o cenário europeu de passagem dos Estados absolutistas (“Eu-Monarca”) para o império do direito, com a constituição, a partir dos direitos do cidadão, da categoria sujeito de direito que se pretende universal. Importa notar no que se refere ao direito de resistência e a desobediência justificável, do ponto de vista histórico, um forte elemento decisório para a análise conjuntural que autorizaria a utilização de um direito de resistir.

Franz Neumann destaca que em todas as teorias, desde a antiguidade:

Só há um problema que não pode ser respondido: quem decide se e quando existe um direito para resistir.

No caso dos antigos: quem decide o que exige o bem da polis; para as teorias medievais, cabe à Igreja ou ao poder secular a autoridade para chegar a uma decisão; nas lutas monarcômacas, quem decide é o partido religioso; nas chamadas teorias democráticas, isso cabe ao povo (NEUMANN, 1969, p. 169).

Em que pese à interessante questão do decisionismo do direito de resistência - o que poderia nos remeter novamente ao pensamento de Schmitt a respeito se é a decisão o elemento jurídico por excelência no que tange a soberania, discussão para a qual não há espaço no presente trabalho -; ao que parece é uma circunstância de opressão que irá autorizar a decisão a respeito de resistir e desobedecer à ordem normativa estatal. Nessa linha, o direito de resistência seria aquele em que um indivíduo, um grupo ou um povo teriam acesso, por decisão, na medida em que estiverem diante de práticas de opressão e violência, de um poder ilegítimo ou que viole os direitos/garantias fundamentais.

Dessa forma, na compreensão de Carvajal (1992, p. 68):

[...] O termo em si ‘direito de resistência’ (ius resistendi; Widerstandsrecht) tem um preciso significado na história do pensamento jurídico: a limitação do poder da autoridade pública e do Estado e a custódia da liberdade da comunidade. No fundo se trata da conservação do bem comum da sociedade (justiça) e do justo e reto ordenamento político-jurídico do Estado em qualquer de suas formas (liberdade).

Ora, se na modernidade se reconhece a figura do sujeito de direitos universal, fundamentalmente após o advento da declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, caberia a pergunta se as práticas de oposição dos povos ameríndios às violências perpetradas pelos “civilizadores” na América Latina poderiam ser compreendidas como barbárie ou seria a mais pura resistência ao invasor? Uma objeção possível seria a de que o homem de direitos aparece em tempo histórico posterior, todavia, como se tentou apresentar nesse tópico, há práticas de resistência ao longo do que se compreende por progresso histórico, o que invalidaria a oposição.

A opção aqui é de uma compreensão histórica do conceito de resistência e de contestação do discurso que configura as bases de reconhecimento do início da modernidade, conforme pretende Dussel. Na perspectiva da história dos conceitos, esses últimos “fundamentam-se em sistemas político-sociais que são, de longe, mais complexos do que faz supor sua compreensão como comunidades lingüísticas organizadas sob determinados conceitos-chave” (KOSELLECK, 2015, p. 98).

Nessa linha de argumentação, há possibilidade de abordagem dos conceitos de resistência e desobediência como aproximados da ideia de direito em um contexto que se coloca fora da quadra histórica da historiografia tradicional da modernidade, não só por existir uma narrativa da história antiga a respeito da resistência, da desobediência justificável (Antígona), do regicídio e do tiranicídio, mas, sobretudo, pela possibilidade de nos valermos de uma história dos conceitos enquanto método de abordagem das fontes “que atenta para o

emprego de termos relevantes do ponto de vista social e político e que analisa com particular empenho expressões fundamentais de conteúdo social e político” (KOSELLECK, 2015, p. 103). Destarte, por mais que a expressão direito obtenha, para alguns, o sentido de limitação ao arbítrio, inclusive do soberano e, por consequência, haveria uma imagem de resistência a injustiça somente na modernidade, do ponto de vista de uma história dos conceitos aproximada à perspectiva de uma história social⁹, não parece arbitrário a investigação acerca da possibilidade de atuação dos conceitos de resistência e desobediência no período de tomada da terra na América Latina.

RESISTÊNCIA A DOMINAÇÃO NO REINO DAS MARAVILHAS

Michel Foucault retrata o valor e o significado do corpo, bem como os processos de revalorização dessa condição até o ponto de influenciar a própria visão que o indivíduo tem de si. O processo de colonização das Américas é tomado de elementos coercitivos que alteraram cruelmente a subjetividade dos nativos, um verdadeiro processo de domesticação é exercido como objeto de poder político. A transformação dos corpos em apetrechos é vista em toda história da humanidade, seja para fins de guerra ou para fins ditos como aconteceu com os povos indígenas da América Latina.

A análise da submissão dos corpos dóceis deve levar em consideração a violência, a crueldade e todo sangue derramado para que a conduta daquele indivíduo seja a desejada. Foucault cita a obra “O Homem-Maquina” de Lamettrie, que retrata a redução materialista da alma e fala sobre uma teoria geral do adestramento que permite a manipulação da realidade e do valor de um corpo adestrado. Essa transformação da realidade e do valor do corpo para alcançar determinado fim através de mecanismos de “docilidade” e de subordinação provocou a padronização comportamental e cultural do indivíduo que é obrigado a abandonar suas vestes, sua cultura, hábitos e crenças e passa a ser mero produto das estruturas coercitivas, essa retirada da realidade e valores do indivíduo provoca sofrimento (FOUCAULT, 2013a).

Os mecanismos de tortura são aplicados constantemente e vão parando à medida que o indivíduo siga as regras impostas, esse controle profundo tem influência na subjetividade do

9 A respeito da história social, destaca Koselleck (2015, p. 97): “Constituem objeto da história social a investigação das formações das sociedades ou as estruturas constitucionais, assim como as relações entre grupos, camadas e classes; ela investiga as circunstâncias nas quais ocorreram determinados eventos, focalizando as estruturas históricas de médio e longo prazos, bem como suas alterações. A história social pode ainda investigar teoremas econômicos, por força dos quais se pode questionar os eventos singulares e os desenvolvimentos políticos dos fatos”.

indivíduo que perde sua identidade. Conforme mencionamos acima, os processos disciplinares e métodos de padronização de conduta são utilizados em prol de um fim, sendo certo que estes mecanismos estão diretamente ligados a estruturas de poder como o Estado. Será o homem tão selvagem que deve ser cruelmente contido e despido de si? Tal questionamento deve ser analisado levando em consideração princípios como: a dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade.

O filósofo Michel Foucault retrata os mecanismos de dominação, desde o princípio do século XVII, esses aparatos de poder e de imposição de um ideal sobre um corpo não correspondem com as românticas prerrogativas constitucionais. Os mecanismos de controle do corpo vão do controle do horário à repetição exaustiva sejam quais forem os mecanismos coercitivos para alcançar a docilidade, estes não permitem que os corpos fiquem ociosos, pois não se pode perder um tempo pago pelos homens e contado por Deus (FOUCAULT, 2013a), dessa maneira, a máxima utilidade de um corpo, para que este produza de maneira exaustiva foi um modo de operar utilizado em toda Europa.

Devido às tentativas de abandonar os sistemas disciplinares foram criados mecanismos punitivos que podemos comparar com mecanismos do sistema penal, com objetivo de estabelecer leis próprias e tipificar determinadas condutas de que desviam do padrão imposto pelo mundo europeu autoproclamado civilizado, técnicas de disciplina utilizadas na América Latina com o propósito da fabricação da subjetividade dos povos indígenas para que se tornem úteis e dóceis.

Não obstante, mas não podemos perder de vista a noção clássica de soberania que esta diretamente ligada com o deixar viver ou fazer morrer, elencar garantias e separar os “inúteis” os tornando invisíveis são questões de padronização de critérios biológicos pelo poder, Foucault chama esse fenômeno de estatização biológica que aos poucos se atualiza e vira uma tecnologia de poder e não mais se aplica ao homem matéria se estende ao homem espécie, homem como alcance de suas proporções e essências (FOUCAULT, 2013a).

Trazendo para a nossa realidade visualizamos esse notável ponto de vista de Foucault na história das nações indígenas da América Latina que eram açoitadas, excluídas e repugnadas fisicamente; eram escravizadas e forçadas ao trabalho e com o passar do tempo foram sendo, apenas, deixadas de lado como animais que morrem em seu habitat natural. Não se tem mais preocupação em torturar fisicamente um indivíduo o que temos agora é abandono do mesmo a própria sorte, o controle Estatal agora não é mais de forma direta exercida por

processos de dominação violentos, passaram a ser sutis de forma velada o Estado controla o planejamento familiar, sua quantidade de gasto e de consumo, sua necessidade de lazer e até mesmo o tempo de cada indivíduo, invertendo-se o sintagma da soberania clássica para um fazer viver e deixar morrer (FOUCAULT, 2010).

Dessa maneira, aqueles que não se encaixam no *modus operandi* da soberania e do mercado colocados a margem, e os povos indígenas que antes eram violentados agora são negligenciados em direitos mais íntimos garantidos aos indivíduos integrantes da sociedade brasileira. Ter como objetivo, um dispositivo legal, a integração progressiva e harmônica da comunidade indígena, a comunhão nacional é dizer claramente que eles até então não o fazem, esse reconhecimento jurídico de um afastamento ou de não participação da sociedade brasileira é claramente uma manobra biopolítica que acarreta a neutralização deste indivíduo que não é uma vida de responsabilidade do Estado, porque este não arca com os custos de manter essa vida e não tem prejuízo com esta morte que não lhe rende fundos.

Para além dos diagnósticos biopolíticos de Foucault, se admitirmos os pressupostos apresentados até aqui, a saber: que a ideia de descobrimento é uma tática discursiva que encobre um processo de invasão colonizadora e de imposição de uma cultura eurocêntrica e, ademais, de que a resistência surgida no continente americano pode ser compreendida dentro de uma perspectiva de direito, a partir de uma leitura histórica do conceito, podemos então nos aproximar de uma interessante reflexão a respeito do poder e do Estado em um ponto de vista que contesta o discurso de tradição européia, bem como que reconhece direitos aos povos indígenas como benefícios do Estado de Direito.

A partir da reflexão de Pierre Clastres em suas investigações de antropologia política, apresentam-se interessantes pistas a respeito de contextos sociais muito diversos do modelo europeu, demonstrando com rigor “que a opção pelo Estado e o poder coercitivo que o funda não é mais do que isso: uma entre várias outras possibilidades de organização social” (MATOS, 2014, p. 175).

Ao estudar as comunidades indígenas da América do Sul, Clastres oferece um primeiro diagnóstico que diz respeito à etnografia, análise que estabelece um critério de distinção entre o modelo societário europeu e o ameríndio, com destaque para o sentido de uma ausência, o que caracterizaria os modelos de sociedade latino-americanos como sociedades incompletas (CLASTRES, 1990, p. 132).

Nas palavras de Clastres (1990, p. 132):

Não são exatamente verdadeiras sociedades – não são policiadas -, e subsistem na experiência talvez dolorosa de uma falta – falta do Estado – que elas tentariam, sempre em vão, suprir. De um modo mais ou menos confuso, é realmente o que dizem as crônicas dos viajantes ou os trabalhos dos pesquisadores: não se pode imaginar a sociedade sem Estado, o Estado é o destino de toda sociedade. Descubre-se nessa abordagem uma fixação etnocentrista tanto mais sólida quanto é ela, o mais das vezes, inconsciente.

As sociedades latino-americanas seriam então sociedades sem Estado, o que no entendimento de Clastres configura uma sociedade primitiva. Note-se que o uso desses termos não pode significar o rebaixamento dessas organizações sociais, sob pena de prejudicar as condições de possibilidade de se reconhecer a antropologia política como ciência (CLASTRES, 1990, p. 132). Para Clastres (2014, p. 137) “é conforme a presença ou ausência do Estado que se opera uma primeira classificação das sociedades, pela qual elas se distribuem em dois grupos: as sociedades sem Estado e as sociedades com Estado, as sociedades primitivas e as outras”. Essa caracterização, no entender de Clastres, não deixa margem para compreender as sociedades com Estado como idênticas entre si, mas permitem a aproximação de outra imagem do etnocentrismo que se liga ao já mencionado argumento de filosofia da história que ressalta nessa última a ideia de progresso, ou seja, a história teria um único sentido, “de que toda sociedade está condenada a inscrever-se nessa história e a percorrer as suas etapas que, a partir da selvageria, conduzem à civilização” (CLASTRES, 1990, p. 133).

Uma abordagem dessa natureza nos leva a observar que o modelo societário dos povos latino-americanos se organiza de modo diverso do mundo europeu e, por consequência, há impactos consideráveis na maneira de se pensar e exercer o poder político. Em uma abordagem orientada pelo relativismo cultural¹⁰, Clastres destaca que nas sociedades da América do Sul o poder político não é algo separado do corpo social sobre o qual é exercido (CLASTRES, 2014, p. 137).

A forma de organização político-societária nas sociedades da América Latina contrasta com o modelo europeu na medida em que a esfera do poder político não pode ser distinguida do aspecto social. O pensamento da tradição europeia vislumbra no político algo de essencial ao homem, mas, ao mesmo tempo, destaca no político uma “divisão social entre dominantes e dominados, entre os que sabem, e portanto mandam, e os que não sabem, e portanto obedecem” (CLASTRES, 2014, p. 138). A caracterização é feita a partir do social,

10 Perspectiva que nega a superioridade de uma cultura sobre outra, portanto, da civilização europeia em relação a outros sistemas societários e renuncia ao reconhecimento de uma hierarquia de valores, reconhecendo a coexistência de múltiplas culturas e diferenças socioculturais.

organizado em estruturas hierárquicas e relações de mando e obediência, que configuram as relações políticas e de poder e, onde não existam essas últimas, materializa-se a ausência, o infrassocial e a não sociedade (CLASTRES, 2014, p. 138).

O julgamento dos conquistadores a respeito de tal organização no reino das maravilhas seria feito no sentido de uma depreciação do modelo político-societário e recusa dessa forma de organização como selvageria. Conforme Clastres (2014, p. 138) “constatando que os ‘chefes’ não possuíam nenhum poder sobre as tribos, que ninguém mandava e ninguém obedecia, eles disseram que esses povos não eram policiados, que não eram verdadeiras sociedades: selvagens “sem fé, sem lei, sem rei”.

É curioso notar o relato a respeito da chefia indígena, que invariavelmente é representada como o senhor da comunidade, um personagem que materializaria o arbítrio, o que se afigura uma verdadeira falácia, já que os líderes são desprovidos de poder no que diz respeito a uma manifestação hierárquica desse último, o que não significa ausência completa de significação societária. O chefe indígena, enquanto servidor e não senhor da comunidade, conecta-se a ela mediante a realização de tarefas que lhe são incumbidas, especialmente aquelas de se pronunciar pela comunidade, “com vistas a afirmar sua especificidade, sua autonomia, sua independência em relação às outras comunidades” (CLASTRES, 2014, p. 139).

O que se percebe a partir desses elementos apresentados por Clastres é que as sociedades sem Estado da América Latina se organizavam em torno a certo igualitarismo de base e que se expressa de maneiras bastante diversificadas. No entanto, o ponto fundamental é observar que essa forte noção de igualdade se apresenta como uma grande recusa a ideia de poder que se separa da sociedade, organizando-se de maneira hierárquica e, via de consequência, impondo-se enquanto realidade autônoma (MATOS, 2014, p. 176).

O modelo de arranjo societário existente nas sociedades sem Estado é bastante diferente do protótipo europeu - em alguns casos os estados colonizadores se estruturavam de maneira feudal -, e do nosso paradigma atual, formas de disposição do poder em que se submete a sociedade ao Estado como configuração de proteção e construção de um discurso de estatolatria, com a possibilidade de se reconhecer que em alguns casos o poder é exercido contra a sociedade. Assim, o ser da sociedade sem estado é a indivisão, visto que impede o surgimento de uma esfera de poder que acarrete a separação da sociedade com a diferenciação entre os que mandam e os que obedecem, autorizando a dominação do chefe sobre a

sociedade (CLASTRES, 2014, p. 237).

De acordo com tal perspectiva, a sociedade sem estado funciona para que não existam desigualdades, manifestam-se contra a exploração e divisões sociais e pretendem que essas figuras não sejam possíveis (CLASTRES, 2014, p. 238). No entender de Andityas Matos (2014, p. 176) “no mundo dos selvagens o poder político se confunde com a própria sociedade, e é essa coincidência que torna possível a negação de coisas similares ao Estado e à economia de mercado, construtos separados da comunidade”.

Ao que parece há necessidade de se recusar a história oficial, o historicismo, para se pensar criticamente o arquétipo societário em que vivemos e se de fato só é possível (sobre)viver em uma estrutura estatal que se estabelece pela divisão social do trabalho e que funciona a partir do sistema econômico capitalista. Com os diagnósticos de Clastres apresenta-se possível negar o caráter a-histórico das sociedades primitivas latino-americanas e, conforme já mencionado anteriormente, podemos pensar com Dussel, que a história é uma narrativa dos vencedores e, portanto, uma história do poder que se mostra possível pelo monopólio da violência, desse modo, “ao contrário do que fazemos, os indígenas referidos por Clastres não escrevem e apresentam a si mesmos algo como uma história, ou seja, uma narrativa em que os conflitos sociais são reduzidos a momentos dialéticos ideais que sempre apontam para o tólos do Estado” (MATOS, 2014, p. 178).

Por conseguinte, tem que se recusar imagens ideológica e discursivamente construídas a fim de indicar a possibilidade de reconhecimento de superioridade de uma cultura sobre outras, com o objetivo de que se manifeste a recusa da historiografia tradicional. Somente com esse colocar-se contra se torna possível o reconhecimento de que os modos de vida das sociedades sem estado não representam a selvageria, arranjos sociais que viveriam em processos econômicos de subsistência, em que se nega o trabalho e se privilegia a guerra.

Feitas estas considerações acerca do discurso da historiografia tradicional, importa considerar que no continente americano como um todo ocorreram inúmeras manifestações dos povos ameríndios contra a ideia de organização social em um Estado dos colonizadores, com alguns casos famosos como a guerra de Nuvem Vermelha na América do Norte que após dois anos de resistência vence a guerra (BROWN, 2014, p. 158). Na América Latina o processo de colonização já fazia suas vítimas entre os povos nativos e, nas palavras de Eduardo Galeano (1986, p. 49-50):

Em 1581, Felipe II afirmara, perante o tribunal de Guadalajara, que um terço dos indígenas da América já tinha sido aniquilado, e aqueles que ainda viviam eram

obrigados a pagar tributos pelos mortos. O monarca disse, além disso, que os índios eram comprados e vendidos. Que dormiam na intempérie. Que as mães matavam seus filhos para salvá-los dos tormentos das minas [...]. A escravidão greco-romana ressuscitava de fato, num mundo distinto; ao infortúnio dos índios dos impérios aniquilados da América hispânica é preciso somar o terrível destino dos negros arrebatados às aldeias africanas para trabalhar no Brasil e nas Antilhas. A economia colonial latino-americana dispôs da maior concentração de força de trabalho até então conhecida, para possibilitar a maior concentração de riqueza que jamais possuiu qualquer civilização na história mundial.

Diante do que restou dito até aqui e de tal situação de violência organizada da sociedade estatal dos colonizadores civilizados, só restou aos povos nativos da América resistir, uma vez que “a esperança de renascimento da dignidade perdida incendiaria numerosas sublevações indígenas” (GALEANO, 1986, p. 55). Não seria possível nos limites desse trabalho a reconstrução de todos os focos e narrativas a respeito da resistência, mas alguns exemplos, como o sitio a Cuzco de 1781 realizado por Túpac Amaru, podem ilustrar as mobilizações indígenas contra o Estado do mundo eurocêntrico, contra a violência organizada pelos colonizadores e que podem nos dar elementos a fim de questionar o universo das sociedades sem Estado como de organizações sociais que vivem na selvageria e na guerra, uma vez que no pensamento indígena de linhas metafísicas o Um é o mal e o Um é o Estado¹¹, assim, a resistência ameríndia “é a tentativa heróica de uma sociedade primitiva para abolir a infelicidade na recusa radical do Um como essência universal do Estado” (CLASTRES, 1990, p. 151).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do contexto de invasão da América Latina resta importante voltar à atenção para suas cicatrizes, deixadas pela experiência de dor, sofrimento e resistência de seus povos, retorno que agora se faz como memória, lembrança e reflexão acerca da promessa da história de que no ingresso em seu continuum tudo ficaria bem, dentro do padrão civilizatório. Nesse sentido, parece possível vislumbrar toda resistência existente na América Latina como o exercício do direito à resistência a qualquer forma de opressão do poder político e de injustiças e, muito especialmente, de uma luta da sociedade latino-americana contra o Estado, justificando-se, desse modo, a desobediência.

Ao se concordar com Dussel e Clastres, torna-se admissível pensar a possibilidade de

11 Interessante notar a antecedência e a proximidade de tal reflexão com o texto de La Boétie do *Contra Um*, seu famoso *Discurso sobre a Servidão Voluntária*, em que é digno de seu espanto o fato de milhões de homens serem subjugados a um só, de qualidades muitas vezes desumanas e cruéis (LA BOÉTIE, 2009, p. 9).

uma desobediência epistêmica, uma das propostas de resgate da cultura latino-americana como sugestão de uma opção descolonial¹² a fim de se desvencilhar dos códigos de operações - inclusive biopolíticos -, que são controlados pela economia e teoria política eurocêntricas.

Assim, a história das sociedades primitivas ou dos povos sem história é a da luta contra o Estado, o que não necessariamente significa uma vida selvagem e sem regras de convívio, e, conforme já mencionado, o objetivo é impedir o aparecimento de um poder descolado do contexto societário, o que garantiria na realidade um processo de desigualdade e de luta pelo monopólio da violência.

REFERÊNCIAS

BORON, Atílio. Estado, capitalismo y democracia en América Latina. 1ª ed. Buenos Aires: Clacso. 2003.

BROWN, Dee. Enterrem meu coração na curva do rio. Trad. Geraldo Galvão Ferraz e Lola Xavier. Porto Alegre-RS: L&PM. 2014.

CARVAJAL A., Patrício. Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil: Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna. In: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n. 76. Abril-Junio, 1992.

CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política. Trad. Theo Santiago. Francisco Alves. 1990.

_____. Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosacnaify. 2014.

DUSSEL, Enrique. ¿Descubrimiento o invasión de América? In: Concilium: revista internacional de teología, nº 220, p. 481-488.1988.

_____. Europa, modernidad y eurocentrismo. Disponível na internet: <http://enriquedussel.com/txt/1993-236a.pdf>. Acesso em 21/06/2011.

_____. Eurocentrismo y modernidad (introducción a las lecturas de Frankfurt). Disponível na

12 Conforme Mignolo (2008, p. 290): “A opção descolonial é epistêmica, ou seja, ela se desvincula dos fundamentos genuínos dos conceitos ocidentais e da acumulação de conhecimento. Por desvinculamento epistêmico não quero dizer abandono ou ignorância do que já foi institucionalizado por todo planeta (por exemplo, veja o que acontece agora nas universidades chinesas e na institucionalização do conhecimento). Pretendo substituir a geo- e a política de Estado de conhecimento de seu fundamento na história imperial do Ocidente dos últimos cinco séculos, pela geo-política e a política de Estado de pessoas, línguas, religiões, conceitos políticos e econômicos, subjetividades, etc, que foram racializadas (ou seja, sua óbvia humanidade foi negada). Dessa maneira, por ‘Ocidente’ eu não quero me referir à geografia por si só, mas à geopolítica do conhecimento”.

internet:<http://www.enriquedussel.com/DVD%20Obras%20Enrique%20Dussel/Textos/c/243.1993/articulo.pdf>. Acesso em: 23/03/2016a.

_____. Cultura latinoamericana y filosofia da liberacion (cultura popular revolucionária, más allá del populismo y del dogmatismo). Disponível na internet:<http://www.enriquedussel.com/DVD%20Obras%20Enrique%20Dussel/Textos/c/1984-149.pdf>. Acesso em: 23/03/2016b.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

_____. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 41.ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2013a.

_____. A ordem do discurso. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola. 2013b.

GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América Latina. Trad. Galeno de Freitas. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1986.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Notas sobre direito, violência e sacrifício. In: dois pontos, Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, pp. 33-47. 2008.

_____. Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: Kriterion, Belo Horizonte, nº 118, pp. 267-308. 2008.

_____. Violência e racionalidade jurídica: a potência dos meios. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 108, p. 243-291. 2014.

_____. Ética, direito e política em tempos de biopoder. In: GIACOIA JUNIOR, Oswaldo; RAMIRO, Caio Henrique Lopes; RICCI, Luiz Antonio Lopes (Orgs.). Responsabilidade e futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para a reflexão e ação. São Paulo: LiberArs. 2015a.

_____. Civilização e barbárie. In: NOVAES, Adauto (org.). Fontes passionais da violência. São Paulo: editora Sesc-São Paulo. 2015b.

KOSELLECK, Reinhart. Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto /Editora PUC-Rio. 2015.

LA BOÉTIE, Etienne. Discurso sobre a servidão voluntária. Brasília: LGE editora. 2009.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A multidão contra o estado: rumo a uma comunidade do inapropriável. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, nº 108, p. 145-184. 2014.

_____; SOUZA, Joyce Karine de Sá. Entre consciência individual e autoridade estatal: breves

reflexões sobre a desobediência civil no estado democrático de direito. In: Revista da faculdade de direito da UFG, v. 38, nº 2, p. 149-176. 2014.

MIGNOLO, Walter D. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. Trad. Angela Lopes Norte. In: Cadernos de Letras UFF. Dossiê: Literatura, língua e identidade, nº 34, p. 287-324. 2008.

MORIN, Edgar. Saberes globais e saberes locais: o olhar transdisciplinar. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Garamond. 2008.

NEUMANN, Franz. Estado democrático e estado autoritário. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Heurística do poder e perspectivas críticas ao Estado de Direito: uma leitura a partir de Walter Benjamin. In: Revista de Informação Legislativa, nº 198, p. 239-254. 2013.

_____; SOUZA, Tiago Clemente. Sobre hermenêutica, direito e literatura: itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona. In: Reflexión Política, Bucaramanga-Colombia: Universidad Autónoma, vol. 15, nº 29, p. 74-83. 2013.

SCHMITT, Carl. El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus publicum europaeum. Buenos Aires: editorial Struhart & Cía. 2005.

_____. El orden del mundo despues de la segunda guerra mundial. Dispoivel na Internet: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/User/Meus%20documentos/Downloads/Dialnet-ElOrdenDelMundoDespuesDeLaSegundaGuerraMundial-2048059.pdf>. Acesso em 20/02/2014.

SÓFOCLES. Antígona. Transc. Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes. 1965.

THOREAU, Henry David. A desobediência civil. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras. 2012.

WOLFF, Francis. Quem é o bárbaro? In: NOVAES, Adauto (org.). Civilização e barbárie. São Paulo: Companhia das Letras. 2004.

RESPONSABILIDADE EXTRATERRITORIAL DO ESTADO APLICAÇÃO DA TEORIA DO CONTROLE EFETIVO NAS CORTES INTERNACIONAIS

Alexia Domene EUGENIO¹
Gustavo Martinez BORGES²

RESUMO

O presente trabalho tem como foco principal a análise da jurisprudência das Cortes Internacionais de direitos humanos no tocante à aplicação do conceito de jurisdição em casos de responsabilidade extraterritorial dos Estados. Num primeiro momento é abordada a teoria geral da responsabilidade internacional do Estado de acordo com o velho conceito de jurisdição e soberania. Por fim, é trazido um estudo de casos sobre as teorias de jurisdição extraterritorial nas cortes internacionais, com ênfase na Corte Europeia e na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade do Estado. Jurisdição extraterritorial. Corte Europeia. Corte IDH.

ABSTRACT

This work is mainly focused on the analysis of the case law of international courts on human rights, regarding the application of the concept of jurisdiction in cases of extraterritorial responsibility of States. At first, it is addressed the general theory of state international responsibility according to the old concept of sovereignty and jurisdiction. Finally, it is brought a case study on the theories of extraterritorial jurisdiction in international courts, with an emphasis on European Court and the Inter-American Court of Human Rights.

KEY-WORDS: State responsibility. Extraterritorial jurisdiction. European Court. I/A Court H.R.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa mostra-se de grande relevância no cenário atual, em que as relações interestatais transcendem os limites territoriais da sua soberania. Dessa maneira se faz necessária a análise da atuação extraterritorial dos Estados, e de que modo é possível a responsabilização destes por atos internacionalmente ilícitos.

1 Bolsista do Programa PIBIC do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico entre 2012 e 2015. Membro do grupo de estudos do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente sobre Processo Civil e Acesso à Justiça entre 2013 e 2015. Membro do grupo de estudos do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente sobre Direito Internacional e Direitos Humanos de 2015 até a presente data. Participação em diversos eventos jurídicos e científicos nacionais e internacionais. Experiência na área de Direito, com ênfase nas áreas de internet, formação de opinião, direito a informação, direitos humanos e direito internacional.

2 Acadêmico do 6º termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio de Eufrásio de Toledo e Membro do grupo de estudos O Estado de Direito: aspectos políticos, jurídicos e Filosóficos com coordenação do Professor Doutor Sergio Tibiriçá de Amaral

O artigo busca, num primeiro momento, conceder uma noção geral das regras e princípios do Direito Internacional, portanto, explanou-se sobre as condições para se constituir uma violação estatal e, como corolário lógico, quais as formas concebidas pelo direito das gentes de reparação do ato ilícito internacional, analisando, inclusive, jurisprudência da antiga Corte Permanente de Justiça.

Logo em seguida, o trabalho debruçou-se sobre a conceptualização dos termos jurisdição, território e soberania. A partir da análise de renomados teóricos, em especial Thomas Hobbes, John Locke e Rousseau, foi possível chegar ao primário conceito de soberania, vislumbrando-se o alcance da jurisdição estatal na acepção clássica da jurisdição estatal.

Relativizando a vetusta ideia de que a jurisdição estatal está adstrita ao seu território nacional, buscou-se na farta jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos alguns precedentes que balizaram o assunto. Foco deste trabalho, foi a partir da teoria do controle efetivo, como ficou conhecido, que a Corte Europeia viabilizou a responsabilização de Estados por atos que violaram Direitos Humanos fora dos limites territoriais, porém, tais atos claramente estavam eivados de soberania da nação que infringiu o direito internacional.

Importando teoria estabelecida pela Corte Europeia, o estudo baseou-se na análise da aplicação da teoria do controle efetivo e o seu constante desenvolvimento que se tornou objeto de grande debate e discussão no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e que também foi aplicado, tanto pela Corte quanto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, buscou-se demonstrar, através da análise dos conceitos e da jurisprudência das Cortes Internacionais, que tais mecanismos internacionais de proteção vem exponencialmente aprimorando o conceito de jurisdição e soberania, estabelecendo critérios claros e objetivos quando da verificação da responsabilidade do Estado violador.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

É consagrado na doutrina internacional que a responsabilidade estatal ocorre quando há um ato ou omissão que seja imputado a um Estado decorrente de uma violação de direito alheio ou quando se verifica uma violação em abstrato de uma norma de direito das gentes.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2015, p. 606) expõe que são três os elementos que

caracterizam a responsabilidade internacional, o primeiro elemento é o ato internacionalmente ilícito, pode ser ocasionado tanto quando o estado executa uma determinada conduta, como também através da omissão, tal violação ocorrerá no momento em que há um afrontamento ao que é predisposto pelas fontes do direito internacional tipificadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. No tocante a intensidade da violação pode ser desde brandas até uma violação de normas jus cogens.

Outro requisito essencial segundo o autor é a imputabilidade ou nexos causal, seria este o elo que liga o ato ou omissão que viola as premissas do Direito Internacional ao causador do dano. A imputabilidade, como o próprio nome indica, é pontuar o Estado como violador de normas do direito das gentes.

A imputação feita a um estado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por exemplo, será regida pelo artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos o qual estabelece que deve ser imputado ao estado que não respeita ou não faz respeitar os direitos expressos naquela convenção, isto é, ao estado é destinada uma obrigação negativa e positiva ao mesmo tempo.

Por fim, o último elemento caracterizador da responsabilidade internacional consiste na necessidade de haver um prejuízo ou dano (MAZZUOLI, 2015, p. 623). O resultado antijurídico da conduta, isto é, o dano, pode tanto ser material ou moral, no entanto, é importante frisar que o prejuízo deve ser oriundo de um ato internacionalmente ilícito, se for um dano lícito não há que se cogitar em responsabilidade internacional.

O primeiro artigo dos “drafts articles” (2001, p. 33) estabelece que todo ato internacionalmente ilícito acarreta a responsabilidade estatal, pois bem, quando há a prática de um ato ilícito que prejudique outra soberania, qual relação que surge entre ambos? Alguns apontam que a violação acarreta em um direito subjetivo do estado prejudicado em solicitar a devida reparação (2001, p. 33) Um segundo olhar sobre o assunto é baseado em Kelsen, o renomado autor assevera que se esperamos determinada conduta de alguém podemos estabelecer uma sanção caso tal conduta não seja respeitada, deve-se, a prioridistinguir a diferença entre sanções transcendentais e sanções socialmente organizadas, a primeira modalidade tem uma maior índole moral, já que não haverá nenhuma sanção jurídica caso seja desrespeitada, no tocante ao segundo tipo tem carácter de coerção, pois é imposta contra vontade de quem é sujeito à ordem, ou seja, a sanção coercitiva é aquela à qual podemos utilizar da força física para que ela seja concretizada (KELSEN, 2010, p. 31). Sendo assim, o

Jurista acredita que quando há um ato ilícito internacional o Estado prejudicado pode prontamente revidar a conduta, ou seja, impor uma sanção coercitiva como consequência primária do ato ilícito internacional, neste caso, a reparação será intitulada como algo subsidiário que deverá partir do Estado responsável pelo ato para que evite a aplicação da coerção.

Por fim, uma última posição defende que o ato internacional não pode estar limitado a uma sanção ou a reparação, mas sim a uma série de atitudes que o estado violador dos direitos das gentes deve tomar. (“draft articles”, 2001, p. 33).

O fato é, havendo um violação do direito internacional surge uma obrigação de reparação, essa reparação pode ser feita por via diplomática, ou seja, um Estado espontaneamente opera todo seu maquinário estrutural para dar a devida reparação ao dano causado, ou então, como é mais comum se ver, a reparação é fixada por uma corte Internacional que ao avaliar todos os aspectos da demanda e verificado o caso concreto fixa na sentença qual a melhor forma de reparar o ilícito, podendo ser definido a restituição “in natura”, indenização, satisfação ou garantia de não repetição.

A jurisdição de um Tribunal Internacional é definida pelo tratado que o estabelece (KELSEN, 2010, p. 466), tal jurisdição pode ser compulsória, isto é, o tratado que constitui um órgão colegiado pode definir como obrigatória o reconhecimento da jurisdição do tribunal a todos envolvidos, ou de qualquer outra maneira que venha a dispor o documento firmado.

A doutrina costuma chamar este dispositivo contratual que reconhece a competência contenciosa da corte como cláusula optativa de jurisdição obrigatória, no mais, ficou também consagrado na comunidade internacional como “Cláusula Raul Fernandes”, haja vista ter disso proposta no âmbito da Corte Internacional de Justiça por este Jurista (MAZZUOLI, 2015, p. 1176).

No âmbito da CIJ, a cláusula recém explicada está tipificado no artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelecendo que os Estados, podem, a qualquer momento, declarar que reconhece como obrigatória, *ips facto* e sem acordos em especial, e em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto a interpretação de um tratado, outro qualquer ponto de direito internacional, a existência a de um fato que constitui violação do direito Internacional e, por fim, a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

A mesma cláusula se encontra presente no artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seus termos, a corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo a interpretação e aplicação das disposições da Convenção, desde que os Estados partes na demanda tenham reconhecido ou reconheçam a competência contenciosa ou interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja por declaração especial, ou por convenção especial.

Portanto é imprescindível ficar claro que o estado deve consentir em se submeter a jurisdição de determinada Corte, seja apenas para um litígio, ou para todos os litígios que surgirem a partir de então.

É mister não olvidar que quando há uma violação internacional surge o dever de reparar, o termo “reparação” se dá de forma genérica, no caso “Factory at Chorzow” julgado em 1927 pela então Corte Permanente de Justiça Internacional, doravante CPJI, que versava sobre a reparação do dano causado a companhias Alemãs haja vista a liquidação internacionalmente ilícita haja vista ter se dado de forma contrária ao tratado de Versalhes firmado entre as potências Europeias pós primeira Guerra mundial, ficou estabelecido que é um princípio do direito internacional que toda a violação de um compromisso internacional acarreta o dever de reparar de uma forma adequada. (1927, p. 29).

A reparação de forma adequada comporta modalidades diferenciadas, os “draft articles” sobre responsabilidade internacional da ONU em seu artigo 35 primeiro aponta que a restituição é a forma mais comum e consiste na restituição in natura isto é, devolver o status quo ante, caso haja a impossibilidade de tal conduta, deverá operar a indenização, consiste no pagamento de um valor em pecúnia para o estado lesionado que seja suficiente para neutralizar o dano causado (2001, p. 67), é importante ressaltar que, como estabelece o artigo 36, §§1º e 2º, a indenização deve abranger os lucros cessantes que o lesado deixou de auferir. (2001, p. 69).

Por fim, existe também a satisfação como forma de reparação do dano, de acordo com o preceituado no artigo 37, §§1º ao 3º, consiste essencialmente de uma medida de cunho moral, como uma declaração em público, publicação da sentença, punição dos responsáveis e etc. (2001, p. 76).

Traçado o panorama geral do ilícito internacional passaremos ao estudo do alcance da responsabilização estatal, isto é, os documentos de direitos humanos consagrados, como por exemplo a Convenção Europeia e a Convenção Americana de Direitos Humanos, trazem

em seu corpo dispositivos que imputam ao estado violações que ocorreram dentro de sua jurisdição, o ponto fundamental a ser discutido é a análise do alcance da jurisdição para que seja identificado o autor da violação e exigir a devida reparação do Estado infrator.

INTRODUÇÃO À EXTRATERRITORIALIDADE: OS CONCEITOS DE TERRITÓRIO E SOBERANIA

Num primeiro momento, antes de adentrar nas teorias de responsabilidade do Estado por atos praticados fora de sua jurisdição, é necessário abordar conceitos que limitam a atuação de um Estado, os limites territoriais e limites da soberania estatal.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso I, traz a soberania como um dos fundamentos da República, e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, logo em seu artigo 1.1, dispõe que os Estados partes da Convenção tem obrigação de respeitar os direitos e liberdades de “toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição”. Tais expressões são recorrentes ao longo de ambos os diplomas legais. É possível observar, portanto, que nas normas mais importantes do país e da América, os termos soberania e jurisdição³ são frequentes. O que se indaga é, no momento atual, em que a ordem internacional é resultado de um longo processo de integração entre as unidades políticas que conhecemos como Estados, como devem ser interpretados tais conceitos?

Inicialmente, deve-se destacar que o Estado possui algumas “condições de existência”, segundo Lenio Streck, e tais elementos fundamentais seriam quatro: “o território, a nação, mais potência e autoridade” (2008, p. 42). Na doutrina, há divergência quanto à quantidade e identificação desses elementos essenciais do Estado, por exemplo, Dalmo De Abreu Dallari, em sua obra, analisa “a soberania, o território, o povo e a finalidade” (2011, p. 79); Marcus Acquaviva, por sua vez, denomina como “causas constitutivas do Estado”, sendo o povo - elemento humano -, o território - base física do poder -, a ordem política ou poder político, e a finalidade do bem comum (2010, p. 24).

Apesar das divergências, o elemento físico-geográfico (território) e o elemento poder-autoridade (soberania) são comuns a todos, e merecem ser analisados.

Existe um vínculo intrínseco entre soberania e território, e segundo Raymond Aron, “Diz-se que um Estado é soberano porque, dentro do seu território, o sistema legal que

3 Aqui o termo “jurisdição” é utilizado em sua acepção ampla, o poder soberano do Estado de legislar e executar suas normas, abrangendo também a jurisdição na sua acepção estrita, de dizer o direito (MARTINEZ, p. 1047).

postula, ou com o qual se confunde, é a instância suprema [...] dentro de um espaço limitado, aplicando-se apenas às pessoas de uma certa nacionalidade.” (2002, p. 886).

Marcus Acquaviva define o território a partir de um conceito jurídico-político, superando o mero caráter geográfico. Consiste na base física do Estado, parcela de solo ou ficção jurídica, como as embaixadas, e também consiste no limite onde pode o Estado exercer sua jurisdição, onde manifesta seu poder e pode impor o sistema jurídico (2010, p. 32).

A soberania, por sua vez, é evolução do histórico de ambição na era monárquica, em que os reis almejavam ser a fonte única das decisões, definindo os direitos e obrigações daqueles sob seu comando. Durante a consolidação do Estado, após o fim da Idade Média, Hobbes e Locke propuseram formas de Estado e de soberania.

O teórico Thomas Hobbes foi o idealizador do Leviatã, com fundamentos absolutistas, reduzindo a sociedade a uma única força e vontade, em que os direitos das pessoas viriam com o Estado. Por sua vez, John Locke pressupõe um pacto de consentimento para a criação da sociedade civil, em que os direitos naturais preexistentes são limites ao poder soberano, que neles não pode intervir, esboçando o início do liberalismo (STREK, 2008, pp. 31-35).

Porém, sobreveio a ideia de outro teórico, e, em O Contrato Social, de 1762, Rousseau coloca o Estado como a “pessoa pública que se forma assim pela união de todas as outras”, num corpo moral e coletivo, com o ato de submeter sua pessoa e poder à suprema direção da vontade geral – na forma de um pacto social (ROUSSEAU, 2002, p.36). Ainda, segundo o teórico, “o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e este poder é aquele que, dirigido pela vontade geral, leva o nome de soberania.” (2002, p. 47).

Logo, de acordo com Rousseau, a vontade geral legitima o poder soberano. Tais noções do contratualista influenciaram a Revolução Francesa de 1789, em houve o rompimento com a Monarquia Absolutista e o Estado de Direito passou a ser moldado, onde o Poder se torna uma instituição, dissociado da pessoa. Ao visualizar o Estado como uma unidade política, o poder soberano será exercido sobre um determinado território, que é o limite geográfico da sua soberania. Como afirma Dallari, “O território estabelece a delimitação da ação soberana do Estado.” (2011, p. 95).

Não pretendemos avançar aqui na profundidade do estudo sobre os limites marítimos, subterrâneos e aéreos do território, que são objeto de grande discussão. Concerne a

esta pesquisa a afirmação que a divisão de espaço é o que permite que existam diversos Estados simultaneamente, delimitando a aplicação daquela ordem jurídica com exclusividade.

Desse modo, a delimitação física do Estado é indissociável do exercício da soberania. Contudo, embora a validade desse sistema seja unicamente restrito àquele espaço geográfico determinado, sua eficácia pode ir além dos limites territoriais, originando situações de atuação extraterritorial dos atos de um determinado Estado, o que exige uma atualização de tais conceitos aqui abordados.

A Soberania Sob o Prisma da Sociedade Internacional

Embora a legislação de execução penal brasileira seja uma das mais modernas do mundo, a realidade evidencia que se está muito distante de vê-la aplicada de maneira adequada. Não obstante os avanços conquistados ao longo deste século, evidencia-se que o sistema prisional não vem cumprindo com a sua finalidade, que é devolver à sociedade o cidadão, que por ter infringido uma lei teve sua liberdade restrita, apto a desenvolver um comportamento adequado às normas de convivência social impostas pelo ordenamento jurídico.

Raymond Aron esclarece que “a ordem internacional tem sido sempre territorial, consagrando um acordo entre soberanias, e compartimentalizando o espaço.” (2002, p. 253), e continua, dizendo que “A violação da linha que separa o território das unidades políticas é um *casus belli* por excelência e prova de agressão.” Assim, vemos que desde sempre, a política externa é essencialmente geográfica, territorial, de maneira que a transposição dos limites geográficos pode representar uma invasão que afronta a paz.

As relações da comunidade internacional implicam em uma coexistência pacífica, existindo um “acordo entre soberanias”, nas palavras de Raymond Aron. Marcus Acquaviva nos recorda do fenômeno da globalização, a abertura dos mercados, a facilitação da circulação de bens, serviços e pessoas, o fluxo internacional de capital, eliminando a restrição das fronteiras de forma espantosa, resultando num processo de integração global (2010, p. 57).

Sob esse prisma, a soberania emerge como característica imprescindível na ordem internacional. Lenio Streck aclara, ao mesmo tempo que é expressão do poder estatal no âmbito interno, a soberania impõe uma igualdade jurídica entre os Estados, vedando qualquer intervenção unilateral, promovendo a convivência pacífica (2008, p. 168).

Como preceitua a Carta da ONU de 1945 e também a Carta da OEA de 1948,

preconiza-se a cooperação internacional para solucionar problemas políticos, jurídicos e econômicos entre os Estados. Não existe subordinação entre os Estados, há uma paridade, de modo que a soberania de um não se sobrepõe à dos outros. Acerca da soberania no plano internacional, tomamos a definição de Kelsen:

"Se soberania significa autoridade "suprema", a soberania dos Estados como sujeitos de direito internacional não pode significar autoridade suprema absoluta, mas tão somente uma autoridade suprema relativa: a autoridade jurídica do Estado é "suprema" na medida em que ele não está sujeito à autoridade jurídica de nenhum outro Estado. O Estado é "soberano" porque está sujeito apenas ao direito internacional, não do direito interno de Estado nenhum. A soberania do Estado segundo o direito internacional é a independência do Estado em relação aos outros Estados." (2011, p. 33)

Acompanhando a evolução social promovida por essa aproximação das relações interestatais, torna-se insustentável o Direito que meramente regula questões internas dos Estados, pois as relações interestatais já transcendem os limites territoriais da soberania. Valério Mazzuoli nos ensina que naquele momento, urge a criação de normas jurídicas capazes de disciplinar atividades que transcendem os limites físicos dos Estados, constituindo o *corpus juris* do Direito Internacional Público (2011, p. 44).

Como em qualquer sistema jurídico, existem normas regulamentando direitos, deveres, obrigações, e as consequências do descumprimento das regras prescritas. Não é diferente com o Direito Internacional, cujas normas preveem a responsabilização e a promoção de reparação de danos causados pelos Estados violadores.

Cabe ao Estado, em sua autonomia e independência jurídica – conforme exposto por Kelsen, decidir se irá se submeter ou não a tais normas de direito internacional, os Tratados Internacionais. Sob essa perspectiva, Valério Mazzuoli bem salienta que “Se uma norma de Direito é superior às outras - como é o caso da Carta das Nações Unidas, em virtude do seu art. 103 - é porque os Estados aceitaram que assim deva ser.”. E prossegue, concluindo que “a vontade (ou consentimento) dos Estados ainda é o motor da sociedade internacional contemporânea.” (pp. 48-49).

Ricardo Seidenfuss corrobora este entendimento, considerando que é um atributo da própria soberania a capacidade de contrair compromissos internacionais. O autor elucida brilhantemente:

"Internamente, o Estado não sofre, a princípio, qualquer concorrência. Organizado segundo critérios que lhe são próprios, os atributos da soberania, o Estado dispõe da legitimidade que lhe confere o *poder fazer* nos limites de seu espaço territorial, onde exerce, sem partilha, seu poder discricionário." (2004, pp. 75-75)

Sua discricionariedade somente pode vir a ser limitada por princípios que inspiram sua organização, portanto por sua própria iniciativa, e por compromissos firmados com o exterior, com os quais livremente consentiu. Neste caso, a assinatura de tratados internacionais, como lembrou, em 1923, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)⁴, ‘não significa um abandono de soberania pois a capacidade de contrair compromissos internacionais é justamente um atributo da soberania do Estado’. No entanto, enquanto a formalização do compromisso decorre do exercício da soberania, sua execução tende a limitá-la.

Logo, a soberania sob a ótica da ordem internacional não representa um poder absoluto do Estado, o qual não se sujeitaria a nenhuma regra que não fosse imposta por ele próprio, mas passa a ser vista como uma qualidade de independência perante outros Estados, capaz de assumir compromissos internacionais, entre eles a aceitação de uma jurisdição internacional, capaz de responsabilizar um Estado pelo descumprimento de uma norma por ele aceita, conforme exposto no primeiro tópico deste trabalho.

Neste momento, põe-se impreterível a análise de violações de obrigações ou compromissos internacionais, no caso de ocorrerem fora dos limites territoriais e de soberania de um Estado.

EXTRATERRITORIALIDADE E RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

Dalmo de Abreu Dallari nos traz importante observação, “a prevalência de um Estado mais forte, nos limites da jurisdição de um mais fraco, é sempre um ato irregular, antijurídico, configurando uma violação de soberania” (2011, p. 90). Por conseguinte, a configuração da prática de um ato ilícito internacional em razão de violação de soberania, desde que nos moldes anteriormente trazidos (presença de três elementos essenciais – ato ou omissão imputável a um Estado, violador de direito alheio ou das gentes, havendo nexos causal entre o ato e o dano – sendo esses elementos somados à sujeição do Estado a uma jurisdição competente), permite a responsabilização internacional do Estado.

Em consonância com o já trazido nesta pesquisa, as relações entre os Estados transcendem os limites territoriais da soberania, ou seja, as fronteiras e limites definidos não impedem um Estado de propagar os efeitos de seus atos dentro de outro Estado. E, a partir do

4 Caso Wimbledon (Grã-Bretanha e outros vs. Alemanha), CPJI, de 1923, acerca do descumprimento do Tratado de Versalhes por parte da Alemanha, ao proibir um navio britânico fretado por uma empresa francesa de passar por um canal em seu território.

momento que um Estado ultrapassa tal limite imposto a ele, seja por limites territoriais, ou por restrições delimitadas em instrumento internacional, agindo em outro Estado, acarreta a responsabilidade internacional daquele.

Corte Europeia de Direitos Humanos

Não é incomum que estados violem normas internacionais, como as recorrentes violações de direitos humanos, fora de suas fronteiras territoriais, nestes casos, é corrente a alegação de incompetência *ratione loci* como exceção preliminar de mérito, a Corte Europeia de Direitos Humanos, doravante CEDH, é marcada pelas inúmeras demandas em que analisou a respeito do tema.

A Egrégia Corte Europeia de Direitos Humanos já entendeu que o termo jurisdição não está limitado ao território nacional, sendo possível imputar atos ocorridos fora das barreiras territoriais que foram cometidos por autoridades, ou sob suas ordens, que produzam efeitos exteriormente. A conceituação precisa da extensão da jurisdição é imperiosa, pois, atos violadores de Direitos Humanos cometidos fora da jurisdição estatal não serão responsabilidade daquele que é demandado perante um Tribunal Internacional.

No emblemático caso “*Loizidou v. Turkey*” a Corte Europeia, doravante CEDH, entendeu que durante uma ocupação militar em que há controle efetivo do território ocupado haverá o exercício da jurisdição. (1995, p. 17). A demandante, nacional do Chipre, nasceu e foi criada em Kyrenia, neste local, é proprietária de imóveis que estão registrados nos órgãos competentes do Chipre, no entanto, após a ocupação militar pela Turquia no Norte do Chipre que ocorreu em 20 de julho de 1974, ela foi privada e continua privada do pleno uso e gozo de suas terras. (1996, p. 4).

A ocupação foi de tamanha monta que em 1985 foi elaborada uma constituição para a área ocupada, o então “Estado” recém-criado foi chamado de República Turca do Norte do Chipre, tal diploma previa a desapropriação de terras “abandonadas”, mesmo que essas estivessem registradas nos órgãos de registro (1996, p. 5).

No entanto, esta nação nunca foi reconhecida pelos órgãos internacionais como uma nação soberana, o Conselho de Segurança da ONU se posicionou pela inexistência de uma nação instalada no norte do Chipre (1996, p. 6), imputando como responsável pelos atos internacionalmente ilícitos as autoridades da Turquia.

No caso “*Banković et al v. Belgium et al*” a CEDH expressamente pontua que o

entendimento comum do termo “Jurisdição”, de acordo com a Doutrina internacional, é primariamente restrito aos limites territoriais, no entanto, isto não exclui o exercício da jurisdição extraterritorial ao analisar o caso em concreto (2001, p. 16)

O contexto neste caso se deu diante de bombardeiro aéreo, no entanto, a CEDH entendeu que tal ato não constituiu controle efetivo sobre o território, impossibilitando a aplicação extensiva do conceito de jurisdição. A decisão foi severamente criticada, uma vez que deixou nos precedentes uma fenda para que os estados possam bombardear território alheios sem que isso o responsabilize posteriormente. Em suma, a corte entendeu que bombardeiros aéreos precisos não configuram um controle efetivo.

O controle efetivo necessário para a responsabilização estatal por práticas militares pode ocorrer de forma permanente, da como no caso Turquia em que havia uma estabilidade, no entanto, ainda poderá ocorrer casos em que o controle desempenhado pelas autoridades estrangeiras se dá de forma temporária.

Seguindo a linha de raciocínio acima exposta, no caso “Case of Issa and Others v. Turkey” a corte avaliou a caracterização do exercício do controle efetivo pela Turquia, o caso é simbólico, pois, a Corte Europeia não somente avaliou a responsabilização do Estado por atos fora de suas bordas, mas também, analisou a aplicação da doutrina do “effective overall control” fora do território Europeu.

Em que pese a inadmissibilidade da demanda, a CEDH citou que de acordo com os princípios de direito internacional, a responsabilidade estatal pode advir de uma ação militar, independentemente de ser lícita ou ilícita, se o estado detém o controle efetivo da área fora de seu território nacional. Portanto, a obrigação de respeitar e fazer respeitar os direitos Humanos naquela área deriva de tal controle, independe se é exercido diretamente pelas forças armadas ou se através da administração local. (2005, p. 23).

A operação empreendida pela Turquia consistia na busca de esconderijos de terroristas no norte do Iraque, pois bem, a Corte não exclui que, como consequência desta operação militar, o estado demandado possa ter exercido, mesmo que temporariamente, um controle sobre determinados pedaços do solo Iraquiano. (2005, p. 24).

A corte salientou que mesmo levando em conta o grande número de tropas que participaram de tal operação, não fica claro se a Turquia exerceu ou não controle efetivo sobre todo o norte do Iraque, há que se diferenciar tal circunstância com a qual observou-se na ocupação do norte do Chipre. Naquela demanda existiam mais de 30.000 soldados que

estavam constantemente patrulhando o norte do território (2004, p. 24). Não foi possível verificar se houve ou não um controle efetivo ali estabelecido pois, diante do princípio em que as circunstâncias relatadas pelas vítimas devem estar “beyond reasonable doubt”, isto é, além de qualquer dúvida razoável, os parâmetros fixados para estabelecer tal ocorrência deve ser seguido de uma coexistência de suficientemente forte, clara e concordante inferências ou similar indubitáveis presunções dos fatos (2005, p. 24). Portanto, a Corte entendeu que, diante das dúvidas razoáveis e das testemunhas “imparciais”, não é correto falar que as vítimas estavam sobre a jurisdição da Turquia.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Dando continuidade à consolidação da jurisprudência da Corte Europeia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante Corte IDH, da mesma forma passa a aplicar a Teoria do Controle Efetivo no julgamento de casos de violações de direitos humanos por um Estado fora de seu território. Desde o início dos seus trabalhos, após a promulgação de seu Estatuto em 1980, é possível encontrar diversos informes e julgados que tratam do tema.

Daniel Cerqueira realiza um apanhado histórico do monitoramento da Corte IDH sobre violações em outros territórios, e temos, por exemplo, o Informe Sobre a Situação de Direitos Humanos no Chile, de 1985, em que a Corte se pronunciou sobre os assassinatos de funcionários do governo de Salvador Allende, ocorridos nos Estados Unidos e na Argentina, e o Informe Sobre a Situação de Direitos Humanos No Suriname, do mesmo ano, onde foi analisado o contexto de ataques contra surinameses na Holanda, por agentes do Estado surinamês (2015, p. 18).

Ao tratar de petições e casos, o Relatório de Admissibilidade n. 112/2010 da Corte IDH aborda a competência territorial de forma mais específica, e é utilizado como parâmetro. Trata-se da segunda petição interestatal da Corte⁵, em que o Equador imputa a responsabilização da Colômbia pela execução extrajudicial de Franklin Molina, numa ação militar colombiana em território equatoriano. Foi alegada pela Colômbia a exceção preliminar de incompetência territorial, utilizando do termo “jurisdição” trazido no artigo 1.1 da Convenção Americana. Ao apreciar os alegados, a Corte interpretou tal expressão de forma a ampliar a margem de proteção aos direitos garantidos pela Convenção, e entendeu que os

5 Existem apenas duas petições interestatais propostas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a primeira da Nicarágua contra a Costa Rica, e a segunda aqui tratada, do Equador contra a Colômbia.

Estados poderiam ser internacionalmente responsáveis por atos ou omissões não apenas dentro, mas também fora de seu território, desde que numa esfera que exerçam jurisdição (2010, p. 16).

Isso exclui a definição meramente territorial de soberania e jurisdição, trazendo uma nova luz sobre os conceitos históricos expostos no tópico anterior. Passa a ser admitido que atos de violação executados em território estrangeiro e atribuíveis ao Estados de origem, geram responsabilidade internacional quando for verificada na situação autoridade governamental, além de ter o apoio e cooperação do Estado em tal conduta (CERQUEIRA, 2015, p. 20).

Importante observar que há casos em que não se verifica o controle efetivo, ou seja, a autoridade soberana do Estado sobre o território ou a pessoa, porém, atribui-se a responsabilidade do Estado em razão da inércia. A Corte IDH, no Informe de medidas provisionais da Comissão publicado em 2000, acerca das execuções extrajudiciais na Guatemala, atribui certas violações ao Estado, pois este agiu com aquiescência em face de atos ilícitos internacionais de particulares (2000, s.p.).

A questão da tolerância do Estado à condutas ilícitas em outros territórios já foi analisada também em outros casos julgados pela Corte IDH, como o Caso do Massacre de Pueblo Bello v. Colômbia, em que a Colômbia, diferentemente do caso interestatal trazido, em que atuou com forças militares dentro do Equador, esta situação é a convivência da Colômbia com a criação de grupos paramilitares ilegais, propiciando um ambiente de risco para os cidadãos, mesmo quando poderia evitá-lo, ao rechaçar a formação das milícias (2006, p. 101).

Podemos extrair que a Corte Interamericana vem se baseando nos seguintes critérios para imputação de responsabilidade por violações ocorridas fora do território daquele Estado: a) quando há controle efetivo do território estrangeiro; 2) quando o Estado exerce autoridade sobre o presumido transgressor da obrigação internacional, como agente estatais em atuações paramilitares; e 3) quando o Estado atua com aquiescência perante as condutas violadoras.

Segundo Daniel Cerqueira, os pronunciamentos da Corte IDH criaram parâmetros para a análise de situações em que há o rompimento do limite territorial e poderia viabilizar a responsabilização do Estado que promoveu tal ação ou foi conivente com ela (2015, p. 21).

No âmbito da América Latina vem sendo promovido a responsabilidade do país de origem em casos de empresas operando em outros países, tendo como principal expoente o movimento pela responsabilização do Canadá, cujas empresas mineiras atuantes em países

como Colômbia, Guiana, Chile, México e Argentina, são acusadas de causar violações de direitos humanos, principalmente direitos sociais, e, em razão de receberem investimento público do Canadá, poderia implicar na responsabilidade deste, e reitera Salvador Herencia Carrasco a possibilidade de imputação dessas violações ao Canadá, pois “Uno de los elementos para determinar la responsabilidad internacional de un Estado es la dirección y control que puede tener sobre un agente” (2015, p. 28).

A partir de tais premissas manifestadas na jurisprudência e informes periódicos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, vislumbra-se o embrião de um marco internacional que regulamente a atuação extraterritorial dos Estados ante a violação de direitos humanos, sendo inegável que é cada vez mais recorrente os efeitos extraterritoriais das ações dos Estados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem jurídica internacional encontra-se num patamar em que as relações entre os Estados não se restringem às fronteiras geográficas. Observamos que muito embora a delimitação física do Estado possui vínculo intrínseco com o exercício da sua soberania, ou seja, a autoridade para legislar e executar suas normas, os efeitos de seus atos são capazes de propagar-se além dos limites territoriais da soberania. A partir do momento em que há o rompimento dessa barreira, e atos de um determinado Estado acarretam em violações de normas internacionais no território de outro Estado, estaremos diante de um ato ilícito internacional, o que implica na sua responsabilidade internacional.

O sistema jurídico internacional prevê normas regulamentando as obrigações internacionais e as consequências do descumprimento de tais normas, sendo consagrado que deve haver a responsabilização e a promoção de reparação de danos quando há um ato ou omissão decorrente de violação de direito alheio ou de uma norma de direito das gentes imputável a um Estado. E tal fórmula deve ser aplicada ainda que se tratando de uma violação extraterritorial.

Diversas são as barreiras que dificultam a responsabilidade quando se trata da extraterritorialidade, pois, na conceituação primária, a jurisdição de um Estado está restrita ao seu território, não podendo ser responsabilizado por fatos ocorridos fora desses limites. Por tal razão, é imprescindível a extensão do conceito de jurisdição e soberania, para viabilizar que seja demandado perante um Tribunal Internacional.

A Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao longo de sua história como órgãos de apreciação de violações de direitos humanos vem estabelecendo parâmetros que possibilitam a responsabilização extraterritorial aqui discutida. Os critérios utilizados consistem (i) no exercício do controle efetivo sobre o território estrangeiro, como em casos de ocupação, (ii) no exercício de autoridade sobre o presumido transgressor da obrigação internacional, ou (iii) quando verificada a convivência do Estado com as violações em outros Estado, tendo a possibilidade de eliminar esse risco.

A partir da consolidação de tais fundamentos da responsabilidade extraterritorial, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e seu órgãos solidificam-se como mecanismo de preservação da comunidade internacional e de seus membros.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. Teoria Geral do Estado. Barueri: Manole, 2010.

ARON, Raymond. Paz e guerra entre as nações. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002.

CARRASCO, Salvador Herencia. Industrias extractivas y la protección de los derechos humanos en las Américas: sobre la necesidad de un sistema de responsabilidad que incluya al Estado de origen de las inversiones. Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), n. 20, ano 8, ago. 2015, pp. 27-29.

CERQUEIRA, Daniel. La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el sistema interamericanos: contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos. Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), n. 20, ano 8, ago. 2015, pp. 18-21.

CEDH. Banković et al v. Belgium et al. Sentença de 12 de dezembro de 2001. Aplicação N. 52207/99. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-22099&filename=001-22099.pdf>> Acesso em 25 jun 2016.

_____. Loizidou v. Turkey. Sentença de 18 de dezembro de 1996. Aplicação N. 15318/89. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58007&filename=001-58007.pdf>> Acesso em 25 jun. 2016.

_____. Case of Issa and others v. Turkey. Sentença de 30 de março de 2005. Aplicação N. 31821/96. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67460>>. Acesso em 25 jun. 2016.

CIDH. Ejecuciones Extrajudiciales. Guatemala. Informe medidas provisionales 39/00. 13 de abril de 2000. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De>>

[%20Fondo/Guatemala10586.htm](#)> Acesso em 23 jun. 2016.

_____. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. Capítulo III, Derecho a la vida. Muertes ejecutadas fuera de Chile. OEA/Ser.L/V/II.77, rev.1, 8 de maio de 1985. Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/Chile85sp/Indice.htm>> Acesso em 23 jun. 2016.

_____. Informe No. 112/10, Admisibilidad, Petición Interestatal PI-02, Franklin Guillermo Aisalla Molina (Colombia - Ecuador). 21 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/1.COADPI-02.doc>> Acesso em 23 jun. 2016.

_____. Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Surinam. Capítulo V, Libertad de resistencia y transito. Consideraciones especiales: ataques terroristas a la comunidad surinamesa en exilio. OEA/Ser.L/V/II.66, rev.1, 2 de outubro de 1985. Disponível em: <<http://www.cidh.org/countryrep/Suriname85sp/indice.htm>> Acesso em 23 jun. 2016.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, N. 140. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf> Acesso em 23 jun. 2016.

CPIJ. Case concerning the factory at Chorzow. Sentença de 26 de julho de 1927. Série A, N. 9. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf> Acesso em 20 jun. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. São Paulo: Saraiva, 2011.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Acesso em 25 jun. 2016.

Grupo de Trabalho sobre Mineração e Direitos Humanos na América Latina. El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá. Washington: Fundación para el Debido Proceso (DPLF), 2014. Disponível em: <http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_canada_completo.pdf> Acesso em 23 jun. 2016.

KELSEN, Hans. A paz pelo Direito. Trad. Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. Princípios do direito internacional. Trad. Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin, revisão da tradução de Arno Dal Ri Júnior. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. Jurisdição extraterritorial em direito da concorrência: balanço e perspectivas. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101 pp. 1047-

1075, jan./dez. 2006. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67733/70341>> Acesso em 21 jun. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Curso de direito internacional público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Limites da responsabilidade do estado: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do estado na constituição federal brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

Organização das Nações Unidas (ONU). Carta da Organização das Nações Unidas. São Francisco, 1945.

Organização dos Estados Americanos (OEA). Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”). Costa Rica, 1969.

_____. Carta da Organização dos Estados Americanos (“Pacto de Bogotá”). Bogotá, 1948.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social (princípios de direito político). Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. Relações Internacionais. Barueri: Manole, 2004.

STREK, Lenio Luiz. Ciência política e teoria do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.