

# RESPONSABILIDADE DO ESTADO



**V** SIMPÓSIO  
INTERNACIONAL  
DE ANÁLISE  
CRÍTICA DO  
DIREITO  
**SIACRID**



ORGS.  
Renato Bernardi  
Ricardo Pinha Alonso  
Wilton Boigues Corbalan Tebar

2015 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

**Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (V SIACRID)**

Renato Bernardi; Ricardo Pinha Alonso; Wilton Boigues Corbalan Tebar  
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves  
(Editor)

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

**Comissão Científica do V SIACRID**

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>a</sup> Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)  
Prof. Dr. Angel Cobacho López (Universidade de Murcia)  
Prof. Dr. Sergio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Responsabilidade do Estado / Renato Bernardi;  
Ricardo Pinha Alonso; Wilton Boigues Corbalan  
Tebar, organizadores. -1. ed. - Jacarezinho, PR:  
UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. (Anais do V  
Simpósio Internacional de Análise Crítica do  
Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-27-2

1. Responsabilidade do Estado / Renato Bernardi;  
Ricardo Pinha Alonso; Wilton Boigues Corbalan  
Tebar

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**

<b>A EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO: REFLEXÕES ACERCA DOS “ROYALTIES DO PETRÓLEO”, RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR E DANO AMBIENTAL</b>	<b>05</b>
Larissa Maria da TRINDADE Meire Aparecida Furbino MARQUES	
<b>A JUSTIÇA NÃO PODE ESQUECER: A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À MEMÓRIA NOS PROCESSOS DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO</b>	<b>24</b>
Eric Bortoletto FONTES	
<b>A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO BÁSICA INFANTIL COMO FRUTO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA: ANÁLISE CRÍTICA E PROPOSTAS À LUZ DO CASO EM CONCRETO NO MUNICÍPIO DE IBIPORÃ – PARANÁ.</b>	<b>46</b>
Luiz Henrique Batista de PEDROZO	
<b>A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO</b>	<b>70</b>
Larissa ROSATO	
<b>AÇÃO LEGISLATIVA NO COMBATE A CORRUPÇÃO: A PREVISÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA LEI 12.846/2013</b>	<b>90</b>
Isabelle Muraro GONÇALVES	
<b>BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS ÁGUAS</b>	<b>116</b>
Wellington Boigues Corbalan TEBAR Alvaro YANAGUI	
<b>CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O IMPACTO DO CASO “GUERRILHA DO ARAGUAIA”</b>	<b>130</b>
Lorena Ferreira FERNANDES	
<b>CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO</b>	<b>161</b>
Leticia Soares PADOAN Francisco Antonio Nieri MATTOSINHO	
<b>DIREITO À SAÚDE: A OBSERVÂNCIA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS COMO PARÂMETRO PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL</b>	<b>183</b>
Priscila Aparecida EHLICH Matheus Gomes CAMACHO	

<b>ESTADO, RESPONSABILIDADE E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO: COMENTÁRIOS AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 727.864/PR</b>	<b>209</b>
Fabrcio Fracaroli PEREIRA	
<b>GARANTISMO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONFLITOS E TENSÕES</b>	<b>229</b>
Moacyr Miguel de OLIVEIRA	
<b>GESTÃO DEMOCRÁTICA PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA</b>	<b>257</b>
Fabiana Polican CIENA Danielle Regina Bartelli VICENTINI	
<b>OS REFUGIADOS AMBIENTAIS E A TUTELA DE SEUS DIREITOS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ESTATAIS EM VISTA DOS RECENTES ACONTECIMENTOS NO BRASIL E NEPAL</b>	<b>279</b>
Ana Luiza Godoy PUCCINELLI Lucyellen Roberta Dias GARCIA	
<b>TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DA ESTRATÉGIA SAÚDE DA FAMÍLIA (ESF) – ASPECTOS RELEVANTES</b>	<b>301</b>
Leonardo Fregonesi de MORAES	
<b>RESPONSABILIDADE DO ESTADO E LICENCIAMENTO AMBIENTAL: OS LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO À LUZ DO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES</b>	<b>325</b>
Claudia Karina Ladeia BATISTA Mário Lúcio Garcez CALIL	
<b>SUSTENTABILIDADE AUSTERIDADE E A CONTRATUALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS NOS TERMOS DA LEI 13019-2014</b>	<b>350</b>
Winnicius Pereira de GÓES Thadeu Augimeri De Goes LIMA	

# A EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO: REFLEXÕES ACERCA DOS “ROYALTIES DO PETRÓLEO”, RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR E DANO AMBIENTAL

*Larissa Maria da TRINDADE<sup>1</sup>  
Meire Aparecida Furbino MARQUES<sup>2</sup>*

## RESUMO

Este artigo tem como objetivo tratar de três questões pontuais que permeiam a temática da exploração do petróleo, sendo elas: a polêmica acerca dos “Royalties do Petróleo”, a responsabilidade civil do Estado Legislador e o dano ambiental ou ecológico. Estas últimas mais intimamente ligadas à Responsabilidade Civil do Estado. Objetiva-se realizar uma breve explanação sobre as problemáticas de ordem jurídica que envolvem a exploração do petróleo, de modo que se possa destacar a importância de uma discussão mais ampla e profunda sobre esse tema dentro do cenário jurídico. Para enfatizar a temática dos Royalties do Petróleo será estudada a Lei nº 12.734/2012 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4917 afeta ao tema. Também será abordada a questão dos critérios de partilha, antes e depois das novas legislações.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Estado. Royalties. Petróleo. Inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

This article aims to address three specific issues that permeate the issue of oil exploration, namely: the controversy about the "Petroleum Royalties", the civil liability of the State Legislator and the environmental or ecological damage. The latter more closely linked to Civil Liability of the State. The objective is to conduct a brief explanation of the issues of law involving the exploitation of oil, so that we can highlight the importance of a broader and deeper discussion of this issue within the legal setting. To emphasize the theme of Petroleum Royalties will be studied Law No. 12,734 / 2012 and the direct action of unconstitutionality (ADI) 4917 affects the subject. It will also address the issue of sharing criteria, before and after the new legislation.

**KEYWORDS:** Civil Responsibility. State. Royalties. Oil. Unconstitutional.

## INTRODUÇÃO

A questão envolvendo o debate acerca da temática “Os Royalties do Petróleo”

---

1 Estudante de Pós-graduação - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

2 Estudante de Pós-graduação – PUC/MINAS.

está intimamente ligada ao Direito Financeiro, quanto ao tópico receitas públicas, mas não só a ele, visto que a temática acerca da exploração do petróleo, enquanto recurso natural escasso e finito, também aparece em outras searas jurídicas.

Relaciona-se, em certa parte, também com a temática da Responsabilidade Civil do Estado em dois pontos distintos: a questão do dano ambiental ou ecológico e a questão da responsabilidade civil do Estado legislador, quanto ao dano provocado por lei inconstitucional.

Neste artigo, pretende-se fazer uma breve abordagem de alguns pontos importantes vinculados ao tema dos royalties e da exploração do petróleo, quais sejam: a fonte normativa e a base legal; a decisão do STF e a abordagem acerca do critério de partilha utilizado anteriormente e o que vigorará a partir da nova legislação.

Além disso, pretende-se trabalhar com os conteúdos afetos à Responsabilidade Civil do Estado e que se encontram ligados ao tema, como anteriormente citado.

Para situarmos a temática dentro do ordenamento jurídico necessário demonstrar aspectos relacionados à competência dos entes federativos para pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural; e para registro, acompanhamento e fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais. Sobre esse quesito, discorre com propriedade Oliveira:

É da competência da União a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica (letra b do inciso XII do art.21, tendo o monopólio da “pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos” (inciso I do artigo 177, pertencendo-lhe, também, “as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica” (art.176, com a redação dada pela EC n. 6/95), constituindo-se em propriedade distinta da do solo. É que integram o patrimônio da União “os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva” (inciso V do art.20), “os potenciais de energia hidráulica” (inciso VIII do art.20) e “os recursos minerais, inclusive os do subsolo” (inciso IX do art.20), a ela cabendo sua exploração. De outro lado, aos Estados-membros compete “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios” (inciso XI do art. 23). (OLIVEIRA, 2011, p.241).

Os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, o mar territorial, os terrenos de marinha, os potenciais de energia hidráulica

e os recursos minerais, entre os quais inclui-se o petróleo e outros, são considerados bens pertencentes ao patrimônio da União, conforme dispõe o artigo 20 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por ser bem da União, tem ela o dever de explorar o petróleo e fazê-lo dar lucro aos cofres públicos por meio de concessões, permissões, autorizações de uso, uma vez que uma boa administração deve visar também à produtividade e à arrecadação de receitas para suportar as despesas públicas.

Diante disso, faz-se necessário analisar, em caráter prioritário, a base normativa que rege as disposições da temática dos Royalties do Petróleo.

### **FONTE NORMATIVA E BASE LEGAL**

Segundo a Subchefia para assuntos jurídicos da Presidência da República, a Lei nº 12.734 de 30 de novembro de 2012, mais conhecida como Lei dos Royalties do Petróleo, modificou as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 e a nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1º da Lei nº 12.734/2012:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o pagamento e a distribuição dos royalties devidos em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos conforme disposto nas Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, bem como sobre o pagamento e a distribuição da participação especial a que se refere o art. 45 da Lei nº 9.478, de 1997. Parágrafo único. Os royalties correspondem à compensação financeira devida à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios pela exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição. (BRASIL, 2015).

Ainda sobre a Lei dos Royalties do Petróleo é importante destacar de qual Projeto de Lei ela se originou, como ocorreu sua tramitação e qual o seu objetivo principal. Sobre esses três aspectos leciona com propriedade o consultor legislativo

Paulo César Ribeiro Lima, em nota técnica da Câmara dos Deputados:

Essa Lei originou-se do Projeto de Lei do Senado – PLS nº 448/2011, de autoria do Senador Wellington Dias, relatado pelo Senador Vital do Rêgo, cujo substitutivo, além de aprovado no Senado, foi aprovado, sem emendas, na Câmara dos Deputados. Seu principal objetivo é promover uma descentralização na distribuição das receitas de royalties e participação especial para os entes federativos, principalmente no caso de a produção ocorrer na plataforma continental. O dispositivo da Lei nº 12.734/2012 que trata do regime de concessão foi vetado pela Presidente da República, mas esse veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional, fazendo com que fosse promulgado o inteiro teor dessa Lei. No entanto, os dispositivos dessa Lei que introduziam novos critérios para essa distribuição foram suspensos, em caráter cautelar, por decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia. Antes da aprovação da Lei nº 12.734/2012, as Casas do Legislativo Federal já haviam aprovado novas regras para a distribuição dos royalties e participação especial por duas vezes. A primeira foi a votação, na Câmara dos Deputados, de Emenda de autoria dos Deputados Federais Humberto Souto e Ibsen Pinheiro, conhecida como Emenda Ibsen, quando da aprovação do Projeto de Lei nº 5.938/2009. A segunda vez foi no Senado Federal, quando, na votação do Projeto de Lei da Câmara – PLC nº 7/2010, foi aprovada Emenda de autoria do Senador Pedro Simon, que mantinha, em linhas gerais, o conteúdo da Emenda Ibsen, mas estabelecia que a União deveria compensar Estados e Municípios por eventuais perdas decorrentes das mudanças das regras. Contudo, o dispositivo relativo à Emenda Simon, aprovado também na Câmara dos Deputados, foi vetado pelo Presidente da República. Esse veto não foi apreciado pelo Congresso Nacional. (LIMA, 2013).

8

Os royalties muito interessam ao direito financeiro, pois sua exploração é vista como importante fonte de recursos, considerados receitas originárias provenientes do patrimônio público - receitas líquidas.

A Constituição Federal garante que Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da Administração Direta da União participem do resultado da exploração do petróleo. Disciplina, ainda, a partilha dos royalties no Brasil, matéria esta também regulamentada por legislação infraconstitucional que dispõe quanto à exploração.

A discussão que ganhou peso sobre a temática dos royalties do petróleo está intimamente ligada ao território de sua exploração, expressão essa prevista no artigo 20, §1º da CRFB/1988. Acerca da questão territorial, os Estados Produtores defendem que devem ter uma parcela maior dos royalties, mas na verdade eles não produzem o



petróleo. O petróleo é riqueza do solo que pertence à União e a todo o povo, de modo que os Estados onde foram encontradas as jazidas tão somente cumprirão o papel de realizar sua extração.

Tendo em vista o exposto acima, alguns doutrinadores entendem que a possibilidade de repartição dos recursos auferidos com a exploração do petróleo a apenas alguns Estados seria inconstitucional e inclusive fator que suscitaria e acentuaria desigualdades regionais no quesito arrecadação das receitas públicas, quando na verdade o dinheiro a ser investido é da União (para fiscalização, extração, administração das plataformas) e não dos Estados. (OLIVEIRA, 2011).

Por estarem no território da zona do pré-sal, os autos-intitulados Estados Produtores, por óbvio e por previsão constitucional, têm o direito de receber parcela dos Royalties, mas esse direito não pode e não deve excluir os demais Estados de receberem recursos auferidos com essa extração, inclusive em parcelas iguais.

Sobre essa questão é importante discorrer acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

9

## **ANÁLISE DA DECISÃO DO STF**

Em 15 de março de 2013, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida liminar contra as novas regras de distribuição dos royalties e participações especiais devidos pela exploração do petróleo, introduzidas pela Lei Federal nº 12.734/2012.

Nessa ADI, também conhecida como ADI 4917, o governador alega em suas teses que as novas regras não podem ser aplicadas para as concessões já realizadas antes da promulgação da Lei nº 12.734/2012, uma vez que concluir por essa aplicação é ilegítimo. Além disso, defende ele a tese do Pacto Federativo e alega que o pagamento dos royalties do petróleo caminha em contrapartida ao regime do ICMS incidente sobre o petróleo.

Segundo ele a nova lei deveria se preocupar com os Estados Produtores, os quais arcarão com os ônus da exploração, com os impactos ambientais, com os riscos associados à exploração. No entanto, na verdade ela privilegia os Estados que não estarão sujeitos a riscos e impactos da extração do petróleo, que já se beneficiam

quanto ao regime do ICMS incidente sobre o petróleo. Os Estados produtores apesar de não receberem o ICMS, devem receber os recursos previstos no artigo 20, §1º da CRFB/1988 para que as receitas sejam compensadas em alguma medida.

Nesse sentido, cabe destacar parte do relatório da decisão do STF, que menciona exatamente quais os dispositivos da lei que foram questionados quanto à sua constitucionalidade:

Na presente ação, o Governador do Estado do Rio de Janeiro põe em questão a validade constitucional dos “arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, todos com a redação dada pela Lei Federal n. 12.734/2012”, argumentando que por estes dispositivos teria sido levada a efeito “verdadeira inversão do sistema constitucional de pagamento de royalties e participações especiais, colocando em seu centro os Estados e Municípios não-produtores, cujas receitas serão imediata e progressivamente ampliadas de forma bastante intensa, à custa dos entes produtores” (fl. 21), o que contrariaria o § 1º do art. 20 da Constituição da República. Segundo o Autor, a Constituição “faz uma associação direta e inequívoca entre o pagamento da compensação e o fato de haver produção situada no ente. Além da literalidade do dispositivo, a lógica da compensação aos produtores é justificada por diversas razões objetivas, igualmente baseadas na Constituição. Embora o bem pertença à União (CF/88, arts. 20, IX, e 176, caput), sua produção gera uma série de ônus e riscos para os entes locais em cujo território ocorre a exploração. Por conta disso, a Constituição exige que os Estados e Municípios produtores sejam compensados... (fl. 28). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4917 MC/DF-DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE; Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/03/2013)

10

Em notícia de 18 de março de 2013 do Supremo Tribunal Federal consta a decisão da Ministra Cármen Lúcia a respeito da medida cautelar suscitada na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em sua decisão monocrática, ela suspendeu alguns dispositivos da Lei nº 12.734/2012 que determinava novas regras para a distribuição dos royalties (NOTÍCIAS DO STF, 2013). No entanto, sua decisão ainda necessita ser referendada pelo Plenário. Nesse sentido cabe destacar o posicionamento da Ministra sobre o caso:

Segundo a ministra, a extraordinária urgência demandada para o

exame da cautelar foi enfatizada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro que incluiu na petição “valores vultosos e imprescindíveis para o prosseguimento dos serviços públicos essenciais estaduais e dos municípios situados no Estado do Rio de Janeiro, e que seriam desidratados com a aplicação imediata do novo regramento. A alteração das regras relativas ao regime de participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou da compensação pela exploração, sem mudança constitucional do sistema tributário, importa em desequilibrar o tão frágil equilíbrio federativo nacional e em desajustar, mais ainda, o regime financeiro das pessoas federadas sem atenção aos princípios e às regras que delineiam a forma de Estado adotada constitucionalmente”, afirma a ministra na decisão liminar. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013).

Em sua decisão, quando da apreciação da liminar, a Ministra ressaltou a importância do tema e a urgência da solução para o mesmo, visto que a questão da distribuição dos royalties envolve a manutenção do pacto federativo e a segurança jurídica. Defendeu ainda a total pertinência da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, sem a qual não seria possível apreciar a questão que envolve, entre tantas outras coisas, o princípio federativo e as regras do modelo constitucional contemporâneo.

Portanto, a decisão final da ministra, em caráter cautelar, proferida no dia 18 de março de 2013, destacada na íntegra, foi a seguinte:

Pelo exposto, na esteira dos precedentes, em face da urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos objetivamente demonstrados da eficácia dos dispositivos e dos seus efeitos, de difícil desfazimento, defiro a medida cautelar para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, até o julgamento final da presente ação. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4917 MC/DF-DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/03/2013, p. 35)

Fato é que a promulgação da Lei nº 12.734/2012 e a posterior decisão da Ministra Cármen Lúcia, em caráter liminar suspendendo a eficácia de alguns dispositivos da lei dos royalties causou grande impacto sendo necessário definir e explicar o que muda nos critérios de partilha.

## **ABORDAGEM ACERCA DO CRITÉRIO DE PARTILHA**

O sistema de partilha de recursos tem como objetivo proteger o interesse nacional, promovendo o desenvolvimento, ampliando o mercado de trabalho e valorizando os recursos energéticos e também protegendo os direitos do consumidor e do meio ambiente. (OLIVEIRA, 2011).

Esse sistema tem total ligação com a temática do presente artigo, justamente por ter sido modificado, dando ensejo a dúvidas quanto ao novo e ao antigo critério de partilha. Sobre esse sistema serão pontuadas algumas observações nesse capítulo.

## **ANTIGO CRITÉRIO DE PARTILHA**

O antigo critério era regulado pela Lei nº 9.478/97. Antigamente, o Brasil era dependente de petróleo do exterior e por isso esse tipo de mineral não fazia parte da receita, mas sim do custo. Já nos idos de 1999, a Lei nº 9.847 dispôs sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, considerado como de utilidade pública (§1º do art. 1º da referida lei). (OLIVEIRA, 2011).

A Lei nº 9.478/1997 criou o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (que administra os direitos de exploração e produção de petróleo), definiu o monopólio da União sobre o petróleo e estabeleceu o marco regulatório como a concessão ou autorização por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no país. Determinou, ainda, que os contratos de concessão deveriam ser precedidos de licitação e o concessionário deveria agir por sua conta e risco. (OLIVEIRA, 2011)

O concessionário explorava por sua conta e risco e caso obtivesse êxito na sua empreitada de exploração, era possível que a propriedade do petróleo fosse transferida para ele, incidindo encargos e tributos sobre essa operação, conforme estabelece o artigo 26 da Lei nº. 9.478/1997. (OLIVEIRA, 2011).

Tudo que fosse extraído passava à propriedade do concessionário. Portanto, o antigo critério de partilha, na verdade, não era um critério de partilha em si, mas sim baseado no regime de concessão que só terminava quando ocorressem algumas das

hipóteses do artigo 28da Lei nº 9.478/1997. (OLIVEIRA, 2011).

A descoberta de petróleo na bacia de Santos e do pré-sal alterou a realidade de dependência do petróleo estrangeiro, vindo à tona outra legislação infraconstitucional com novo marco de regulação, que será a seguir pontuado.

## **NOVO CRITÉRIO DE PARTILHA**

O novo critério instituiu o sistema de partilha para ocupar o lugar do regime de concessão, por meio da promulgação da Lei nº 12.351/2010, alterando a forma de exploração. Assim, não mais existe a transferência da propriedade exclusiva do petróleo para o concessionário, nos casos de obtenção de êxito. Nesse momento, a vantagem passa a ser o direito à apropriação do custo do óleo.

Não há mais a figura do concessionário, mas sim do contratante e do contratado, de modo que a Petrobrás S/A é a operadora de todos os blocos contratados. No caso de obter êxito, são descontados os investimentos e custos do contratado e tudo o que for produzido é dividido entre ele e a União. O contratado é pago em óleo.

Regis Fernandes de Oliveira leciona com propriedade sobre o sistema de partilha de produção e o novo sistema adotado a partir da Lei nº 12.351/2010:

Considera-se partilha de produção o regime de exploração e produção do petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato (art. 2º, I). (OLIVEIRA, 2011, p. 263).

Assim como o Brasil, Rússia, Angola, Líbia e Cazaquistão adotam o regime de partilha. Os demais países mundo afora adotam o regime de concessão: o mais comum. (OLIVEIRA, 2011).

O contrato de partilha possui duas fases: exploração e produção. A União não investe diretamente em nenhuma das suas fases, mas recebe as receitas partilhadas do êxito da exploração. Caso não logre êxito, a contratada arcará com todos os prejuízos

por sua conta e risco. (OLIVEIRA, 2011).

Para se entender melhor a questão, necessário tratar, ainda que brevemente, de algumas temáticas do Direito Administrativo que estão correlacionadas ao tema, ainda que indiretamente.

## **BREVES REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Em linhas gerais, a teoria da responsabilidade civil do Estado fundamentada na teoria do risco administrativo é a teoria adotada pelo direito brasileiro, e aplica-se à Administração Pública direta, indireta e aos prestadores de serviço público.

Como a atuação estatal envolve inúmeras atividades surge o risco natural a que se sujeita o particular, aí se fundamentando a responsabilidade objetiva. Por isso, no caso da responsabilidade objetiva, ao lesado cumpre a prova apenas de que sofreu dano injusto em função de alguma atividade estatal para que nasça a obrigação indenizatória da administração pública.

Sobre o tema leciona com propriedade José dos Santos Carvalho Filho:

Verifica-se, portanto, que os postulados que geraram a responsabilidade objetiva do Estado buscaram seus fundamentos na justiça social, atenuando as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar quando prejudicado por condutas de agentes estatais. (CARVALHO FILHO, 2007, p.476).

Sendo assim, “a marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade civil.” ( CARVALHO FILHO, 2007, p. 482).

A responsabilidade civil, conforme ensina o referido autor (2007), exige apenas a prova de três pressupostos: o fato administrativo, comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, singular ou coletivo atribuído ao Poder Público; o dano material ou moral; e o nexo causal entre o fato administrativo e o dano.

Com essas premissas é possível concluir que decorre da teoria do risco administrativo a inversão do ônus da prova, cumprindo ao Poder Público provar que o fato ocorreu por culpa do ofendido. A teoria do risco integral é repudiada, porque seria injusto atribuir ao Estado a responsabilidade por danos ocasionados em razão do comportamento do lesado, caso em que se exclui a responsabilidade.

Ainda quando houver concorrência de culpa, ou seja, quando o dano decorre tanto da conduta do lesado como do Estado, aplica-se, de acordo com a doutrina e jurisprudência pátrias, a compensação das culpas, que é própria do direito privado.

Cretella Júnior também discorre sobre o tema:

O que importa ter sempre em mente é que, para haver condenação, é necessário que o autor prove que de fato se deu a lesão de um direito; que essa lesão acarretou um dano certo, e não apenas eventual, presente e não futuro; finalmente que entre a prestação ou desempenho do serviço público, o ato ou omissão do serviço público, que ocasionou o dano, e este, se verifique uma relação direta de causalidade um laço direto de causa efeito, isto é, o nexó causal. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 72).

Hely Lopes Meirelles ensinava que a teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina da responsabilidade subjetiva e a tese do risco administrativo:

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

...

Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização. (MEIRELLES, 2005, p. 646)

Prossegue o autor (2005), esclarecendo:

O § 6º do art. 37 da CF seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a

responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Não chegou, porém, aos extremos do risco integral. É o que se infere do texto constitucional e tem sido admitido reiteradamente pela jurisprudência, com apoio na melhor doutrina, como veremos a seguir. (MEIRELLES, 2005, p. 648).

Hely Lopes esclarece que o ato ou a omissão deve ser lesivo e injusto para ensejar reparação, independente de indagar se provém do *jus imperii* ou do *jus gestionis*, porque ambos são formas de atuação administrativa (MEIRELLES, 2005).

Por fim, assevera que a Constituição distingue dano causado por agente da Administração dos ocasionados por terceiro, dizendo que a teoria do risco administrativo somente foi contemplada no caso de ação ou omissão dos servidores públicos, não responsabilizando objetivamente a Administração por atos predatórios praticados por terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos a particulares, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos. (MEIRELLES, 2005).

Importante destacar os apontamentos de Yussef Said Cahali quanto à questão:

É que se desloca a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco-proveito -, aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexo de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto. (CAHALI, 2007, p. 41).

Assim, na linha do que se vem sustentando: a) o dano é injusto, e, como tal, sujeito ao ressarcimento pela Fazenda Pública, se tem como causa exclusiva a atividade, ainda que regular, da Administração; b) o dano deixa de qualificar-se juridicamente como injusto, e como tal não autoriza a indenização, se tem como causa exclusiva o fato da natureza ou do próprio prejudicado; c) o dano é injusto, mas sujeito a responsabilidade ressarcitória atenuada, se concorre com a atividade regular ou irregular da Administração, como causa, fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro.

Será, portanto, no exame das causas do dano injusto que se determinam os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade pública, excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência do nexo de causalidade ou da causalidade concorrente na verificação do dano injusto indenizável (CAHALI, 2007, p. 43).



Conforme se disse, só no exame de situações concretas permite-se identificar se seria razoavelmente exigível a atuação estatal no sentido da execução da obra ou prestação do serviço devido e cuja ausência ou insuficiência terá sido a causa do dano sofrido pelo administrado; e mais, “simples conduta omissiva do ente público, por si só, não assenta a obrigação indenizatória, havendo necessidade de que esta conduta omissiva tenha dado causa ou concorrido para a causação do acidente.” (CAHALI, 2007, p. 22).

Dissertando sobre as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado, Maria Sylvia Zanella de Pietro leciona:

Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única. Além disso, nem sempre os tribunais aplicam a regra do risco integral, socorrendo-se, por vezes, da teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público.

São apontadas como causas excludentes da responsabilidade a força maior e a culpa da vítima.

Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Já na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior.

No entanto, mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios e ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público (cf. acórdão in RTJ 70/7804, RDA 38/328, RTJ 47/378).

Sendo assim, após uma breve explanação acerca da responsabilidade civil do

Estado em caráter geral, é imperioso destacar a questão da responsabilidade civil do Estado quanto à ocorrência do dano ambiental ou ecológico.

## **A EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO E O DANO AMBIENTAL**

A exploração de petróleo é uma atividade repleta de riscos: geológicos, comerciais, operacionais, de preços, etc.

As recentes descobertas do pré-sal ainda apresentam considerável risco comercial, associado à viabilidade econômica de produzir petróleo em ambientes de águas profundas, longe da costa e em áreas sem qualquer infraestrutura. (IBP, 2015).

Somente se comprovará a viabilidade econômica dessas áreas após o conhecimento das características de produtividade dos reservatórios e sob as condições de preços altos, tendo em vista os preços do petróleo registrados no mercado internacional. Os maiores riscos comerciais são assumidos após as descobertas, quando são necessários investimentos bilionários e com longo prazo de maturação para viabilizar a produção. (IBP, 2015).

Entre os riscos relacionados à exploração do petróleo cabe destacar, os riscos ao meio ambiente, tais como, o vazamento de gás, derramamento de óleo no mar, incêndio, explosões. (GUAIANO, 2014)

A responsabilidade civil objetiva por dano ambiental surge com o Decreto nº 79.347/1977. Este decreto promulgou a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo. Após o Decreto nº 79.347/1977 foi promulgada a Lei nº 6.938/1981 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. (CAHALI, 2012).

Nessa legislação destaca-se a letra da lei do artigo 14, §1º, *in verbis*:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a

sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

**§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (grifo nosso).**

§ 2º - No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos II e III deste artigo, o ato declaratório da perda, restrição ou suspensão será atribuição da autoridade administrativa ou financeira que concedeu os benefícios, incentivos ou financiamento, cumprindo resolução do CONAMA.

§ 4º Nos casos de poluição provocada pelo derramamento ou lançamento de detritos ou óleo em águas brasileiras, por embarcações e terminais marítimos ou fluviais, prevalecerá o disposto na Lei nº 5.357, de 17 de novembro de 1967. (Revogado pela Lei nº 9.966, de 2000)

§ 5º A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)

A responsabilidade civil, decorrente de danos ambientais que acometam o Estado ou mesmo os particulares, assenta-se no risco e não no risco integral, da mesma forma que prevê preceito geral de responsabilidade civil do Estado. (CAHALI, 2012).

Importa destacar que em casos de acidentes ambientais, cabe distinguir de quem se originou a causa para definir o dever de reparação, conforme discorre com propriedade Yussef Cahali:

Se o acidente tem por causa a omissão injustificada no exercício do poder de polícia do Estado, caracterizando a culpa grave, ou aprovação legal ou ilegal da qual decorra dano especial e que exceda as margens da tolerabilidade, há o dever de reparar o dano solidariamente; já, se o acidente não tiver como causa eficiente ato comissivo ou omissivo do Poder Público ou de seus agentes, não se verifica hipótese de responsabilização estatal; se o acidente ocorrer em razão de ação ou omissão na guarda, manuseio ou fiscalização de materiais e equipamentos, a responsabilidade da Administração é direta e objetiva, como, por exemplo, no caso regrado pelo artigo 15

da Lei 6.453/1977; finalmente, se a causa foi um fato da natureza, será responsabilizado o Estado, sempre que possível, com a aplicação da teoria da *faute du service publique*. (CAHALI, 2012, p. 307).

No entanto, a questão que envolve o dano ambiental ou ecológico é apenas uma das questões afetas à responsabilidade civil do Estado que permeia a seara da exploração do petróleo. Outro ponto, não menos relevante, e que aqui merece destaque, diz respeito ao que a doutrina denomina como ‘responsabilidade civil do Estado Legislador’ que será melhor delineada a seguir.

### **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO LEGISLADOR**

No que se refere à legislação afeta aos Royalties do Petróleo, discute-se a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 12.734/2012.

Sobre esse tema, Octávio de Barros, citado por Cahali afirma que “a responsabilidade do Estado por dano resultante da aplicação da lei é a que no direito público surge cronologicamente em último lugar, tanto que inúmeras nações não a afirmaram.” (CAHALI, 2012, p. 526).

Hely Lopes Meirelles, também citado por Cahali coaduna da mesma opinião e afirma não encontrar fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional. (CAHALI, 2012).

No entanto, outros autores, a exemplo de Amaro Cavalcanti, afirmam que “uma vez apurado que, da execução de uma lei nula, inconstitucional ou inválida, resultou lesão ao direito individual, já não seria lícito afirmar, ao menos de modo absoluto, que o Estado não deve indenização alguma pelo mal resultante de semelhante ato.” (CAHALI, 2012, p. 529).

No mesmo sentido leciona Themístocles Cavalcanti:

A nulidade da lei ou de apenas alguns de seus dispositivos, por violar garantias constitucionais, justifica a responsabilidade quando, de sua aplicação, resultar prejuízo patrimonial. É a consequência lógica da aplicação de uma lei que, em todo ou em parte. É inexistente, porque fere de frente a norma constitucional. (CAVALCANTI, 2012, p.437)

No entanto, é imprescindível que se verifique o nexo causal entre a lei constitucional e o dano ocorrido, devendo o Estado, conforme entendimento do STF responder civilmente pelo dano causado em virtude de ato praticado com fundamento em lei reconhecida e declarada inconstitucional, surgindo assim a pretensão indenizatória. (CAHALI, 2012).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como inicialmente apontado, este estudo aborda superficialmente a importância da exploração do petróleo e as questões dela decorrentes, seja quanto à obtenção de recursos públicos, seja em nível de responsabilização do Estado por danos causados ao meio ambiente ou por lei considerada cuja constitucionalidade foi posteriormente declarada.

De acordo com os esclarecimentos trazidos a lume, resta evidente a importância da temática dos royalties do petróleo e principalmente a relevância desse debate nos dias atuais, na medida em que os Estados, diante da necessidade precípua de recursos públicos para fazer frente às despesas, pleiteiam o direito a uma cota resultante do lucro obtido na exploração do produto, ainda que as bacias exploradas não estejam em seus limites territoriais ou que não haja investimento daquele Ente nas estações petrolíferas ou delas decorrentes. Cada Ente Federativo luta pelo seu quinhão vindo do ‘ouro negro’, e defende a aplicação dos recursos em investimentos de setores públicos determinados.

Também é importante destacar que a exploração de petróleo pode ocasionar e não raras vezes ocasiona diversos danos ao meio ambiente, podendo inclusive afetar terceiros. Dessa forma, cabe ao Estado, diante da conduta por ele adotada, responder civilmente pelos danos verificados, sempre na medida imposta pelos ditames constitucionais e legislação pertinente, principalmente na esfera do direito administrativo e econômico, observada a responsabilização (ou não) de terceiros envolvidos.

Certo é que o dinheiro a ser arrecadado com a exploração/extração do petróleo é de suma importância como fonte de receitas para investimento em saúde e educação,

áreas essas de evidentes carências em qualquer dos Estados-membros. Isso serve de justificativa da ‘luta’ por eles empreendidas no intuito de obter as receitas dessa nova fonte de recursos.

Todavia, o debate deve ser estimulado para que se encontre um ponto de equilíbrio e se faça a adequada partilha dos aludidos recursos de modo a não privilegiar um Estado da Federação em detrimento de outro e, da mesma forma, evitar que se favoreça uns, enquanto outros arquem com os sacrifícios dos custos operacionais.

O equilíbrio será obtido, por certo, na medida em que a aplicação dessa nova fonte de recursos seja destinada à sociedade, de forma que os recursos do pré-sal se prestem a promover maior desenvolvimento social e diminuição das desigualdades que permeiam o solo brasileiro.

## **REFERÊNCIAS**

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUNIOR, Cretella. **Curso de Direito administrativo**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIMA, Paulo César Ribeiro. **Os “Royalties do petróleo”, a Lei nº 12.734/2012 e ação a ser julgada pelo STF**. Reportagem disponível em: <<http://www.aslegis.org/2013/04/os-royalties-do-petroleo-lei-n.html>> Acesso em: 30 jun. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº. 12.734 de 30 de novembro de 2012.**

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12734.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12734.htm)> Acesso em: 30 jun. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.917 DISTRITO FEDERAL.** Disponível em:

<

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4917liminar.pdf>>

Acesso em: 30 jun. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias STF: Em liminar ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos da nova lei dos royalties.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233758>>

Acesso em: 30 jun. 2015.

# A JUSTIÇA NÃO PODE ESQUECER: A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À MEMÓRIA NOS PROCESSOS DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

*Eric Bortoletto FONTES<sup>3</sup>*

## **RESUMO**

Partindo de um estudo doutrinário e do exame de julgados de Cortes Internacionais que tutelam Direitos Humanos, o presente artigo, dedica-se a uma análise da Justiça de Transição, construindo seu conceito, bem como delineando toda sua evolução histórica em fases, desde o surgimento de seus traços até o estágio atual, onde conta com grande contribuição doutrinária e jurisprudencial essa importante ferramenta de Justiça que busca superar mazelas do passado, propiciando ferramentas judiciais e extrajudiciais, para garantir a prevalência dos Direitos Humanos e um Estado que se comprometa a manutenção de uma sociedade pacífica bem como a não repetição de tudo que foi feito num período de exceção. Neste processo deve-se atribuir atenção especial a Memória, como princípio e pilar que norteia a Justiça de transição para consecução dos fins almejados por esta, pois a Memória é a única forma de propiciar legitimidade e coesão social, neste momento onde a sociedade se mostra segregada e violada. Assim busca-se evidenciar a importância e a necessidade da Memória no processo transicional, bem como a premência de ser encarada como Política Pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça de Transição. Memória. Direitos Humanos.

## **ABSTRACT**

By a study based on doctrine and cases judged on International Human Rights Courts, this article makes a view of Transitional Justice, working on its concept, like its historical evolution, since the emergence of her features to the current stage. The Transitional Justice provides seeks to overcome violations of the past, proving judicial and extrajudicial tools to ensure the prevalence of Human Rights. In this process, Memory has a special attention, because its function as a principle and guide for justice. So, the articles try to explain the importance and necessity in transitional process, and if it can be like public politic.

**KEY WORDS:** Transitional Justice. Memory. Human Rights.

## **INTRODUÇÃO**

O século passado é responsável por difundir a importante ideia da Justiça de



Transição, que de 1990 até os dias atuais passou por grandes avanços tanto doutrinariamente quanto pela sua aplicação pelos direitos pátrios bem como pelas Cortes Internacionais. Esta forma de Justiça pode ser definida como o leque de atividades e medidas que buscam lidar com períodos de exceção, ou seja, ditaduras, guerras, onde prevalece a necessidade de se lidar com os abusos do passado, mantendo a coesão social através da Memória, responsabilizando os responsáveis e reformando as antigas instituições pondo fim ao legado de violações aos Direitos Humanos, impunidade e o arruinamento da sociedade como um todo. O presente estudo busca conceituar e evidenciar as fases pelas quais passaram a Justiça Transicional, desde o momento em que começou a esboçar sua forma de atuação e necessidade no contexto dos períodos entre guerras, perpassando pela necessidade de aplicação nos regimes de exceção que ocorreram principalmente na América Latina, onde foi traçado os pilares, as medidas e ferramentas desta forma de Justiça, bem como a influencia da mesma no contexto atual de guerra em tempos de paz, sem o intuito de exaurir a matéria, mas sim delinear sua evolução, os seus pilares e princípios para que se possa evidenciar sua verdadeira e necessária função, que é a de reconstruir uma sociedade arruinada pelas marcas do passado.

No entanto, a reconstrução da sociedade só será efetiva e legítima quando toda população acreditar, atuar e buscar esta reconstrução; e a sociedade destruída após passar por períodos de sofrimento, se fragmenta. Sendo assim, como o Estado deve proceder?

O único pilar capaz de sustentar a Transição será a Memória, que como se evidenciará faz com que se mantenha a coesão social e a reunião de anseios, satisfazendo uma necessidade democrática e garantindo a consolidação do Estado Democrático de Direito, para que deste modo à Transição tenha tido sentido, e não apenas uma democracia sem ideais prevaleça. A compreensão do passado por intermédio da narrativa da memória histórica e pelo reconhecimento oficial dos acontecimentos possibilita aos cidadãos construir os valores que indicarão sua atuação no presente. E também condiciona o agir do Estado no agora, na sua garantia de não repetição.

A metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho foi pesquisa

bibliográfica, enriquecida com a apreciação de alguns julgados de Cortes Internacionais acerca do presente tema.

## **JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: CONCEITO**

A Justiça de Transição é definida como “uma concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada pela resposta legal na confrontação das irregularidades dos regimes repressores anteriores” (TEITEL, 2003, p. 69).

A transição tem de ser vista não apenas pelo enfoque dos procedimentos democráticos, como os processos eleitorais, “mas a partir de outras práticas que demonstrem a aceitação do Estado de Direito e da democracia liberal” (TEITEL, 2000). Deste modo, destaca-se a importância do contexto político na confrontação legal das injustiças do passado, assim como a influência das concepções de direito e justiça para concretização da memória na constituição da mudança política. (VASCONCELOS, 2013, p. 2).

A justiça de transição refere-se ao campo de atividade e pesquisa que busca entender como sociedades lidam com os legados de abusos contra os direitos humanos ocorridos no passado, as atrocidades em massa ou outras formas de traumas sociais severos, incluindo genocídio ou guerra civil, com o intuito de construir um futuro mais democrático, justo ou pacífico. O conceito é comumente entendido como uma estrutura para o enfrentamento dos abusos passados e como componente de uma transformação política mais ampla, o que geralmente envolve uma combinação de estratégias judiciais e não judiciais que se complementam, como processar os perpetradores, estabelecer comissões da verdade e outras formas de investigação do passado, empreender esforços de reconciliação (...), desenvolver programas de reparação para aqueles mais afetados pela violência, (...) manter viva a memória das vítimas e reformar um amplo espectro de instituições estatais que cometeram abusos – como o serviços de segurança, a polícia ou militares – no intuito de prevenir violações futuras (BICKFORD, 2004, p. 1045).

Segundo Flavia Piovesan, a “justiça de transição lança o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática” (2007. p 113.) Já para Sweenson Junior, em contraponto:

“Ao problema de se decidir que medidas devem ser tomadas pelo novo governo a respeito dos acontecimentos relacionados ao regime anterior, nós chamamos de ‘justiça de transição’. O novo Estado,

para construir seu plano futuro, deve antes decidir sobre questões relacionadas ao antigo regime, resolver-se com sua Memória passada.” (2008. p. 129.)

Ou seja, para que ocorram transições democráticas, é imperativo uma série de medidas judiciais e não judiciais com o escopo de “resolver as injustiças e ilegalidades do passado, bem como contar a obscura história do passado, ocorrida durante um regime autoritário e por fim, garantir a estabilidade estatal e que aqueles crimes não mais ocorram” (ALMEIDA, TORELLY, 2010. p. 38.).

Cabe aqui, alertar a diferença entre transição política e o processo da justiça transição, muito bem delineada pelo Doutor José Carlos Moreira da Silva Filho, membro da Comissão de Anistia Brasileira, em suas palestras. A transição política faz parte da Justiça de Transição, e é uma das primeiras medidas adotadas quando se inicia o processo. Trata-se da efetivação da democracia em contraposição a regimes de exceção. Já o processo transicional abarca a transição política, que é na verdade um requisito para legítima transição, e medidas fora do campo político, e em todos seus outros pilares que serão vistos.

Na perspectiva da Organização das Nações Unidas (ONU), a Justiça de Transição compreende “o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação” (ONU, 2009: 325) O intuito principal é garantir a justiça, a paz e a democracia nas sociedades em transição.

Desse modo, denominou-se justiça de transição uma série de iniciativas através dos mecanismos internacionais e regionais nos países em processo de democratização, envolvendo suas políticas públicas, suas reformas legislativas e o funcionamento de seu sistema de justiça, para que seja possível uma transformação política bem sucedida, e alcançar não apenas a democracia eleitoral, mas sim o Estado Democrático de Direito (ALMEIDA, TORELLY, 2010. p. 38.)

A Justiça de Transição foi diretamente influenciada pela atuação das organizações defensoras dos Direitos Humanos e pelo Direito Internacional (legislação

de Direitos Humanos e legislação Humanitária), bem como pelas Cortes que tutelam os Direitos Fundamentais no mundo, dando destaque a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem evidenciados no presente trabalho. Deste modo, é possível observar que diferentes autores têm conceituações diversas para a Justiça de Transição, no entanto todas estão corretas e se complementam.

## **FASES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**

Paige Arthur, na sua obra “Como as ‘Transições’ reconfiguraram os Direitos Humanos”, atribui o surgimento e disseminação da expressão com a publicação do compêndio de quatro volumes de “*Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*” de Neil Kritz, em meados da década de 1990.

Em uma perspectiva histórica mais distante, pode ser vista como algo tão antigo quanto à própria Democracia – uma vez que existem referências na história ateniense entre 411 e 403 a.C, quando da passagem da democracia para a oligarquia e com a volta dos democratas ao poder posteriormente – porém, o que hoje se trata por Justiça de Transição tem origem nas transformações que ocorreram no século XX deflagradas, principalmente, a partir das duas grandes guerras mundiais. (RODRIGUES, 2012, p. 14).

28

A famosa doutrinadora em matéria de Justiça de Transição, professora da *New York Law School* divide a justiça de transição moderna em fases (TEITEL, 2011, p. 139). “Nesta genealogia, percebe-se uma estreita relação entre o tipo de justiça exercida e os limites impostos pelas condições políticas.” (SIKKINK, 2011).

A primeira fase remete a Primeira Grande Guerra e o período entre guerras, onde é marcado pela criação do Tribunal de Nuremberg, e um dos principais avanços foi a internacionalização da responsabilização criminal dos principais líderes (do III Reich). Ou seja, essa primeira fase teve como principal objetivo evitar que os processos de responsabilização ocorressem em âmbito nacional, trazendo deste modo a aplicação do Direito Penal Internacional. Porém, somente a partir da Segunda Guerra Mundial, é que a Justiça de Transição passou a ser entendida como “extraordinária e internacional” (TEITEL, 2011, p. 136). Esta nova concepção marca o apogeu da

Justiça Internacional (TEITEL, 2011, p. 142), pois representou uma garantia para o Estado de Direito.

Já a segunda fase da Justiça Transicional moderna, seguindo o entendimento de Teitel, ocorre com o término da Guerra Fria, período marcado por processos de democratização e modernização.

Nessa fase, a problemática girou em torno de, uma vez estabelecido o modelo de justiça de transição na fase I, aderi-lo ou não. Em diferentes países do Cone Sul optou-se pela convocação de julgamentos no âmbito nacional, tornando-se o Direito Internacional uma fonte alternativa cujo papel limitou-se a guiar os julgamentos nacionais das sociedades em transição. Nessa tela, entendeu-se que as deliberações sobre justiça de transição devem pautar-se pelas peculiaridades do regime de exceção predecessor – como a escala e sistematicidade dos crimes cometidos e o grau de envolvimento do aparato estatal no cometimento desses. Assim, reconhecendo-se a existência de fortes dilemas na transição para um novo sistema, radicalmente diferente, diversas concepções de justiça surgiram, tendo o dilema punição versus anistia surgido como uma das maiores tensões dessa fase. (RODRIGUES, 2012, p. 16).

29

É nesta fase, como será visto, que se enquadram os principais processos transicionais e também é neste tipo de contexto que enquadramos nosso estudo. Um dos grandes avanços dessa fase é a expansão dos temas transicionais. Enquanto na primeira fase o foco era na responsabilização, agora deixa de ser uma justiça meramente retributiva e passa a ocupar-se também das vítimas, incluindo como princípios questões que versam sobre reparação e reconciliação, assumindo uma concepção comunitária, que é a verdadeira faceta da justiça de transição. “Distanciou-se da ideia de universalização dos julgamentos e das soluções jurídicas tradicionais para focar na reconstrução da identidade política da nação, da memória” (TEITEL, 2011, p. 151).

Além disso, demonstrando uma significativa mudança na compreensão da justiça transicional voltou-se os olhos para a incorporação de valores inerentes ao Estado de Direito (como paz e reconciliação), entendendo-se necessário para a reconstrução da nação a implementação de diversas políticas públicas. Não obstante,

a fase II, mesmo diante do distanciamento da fase do pós guerra, incorporou a retórica dos direitos humanos advinda da primeira fase, tendo sido esse o fundamento para o conhecimento da memória e da verdade como um direito da vítima (RODRIGUES, 2012, p. 17).

Deste modo, ao assumir a responsabilidade pelo regime de exceção com a firmação da Justiça de Transição – pois não há transição sem período de exceção e violação, e toda violação ocorrida num contexto de violações praticadas pelo Estado ou toleradas por ele, são sua responsabilidade – surge o compromisso de reestruturação da sociedade, onde deste modo adote-se o modelo restaurativo, contrapondo-se ao retributivo de antes.

Assim, almejando remontar os abusos do passado, dando atenção à verdade, à memória e à história oficializada pelos perpetradores de abusos, surge um novo e importante mecanismo institucional - que se difundiu para todos os outros regimes de transição – utilizado pela primeira vez na Argentina: as Comissões da Verdade.

30

As comissões da verdade não assumem a obrigação de penalizar os responsáveis, são criadas para investigar, documentar e divulgar as atrocidades cometidas durante um regime de exceção. Embora a comissão da verdade em si não possua caráter sancionatório, os arquivos frutos de seu trabalho, podem servir de objeto para futuras ações penais e também para garantir a reparação às vítimas. Seu exercício desempenha papel fundamental na busca pela verdade e preservação da memória, no conhecimento da história do país e na reconciliação das vítimas. Ademais, é essencial para garantir a não repetição e proteger a sociedade da perpetuação de violações a direitos geradas pelo esquecimento, silêncio ou negacionismo, pois, segundo o discurso transicional, voltar-se ao passado é uma maneira de avançar para o futuro (RODRIGUES, 2012, p. 17).

Por fim, a terceira fase da justiça de transição, remete-se aos tempos atuais, relacionada diretamente a globalização, aos acontecimentos de guerra em tempos de paz, e constantes conflitos que “levam a uma normalização da justiça transicional” (TEITEL, 2012, p. 164) que vem acompanhada de instabilidade política. Deste modo, busca concretizar a justiça de transição, antes entendida como um fenômeno jurídico presente em um período de reestruturação democrática, como um mecanismo importante para tempos normais. Um dos símbolos desta fase, foi a criação do

Tribunal Penal Internacional em 2002. O TPI, é um exemplo da tendência atual da utilização dos processos transicionais em tempos “normais”. Aqui não mais se questiona se a comunidade internacional deve ou não tomar alguma medida em relação às violações de Direitos Humanos ocorridas, mas sim como fazer e implementar tanto no âmbito interno como no internacional tais medidas (ROTH ARRIAZA, 2006, p. 202).

### **JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: SEUS PRINCÍPIOS E PILARES**

É nessa fase que a Justiça de Transição mais se desenvolveu, e onde mais foi colocada em prática. Neste contexto, dezenas de países adotaram as medidas transicionais baseadas nos seus quatro pilares norteadores (BICKFORD, 2004, p. 1045), quais sejam: Reparação às vítimas, fornecimento da Verdade e construção e garantia da Memória, restabelecimento da igualdade perante a lei e a reforma das instituições perpetradoras dos crimes contra os Direitos Humanos.

Tem como contexto histórico as várias ditaduras militares que assombraram principalmente a América do Sul e o Leste Europeu. Destaca-se também neste período a evolução do Direito Internacional e a atuação de várias Cortes Internacionais (Van zyl – 2011, p. 4) que tutelam os Direitos Humanos, e que tiveram muitas vezes que impulsionar os países para a transição, cobrando medidas e responsabilizando-os internacionalmente.

Segundo Abrão e Genro (2013, p. 579)

“a justiça de transição é uma resposta concreta ao legado de violência deixado por regimes autoritários e/ou conflitos civis em escala”, com o objetivo de o (re)estabelecer o Estado de Direito, revelar as violações de direitos humanos e promover a reconciliação nacional e consolidação democrática por meio da implementação de um conjunto de iniciativas no âmbito da apuração da verdade sobre os fatos do passado, da reparação das vítimas, da memória histórica e da responsabilização criminal. Nas palavras dos autores, “é uma forma de justiça na qual as sociedades transformam a si mesmas depois de um período de violação generalizada dos direitos humanos”.

O estudo empírico da justiça de Transição (ELSTER, 2006, p. 100) revela que esta possui muitas finalidades intrínsecas à manutenção da memória, da ordem, que a

doutrina ousa classificar como suas dimensões. Deste modo, não há como fazer recomendações, devido a particularidade de cada país, mas tem como traçar princípios norteadores, respeitando os Direitos Humanos dos indivíduos e da coletividade. A exemplo de algumas dimensões de ação que devam guiar os Estados em seu processo transicional: a) manutenção e iniciativas que busquem e garantam a Memória e a Verdade; b) julgamento dos responsáveis nacional e internacionalmente; c) indenização material e simbólica; d) reformas administrativas internas; e) integração das comunidades ao país; f) perpetuação da história e da memória com monumentos e acervos catalogados em museus; g) identificar grupos vulneráveis dos direitos humanos.

É possível salientar os quatro pilares transicionais, quais sejam: reparação às vítimas, fornecimento da verdade e construção da memória, restabelecimento da igualdade perante a lei e a reforma das instituições perpetradoras dos crimes contra os Direitos Humanos. Esses pilares também servem de base para a redemocratização após o período autoritário. Assim, a Justiça de Transição visa à recomposição do Estado e da sociedade, resgatando a cidadania perdida. Terá como alicerces a verdade, a justiça, a reparação, a reforma das instituições e a responsabilização do Estado, visando, assim, evitar que tudo se repita. (REMÍGIO, 2009)

Dentre os quatro pilares anteriormente citados, temos como principal, a busca pela verdade e construção da memória, aquela que nada mais é o reconhecimento por parte do Estado dos abusos ocorridos durante um período de ditadura; ou seja, juntamente com a busca pela verdade temos a construção da memória que é a “possibilidade de se dar outro sentido ao sofrimento vivido, de forma a tornar a lembrança um sentimento aliviado. A memória aqui deve ser entendida como instrumento que sinalize à sociedade que num passado recente ela estivera presa à dominação estatal.”(REMÍGIO, 2009, p 196)

O direito à memória vem para que as vítimas e seus familiares não tenham esquecidas as suas histórias sem antes o reconhecimento por parte do Estado pelos crimes praticados pelos seus agentes. É o dever de não esquecer. É o direito de saber onde os corpos de seus familiares estão enterrados e é ter acesso aos documentos da época. É o direito à memória que impulsionará o direito à verdade, uma vez que



abertos os registros, estão abertas as provas dos crimes ocorridos nos porões da ditadura. (VIEIRA, 2011)

Após, temos a questão da reparação às vítimas, tanto individualmente quanto coletivamente, pelo Estado em razão das graves violações sofridas. Essa reparação pode ser material, através do pagamento de indenização; psicológica e medidas simbólicas, e ainda, dias de comemorações nacionais.

Já as reformas institucionais, consistem na dissolução das instituições perpetradoras de violações aos Direitos Humanos, pretendendo afastar os responsáveis das instituições governamentais. “Estes programas servem para restaurar a integridade dessas instituições, bem como recuperar a confiança dos indivíduos nesses órgãos e descaracterizar por completo o paradigma da repressão” (REMÍGIO, 2009, p. 37).

“Por fim, temos o restabelecimento da igualdade perante a lei que é baseada na obrigação de investigar, processar e punir” (CADH, 2010) bem como garantir todos os meios judiciais e democráticos tanto para manutenção da justiça bem como para participar de processos políticos (ABRÃO, TORELLY, 2010. p. 36).

Como um corolário da concretização desses pilares, temos a reconciliação, que segundo Gabriela da Rosa Bidniuk (2011, p.18):

Um conceito um tanto complexo, tendo em vista que muitas vítimas encaram a reconciliação como uma forma de perdão aos perpetradores de atos abusivos durante o regime de exceção. Por esta razão que a reconciliação não pode reduzir-se a ignorar o passado e negar o sofrimento das vítimas, mas restabelecer a democracia e a confiança dos cidadãos no Estado, tendo este uma figura de protetor e não mais de violador dos Direitos Humanos.

Bem como os pilares, a moderna doutrina criou baseado nestes e também nas práticas empíricas, os chamados Princípios de Chicago, semelhante as dimensões supracitadas, porém, firmados como pressupostos necessários e difundidos globalmente. Sete princípios (Bassiouni, 2007) que tratam de medidas penais e não penais, que devem ser adotadas para reconstrução do Estado e o estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Segundo Japiassú e Miguens (2013, p. 12):

O primeiro dos princípios afirma que os Estados devem promover a persecução dos autores de graves violações aos direitos humanos.(...) Do mesmo modo, os Estados devem respeitar o direito à memória e à verdade e fomentar a realização de investigações formais por violações ocorridas, seja por meio da criação de comissões de verdade, seja por meio da atuação de outros órgãos institucionais. As vítimas, familiares e a sociedade em geral possuem o direito de conhecer a verdade sobre as violações de direitos humanos, ocorridas em todas as suas faces, inclusive no que concerne à identificação e responsabilização dos culpados. Como terceiro princípio, traz a necessidade de se conferir um status especial às vítimas, assegurando o acesso à justiça e promovendo as devidas reparações. Estas reparações podem ser indenizações, assumindo um aspecto financeiro; garantias de não repetição das violações; restituição do *statu quo* da vítima antes das violações e reabilitação, que seria a assistência médica, psicológica e legal, educação e treinamento para algum tipo de serviço.

O quarto princípio esta atrelada a ideia de punição aos culpados, e prevenção de futuras violações, proibindo que aqueles que tiveram participação durante o período de exceção de participarem do novo governo (*vetting policies*). O quinto princípio busca trazer a tona a concretização de programas oficiais e iniciativas populares que promovam a preservação d memória e transmitindo a sociedade o histórico dos abusos sofridos, também como uma forma de prevenção de violações futuras, estando atrelada também a ideia do primeiro princípio. Cabe também aos Estados segundo os princípios de Chicago apoiar e respeitar as abordagens culturais que se manifestem em relação às infrações cometidas e por fim, o ultimo principio trata da necessidade de que os Estado promovam reformas institucionais de forma a apoiar o Estado Democrático de Direito, restaurando a confiança pública e um sistema de proteção de Direitos Fundamentais. (BASSIOUNI, 2007, p. 20)

Geralmente a ideia de Justiça de Transição, traz logo a mente, como foco, ou meta desta forma de Justiça questões que se limitam a reparações monetárias, indenizações e outras formas, bem como a punição dos perpetradores das violações. Claramente tais medidas são essenciais e inevitáveis em todo processo transicional, entretanto, são instrumentos que não vislumbram todo o contexto. Tais atos não exaurem o processo transicional, que busca o fim maior, que é a garantia da Memória para coesão do grupo social, para que assim seja viável e possível a reconstrução da

sociedade, bem como restabelecer a confiança do cidadão no Estado. Só assim, a Justiça de Transição, pesando a balança e usando a espada (Ihering, 2012, p. 3), colimou seu fim.

## **A MEMÓRIA COMO VIGA MESTRE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**

O Direito à Memória é indissociável do processo transicional.

Mas porque se preocupar com a memória? Luiza Diamantino Moura (2009, p. 29) responde que:

A preocupação com a memória decorre da sua capacidade de dar e manter a coesão de um grupo social. Nossa memória é social, é fruto da relação humana, é coletiva. Além disso, a memória é seletiva. Na dinâmica social, parte da memória é esquecida e parte é lembrada. Lembrar e esquecer são, portanto, aspectos importantes e necessários para a construção da memória. Na medida em que a memória é construída, pode-se falar que a memória é menos história; é menos o passado do que o que se faz desse passado. A memória é escolha e identidade, e quando selecionamos aquilo que queremos que permaneça na memória acabamos por escolher o tipo de sociedade e de pessoa que se quer ser.

35

A investigação do passado é imprescindível para a construção da cidadania. “Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam forma de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva.” (PNDH3).

“O Direito a memória no contexto histórico é um dos mais engenhosos em nível de demarcação sobre os atores sociais e suas práticas no tempo e espaço, pois trabalha com aspectos que envolvem consequências e efeitos não só no âmbito material, bem como imaterial causando impacto nas gerações do presente do passado e do futuro.” (Verdade, Memória e Justiça – um debate necessário, 2012).

Assim como Hannah Arendt (1997), penso que o presente não esquece nem domestica o passado, isto porque a relação entre estes períodos é de “transversalidade e circularidade” (LEAL, 2012, p. 8). “O sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda a história que lhe caracteriza e mesmo define como sujeito: a tradição” (LEAL, 2012, p. 9).

A tradição aqui deve ser entendida como:

Conjunto de ideias, hábitos, costumes de uma determinada população que é transmitida de uma geração para outra, sendo que seu conteúdo é caracterizado por uma forte ligação com o passado, a afetividade, relações familiares, sendo que em algumas sociedades assumem o caráter de uma convicção, possuindo um forte caráter mobilizador. A tradição é, assim, tanto do ponto de vista da cultura quanto dos costumes, conservadora (o que não quer dizer que o seja necessariamente do ponto de vista político), pois ela visa transmitir e, por conseguinte, conservar, determinados costumes, crenças, idéias, etc. (VIANA, 2008, p. 3)

Busca-se evidenciar a memória como Direito Fundamental, pois esta relacionada “à essência do homem e à construção do ideal de identidade e cidadania” (BEZERRA, 2013, p.10). O presente e o passado se condicionam constantemente, sendo que deste modo às próprias partes determinam o todo. Ou seja, a memória condiciona o homem, condiciona o agir e o sentir, não só individual, bem como de uma nação. A memória é elemento consolidador da tradição, que é uma “autoridade que se tornou anônima” (GADAMER, 2000. p.42).

Conceber um ser humano sem lembranças equivale a admitir um indivíduo sem história, ou seja, sem passado, presente ou futuro. A memória é um fator orientador da humanidade, seja no aspecto espacial, temporal ou cultural; desta forma, o direito à memória cultural pode ser considerado um direito fundamental, pois está relacionado à essência do homem e à construção do ideal de cidadania e dignidade. (BEZERRA, 2013, p. 10)

A história que não é passada à frente, de geração a geração torna-se olvidada e muda. O silêncio e o esquecimento das atrocidades geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional. Resgatando a memória e a verdade, o País adquire consciência superior sobre sua própria identidade, a democracia se fortalece pois os cidadãos voltam a confiar no Estado, e em si mesmos (PNDH 3).

Uma maior atenção voltada para o direito à memória e à verdade teve início após o término da Segunda Grande Guerra. Isso não significa que esse direito não tenha sido reconhecido, ou, até mesmo, preservado em épocas outras, mais remotas. Mas, a busca pela preservação da memória e da verdade sobre os fatos históricos assume relevo a partir do momento em que essa necessidade se dá em razão de atos de atrocidades, totalitários, violadores dos direitos humanos. (MEZZARROBA, 2009, p. 39)

Nas últimas décadas, com a criação e entroncamento dos instrumentos internacionais de tutela aos direitos humanos, o direito à memória e à verdade passaram a ser reconhecidos como elemento central da justiça de transição. A afirmação internacional desse direito se deu com a aprovação da resolução 60/147 da ONU, em 2005, “após a pressão dos países da América Latina que integravam a então Comissão de Direitos Humanos da ONU, sobretudo a Argentina, responsável por elaborar o texto do projeto. A verificação dos fatos e a revelação pública da verdade incluem-se entre as medidas a serem tomadas pelos Estados para a reparação plena e efetiva do dano sofrido pelas vítimas”. (ONU, 2005)

O compromisso com a memória e a verdade não são de hoje, em 1988 a conferência *States crimes: punishment or pardon*, “concentrou-se em discutir três questões centrais, 1) se havia obrigação perante o Direito Internacional de punir os autores de violação de direitos humanos; 2) se o Estado teria a obrigação de esclarecer essas violações no sentido de garantir a memória e buscar a verdade; 3 se as medidas de justiça deveriam ser limitadas pela discricção e prudência”. (VASCONCELOS, 2011, p. 8)

PAIGE (2011, p. 111) referente ao seguinte questionamento afirma que:

(...) prevaleceu a ideia de que os governos que herdaram de seus antecessores um legado de abusos contra os direitos humanos, teriam a obrigação de investigá-lo e estabelecer publicamente a verdade sobre esses fatos, mesmo nos casos em que se privilegiasse a anistia aos perpetradores e deste modo garantir a memória nacional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é clara ao apontar a importância da Memória e da Verdade em seus julgados:

O direito à memória e à verdade é considerado um direito de cunho individual e coletivo por configurar-se como um direito das vítimas diretas e indiretas, fatais e sobreviventes de graves violações de direitos humanos de terem reconhecida sua dignidade e de obter a devida reparação por parte do Estado; e um direito de toda a sociedade de conhecer a verdade sobre os eventos traumáticos do passado e ter acesso a informações históricas que compõem sua memória coletiva. A jurisprudência do sistema tem reiterado que todas as pessoas (...) têm o direito à verdade”; e que esse direito “cabe aos familiares das vítimas de conhecer o que ocorreu e de saber quem foram os agentes do Estado responsáveis pelos fatos,

assim como o direito da sociedade de conhecer a verdade (CIDH, 2009: 64), com base nos artigos 8 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A mesma sentença alega que “a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação” afetou negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos (Corte IDH, 2009:4), de maneira a colocar o direito à verdade ao lado do direito à justiça, este entendido na perspectiva de responsabilização penal dos violadores. Bem como impossibilitar a construção da Memória Nacional. (CIDH, Caso La Cantuta Vs. Peru)

O relatório do Conselho de Segurança da ONU (UN Security Council UN – S 2004/616) acredita que a legitimidade da manutenção da paz social, pós uma legislação de transição está intimamente ligada com a aceitação por parte da população do processo transicional. Ou seja, é necessário que haja confiança da sociedade nas novas regras e procedimentos legais que serão capazes de reparar os erros do passado e consolidar o novo regime, e para isso é necessário que haja a coesão da sociedade, que estejam ligadas no mesmo propósito, que só é fornecido quando o Estado garante o Direito à Memória e a Verdade.

38

O binômio verdade-memória, conforme entendido neste estudo, cumprirá portanto dois papéis nas políticas transicionais: (i) o de promover o esclarecimento histórico de variados fatos e, ainda, (ii) o de promover a integração social, na medida em que viabiliza a ampliação do espectro da narrativa nacional sobre o passado, re-inserindo nas narrativas sociais (e estatais) setores alijados por uma “verdade oficial” abertamente manipulada. Passa, portanto, a articular-se dentro da perspectiva de construir uma “memória coletiva” que contribuirá para aquilo que defino como um “senso comum democrático”. Mas antes de adentrar nesta esfera, cabe questionar a existência, do ponto de vista legal, de referido “direito à memória e à verdade”. (SABADELL, DIMOULIS, 2011, pp. 79-102).

O direito à verdade e à memória compreende uma dupla dimensão. Em primeiro lugar, se reconhece o direito das vítimas e seus familiares a conhecer a verdade a respeito dos feitos que deram lugar a graves violações de Direitos Humanos, assim como o direito a conhecer a identidade dos que participaram desta. Em segundo lugar, se consolidou a noção, que este direito não se corresponde apenas às vítimas e seus familiares, mas também a sociedade em seu conjunto. A respeito, Comissão

Européia de Direitos Humanos vem sustentando que “toda sociedade tem o direito irrenunciável de conhecer a verdade do ocorrido, assim como as razões e circunstâncias em que os delitos chegaram a acontecer” (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2012), a fim de que deste modo se saiba o que aconteceu, garanta o confronto de memórias a fim de evitar que esses feitos voltem a ocorrer no futuro.

É assim que o direito à memória e à verdade satisfaz uma necessidade democrática, qual seja: o avivamento de memórias sociais plurais que somem as vivências individuais de violações passadas ao processo reflexivo de superação do legado autoritário e consolidação do Estado Democrático de Direito, fomentando o surgimento de narrativas reflexivas que, ao dialogarem com o autoritarismo, promovam o pluralismo, a democracia e os direitos humanos traduzidos em uma cultura que, por conter este senso comum democrático, repele o autoritarismo, consolidando a democracia desde um ponto de vista prático (e não estritamente formal/jurídico) e possibilitando que os elementos não-conscientes de memória não sejam vinculados com a violência do passado. (TORELLY).

Deste modo, o direito a memória não é uma exclusividade do processo transicional, como se busca evidenciar. Mas principalmente neste contexto de transição a memória se torna mais vulnerável e os cidadãos fragmentados, onde é mais fácil pro Estado esquecer um período de exceção, de ditadura do que confronta-lo, e onde reparar com indenizações é mais fácil do que com memórias. Nestes casos, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos são acionadas, e proporcionam ferramentas para concretização da memória e da verdade além da responsabilização internacional do Estado, como nos casos *Almonacid Arellano e outros Vs Chile*; *La Cantuta Vs Peru*; *Bulacio Vs Argentina* e *Gomes Lund Vs Brasil*, todos tramitados na Corte Interamericana de Direitos Humanos, ferramenta central do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

A memória tende ser tratada como política pública como preceitua LEAL (2012, p. 9):

Daí a importância da memória ser tratada como política pública de gestão da história passada, presente e futura, contribuindo no processo didático-pedagógico de ensino e de aprendizagem da Cidadania e da República, assim como suas instituições

democráticas e representativas, para que se possa compreender o ocorrido, e, com tal esclarecimento, formatar opinião pública proativa em favor de práticas sociais civilizatórias e emancipacionistas de todos, inclusive para que aqueles tempos não voltem mais.

Para que deste modo à Transição tenha tido sentido, e não apenas uma democracia sem ideais prevaleça. A compreensão do passado por intermédio da narrativa da memória histórica e pelo reconhecimento oficial dos acontecimentos possibilita aos cidadãos construir os valores que indicarão sua atuação no presente. E também condiciona o agir do Estado no agora, na sua garantia de não repetição.

Isto significa que passado e presente se condicionam constantemente. Assim, em todo o processo histórico, e sua compreensão, há uma antecipação de sentido que abrange a tradição, impondo-se o reconhecimento de que as próprias partes determinam o todo. É neste sentido que o tema da Memória se afigura de extrema importância à apuração da verdade e da justiça envolvendo a violação de Direitos Humanos e Fundamentais por regimes militares, em especial quando se pergunta como pode o Estado interagir com a Sociedade Civil na constituição das melhores políticas públicas de Memória, ou como quer Bickford, ao insistir com as seguintes perguntas que fomentam tais medidas: How can memorials support truth commissions, tribunals, police reform, schools, community centers, watchdog groups, and other democracybuilding projects? How can the state and civil society collaborate best on controversial projects to ease tensions over who “owns” the past and find mutually satisfying solutions?. (LEAL, 2012, p. 9).

40

Deste modo, não é fácil imaginar a possibilidade de reconstrução de uma sociedade destruída a partir da composição de várias ideias opostas, a exemplo da possibilidade de identificação e punição dos autores dos crimes e a hipótese de esquecimento, perdão e de estímulo à reconciliação. Sendo assim, para correta e legítima reconstrução da sociedade há necessidade de participação total da sociedade, que devido a todos os acontecimentos não está mais unida. A única forma de garantir a coesão social para concretude de uma Justiça de Transição e a volta de uma sociedade democrática, plural e que busca o bem comum, é o Direito à Memória. Não há Justiça de Transição sem garantia da Memória tanto do indivíduo, quanto da nação. Não há reconciliação nacional sem a garantia da Memória e da verdade nacional. Não há



garantia de não repetição sem Memória O Direito a memória é o Direito alicerce, serve para construir ou reforçar uma ideia, um sistema uma ideologia. Bem como para garantir a não repetição de fatos que a memória já condenou. Por essas e outras razões se faz necessário o Direito à Memória ser garantido como Direito fundamental.

## **DESAFIOS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E COMO O PROCESSO ACABA**

É consenso na doutrina, e visto na prática, que não existe um modelo único para o processo de justiça de transição. Este se revela como um processo peculiar, onde cada país possui suas necessidades específicas, onde cada povo de cada nação tem uma relação distinta com o Estado, bem como possui outros anseios diante do mesmo. Cada país precisa encontrar seu caminho – seguindo claro, os pilares básicos e essenciais - para lidar com o legado de violência do passado e implementar mecanismos que garantam a efetividade do direito à memória e à verdade. É esse o grande desafio da Justiça de Transição.

41

É possível observar que quanto mais uma transição ocorre com a derrota da velha elite autoritária e dos agentes da repressão, maior é a margem de manobra para o desenvolvimento das políticas de verdade e justiça. As ditaduras ocorreram de diversas maneiras e em diferentes tempos em cada país, tendo assim cada país um tempo para o processo transicional. Apesar da justiça de transição ter os mesmos pilares em qualquer país, o tempo de desenvolvimento dela vai variar de acordo com a situação do país e com as marcas que os regimes ditatoriais deixaram. Não é possível generalizar o processo transicional, em cada país ele ocorre de uma maneira. (BRITO, 2009)

A ONU também afirma a necessidade de ter essa percepção das particularidades da Justiça Transicional:

A comunidade internacional apressou-se em descrever uma fórmula específica de justiça de transição, enfatizando tanto os processos penais quanto as comissões da verdade, sem primeiro permitir que as vítimas e os grupos sociais do país tivessem a oportunidade de refletir e decidir sobre um ponto de equilíbrio adequado. A comunidade internacional deve ver a justiça de transição de uma forma que vá além dos julgamentos e tribunais. Os desafios dos

ambientes pós-conflitos necessitam de um planejamento que equilibre uma multiplicidade de objetivos, incluindo a busca de responsabilização, da verdade e da reparação, a preservação da paz e a construção e consolidação da democracia” (ONU, 2009: 332).

Dessa maneira, seguindo suas peculiaridades e necessidades a Justiça de Transição busca a reconstrução da sociedade e garantia da paz em um período pós-conflito. O processo de transição tem de auxiliar o restabelecimento da confiança dos indivíduos no Estado, demonstrando que o mesmo não pretende violar seus direitos, mas sim protegê-los.

Diante dos desafios que se mostra é que o processo transicional global se molda e evolui. E visto que não há como impor medidas necessárias a todos os países, apenas traçar o caminho que deve ser seguido, é imperioso diante de todo o exposto que a Memória seja atuada como uma política pública, que irá garantir a coesão social e o gosto pela Cidadania. Com a compreensão do ocorrido, e não o esquecimento, a formação de um senso público e ativo irá buscar práticas sociais civilizatórias em busca do bem comum, em busca de construir algo, que é o oposto do que a Memória lembra e que refletira o que toda nação almeja - um Estado Democrático de Direito e uma Sociedade onde prevaleça o Bem Comum e a Justiça.

42

## CONCLUSÃO

É inconcussa a importância da Justiça de Transição em todas suas fases e formas de aplicação para os Sistemas Políticos-Jurídicos de ontem e de hoje. Esta forma de Justiça tende ser sempre vista como uma ferramenta que vem para propiciar o bem, reconstruindo uma sociedade alvo de violações e cerceamento de liberdades, pondo fim a estas praticas e ao legado de abuso através de medidas judiciais e extrajudiciais, bem como promovidas tanto dentro do âmbito Estatal, quanto fora dele.

O que se busca evidenciar é que todo processo de Transição e conseqüente superação do passado traz a tona à concretização da democracia e dos Direitos Fundamentais, através de um Estado Democrático de Direito sendo estabelecido por medidas, que mesmo ciente da peculiaridade de cada país toma como norte os pilares da Transição e seus princípios, firmados tanto doutrinariamente quanto por precedentes de Cortes Internacionais. Entretanto, ficou provado que de nada adianta

uma justiça transicional se o povo não acredita e não participa deste processo, se o seu sentimento perante o Estado ainda se encontra aviltado, e a cidadania adormecida. É mister que se reconfigure esta relação entre povo e Estado para a reestruturação de uma sociedade.

A ferramenta, viga mestra de todo sistema de transição política, é com certeza a Memória. A memória mantém a coesão da sociedade, o sentimento de cidadão e de nação, bem como a necessidade de se reconstruir um lugar, que é uma resposta de todos os anseios do povo daquele país criando por consequência uma nova relação entre Estado e população, solidários e ativos também neste fim. Preservar a memória é preservar bem assim a verdade sobre a história, a história de uma Nação, a fim de orientar o desenvolvimento das gerações futuras, que se pautadas nos valores do bem comum de agora, trará para o futuro a garantia de um lugar cada vez melhor. Por isso o imperativo de tornar a Memória como política pública, plantando hoje a sociedade que iremos buscar e garantir no amanhã.

## **REFERÊNCIAS**

ABRÃO, Paulo e TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro**. Ministério da Justiça, Comissão de Anistia. Portugal. Universidade de Coimbra. 2010.

ALMEIDA, Eneá de Stutz e. TORELLY, Marcelo. **Justiça de Transição, Estado de direito e Democracia Constitucional: Estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do estado democrático de direito**. Volume 2. Número 2. Porto Alegre. Julho/dezembro 2010.

ARENDRT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: perspectiva, 1997

BASSIOUNI, M. Cherif. **The Chicago Principles an Post-Conflict Justice**. 2007.

BEZERRA, José Ricardo da Cruz. **A memória cultural como direito fundamental**.

BIDNIUK, Gabriela da Rosa. **Justiça de Transição no Brasil**. 2011. Online.

BRITO, Alexandra Brahona de. **Justiça Transicional e a Política da Memória: uma visão global**. 2009

BICKFORD, Louis, **Transitional Justice**. in **The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity**, ed. Dinah Shelton, Detroit: Macmillan Reference USA, 2004, v.3

Conselho de Segurança da ONU: UN Security Council. UN-S/2004/616 - O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. In. Revista Anistia: política e justiça de transição, nº 1, janeiro-junho, 2009.

ELSTER, Jon. **Rendición de cuentas: la justicia transicional em perspectiva histórica**. Buenos Aires: Katz, 2006, p.100.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

Ihering, Rudolf von Ihering. *A Luta pelo Direito*. 2012,

Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. *Justiça de Transição: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira. Justiça de Transição e Direito Internacional - o Direito à Verdade e o Dever do Estado de processar e punir graves violações aos Direitos Humanos – Daniela Mateus Vasconcelos.*

LEAL, Rogério Gesta. *Verdade, Memória e Justiça: Um debate necessário*. 2012.

MEZARROBA, Glenda. **O que é Justiça de Transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro, citando Jon Elster**. 2009.

MOURA, Luiza Diamantino. **O Direito à Memória e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Gomes Lund e outros vs Brasil**. Online.

44

PIOVESAN, Flavia. **Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da FMP. N 4. Porto Alegre. FMP. 2007. p 113

Programa Nacional de Direitos Humanos PNDH 3 - Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República)

REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. **Democracia e Anistia Política: rompendo com a cultura do silêncio, possibilitando uma Justiça de Transição**. p. 37. Revista de Anistia Política e Justiça de Transição - nº 1 (janeiro/junho 2009). Brasília. Ministério da Justiça

ROTH ARRIAZA, Naomi – *Transitional justice in the twenty-first century: beyond truth versus justice, Cambridge 2006*

RODRIGUES, Danielle. **Justiça de Transição: a incompletude do processo transicional brasileiro e o papel do Poder Judiciário**. 2012.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. “**Anistia: a política além da justiça e da verdade**” in: Acervo – Revista do Arquivo Nacional, Rio de Janeiro, v.24, n.º 01, jan-jun 2011

SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics**. Norton & Company: *New York, London*, 2011.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. **(Re) pensar o passado – Breves reflexões sobre a justiça de transição no Brasil.** Revista Brasileira de Estudos constitucionais. Belo Horizonte. Ano 2. n.7. Editora Forum. Julho/setembro 2008.

TEITEL, Ruti. **Genealogia da Justiça Transicional.** In: REÁTEGUI, Feliz (Org.) Justiça de Transição: Manual para a América Latina. Brasília; Nova Iorque: Ministério da Justiça; ICTJ, 2011.

TORELLY, MARCELO D. **Justiça Transicional, Memória Social e Senso Comum Democrático: notas conceituais e contextualização do caso brasileiro in Boaventura de Sousa Santos,** Paulo Abrão, Cecília MacDowell e Marcelo D. Torelly (org.), Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Universidade de Coimbra, 2010.

VASCONCELOS, Daniela Mateus. **Justiça de Transição e Direito Internacional: O Direito à Verdade e o Dever do Estado de processar e punir graves violações aos Direitos Humanos.**

VIANA, Nildo. **Cultura, Tradição e Memória, a Juventude entre a Permanência e a Ruptura.** Online

# A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO BÁSICA INFANTIL COMO FRUTO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA: ANÁLISE CRÍTICA E PROPOSTAS À LUZ DO CASO EM CONCRETO NO MUNICÍPIO DE IBIPORÃ – PARANÁ.

*Luiz Henrique Batista de PEDROZO<sup>4</sup>  
Fernando de Brito ALVES<sup>5</sup>*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo promover uma análise crítica acerca da responsabilização dos Municípios com relação à efetivação de políticas públicas voltadas à Educação Infantil. Para tal, utilizou-se da realidade fática de um dos municípios do Estado do Paraná, para demonstrar como o ente público vem sendo cobrado pelo Poder Judiciário na implementação da política pública educacional. Nesse sentido, aborda como a adoção de medidas programáticas e progressivas podem ser definidas de forma dialógica com os demais atores sociais para viabilizar um melhor planejamento das políticas públicas voltadas à Educação Básica Infantil, evitando intervenção posterior, via decisões judiciais, no Orçamento Municipal. De igual maneira, aborda como tem se dado o processo de municipalização dessas políticas públicas em outras cidades de porte semelhante. Explica como o acesso à creche e à pré-escola evoluiu desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, partindo de uma política assistencialista direcionada prioritariamente a mulheres pobres, alcançando o status de direito fundamental a ser garantido a toda e qualquer criança de 0 a 5 anos. Atenta, ainda, para o fato de o Ministério Público ter de rever também a sua forma de atuação, uma vez que tem desempenhado parcialmente o seu papel com relação a essas políticas públicas, quando se concentra basicamente na atuação quase que exclusiva de fiscalizar os atos da administração pública posteriores à definição das estratégias e dos orçamentos, quando na verdade deveria se dedicar também à participação ativa no processo de elaboração, definição, deliberação e planejamento da política educacional, inclusive junto aos conselhos de direito.

46

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação Infantil; Municipalização; Creches

## ABSTRACT

This paper aims promoting a critical analysis of the accountability of municipalities regarding the effectuation of public policies for Early Childhood Education. Therefore the reality of an ordinary city of Paraná State was used as case study, in order to show off how the public entity has been charged by Judiciary implementing the educational

---

4 Estudante de Pós-Graduação – UENP.

5 Doutor. Professor da UENP

public policy. Accordingly, this paper reveals how adopting programmatic, progressive measures may be defined in a dialogic manner along with other social actors to enable a better planning of public policies aimed at early childhood basic education, avoiding later interventions by judicial decisions on municipal budget. Similarly, this paper reveals how the process of municipalization of public policies in other cities of same size is going on, explaining how access to daycare and preschooler institutions has evolved since the promulgation of Brazilian Federal Constitution in 1988, from a welfare policy primary directed to poor women, to a fundamental right. Yet, it reveals that the public ministry needs to review its own *modus operandi*, once it has only played a partial role related to these public policies, focused almost exclusively on supervising acts of the public administration after the definition of strategies and budgets, instead of playing a participative role on the elaboration, definition, deliberation and planning of the educational policy, including those along with legal councils.

**KEYWORDS:** Childhood Education; municipalization; children center

## INTRODUÇÃO

O trabalho em questão tem como ponto de partida, análise por amostragem de decisão judicial proferida em Ação Civil Pública com preceito cominatório de obrigação e pedido de antecipação de tutela, promovida pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do Município de Ibiporã (Processo nº 3838-97.2013.8.16.0090), embasada em dados fornecidos pelo IBGE acerca da taxa bruta de natalidade e em reivindicações diretas feitas por munícipes ao *Parquet* para obtenção imediata de mais de 340 vagas em creches municipais.

Analisando-se o caso em concreto, visa-se demonstrar, quais as principais dificuldades enfrentadas pela maioria dos entes Municipais do Estado do Paraná (municípios de pequeno e médio porte) para promover de forma indiscriminada e universal uma educação infantil considerada ideal, tal qual exige a Constituição Federal, e por quais motivos, atores sociais, a exemplo do Ministério Público, ao invés de participarem ativamente do processo de elaboração e definição dessas políticas públicas, tem preferido permanecer na retaguarda, consentindo ainda que indiretamente que o gestor público mantenha em suas mãos a obrigação de definir as estratégias necessárias à implementação da política pública no Município, focando-se na fiscalização posterior, apontando falhas, exigindo soluções e, invocando uma luta pela implementação das políticas públicas educacionais que a bem da verdade deveria

ter sido assumida desde o seu nascedouro, antes mesmo da definição do orçamento público para tal fim.

Parte-se do pressuposto de que, a educação é um processo de construção continuada do homem em sociedade, necessário à integração de todas as relações interpessoais firmadas no decorrer de sua existência e que depende, por sua vez, da articulação entre Administração Pública e demais atores sociais, em especial, sociedade civil organizada, Ministério Público e conselhos de direito, na forma de definições estratégicas da política educacional em total consonância com a realidade social.

Objetiva-se, assim, lançar a lume discussão acerca da co-culpabilidade dos demais atores sociais nas falhas que vez ou outra são apontadas no processo de implementação das políticas públicas educacionais por parte dos Municípios e como a abertura de canais de participação nos processos administrativos que antecedem a definição dessas políticas públicas de educação básica infantil podem proporcionar uma maior eficiência do serviço público.

Nesse sentido, se aposta que as mais acertadas decisões governamentais são aquelas elaboradas em conjunto com segmentos representativos da sociedade, os chamados atores sociopolíticos, e que é preciso ponderação do magistrado para não atribuir exclusivamente ao ente público, a insuficiência dos atos por ele praticados em prol da efetivação da política educacional infantil, reconhecendo-se os esforços empregados apesar de todas as limitações financeiras, estruturais e político-administrativas.

## **BREVE EXCURSO SOBRE A EDUCAÇÃO BÁSICA INFANTIL NA ATUAL TUTELA JURÍDICA DO ESTADO**

Quando falamos em direito à educação, falamos de um direito que traz benefícios não apenas para seus titulares, mas também para a sociedade. (ASSIS, 2012, p37)

Por ter surgido em várias frentes, o atendimento à criança no Brasil não possui uma origem precisa, seja ela pública, privada, filantrópica ou comunitária. (BARRETO, 1998)



Contudo, o ano de 1934 é indicado pelos especialistas em educação como sendo o ano em que se tratou pela primeira vez desse direito como garantia legal, justamente porque foi neste ano que “funcionárias mães” passaram a contar com a garantia da existência de creches nos locais de trabalho para promover a educação e cuidado de seus filhos pequenos. Anos mais tarde essa mesma conquista também foi confirmada pela Consolidação das Leis do Trabalho a todas as trabalhadoras mães. (CAMPOS, 1999).

Assim, a CLT no seu artigo 389 passou a exigir que:

[...] estabelecimentos em que trabalharem pelo menos trinta mulheres, com mais de dezesseis anos de idade, a dispor de local apropriado em que seja permitido às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, os seus filhos no período de amamentação (CAMPOS, 1999, p. 120).

Com a Constituição Federal, passou-se a exigir através do seu artigo 212, que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal aplicassem nunca menos do que 25% da receita resultante de impostos e manutenção e desenvolvimento de ensino.

49

A Constituição de 1988 é a mais detalhada de todas no que tange à matéria de direito à educação, motivo pelo qual é preciso ler cuidadosamente os artigos afim de identificar sua finalidade não apenas baseado na premissa de “direito de todos”, mas nas possibilidades de efetivação plena deste direito, vinculada à certas limitações presentes no texto constitucional; limitações estas que permitem a universalização progressiva da educação básica, respeitado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. (ASSIS, 2012, p. 68)

Com base nisso em 1996, ocorreu a institucionalização do FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Fundamental e de Valorização do Magistério), de modo que 60% dos 25% exigidos pela Constituição, eram reservados ao Ensino Fundamental como forma de viabilizar a universalização e a gratuidade deste nível de ensino, previsto na Constituição na antiga redação do inciso I do artigo 208, modificado em essência pela Emenda Constitucional nº 59 de 2009. (ASSIS, 2012, p. 50)

Mesmo assim, o Brasil só conseguiu em tese universalizar o Ensino Fundamental em 2007, ocasião em que a idéia do FUNDEF estendeu-se para toda a

Educação Básica originando-se assim, o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização do Profissional da Educação).

Sobre o importante papel da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no resgate histórico-legal do direito à educação, pontua Oliveira:

[...] a Carta Constitucional de 1988 representa um salto de qualidade relativamente à legislação anterior, deslocando o debate da efetivação deste direito, da esfera jurídica para a esfera da luta social, isto porque, através da maior precisão da redação e detalhamento de tal declaração, suprimiram-se os obstáculos legais formais à universalização do ensino fundamental para todos e todas as idades, introduzindo-se, explicitamente, até mesmo, os instrumentos jurídicos para sua efetivação. (OLIVEIRA, 1999, p. 3)

Tem-se, portanto, que por uma questão cultural reforçada durante o longo período ditatorial, o Brasil demorou em enxergar as creches e as pré-escolas como sendo espaços educacionais. De maneira que, por muito tempo esses espaços destinados ao atendimento de crianças menores, foram tratados como entidades meramente assistenciais, voltados exclusivamente ao cuidado, idealizados como verdadeiros asilos, depósitos de crianças pobres e ou órfãs onde se aplicava métodos de uma educação compensatória.

Atualmente no nosso país a educação infantil é um direito de todos, que deve ser oferecido em creches (instituições destinadas ao atendimento de crianças de zero a três anos idade) e pré-escolas (instituições de ensino destinadas ao atendimento de crianças de quatro a seis anos de idade) preocupada com a metodologia e a prática pedagógica, muito embora, as diferenças nas condições de acesso e frequência, nos níveis de investimentos (tanto estrutural quanto na formação docente, por exemplo) em comparação com as demais modalidades da educação básica (ensino fundamental e médio), ainda façam dessa modalidade de educação um segmento à margem da política educacional, como bem elucidada Assis nas seguintes ponderações:

Se a vaga foi conquistada, mas a escola é distante da residência do aluno, o direito não foi efetivado; se o aluno divide a carteira com outro, ou se utiliza de mobiliário com significativas diferenças, ainda que esteja na escola, não há efetivação do direito; se falta professor e o substituto não tem formação na área da disciplina, é uma afronta ao direito; se uma

criança em idade de creche tem ação judicial julgada pertinente para a matrícula imediata, o direito público subjetivo daqueles que tem entre 4 e 17 anos foi prejudicado, pois os recursos devem ser direcionados para o cumprimento imediato da educação obrigatória gratuita. (ASSIS, 2012, p. 68)

Assim, ao contrário do que muitos pensam e pregam, o direito à educação não se resume a ter direito a um lugar na sala de aula, vai muito além disso. O direito à educação pressupõe um lugar na sociedade, que não pode ser simbolizado pelo número de cadeiras e carteiras existentes nas creches ou escolas públicas, municipais ou estaduais, mas que deve ser vivenciado, percebido, sentido. (ASSIS, 2012, p. 38)

## **O PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO DA POLÍTICA EDUCACIONAL INFANTIL**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo intuito era promover a estabilidade social e política, várias outras mudanças foram carreadas ao cenário social brasileiro, dentre elas, a redefinição do pacto tributário, o fortalecimento e a redefinição do papel das instituições e a submissão de todas elas e de todas as autoridades públicas àquilo que denominou como “garantias e direitos fundamentais dos cidadãos”. Um desses direitos fundamentais é justamente o acesso à educação de qualidade, que o Estado foi obrigado a rever e promover aos brasileiros, desde a tenra infância.

Assim, na busca pelo desejado Estado Democrático de Direito, a Magna Carta ampliou os raios de atuação do Poder Público e promoveu a extensão das políticas públicas a todos os cidadãos. Com isso, a Educação Básica Infantil, que antes era direcionada exclusivamente ao atendimento das necessidades das mães trabalhadoras, que não tinham condições de promover os maiores cuidados aos seus filhos justamente por terem de promover ou ajudar a promover o sustento da família, passou a ser direito fundamental de toda e qualquer criança na faixa etária de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, independentemente se filha de mulher trabalhadora ou pobre.

Não é por acaso, que o capítulo da Constituição Federal dedicado à Educação, mais precisamente o artigo 208, inciso IV, definiu expressamente que o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante garantia de “Educação Infantil, em

creche e pré-escola às crianças de até 5 (cinco) anos de idade”, o que é repetido no artigo 54, inciso IV, da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Porém, foi com base no artigo 211, da Constituição Federal, que dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração os seus sistemas de ensino, cabendo aos municípios atuarem com prioridade no Ensino Fundamental e na Educação Infantil, que a tese da descentralização da educação tornou-se efetivamente lei, viabilizando pela primeira vez no Brasil, a organização dos sistemas de ensino entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, pela via do chamado Regime de Colaboração, de modo a possibilitar aos Municípios a criação de seus próprios sistemas de ensino, atribuindo-lhes autonomia relativa na formulação de políticas educacionais, em específico para a Educação Infantil e o Ensino Fundamental, visto que, até então, a esfera municipal detinha, apenas, o sistema administrativo.

Naquele momento, marcado por fortes reações ao centralismo do regime autoritário e por uma grande revalorização da instância local, e apesar da pluralidade de interesses, definiu-se a tendência de atribuição de uma maior autonomia aos Municípios, confirmada, no campo da educação, alguns anos após, pela nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) – Lei no 9.394 –, em 1996. (SOUZA e FARIA, 2004, p. 926)

52

Mais tarde, esse Regime de Colaboração entre os entes federados (a União, o Distrito Federal, os 27 Estados-membros e mais de 5500 municípios) foi reformulado pela Emenda Constitucional nº 14, de 12 de Setembro 1996, que por sua vez, viabilizou a implantação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF, hoje denominado FUNDEB), no intuito de promover a descentralização e a otimização dos gastos com educação (CURY, 2000).

Com o advento da CF, foi facultado aos Municípios o direito de emitir normas e a estabelecer políticas, viabilizando, com isto, a implantação do Regime de Colaboração e não mais a manutenção de relações hierárquicas entre as três esferas políticas de poder (União, Estados e Municípios), pelo menos no âmbito da lei. Em que pese a importância da CF nesta matéria, é importante sublinhar que a definição clara de competência dos Municípios para a instituição de seus próprios sistemas de ensino decorre mais das definições

prevista na nova LDB nº 9394/96, do que naquela Constituição. (SOUZA apud SAVIANI, 2004, p. 930)

Nesse sentido, a otimização de recursos significa criar condições para uma maior eficiência e, em consequência, maior agilidade e transparência na prestação de serviços públicos pelo Estado, presumindo, ainda, maior envolvimento direto do poder local na captação das demandas, no controle de gastos e na inspeção do cumprimento das metas estabelecidas e, a um só tempo, o acompanhamento dessas ações pelo setor público (MENEZES, 2001).

Porém, tal idéia não se sustenta quando, estatisticamente, se comprova que foi justamente no período após a Constituição Federal que ocorreu no Brasil um fenômeno de multiplicação desordenada de Municípios (em 2003, cerca de 80% dos Municípios não se sustentavam com receita tributária própria e viam no Fundo de Participação Municipal a principal fonte de renda). E que, multiplicando-se os Municípios, avultaram-se as responsabilidades constitucionais (GASPARINI & MEL0, 2003).

Em termos locais, o que se vê, não é a transferência de poder decisório pela União ou Estado ao Município, mas sim, deslocamento de problemas e encargos, vez que os primeiros, em especial a União, continuam a deter percentuais maiores de arrecadação ao passo que redistribuem entre as esferas menores, ou seja, aos Municípios mais responsabilidades.

(...) o Regime de Colaboração entre os sistemas de ensino, de acordo com o modelo em processo de implantação no Brasil, vem contrariando os preceitos constitucionais (Artigo nº 211 da CF de 1988), que apontam para decisões compartilhadas entre sistemas de ensino iguais e autônomos entre si. Tal concepção de colaboração implica igualmente considerar ações conjuntas que abarquem, por exemplo: a divisão de responsabilidades pela oferta do Ensino Fundamental entre as instâncias federadas; o planejamento educacional (planos de educação e censos escolares), de modo a buscar o compromisso comum com a qualidade de ensino; a superação de decisões impostas ou a simples transferência de encargos, sem que haja o repasse devido dos meios e recursos necessários; e, ainda, a garantia de participação da sociedade, através dos seus Conselhos, com representação popular e poder deliberativo (SOUZA e FARIA, 2004, p. 931).

O resultado, apesar dos esforços e de a qualidade do ensino ter melhorado bastante, foi justamente, o decréscimo da participação da União num quadro de elevada desarticulação, o que fomentou a elaboração e a organização de uma educação básica infantil a partir da criação de sistemas de ensinos autônomos, pautados em realidades um tanto quanto diferentes de cada um desses Municípios, promovendo um significativo aumento da desigualdade.

Para se ter uma idéia, de acordo com dados do Ministério da Educação fornecidos no site do governo ano de 2011, a cada 100 cidades do Brasil, pelo menos 15 não possuíam ao menos uma sala de aula para atender crianças na faixa de zero a 03 anos. Estimando-se que, em todo o território nacional, aproximadamente 827 municípios ainda se encontram nesta situação. Sendo certo que, dentre os estados da federação, o Maranhão foi o Estado apontado por dois anos seguidos como sendo o Estado com menor número de creches e pré-escolas e um dos que menos investiu em educação básica infantil.

Se voltarmos os olhos à realidade do Estado do Paraná, veremos comprovadamente, que as cidades que priorizam a educação infantil apresentam índices de desenvolvimento social superiores, o que de certa forma, demonstra a relação direta entre educação e desenvolvimento social.

Porém, estudos elaborados nos últimos anos acerca da qualidade do ensino público nos municípios paranaenses, têm tornado evidente a real ordem dessa relação.

Os resultados obtidos até então, indicam, por exemplo, que as mesorregiões Norte Central, Norte Pioneiro e Noroeste do Estado foram as que mais concentraram resultados de eficiência nos anos de 2008 a 2010, evidenciando que, os municípios dessas localidades tem otimizado a alocação dos seus recursos públicos, graças a uma melhor gestão do poder executivo local em comparação aos demais municípios do Estado do Paraná. Os estudos indicam ainda, que os municípios com melhor desempenho econômico não são necessariamente os mais eficientes, o que explicaria o fato de regiões como a Metropolitana, Centro-Occidental, Centro-Oriental e Centro-Sul, concentrarem a maioria dos resultados considerados de forte ineficiência no período analisado. Também permite verificar que os gastos com educação nos primeiros anos do ensino fundamental, na maioria dos municípios do Estado do Paraná, apresentaram

Ineficiência Moderada entre 2008 e 2010, e que, pouquíssimos municípios apresentaram grau de Eficiência 100%, apontando por fim, uma redução significativa do número de municípios eficientes entre os anos de 2005 e 2009 (SAVIAN & BEZERRA, p. 48, 2013).

## **ANÁLISE DE CASO: A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO MUNICÍPIO DE IBIPORÃ E A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA EDUCACIONAL VOLTADA À CRIANÇA**

Todos os 399 municípios paranaenses são obrigados pela Lei Complementar nº 131/2009 a prestarem contas de suas ações via portal eletrônico na rede mundial de computadores. A par disso, seguindo o critério de classificação de municípios por porte, desenvolvido pelo próprio IBGE no ano de 2010, constatamos que o Estado do Paraná possui 312 municípios na categoria *pequeno porte 1* (ou seja, com até 20.000 habitantes); 55 municípios na categoria *pequeno porte 2* (entre 20.000 e 50.000 habitantes); 14 municípios na categoria *médio porte* (com população entre 50.000 até 100.000 habitantes), e 18 municípios considerados de grande porte (ou seja, com mais de 100.000 habitantes).

Nesta esteira, ao analisarmos os dados do IBGE/2010 voltados à realidade brasileira, observamos que o país possui 90,57% de municípios de pequeno porte; 5,37% de médio porte e 4,06% de grande porte, pelo que concluímos pela similaridade e proximidade nos dados entre a realidade paranaense e a brasileira.

Com base nisso, a escolha do Município de Ibiporã para a pesquisa mostrou-se válida, já que por ser considerado um Município de pequeno porte 2, a representatividade de sua realidade se coaduna mais facilmente com aquela vivenciada pela maioria dos entes municipais que compõem o Estado do Paraná, cujas características, por sua vez, são bem próximas às demonstradas pela realidade nacional.

No Município de Ibiporã, situado no norte do Estado, com aproximadamente 50 mil habitantes, as dificuldades para se atender a crescente demanda por creches ultrapassa as discussões acerca de questões orçamentárias, indo da falta de ações conjuntas capazes de nortear o planejamento familiar, por exemplo, à implementação eficaz de outras políticas, não menos importantes, por parte dos outros entes

federativos, passando, obviamente pela falta de interesse da população na participação efetiva da política local.

Quando da elaboração de seu plano plurianual vinculado à participação de recursos públicos, havia previsão para a reforma, construção e ampliação de centros de educação infantil e escolas, perfazendo a previsão de gastos, para 2010, de R\$ 439.440,00 (quatrocentos e trinta e nove mil, quatrocentos e quarenta reais); para 2011, de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais); idêntico valor para o ano de 2012, e para o ano de 2013, a quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), totalizando a previsão de gastos em R\$ 2.839.440,00 (dois milhões, oitocentos e trinta e nove mil, quatrocentos e quarenta reais). Na ocasião, comunicou-se o Ministério Público da importância da sua participação na definição do orçamento, porém este não manifestou interesse, cabendo única e exclusivamente aos conselhos municipais, gravemente deficientes, definirem as diretrizes ao administrador público.

Neste caso, efetivamente, os investimentos foram bem elevados. A Diretoria de Contabilidade do Município, ao apurar pormenorizadamente os valores aplicados, concluiu que investimentos por parte do Município em Educação Básica Infantil havia sido algo na escala de R\$ 6.248.907,33 (seis milhões, duzentos e quarenta e oito mil, novecentos e sete reais e trinta e três centavos), tudo destinado a obras de construção, reforma e ampliação das creches municipais.

Em números de atendimento, isso retratou que, em 2010, o Município atendeu a 210 novas crianças, chamando-as à matrícula nos Centros Municipais de Educação Infantil. Que em 2011, além daquelas já atendidas, outras 536 crianças haviam sido devidamente matriculadas, e ao final de 2012, o número de novos atendimentos havia chegado à casa dos 1.582, quase dez vezes mais que em 2010.

Mesmo assim, o Ministério Público promoveu Ação Judicial em face do Município, com o fixo pedido de que o ente público viesse a implementar em exíguo prazo, 320 (trezentos e vinte) novas vagas de educação infantil para o atendimento a crianças com idade entre 0 a 5 anos, sob a justificativa de que foram inúmeras as reclamações feitas por mães naquela promotoria, e que o Poder Público Municipal não vinha atendendo a totalidade das demandas por vagas nas creches tal qual exige a Constituição Federal, em seu artigo 6º. Dispositivo este que, erigiu o direito à



educação à categoria de direito social, englobando-o à noção de direitos de segunda geração, cuja implementação exige dos poderes públicos municipais prestações positivas a serem realizadas mediante políticas públicas concretizadoras de prerrogativas sociais, destinadas a reduzir desigualdades sociais e a efetivar a garantia do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, conforme explicitado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Em sede de defesa, o Município juntou aos autos cópia do Decreto Municipal nº 057/2013, o qual dispõe sobre diretrizes e procedimentos a serem adotados para o cadastramento e matrícula de crianças com idade de 04 (quatro) meses a 03 (três) anos, candidatas à vagas em turmas de berçário I e II nas instituições da rede municipal de ensino infantil de Ibiporã para comprovar que há regulação, planejamento e definição de critérios objetivos bastante claros a ordenar a educação básica infantil e assim, afastar toda e qualquer alegação no sentido de que houve inadimplência quanto às suas obrigações legais de inserção educacional de infantes.

Neste sentido, procurou reforçar enfaticamente a negativa ao pedido de antecipação de tutela feito pelo Ministério Público, pedido este que já havia sido denegado pelo juízo e que estava sendo reavaliado em sede de agravo de instrumento, embasando-se na necessidade de estrutura adequada e funcionários suficientes para promover todos os atendimentos considerados urgentes, além de esclarecer os riscos que tal medida importaria ao ideal atendimento e a toda sociedade caso houvesse a inserção obrigatória de gastos não previstos no orçamento.

Para tanto, invocou o artigo 2º da Constituição Federal que trata da separação dos poderes para sustentar a tese no sentido de não competência do Poder Judiciário para atuar em questões afetas à implementação das políticas públicas, considerando tratar-se de poder discricionário marcado pela conveniência e oportunidade, tal qual preceitua a doutrina:

O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao Administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. Assim, embora louvável a moderna

inclinação de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. Insta-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura com a reserva do possível, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração, necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 44)

Concentrando-se então, em números e estatísticas, a defesa apresentada pelo Município se preocupou em demonstrar ao judiciário, única e tão somente, a ausência de omissão frente à política pública educacional para afastar a efetiva intervenção judicial fundamentada na busca pela execução do direito fundamental, ao passo que, deveria ter levado a baila, também, a real dificuldade para se alcançar o total atendimento das demandas, qual seja, a implementação da gestão democrática das políticas públicas.

Em nenhum momento, procurou-se demonstrar nos autos que a intervenção do Judiciário e do Ministério Público, por exemplo, é considerada bem vinda e necessária à etapa de elaboração e planejamento das políticas públicas educacionais e do orçamento, e que o que deveria ser encarado como sendo imperativo constitucional com relação à participação no processo de elaboração das políticas públicas, vem sendo considerado pelas próprias instituições democráticas, mera liberalidade, prerrogativa ou faculdade.

Sob essa óptica, percebe-se que o ente municipal, deixou passar uma ótima oportunidade de promover ao julgador, dentro do processo, uma visão panorâmica da problemática aventada, de modo que ao final, ao menos, pudesse exigir pela via inversa, a participação efetiva do Ministério Público nos processos administrativos (que, diga-se de passagem, por precederem a implementação das políticas públicas que estão sob sua responsabilidade, devem ser democráticos).

A política pública é tida, pelo senso comum, como procedimento linear em que fases perfeitamente distintas sucedem-se, de modo a se partir da formação, passando pela implementação, finalizando com a avaliação. É necessário ao jurista o conhecimento do ciclo da política pública para tornar possível o controle jurídico de seu processo e de seus resultados.

Desde logo, é preciso ter claro que a política pública dá-se por

ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução. Isto introduz novos elementos no quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70)

Logicamente, devem existir muitos outros interesses por de traz dessa inércia, tanto por parte da Administração Pública, que prefere manter distância dos canais de participação popular e deliberação democrática das políticas públicas, em nome de uma “pseudo melhor atuação” por parte do gestor, quanto por parte do próprio Ministério Público e do Judiciário, instituições democráticas, que não se interessam, no mais das vezes, em entender como funciona a máquina pública e se interar dos meandros que permeiam o planejamento e o orçamento público. Por entendê-los complexos ou técnicos demais, preferem então, focar suas atuações na fiscalização, ao passo que deveriam ser proativos quando da elaboração das políticas públicas, convocando ou se fazendo presentes em audiências públicas e conselhos gestores, por exemplo, independentemente de serem “convidados” para isso.

Desta feita, ao mesmo tempo em que o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à Educação Básica Infantil, que é garantia, por consequência, de proteção à criança, não podem ser menosprezados pelo Estado ante a omissão na implementação e efetivação das políticas públicas eficientes e responsáveis, sob pena de se incorrer em grave e injusta frustração de um compromisso constitucional que visa à preservação dos direitos da população, não pode o Judiciário fechar os olhos para a omissão que recai sob os atores sociais, em específico o Ministério Público, que tem por obrigação participar ativamente do procedimento de definição dessas políticas públicas, justamente porque é nesta fase que se deve descortinar os prognósticos necessários à satisfação adequada do interesse público, que ele próprio Ministério Público fiscaliza.

Sobre o perfil ideal do promotor de justiça junto às políticas públicas, pertinente se faz o seguinte pensamento:

Não será, certamente, aquele que se seduz pelo poder enquanto poder, embora com um novo figurino, mas impregnado de similar coronelismo político, com matreira habilidade midiática na exposição desnecessária de pessoas e valores. E sim o de

protagonista de uma nova agenda social composta por políticas públicas efetivamente comprometidas com a doutrina dos direitos humanos. Preocupado em alargar o acesso popular ao Judiciário, trazendo para a arena jurídica um novo jeito de operar o Direito, da ótica das questões realmente relevantes para a sociedade, sob o signo da justiça social, por meio do dístico multifário e difuso. (GIACÓIA, 2007, p. 283)

Sabe-se que nossa sociedade tem pouca cultura política e que esse é um dos desafios mais duros que o país deverá enfrentar para reverter sua condição sócio-política. Porém, é institucional o papel do Ministério Público de atuar proativamente nos diálogos a serem travados entre a sociedade e o Poder Público, principalmente, para evitar que a participação administrativa continue a ser encarada pelos gestores como sendo uma “ciranda de interesses”. Contudo, esse tipo de atuação não pode ser concebida a título de prerrogativa, como insiste em afirmar o próprio Ministério Público. É, a bem da verdade, um importante dever.

Dever este que se torna claro, quando se passa a conceber que as demandas (necessidades) são interpretadas por aqueles que ocupam espaços de poder, mas são influenciadas por uma “Agenda”, que se cria na sociedade através da pressão política e da mobilização dos diferentes segmentos da sociedade. Cabe, portanto, ao *Parquet*, auxiliar a sociedade na formação dessa Agenda, mesmo porque política pública não se confunde com programa de governo.

Políticas Públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos, correspondem claramente à função de planejamento, ao passo que, as obras e serviços públicos, caracterizam justamente a execução material dessa função (SANTIN, 2006, p. 35). Assim, se a execução material do que foi planejado não se mostra satisfatório, o Poder Judiciário tem que buscar na fonte dessas políticas públicas os subsídios necessários à punição do gestor, inclusive, por improbidade, e obter meios para que sejam prestados qualitativamente os serviços públicos à população.

(...) políticas públicas são aqui entendidas como o “Estado em ação”. Ação, não é, contudo, sinônimo de atividade. É uma ação sistemática e qualificada, de um determinado governo, com o objetivo específico de intervir em contextos sociais, específicos a fim de promover a inclusão. Isso faz com que as políticas guardem profunda relação com as políticas. (ALVES, 2010, p. 213)

Há de se compreender, portanto, que o Ministério Público deve rever sua atuação e promover ações no campo preventivo, ainda que fora de gabinete ou para além do expediente regular de trabalho, promovendo audiências públicas, reuniões diversas, trabalhos em rede, entre outras (NUNES, 2012). Servindo não somente como órgão fiscalizador, mas articulador junto à Administração Pública para garantir ao cidadão, no caso, crianças, o acesso à educação de qualidade.

A participação do Ministério Público na elaboração das políticas públicas passa, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União no que concerne ao atendimento dos direitos sociais, buscando, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, Conselhos de Gestão e sociedade civil organizada definir prioridades a fim de que eventuais falhas nesse atendimento sejam devidamente corrigidas, indicando a melhor forma de fazer com que os orçamentos públicos contemplem recursos suficientes para tanto. (GONÇALVES, 2009, p. 26)

Neste vértice, fica difícil falar em eficiência nas ações de fiscalização promovidas pelo Ministério Público, se este não mantém contatos periódicos com os atores sociais ligados à educação no Município, não realiza reuniões junto aos conselhos ligados à política de educação ou não promove parcerias com outros órgãos de controle, feito o Tribunal de Contas por exemplo.

61

### **A PRESTAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO FACE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL: ANÁLISE DA SENTENÇA**

Entende-se por mínimo existencial (legado constitucional) a teoria que norteia o estabelecimento das metas prioritárias dentro do orçamento público na formulação e execução das políticas públicas, de forma que, só depois de serem disponibilizados os recursos necessários, é que serão discutidas as demandas que merecem atendimento.

Todavia, a limitação fática e jurídica invocada como justificativa para a não efetivação dos direitos fundamentais prestacionais é que tem recebido a denominação de reserva do possível, segundo a qual, deve sempre existir uma reserva orçamentária para garantir as necessidades públicas básicas da coletividade, a qual não pode ser afetada para o custeio de despesas específicas de um ou mais cidadãos

individualmente.

No caso em comento, o juiz da causa, seguindo essa linha de raciocínio, entendeu que a cláusula de reserva do possível não se reveste de caráter absoluto, ainda mais quando esbarra em direitos fundamentais inseridos no mínimo existencial. Porém, compreendeu a necessidade de se analisar a proporcionalidade da prestação e a razoabilidade de sua exigência para tonar efetivas as prestações positivas reclamadas do Município, como destacado no trecho abaixo extraído da sentença em comento:

(...) não se pode tolerar que a reserva do possível seja utilizada como meio a tornar legítima a negligência do Estado em viabilizar e tornar efetivas as políticas públicas necessárias ao custeio inerentes aos direitos dos indivíduos ainda em formação. Desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais não poderá ser acatada, ainda mais quando da existência de controvérsias sobre o não desperdício das verbas públicas, sua regular aplicação aos fins para os quais foram orçadas ou mesmo sua desnecessária vinculação a áreas não prioritárias do ponto de vista da efetivação dos direitos fundamentais.

Assim, desconsiderou o magistrado o argumento de possível falta de previsão orçamentária específica para suportar as despesas em relação à criação de novas vagas nas creches municipais, visto que, no decorrer do processo, demonstrou ainda o Ministério Público, que o Prefeito do Município de Ibiporã havia criado por meio das Leis Municipais nº 2.594/2013 e 2.601/2013, duas novas Secretarias Municipais e promovido a inclusão de mais dois cargos no rol da categoria dos cargos comissionados.

Se o município possui recursos financeiros para gerar todos esses novos cargos, deverá dispor de recursos para o investimento e implementação de vagas na educação infantil, visto ser prioridade absoluta garantida pela Constituição Federal.

E mais, em caso de escassez de recursos, caberá ao Município, primeiramente, dispor dos cargos comissionados e dos servidores em estágio probatório, até que se alcance a efetivação integral ao atendimento das políticas públicas prioritárias, definidas no texto constitucional. (trecho da sentença)

De igual maneira, rechaçou a tese defensiva de que a discricionariedade do Poder Executivo mostrava-se ameaçada, buscando na doutrina moderna a robustez do seu convencimento neste sentido.

[...] discricção administrativa não pode significar campo de liberdade para o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está se afirmando que a liberdade administrativa, que a discricção administrativa é maior na norma de direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstancias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la) pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade. (MELLO, 2008, p. 36)

Pois bem, sem discordarmos deste entendimento judicial, mais uma vez questionamos: Se o Ministério Público tivesse acompanhado de perto todo o procedimento, inclusive, aquele que deu origem à criação de novos cargos comissionados. Se interado do tramite junto à Câmara Municipal para tais gastos públicos, vez que houve publicidade desses atos legislativos, o desfecho dessa situação poderia ter sido diferente?

Certamente sim. O Ministério Público, dada sua autonomia, possui condições de atuar preventivamente e repressivamente para uma boa aplicação das verbas públicas, e poderia, por exemplo, ter zelado pelo apoio dos conselhos ligados à educação, exigindo os orçamentos detalhados da Educação Básica (porque os orçamentos genéricos dificultam a compreensão da informação, o ideal acompanhamento do procedimento, servindo de subterfúgio para a realização de desvios e fraudes); poderia ter cobrado mais fiscalização e transparência da folha de pagamentos da Secretaria Municipal de Educação; poderia ter acompanhado os trabalhos dos conselhos e auxiliá-los na fiscalização de bens e prestação de serviços ligados à Educação e à movimentação dos recursos do FUNDEB.

A par disso, poderia também ter obstado o direcionamento de verbas públicas para a criação de cargos antes do total adimplemento das obrigações para com a Educação Básica. Mesmo porque, atualmente, além das informações que podem ser obtidas junto às prefeituras, é possível ter acesso sobre muitos dados referentes à Educação Infantil junto a banco de dados disponibilizados em sites especializados em

pesquisas, análises e estatísticas, tais como: MEC, INEP, IBGE, sites de ONGS, observatórios sociais ou nas próprias Secretarias de Educação.

O conceito de fiscalização trazido por este art. 30 da CF deve ser estendido à dimensão não só curativa de problemas na prestação dos serviços, mas também e fundamentalmente preventiva, haja vista que ela deve ser permanente, tanto para evitar os problemas que não deseja, como para oportunizar um espaço permanente de participação qualitativa ao atendimento das demandas que buscam os serviços alcançar, revitalizando-os em níveis de eficácia social maximizada. Tal concepção por certo vem ao encontro dos interesses comunitários que dão causa e sentido à prestação dos serviços públicos, com legitimidade renovada pela inclusão e ação social dos seus usuários na conformação conceitual e de respostas às suas necessidades. (LEAL, 2008, p. 18)

Neste ponto, por fim, repousa também a importância dos Conselhos de Direito que, diante do insucesso de alguns dos meios de controle do poder, podem surgir como uma nova alternativa a esta função à medida que algumas decisões do Poder Executivo vão sendo submetidas prioritariamente, ao crivo desses órgãos colegiados, promovendo-se uma espécie de prestação continuada de gestão de serviços públicos, na qual o principal interessado tem participação permanente.

64

## **A RAZOABILIDADE DA DECISÃO JUDICIAL ANTE AS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO**

Em que pese o Poder Judiciário não ter acolhido a alegação do Município de Ibiporã no sentido de que não se pode falar em inadimplemento em relação ao atendimento para a colocação de crianças em creches e pré-escolas, ele segue entendimento jurisprudencial que considera que a existência de uma lista de espera prova a inobservância do dever legal de disponibilizar nos centros municipais de educação infantil, vagas para todas as crianças de zero a cinco anos.

Da mesma forma, ainda que não tenha feito o juiz da causa, qualquer consideração com relação àquele dever proativo do Ministério Público, exaustivamente abordado neste trabalho, com relação à atuação preventiva do “mau gasto” público, pode-se dizer que a condenação sofrida pelo ente Municipal foi razoável.

Primeiro, tem-se que o magistrado compreendeu a impossibilidade de o



Município esgotar a lista de espera alocando de forma imediata toda e qualquer criança que necessitar de vaga nos centros educacionais sem desrespeitar as regras impostas pela Lei em nome da aprendizagem e do estímulo pedagógico. Para tanto, condenou o Município a suprir a demanda reprimida bem como aquela que vier a surgir em todo o seu território, concedendo-lhe, contudo, o prazo de 4 (quatro) anos a contar de 2014, para obedecer um cronograma de implantação a ser definido e protocolizado em juízo até a data do dia 31 de março de 2015, cronograma este que deverá ser contemplado no Plano Orçamentário Plurianual subsequente, sob pena de multa cominatória diária, por cada criança que deixar de ser atendida, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Condenou-se ainda o Município a realizar uma previsão de recursos necessários à criação e ao aumento do número de vagas nos Centros Municipais de Educação Infantil (CMEI) nas propostas de leis orçamentárias dos anos de 2015 e seguintes – Plano Plurianual, Leis de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais –, devendo ainda, quanto as já definidas, promover a alocação e ou remanejamento dos recursos necessários na proposta e /ou Lei Orçamentária para 2015, com posterior execução prioritária do orçamento no setor, de acordo com o disposto nos artigos 4º, *caput* e parágrafo único, alíneas “b”, “c” e “d” e 259, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e Lei Complementar nº 101/2000, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) – artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil combinado com artigo 213, § 2º, do ECA –, ordenando a destinação desse valor ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município, nos moldes do artigo 214 do ECA combinado com os artigos 11 e 13 da Lei nº 7.347/1985.

Por fim, em hipótese de descumprimento do Município, condenou o ente público a ter de celebrar convênio com creches e escolas particulares, até que todas as crianças que procurem o serviço sejam devidamente matriculadas, com base no artigo 461 e parágrafos, aplicados subsidiariamente, em consonância com os artigos 152 do ECA e 19 da Lei nº 7.347/85.

## **CONCLUSÃO**

Apesar de boa parte história da Educação Infantil registrar a sua origem como um possível fruto de uma sociedade patriarcal, que visava descartar a criança nascida de mãe solteira e posteriormente, para acolher filhos de mães pobres e que trabalhavam fora de casa, tivemos significativos avanços que culminaram com a inserção na CF/88, do direito de cidadania das crianças.

Acompanhando a mesma linha de raciocínio, a LDB 9394/96, fez com que a Educação Infantil passasse a integrar a rede regular de ensino, com a frequência na creche de crianças na faixa etária de zero a três anos e na pré-escola, aquelas com idade entre quatro e cinco anos.

Sendo a educação um direito e um problema de todos, abrangendo processos de formação cidadã desenvolvidos em diferentes ambientes, partindo da família, passando por trajetos delineados pela escola, movimentos da sociedade civil organizada, mundo do trabalho, entre outros, imperiosa se mostra a busca pelo suprimento desse processo de formação, em especial, através das creches e escolas públicas, etapas iniciais da inserção social de todo e qualquer cidadão.

Contudo, as dificuldades financeiras, sempre alegadas pelos administradores e gestores públicos como justificativa para o baixo alcance e qualidade dos serviços públicos essenciais à educação, não podem e não devem, ser encaradas pelo poder judiciário e nem pelos órgãos de controle como sendo justificativa plausível face a realidade fática bastante crítica. Aos olhos do julgador e dos órgãos de fiscalização, a escassez de recursos na educação deve ser vista como sendo algo diferente da inexistência total e completa de recursos, ao tempo em que as dificuldades devem ser enfrentadas pelo gestor através de uma escolha consciente das prioridades, com alocação adequada dos investimentos mediante planejamento, o que muitas vezes, não acontece.

Através da análise de caso, buscou-se demonstrar que a preocupação com o gasto público em educação, não se refere apenas à quantidade investida, mas também, à qualidade desse gasto. Assim, não basta que um município invista valores altos em estrutura para poder ser considerado uma cidade desenvolvida e com IDH (índice de desenvolvimento humano) elevado. É necessário comprovar como vem sendo investidos todos os recursos destinados à educação, em especial, a educação básica

infantil.

Por fim, buscou-se demonstrar, através do presente trabalho, como a judicialização do direito à educação infantil pode ser encarada como uma atitude importante e válida tanto à melhora da política pública educacional quanto para a consolidação e discussão do Estado Democrático de Direito, lançando a lume a idéia de que a judicialização não só pode, como de fato merece, ser tratada como uma forma de avaliação da política pública diferenciada daquelas feitas pelas outras esferas de poder, podendo inclusive, ser mais eficaz, já que não se dá de forma isolada ou contratada.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular**. Porto Alegre: Editora Núria Fábris, 2012.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. **Direito à Educação e Diálogo entre Poderes**. Tese de Doutorado. Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas. Campinas. 2012.

BARRETO, A. M. R. F. **Situação atual da educação infantil no Brasil**. In: **BRASIL, Ministério da Educação e Cultura. Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de Educação Infantil**. Brasília: MEC/SEF, v. 2, p. 23-34, maio 1998.

Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/volume\\_II.pdf](http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/volume_II.pdf)>. Acesso em: 14 dez. 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Diário Oficial da União, 5 out. 1988, atualizada em julho de 2014. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)> Acesso em: 23 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de diretrizes e bases da educação*. Diário Oficial da União, 23 dez. 1996. Disponível em: <[portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/lein9394.pdf](http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/lein9394.pdf)> Acesso em: 27 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Programa de Fortalecimento dos Conselhos Escolares** – cadernos 01 a 10. SEB/MEC, Brasília: 2004. Disponíveis no site: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&d=12384&Itemid=655](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&d=12384&Itemid=655).

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Orientações sobre convênios entre secretarias municipais de educação e instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos para oferta de Educação Infantil.** Brasília: MEC, SEB, 2009, p 96.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Infográficos.** Disponível no site: <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/home.php>  
CAMPOS, M.M. A mulher, a criança e seus direitos. Cadernos de Pesquisa, n. 106, p. 117-127, mar. 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CURY, C. R. J. *Legislação educacional brasileira.* Rio de Janeiro: DP&A, 2000.  
GASPARINI, Carlos Eduardo e MELO, Cristiano Santos Lúcio de. **Equidade e Eficiência Municipal: Uma Avaliação do Fundo de Participação dos Municípios – FPM.** Brasília: ESAF, 2003. 72 p. Monografia premiada em 1º lugar no VIII Prêmio Tesouro Nacional – 2003.

GIACÓIA, Gilberto. **Ministério Público vocacional.** Revista Justitia. São Paulo, n. 197, p. 279-286: Ministério Público de São Paulo – Associação Paulista do Ministério Público, 2007.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **O Ministério Público e a busca pela inclusão social: atuação no âmbito das políticas públicas.** Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo –SP, novembro de 2009.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e pressão ao crime.** Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006.

SAVIANI, Demerval. **Sistemas de ensino e planos de educação: o âmbito dos municípios.** Educação & Sociedade, Campinas, SP, v. 20, n. 69, p.119-136, dez. 1999.

SAVIAN, Mayá; BEZERRA, Fernanda Mendes. **Análise de eficiência dos gastos públicos com educação no ensino fundamental no Estado do Paraná.** Educação e Economia. Londrina – PR, v. 1, n. 1, p. 26-47, jan/ jul. 2013.

SOUZA, Donaldo Bello de e FARIA, Lia Ciomar Macedo de. **Reforma do estado, descentralização e municipalização do ensino no Brasil: a gestão política dos sistemas públicos de ensino pós-LDB 9.394/96.** Ensaio: aval.pol.públ.Educ. [online]. 2004, vol. 12, n.45, pp. 925-944. ISSN 0104-4036.

LEAL, Rogério Gesta. **O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. Jurisdição e direitos fundamentais, Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, Rogério. **O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição**

**de sua possibilidade.** Salvador: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Instituto Brasileiro de Direito Público, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. **Dimensão jurídica das políticas públicas.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** Biblioteca do Advogado. Editora Malheiros. 2ª edição. 9ª tiragem. 2008.

MENEZES, R. M. **Processo de gasto e descentralização na política educacional brasileira.** Em Aberto, Brasília, DF, v. 18, n. 74, p. 58-71, dez. 2001.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **O Ministério Público e algumas contribuições possíveis à qualidade da educação.** Ministério Público do Estado de São Paulo: 01 de ago. de 2012. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/index.php/artigos/486-o-ministerio-publico-e-algumas-contribuicoes-possiveis-a-qualidade-da-educacao-dr-antonio-carlos-ozorio-nunes-assessor-da-area-de-educacao-cao-civel-mp-sp>

# A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA INEFICÁCIA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Larissa ROSATO<sup>6</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem por finalidade traçar um panorama geral do sistema carcerário brasileiro, no que tange ao cumprimento das determinações estabelecidas pela Lei de Execução Penal, tanto em relação aos direitos e deveres do recluso, quanto à sua eficiência no alcance das finalidades da pena. Para tanto, recorre-se a uma análise histórica da evolução da pena de prisão, bem como delimitam-se as teorias acerca da finalidade da pena, ponderando, ainda as garantias previstas ao recluso na legislação brasileira em consonância com as Regras Mínimas de Tratamento ao Recluso estabelecidas pela ONU, e, em seguida, demonstra-se a realidade carcerária, atentando-se para uma possível crise na forma como é executada a pena privativa de liberdade decorrente da negligência do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Prisional; Ineficácia; Responsabilidade do Estado.

70

## ABSTRACT

The present study has its purposes of tracing a general perspective of the Brazilian prison system, in regard of the compliance of the determinations established by the Law of Penal Execution, both for prisoner's rights and duties, as to their efficiency in achieving the purposes of the penalty. To this end, resort to a historical analysis of the evolution of the prison sentence and delimits theories about the purpose of punishment, considering also the guarantees provided to the inmate in the Brazilian legislation in line with the treatment of the Standard Minimum Rules Recluse established by the UN, and, then demonstrates prison reality, paying attention to a possible crisis in how it is executed deprivation of liberty arising from the State's negligence.

**KEY WORDS:** Prison System; Ineffectiveness; State Responsibility.

## INTRODUÇÃO

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.

Acredita-se que a causa dessa ineficiência é a negligência estatal no respeito e no compromisso com os princípios norteadores da administração pública e de direitos humanos ao gerenciar os estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas impostas aos sentenciados, uma vez que deixa de atender às determinações contidas na Lei de Execução Penal, bem como das Regras Mínimas Para o Tratamento do Recluso estabelecidas pela Organização das Nações Unidas.

Sob a ótica da evolução histórica, a prisão não era utilizada como forma de punição pelas sociedades antigas, mas como um local para armazenar o criminoso enquanto este aguardava o seu julgamento. Hoje, encarada como forma de punição, deve o Estado solucionar a atual crise vivenciada nos presídios brasileiros pela origem do problema, qual seja, garantir um maior equilíbrio e acesso igualitário de oportunidades.

71

## **EVOLUÇÃO DAS SANÇÕES PENAIS**

Há muito tempo as ciências políticas têm se preocupado em estabelecer quais os meios mais adequados para penalizar aqueles que desrespeitam as normas penais, bem como para prevenir a ocorrência de novos delitos, de modo a reduzir os índices a um padrão aceitável para a manutenção do equilíbrio da ordem social.

No início da civilização formas brutais de tortura, humilhação e suplícios eram comuns como instrumentos de punição, com o intuito de restabelecer a ordem social através do medo e da força. Ao longo do tempo as formas de punição foram sofrendo significativas alterações, passando por algumas fases, como vingança privada, divina e a pública, salientando que tais fases não se dividiram de maneira exata ao longo da história, sendo que muitas vezes ocorriam de forma simultânea.

Verifica-se a incidência da vingança privada nos tempos mais primitivos, em que não se admitia a existência de um sistema orgânico de princípios gerais. Cometido

um crime sobrevinha a reação da vítima, ou até mesmo do grupo social, sem que houvesse proporção e limites entre a agressão primária e a resposta subsequente. Constituía uma reação natural e instintiva, razão pela qual tratava-se apenas de realidade sociológica, e não uma instituição jurídica.

No período da vingança divina, a religião exercia grande influência na vida dos povos. A repressão do delinquente tinha o escopo de suavizar a ira das divindades ofendidas com a prática do crime, bem como castigar o infrator. O encargo de administração da sanção penal ficava a critério dos sacerdotes, que como representantes dos deuses, encarregavam-se da aplicação da justiça. Aqui as penas eram severas e revestidas de crueldade.

Com a organização das sociedades e o desenvolvimento político, a pena perde sua índole sacra para transformar-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública, a qual representava os interesses da comunidade em geral. Nesse período observa-se um avanço, no sentido de que a pena deixa de ser aplicada pelo ofendido ou por terceiros e passa a ser aplicada pelo Estado, por meio do soberano, embora a crueldade das penas tenha sido mantida.

Dessa forma, observa-se que desde a Antiguidade até meados do século XVIII as penas tinham caráter aflitivo, que atingia diretamente a integridade física do indivíduo infrator. O período Iluminista surgiu como marco inicial que configurou uma mudança de pensamento na forma de atribuir penas, o que se verifica na obra de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, um dos principais filósofos da chamada Escola Clássica (1764, p. 14,15). Nesse período buscou-se abolir dos ordenamentos jurídicos os suplícios e os castigos corporais, como descritos em *Vigiar e Punir*, de Foucault (1999, p. 8-11). Assim, a pena deixava de se caracterizar como vingança e perdia seu caráter religioso, e o corpo deixava de ser objeto imediato de castigo, abrindo espaço à pena de prisão, que prevalece até hoje.

A princípio as prisões serviam para manter o réu recluso enquanto este aguardava a execução. No entanto, passou-se a notar que as penas capitais e a mutilação impediam que as pessoas trabalhassem, portanto, era inviável a aplicação de tais sanções diante da carência de força trabalhadora.

Segundo Giacóia, Hammerschmidt e Fuentes, em *A prisão e a condição*



*humana do recluso*, a ideia de cárcere surgiu no ano 1600, como solução à alta demanda de trabalho frente à escassez de mão de obra do século XVII. Dessa forma, houve significativa alteração das penas corporais, uma vez que deixou-se de aplicar as penas capitais, bem como a inutilização de partes do corpo (2011, p. 134) e passou-se a explorar a mão de obra dos delinquentes.

Depreende-se que, a princípio, a principal finalidade da privação da liberdade dos infratores não era a retribuição pelo mal praticado, mas uma forma de exploração de mão de obra. A privação de liberdade tal como se conhece hoje, “como uma espécie de castigo institucionalizado pelo Direito Penal, aparece somente há duzentos anos, no século XVIII – no apogeu da Revolução Industrial -, para regulamentar o mercado de trabalho, a produção, o consumo de bens e proteger a propriedade da classe dominante” (GIACÓIA; HAMMERSCHIMIDT; FUENTES, 2011, p. 136).

Dito isso, conclui-se que a existência da prisão em si não é novidade. Original é a instituição de prisão como punição. Em toda a história da civilização ocidental até o século XVIII tem-se a prisão apenas como depósito, um lugar para reter pessoas que aguardam uma punição posterior. Era em verdade um lugar de cautela, uma espécie de prisão preventiva e provisória, para impedir que o infrator desaparecesse. A razão político-econômica expressa-se de maneira muito clara em relação à sua influência decisiva na mudança de “prisão-custódia” para “prisão-pena”.

A partir do momento em que a prisão se converteu na principal resposta punitiva estatal, após o século XIX, passou-se a acreditar que poderia ser um meio adequado para conseguir a recuperação do delinquente, um instrumento idôneo para atingir as finalidades da pena.

## **TEORIAS DA PENA**

Acredita-se que sem a existência da pena não seria possível a convivência em sociedade nos dias atuais. Dessa forma, a pena justifica-se por sua necessidade. Os conceitos que fundamentam as finalidades das sanções têm suas origens no período do Iluminismo. Em razão da evolução das justificativas e funções da pena, impõe-se a necessidade de analisar as diversas explicações teóricas que a doutrina tem conferido à pena. Duas teorias foram desenvolvidas, e a partir destas, outras subdivisões surgiram,

sendo elas as teorias absolutas ou retributivas e relativas ou preventivas.

Para as teorias absolutas ou retributivas a pena é entendida como uma retribuição à perturbação da ordem adotada pelos homens e consagrada pelas leis. Esta possui como única finalidade a realização da justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que o compense e retribua, ao mesmo tempo o seu autor. A culpa do infrator deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena. Esta possui um fim em si mesma.

Entre os defensores das teorias absolutas, tradicionalmente pode-se destacar Kant e Hegel. No entanto, embora ambos neguem toda e qualquer função preventiva, ressalta-se uma particular diferença entre estes. Enquanto para Kant o fundamento é de natureza ética, para Hegel é de ordem jurídica.

Para Kant a pena jurídica não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, seja em benefício da sociedade, tampouco do culpado. Deve ser imposta ao infrator pela simples razão de ter delinquido. O argumento é que um homem jamais pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro. A pena deve ser aplicada somente porque houve a infringência da lei.

Já Hegel defende que a pena encontra sua justificativa na necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, simbolizada pela ordem jurídica, e que foi negada pela conduta do delinquente. Desse modo a pena não é apenas um “mal” que se deve aplicar apenas porque houve um mal anterior, uma vez que seria irracional buscar um prejuízo porque já existe um prejuízo anterior.

As teorias relativas ou preventivas defendem que a pena possui a finalidade de prevenir a prática do delito, e não simplesmente retribuir o mal pelo mal. Segundo Bitencourt, a formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou: “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar” (BITENCOURT, 2006, p. 112).

A função preventiva da pena divide-se em duas vertentes: a prevenção geral e a prevenção especial. Para os defensores da prevenção geral, a cominação penal comunica os membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá, especificando, com a imposição das penas demonstra-se o cumprimento da ameaça

realizada. A intimidação produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer crimes. Essa teoria fundamenta-se em duas ideias: a da intimidação e a ponderação da racionalidade do homem.

Essas ideias preventivistas desenvolveram-se no período Iluminista, durante a transição do Estado absoluto para o Estado liberal. O objetivo da prevenção geral se manifesta nos três momentos do dinamismo penal, na cominação, na aplicação e na execução (DOTTI, 1998, p. 226). A pena é, portanto, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, funcionando como uma coação psicológica. Presume-se que o homem racional, diante da ameaça de sanção, ponderará os benefícios obtidos com a prática do delito e os prejuízos decorrentes deste, concluindo, por fim, que não vale a pena praticar o crime que se castiga.

O segmento especial da teoria relativa não busca a intimidação do grupo social, nem a retribuição pelo fato praticado, mas dirige-se exclusivamente ao delinquente, buscando a recuperação do infrator, de modo que este não volte a delinquir. Os defensores da função preventiva-especial entendem que o delito não é apenas uma violação à ordem jurídica, mas antes de tudo, um dano social, e o delinquente é um perigo social que põe em risco a ordem pública.

As teorias mistas buscam unificar em um mesmo conteúdo as finalidades da pena. Surgiram na primeira metade do século XX, tendo na Alemanha, em Merkel, um dos maiores indicadores da teoria. Acredita-se que a pena se presta para a retribuição da culpabilidade, mas preserva o caráter preventivo, tanto para o infrator quanto para a coletividade. Desta feita, a prevenção geral e especial junto da retribuição fazem parte de um mesmo fenômeno que é a pena.

Uma corrente surgida no século XX, tomou grande destaque pela natureza de suas ideias, a defesa social, que teve entre seus defensores Von Liszt, Filippo Gramatica e Marc Ancel. De início, a expressão significava a proteção da sociedade contra o crime, através de vigorosa repressão das infrações cometidas. Nesse momento, a necessidade de retribuição e castigo foi amplamente difundida, inclusive no preâmbulo do Código Espanhol de 1944. Originariamente os conceitos buscavam promover a proteção da sociedade, punir não somente para castigar, mas para reeducar o delinquente, e, conservar a noção de pessoa humana em relação ao infrator.

Com a ascensão do Nazismo e Fascismo durante a Segunda Guerra Mundial, o movimento de proteção da sociedade sofreu um duro golpe, uma vez que o respeito e a garantia aos direitos humanos deram lugar às penas mais graves, como a pena de morte, que foi reestabelecida. Com o término da Segunda Grande Guerra, sobreveio uma forte reação humanitária, momento em que o direito penal e o movimento de defesa social retomam seu caminho, tendo como principal idealizador Filippo Gramatica.

Do desenvolvimento desses conceitos chegou-se ao que hoje se conhece por Nova Defesa Social. Segundo Mirabete, a teoria é fundada na ideia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (2004, p. 25). Repudia a pena de morte, o uso discriminado das penas privativas de liberdade e da prisão preventiva. Entre seus postulados, defende-se a privatização dos presídios, desenvolvimento de atividade socializadora, de modo que seja colocado à disposição do condenado o maior número possível de condições que permitam a ele, voluntariamente, não voltar a delinquir. Incentiva, ainda, a desjuridização, ou seja, a retirada da competência do poder judiciário penal de ações cuja solução poderia ser alcançada através da esfera civil ou administrativa.

Marcelo Gonçalves Saliba, em *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*, destaca que atualmente o ordenamento jurídico brasileiro segue o entendimento de que a pena cumpre um sentimento de justiça e condena a prática do mal. Depois há um objetivo de caráter especial, consistente em demonstrar ao condenado que ele está sendo privado de um bem, que é a liberdade, porque ofendeu um bem alheio, e, também, para que não reitere tal conduta (2007, p. 42).

Dispõe a Lei de Execução Penal em seu artigo 1º que um dos objetivos da execução penal é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. À vista disso, percebe-se uma grande influência da corrente Neodefensiva Social, uma vez que demonstra grande preocupação com a adaptação e reeducação social do condenado, à medida que busca promover a proteção dos bens jurídicos.

Corroborando o explanado acima, afirma a exposição de motivos da Lei 7.210/1984, em seu item 29, “fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado,

como também, e inseparavelmente aos interesses da defesa social” (BRASIL, 1983).

## **DAS GARANTIAS DA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA**

É importante destacar que a Lei de Execução Penal é uma obra extremamente moderna, que reconhece um respeito saudável aos direitos humanos dos reclusos, contendo várias previsões impondo o tratamento individualizado, protegendo os direitos substantivos e processuais dos presos, garantindo assistência médica, jurídica, educacional, social, religiosa e material. Vista como um todo, o foco desta lei não é a punição, mas a ressocialização das pessoas condenadas.

Conforme assevera Miguel Reale Junior, na obra *Novos rumos do sistema criminal*, a Lei de Execução Penal possuía:

“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.)

77

Conforme elucida a exposição de motivos da Lei 7.210/1984, no item 13, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou de decisão criminal e proporcionar condições harmônicas para a integração social do condenado e do internado, portanto, contém duas ordens de finalidades: a correta efetivação das determinações constantes das decisões, destinadas a reprimir e prevenir os delitos, bem como a oferta de meios pelos quais os apenados venham a ter participação construtiva na comunhão social.

As Regras Mínimas Para o Tratamento dos Reclusos estabelecidas pela Organização das Nações Unidas, que constituem a expressão de valores universais tidos como imutáveis no patrimônio jurídico, determinam que o regime de cumprimento de pena deve reduzir as diferenças que possam existir entre a vida na prisão e a vida em liberdade, inspirando no recluso o senso de responsabilidade, bem como o respeito pela dignidade de sua pessoa humana, de modo que depois do seu regresso à sociedade, o criminoso não tenha apenas vontade, mas esteja apto a seguir um modo de vida de acordo com a lei e a sustentar-se por si próprio.

Garante, também, a Lei de Execução Penal que, eliminados alguns direitos e deveres do preso nos limites exatos dos termos da condenação, deve executar-se a pena privativa de liberdade, permanecendo intactos outros tantos direitos. A inobservância desses direitos significa a imposição de uma pena suplementar não prevista em lei (MIRABETE, 2004, p. 41). Isto posto, o artigo 38 do Código Penal e artigo 3º da Lei 7.210/84 garantem aos presos a conservação de todos os direitos que não foram atingidos pela perda da liberdade.

Está assegurada, ainda, a assistência ao recluso, fornecida pelo Estado, com o objetivo de prevenir delitos e a reincidência, bem como orientar o retorno à convivência em sociedade, considerando que se a reabilitação social constitui a finalidade precípua do sistema de execução penal, é incontestável que os presos devem ter direito a serviços que a possibilitem. A assistência deverá ser: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

A assistência material consiste no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, que satisfaçam as necessidades básicas dos detentos. Ressalte-se que a qualidade na forma de prestação desses serviços é importante não só porque o interno tem direito que lhe sejam prestadas condições suficientes a uma subsistência saudável, mas também porque ajuda a garantir a disciplina no interior dos estabelecimentos prisionais.

Quanto à assistência à saúde, esta compreende dois aspectos, o preventivo e o curativo, devendo ser ministrado atendimento médico, odontológico e farmacêutico. O tratamento preventivo compreende as medidas profiláticas que devem ser tomadas quando do ingresso do detento no estabelecimento prisional, conforme determinam as regras mínimas de tratamento. No entanto, é facultado ao recluso contratar médico de confiança pessoal.

Para prestação adequada da assistência à saúde, os estabelecimentos penitenciários devem estar equipados com instalações médico-sanitárias. Caso este não esteja devidamente aparelhado, permite a Lei de Execução Penal que a assistência seja prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento, medida que é recomendada inclusive pelas Regras Mínimas da ONU.

A maioria da população carcerária não possui condições de contratar

advogado, razão pela qual deve ser concedida assistência jurídica ao detento que se encontre nessas condições, que consiste no resguardo dos direitos do sentenciado enquanto este cumpre a sua pena, trazendo a este a sensação de estar sendo assistido, garantindo, mais uma vez, a tranquilidade no sistema prisional.

Deve ser garantida, ainda, a assistência educacional, prevendo as Regras Mínimas da ONU que devem ser tomadas medidas no sentido de melhorar a educação dos reclusos, sendo que, sempre que possível, deverá estar integrada no sistema educacional do país, para que após o seu regresso possa prosseguir sem dificuldades, bem como deverão ser disponibilizadas atividades de recreio e culturais, para benefício da saúde mental e física dos detentos. Dispõe, ainda, a Lei de Execução Penal que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso.

Essa seria uma das medidas assistenciais mais importantes no que tange à reinserção social, uma vez que a educação é garantida pela Constituição Federal como direitos de todos, sem qualquer limitação de idade, bem como possui ótima influência na disciplina do estabelecimento penal. O artigo 18 da Lei 7.210/84 determina a obrigatoriedade do ensino de primeiro grau, hoje intitulado de ensino fundamental. Já o artigo 19 do mesmo diploma, dispõe que deverá ser ministrado ensino profissional em nível de iniciação e técnico. Foi estabelecida, ainda, a oportunidade de formação de convênios com entidades particulares ou públicas para o desenvolvimento das atividades educacionais, e, também, a obrigatoriedade de dispor de biblioteca provida de livros instrutivos, didáticos e recreativos.

Miguel Reale Junior, um dos autores do anteprojeto da Lei de Execução Penal, elucida com precisão:

“Desse modo, sem tomar como objetivo da pena a realização de tratamento que faça do criminoso o não-criminoso, cumpre que se ofereça ao condenado possibilidades para harmônica integração social, viabilizando-se que apreenda valores positivos e eleja nova forma de vida, principalmente por meio da assistência social e educacional, a ser obrigatoriamente prestada pelo preso. Tenta-se, na Reforma Penal, uma postura realista, que (...) pretende fazer na 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. 47-48.)

Há, ainda, a assistência social, que possui o escopo de amparar o preso durante o cumprimento da pena, e prepara-lo para o retorno à liberdade, atuando em busca de condições que possibilitem ao recluso e seus familiares e a vítima, meios para o tratamento e reinserção no convívio em sociedade, a fim de que desenvolva o próprio senso de responsabilidade, e para que tenha condições para o ajustamento social. Para Mirabete,

“esta é uma das tarefas mais importantes dentro do processo de reinserção social do condenado ou internado, pois ao assistente social compete acompanhar o delinquente durante todo o período de recolhimento, investigar sua vida com vistas na redação dos relatórios sobre a vida do preso, promover a orientação do assistido na fase final do cumprimento da pena” (2004, p. 80).

Por fim, deverá ser fornecida, ainda, a assistência religiosa, que embora não seja obrigatória, tampouco ocupe lugar preferencial nos sistemas penitenciários, é recomendada a sua utilização, uma vez que exerce papel importante na educação dos reclusos, tendo influência altamente benéfica no comportamento dos detentos.

É recomendado pelas Regras Mínimas da ONU que o condenado exerça trabalho no interior do estabelecimento prisional, desde que em conformidade com as aptidões física e mental, bem como que seja de natureza útil, de modo a conservá-lo ativo, aumentando as capacidades individuais para que possa se sustentar de forma honesta após o retorno ao convívio social.

No mesmo sentido, afirma a exposição de motivos da Lei 7.210/1984 que tal diploma considera o trabalho dos presos condenados um dever social e condição de dignidade humana, apresentando dupla finalidade, educativa e produtiva. Tanto que dispõe em seu artigo 31 que será obrigatório o trabalho do condenado à pena privativa de liberdade, na medida de suas aptidões e capacidade.

Explica, ainda, a exposição de motivos, que o trabalho realizado pelo detento tem a finalidade de reduzir as diferenças entre a vida na prisão e a vida em liberdade. Na moderna concepção penitenciária, o momento da execução penal é revestido de finalidade reabilitadora ou de reinserção social, destacando-se o sentido pedagógico do



trabalho.

Vale ressaltar que o trabalho não é uma medida de majoração da pena aplicada, mas integra o conjunto de deveres do preso previsto no rol do artigo 39 da Lei de Execução Penal, consiste em um mecanismo que complementa a readaptação do reeducando, preparando-o para uma profissão, estimulando-lhe hábitos de trabalho, e que evita a ociosidade. Merece destaque o fato de que o seu desenvolvimento profissional contribuirá para facilitar-lhe a estabilidade econômica quando alcançar a liberdade.

Em que pese a natureza ressocializadora do labor exercido, a legislação de execução penal prevê uma remuneração mínima pelos serviços prestados, sendo que não poderá ser inferior a três quartos do salário mínimo, havendo previsão, inclusive, acerca da destinação do salário percebido.

Primeiramente, a remuneração deverá ser destinada à reparação dos danos causados pelo delito, desde que tenha sido determinado judicialmente. A segunda finalidade será a assistência à família do recluso. Refere-se, ainda, a lei à destinação de parte do dinheiro à eventuais despesas pessoais do preso, destacando-se que tal destinação é recomendada pelas Regras Mínimas da ONU. Deverá, por fim, a remuneração se prestar à ressarcir as despesas do Estado para com o preso. Providas todas as destinações mencionadas, prevê a lei que deverá ser depositada a quantia remanescente em caderneta de poupança e entregue ao recluso quando posto em liberdade.

Insta salientar que sob vários aspectos é importante que o sentenciado desenvolva uma atividade laboral. Do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores trazidos pelo ócio, contribuindo de forma significativa na ordem do interior dos estabelecimentos. Sob o enfoque educativo, contribui para a formação da personalidade do indivíduo, produzindo-lhe um sentimento de responsabilidade. Sob a ótica econômica, permite ao detento dispor de algum dinheiro para o custeio de pequenas necessidades pessoais, bem como para prestar assistência a sua família. Sob a perspectiva ressocializadora, o fato de conhecer um ofício, proporciona ao detento maiores probabilidades de prosseguir a vida dentro das normas, reduzindo, assim, a possibilidade de reincidência. Vale destacar, também, que permite ao Estado o

ressarcimento das despesas empregadas na manutenção do condenado.

## **A REALIDADE CARCERÁRIA BRASILEIRA**

Uma simples análise do sistema prisional brasileiro permite constatar que nenhuma das garantias estabelecidas pela legislação em consonância com determinação mundial da ONU, é adequadamente prestada. A administração pública demonstra descaso no que tange ao trato com os reclusos, sendo um dos fatores responsáveis pelo alto índice de reincidência. O resultado disso é o descrédito da execução penal, gerando na população o sentimento de insegurança.

Destaca Gustavo Portela Barata de Oliveira, que o sistema prisional deve fazer cumprir a finalidade preventiva específica da pena, que pode ser definida como sendo aquela que tem como objeto afastar o criminoso do convívio social e buscar sua readaptação. Para que este objetivo possa ser atingido são impostos determinadas privações ao condenado, exemplificativamente: o afastamento do mundo exterior, bem como de sua família, retirada de seu ambiente de trabalho, seu bairro e da sociedade em geral. (2008, p. 5)

Primeiramente, cumpre destacar que após a prolação da sentença condenatória o sentenciado deveria ser encaminhado a um dos três estabelecimentos penais existentes, a depender do regime prisional estabelecido, sendo: penitenciária ao condenado ao cumprimento da pena em regime fechado. A colônia penal agrícola ou industrial é destinada ao sentenciado ao cumprimento da pena em regime semiaberto. A casa de albergado deverá ser utilizada pelos condenados ao regime aberto.

No entanto, verifica-se que não há estabelecimentos prisionais suficientes para abrigar todos os condenados. A casa de albergado é quase inexistente na execução penal brasileira, sendo que o cumprimento de pena em regime aberto, sob uma ótica geral, não atende à forma estabelecida pela Lei de Execução Penal.

Em relação ao regime semiaberto, tomando-se o Estado do Paraná como exemplo, segundo o Departamento Penitenciário, existe seis estabelecimentos masculinos para o cumprimento da pena, enquanto que feminino há apenas um. Deste modo, o sentenciado que deveria cumprir a pena em regime semiaberto acaba por cumpri-la em regime mais gravoso ou em regime semiaberto com condições adaptadas

do regime aberto enquanto aguarda a disponibilização de vaga em estabelecimento prisional adequado. No entanto, na maioria das vezes, a pena é concluída antes mesmo da obtenção de resposta à solicitação de vaga à Vara das Execuções Penais.

Nas penitenciárias percebem-se problemas de diversas naturezas. Em que pese seja garantido o respeito à integridade física e moral do condenado de forma expressa pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX, o que se percebe na realidade é que as prisões encontram-se abarrotadas, não proporcionando ao preso um mínimo de dignidade e humanidade. É comum o número de detentos habitantes nas celas ser superior à sua capacidade. Nos estabelecimentos mais lotados, os detentos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em redes.

Conforme assevera Oswaldo Henrique Duek Marques, além da coabitação forçada com um imenso número de detentos, a falta de verdadeiras relações humanas, tal como com familiares, e a privação sexual exigem do encarcerado uma grande carga emocional, nem sempre suportada por este. Tudo isso coloca o preso em uma situação de fragilidade, aumentado sua agressividade e impossibilitando seu posterior retorno ao meio social (2008, p. 156).

Observa-se que há negligência do Estado, também, no que concerne ao fornecimento de assistência médica e higiene adequadas ao recluso, havendo grande discrepância entre o que estabelece a lei e a aplicação prática. As condições higiênicas são precárias e deficientes, além de inexistir acompanhamento médico na maioria dos estabelecimentos prisionais.

Os serviços penitenciários são geralmente direcionados para atendimento da classe masculina, sendo flagrante a falta de planejamento de atendimento específico para as mulheres, fazendo com que estas sejam vitimadas e excluídas no meio prisional. Segundo um relatório elaborado pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, muitos presos se queixam de doenças gástricas, urológicas, dermatites, pneumonias e ulcerações, e não recebem tratamento adequado.

A precariedade dos estabelecimentos proporcionam grande sofrimento nos períodos frios, sendo comum que em dias de chuva os prisioneiros fiquem molhados, diante da impossibilidade de trocar de roupa. Como um meio paralelo às garantias que

o Estado deveria prestar, vê-se em alguns casos de familiares de detentos que subornam os funcionários dos estabelecimentos penais para que estes lhes providenciem roupas em troca de dinheiro. Em um quadro desses, aqueles desprovidos de qualquer condição econômica favorável, passam frio, adoecem e morrem.

Em relação à alimentação, é mais uma amostra do descaso estatal. Embora a falta não seja o maior problema, além da qualidade precária, vincula-se a critérios desiguais de fornecimento. Como exemplo, tem-se que, no mesmo relatório apresentado pela Comissão de Direitos Humanos, muitos presos denunciavam policiais por fornecerem alimentação diferenciada para os detentos com maior poder aquisitivo.

Nos estabelecimentos em que a cozinha ainda está em atividade, pois na maioria o serviço é terceirizado, estas se apresentam, como as demais partes dos presídios, sucateadas, sujas e sem manutenção, deixando-se de observar as mínimas condições de higiene, onde até as áreas destinadas ao estoque de mantimentos fazem parte do descaso e da falta de higiene, servindo de moradia de ratos e insetos.

Em resposta a todos os problemas enfrentados no interior da carceragem, as rebeliões, frequentemente noticiadas pela mídia, refletem, de forma manifesta, a caótica realidade e falência do sistema penitenciário brasileiro, que tem transformado os centros de detenção em verdadeiros depósitos de pessoas, e distanciado cada vez mais do ideal de devolver à sociedade um cidadão ressocializado.

Uma situação que tem chamado a atenção, é a prática de métodos de tortura no interior dos estabelecimentos prisionais como forma de punição, bem como para retirar informações. Tal circunstância decorre principalmente da falta de capacitação dos agentes penitenciários, que por sua vez, deriva da insuficiente atenção dispendida pelas autoridades responsáveis.

No ano de 1998, após solicitação do Relator Especial sobre Tortura da Comissão de Direitos Humanos da ONU, o governo brasileiro convidou-o para uma visita, que foi realizada entre os meses de agosto e setembro de 2000, com o escopo de coletar informações para melhor avaliar a prática de tortura no Brasil. Em função dessa visita foi elaborado, no ano de 2001, um Relatório sobre Tortura no Brasil, que reflete constatações sobre a situação dos direitos humanos neste país.

Da análise do Relatório, pode-se concluir que, no que se refere ao sistema

carcerário brasileiro, existem vários problemas concretos, principalmente nas delegacias, penitenciárias, centros de detenção para menores, dentre outros estabelecimentos. Fala-se em uma condição sub-humana a que estão submetidos os detentos, bem como que a tortura é prática generalizada, tendo como alvo, em sua maioria, pessoas de camadas mais baixas da sociedade, de descendência africana, ou que pertencem a grupos minoritários (2001), em razão de serem tidas mais facilmente como suspeitas de autoras dos crimes, conforme se observa,

“A existência de uma lei que tipifica crimes de tortura, a disposição do Governo Federal e de alguns estados de conter a perpetração desse crime e de impedir que se imponha um tratamento desumano aos presos são iniciativas que, legalmente, estão mudando a situação da tortura no Brasil. A persistência dessa situação significa que os agentes penitenciários ainda estão recorrendo à tortura para extrair informações e forçar confissões como meio de extorsão ou punição. O número de confissões feitas sob tortura e a elevada incidência de denúncias ainda são significativos.” (2001).

Prossegue o Relator,

85

“As reivindicações das pessoas presas em delegacias de polícia por assistência médica, social ou jurídica, ou pela mudança de certos aspectos da rotina prisional, nem sempre são recebidas pacificamente pelos policiais ou agentes. Vale observar que é comum a retaliação contra os presos na forma de tortura, espancamentos, privação e humilhação. [...] Muitos desses crimes permanecem impunes, em decorrência de um forte sentimento de corporativismo existente entre as forças policiais no que se refere à investigação e punição dos funcionários envolvidos na prática da tortura. [...] A falta de capacitação dos policiais e agentes penitenciários para desempenharem suas atribuições é outro aspecto importante no que tange à continuidade das práticas de tortura.” (2001).

Quando perguntados pelo Relator Especial se seus nomes poderiam ser encaminhados ao delegado no intuito de se assegurar que lhe fosse ministrado um tratamento médico adequado, alguns detentos recusaram-se a dar permissão, por medo de represálias. “É preciso observar que um grande número de detentos expressou temor de represálias por terem falado com o Relator Especial e um número significativo deles, portanto, recusaram-se a tornar públicos seus testemunhos” (2001).

Merece destaque a observação feita por um dos detentos entrevistados: “eles

nos tratam como animais e esperam que nos comportemos como seres humanos quando sairmos”. Foi observado, inclusive, o temor por parte dos agentes penitenciários, haja vista que o Relator Especial observa com preocupação o comentário feito por um agente penitenciário, ao responder que lhe havia transmitido os temores dos presos de que poderiam ser submetidos a represálias por falarem com o Relator Especial e sua equipe.

Aproximadamente doze anos após a publicação da avaliação elaborada pelo Relator Especial, o Relatório Anual da Anistia Internacional “O Estado dos Direitos Humanos no Mundo”, que analisa a conjuntura dos direitos humanos em 159 países apontou, no ano de 2012, que os estados brasileiros continuam a adotar práticas policiais repressivas e discriminatórias, sendo que, em estados como Rio de Janeiro e São Paulo, homicídios cometidos por policiais são registrados como “autos de resistência” ou “resistência seguida de morte”. Embora existam evidências de que em tais casos foi empregada força excessiva, bem como, possivelmente, seriam execuções extrajudiciais, um número insignificante foi alvo de investigações.

86

## CONCLUSÕES

Depreende-se que a prisão produz uma violência com respaldo legal. O tratamento nela aplicado é de duvidosa eficácia, pois a reabilitação é impossível diante da forma como é administrado o encarceramento. Segundo Giacóia, Hammerschmidt e Fuentes:

“É de Foucault a afirmação de que *a prisão é uma espécie de teatro artificial e coercitivo*. Seu propósito aparente é artificial. De fato, a ruptura de laços familiares e outras relações humanas, a abstinência sexual, o deixar de realizar trabalhos na vida cotidiana e em liberdade, tem um efeito devastador sobre a personalidade do preso, reforçando depreciação, baixa autoestima, criando e agravando possíveis transtornos de conduta que o réu pudesse apresentar antes de seu ingresso no recinto penitenciário ou bem um desenvolvimento gerado posteriormente ao ingresso na prisão.” (2011, p. 144).

As desfavoráveis condições humanas e materiais enfrentadas pelos reclusos tornam inalcançável a meta de reabilitação, uma vez que não há condições mínimas de vida humana com dignidade na maioria das prisões. Observa-se que a forma como é

administrado o sistema prisional brasileiro vai contra tudo o que a Lei de Execução Penal determina que seja feito. Além do desrespeito à dignidade humana, impede que seja atingida a finalidade da pena.

A prisão que simplesmente se presta para retirar a liberdade do condenado não serve para ressocializar. Na prática, cumpre-se na forma de castigo ou de expiação, e ao invés de evitar o crime, estimula a sua prática, convertendo-se em instrumento que alimenta a reincidência. Isso deriva da negligência da sociedade e dos governantes frente ao problema vivenciado pelo sistema carcerário.

Nos dizeres de Giacóia, Hammerschmidt e Fuentes, todos esses fatores materiais, psicológicos e sociais negativos, tendem a render em efeitos nocivos sobre o interno. Os males produzidos pela prisão são variados, entre eles pode-se destacar algumas consequências psicológicas, tais como atrofia intelectual, desvio de atitudes, transtornos psicopáticos (sexuais, fanatismo, insegurança etc.), depressão, ansiedade, medo, insônia pesadelos, alucinações. (2011, p. 147).

Além da efetiva exclusão social, o detento vivencia uma realidade temporal diversa da sociedade. Após ser submetido a todos estes fatores, o condenado é devolvido à sociedade, que espera dele uma melhora de comportamento adquirida em um local que não possui estrutura para fornece-la, bem como que não o preparou o retorno ao convívio social. Nesse sentido, Giacóia, Hammerschmidt e Fuentes defendem que o estigma da prisão acompanha o egresso, dificultando ou impedindo seu regresso à vida social. A segregação da pessoa em seu entorno social, o conduz a um desajuste tão profundo que é quase impossível sua reinserção na sociedade. O isolamento exclui o preso da vida social “normal” e o faz ter que “adequar-se” a outro ambiente muito diferente ao que conheceu. (2011, p. 145)

Frise-se que atualmente a prisão demanda um custo muito alto ao Estado e sem efeito positivo prático, uma vez que torna as pessoas piores. No entanto, o caos no sistema prisional não se instalou pela falta de leis que o regulamente, mas pela inobservância delas, gerando um depósito de indivíduos isolados da sociedade.

Para que a pena atinja o seu fim, e os efeitos do encarceramento provoquem o mínimo de prejuízo possível na personalidade do condenado, assinala Oswaldo Henrique Duek Marques que “deve haver um planejamento no sentido de minimizar

os efeitos do confinamento, para preservar a dignidade, a saúde e a personalidade do preso”. (2008, p. 155).

Conclui-se que o que se espera para a superação do problema vivenciado é que seja dirigida uma atenção especial por parte do Estado e de toda a sociedade, pois esta também sofre com as consequências da ineficiência da execução penal, de modo a efetivar as garantias estipuladas pela legislação, com o intuito de que o efeito ressocializador seja de fato alcançado por meio da execução da pena.

## 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.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Edição eletrônica de Ridendo Castigat Mores, 1764.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: mai. 2015.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: jun. 2015.

BRASIL. **Relatório Sobre Tortura no Brasil.** Produzido pelo Relator Especial sobre Tortura da Comissão de direito Humano da Organização das Nações Unidas (11 de abril de 2001). Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj044773.pdf>>. Acesso em: ago. 2014.

CIDH. *Relatório nº 129/10. Petição 4327-02; Relatório nº 41/08. Petição 478-07; Relatório nº 36/07. Petição 1113-06.* Washington. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/casos.port.htm>>. Acesso em: jul. 2012.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.



FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões**. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIACÓIA, G.; HAMMERSCHIMIDT, D.; FUENTES, P. O. **A prisão e a condição humana do recluso**. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP*. nº 15. P. 131-161, Jacarezinho, 2011.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 1ª ed. WMF Martins Fontes, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

REGRAS mínimas para o tratamento dos reclusos da ONU. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>> Acesso em: jun. 2015.

RELATÓRIO *Anual do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro 2012*. Disponível em: <<http://carceraria.org.br>> Acesso em: ago. 2014.  
SALIBA, M. G. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. 2007. 170 f. Tese (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho. 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

# AÇÃO LEGISLATIVA NO COMBATE A CORRUPÇÃO: A PREVISÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NA LEI 12.846/2013

*Isabelle Muraro GONÇALVES<sup>7</sup>*

## RESUMO

O tratamento repressivo à corrupção no Brasil limitava-se ao corrupto, o agente público que usa de sua posição dentro da Administração Pública para obtenção de privilégios a outrem em troca de uma vantagem ilicitamente paga por este. Para isto o Brasil contava com normas presentes na legislação extravagante, além do Código Penal. Todavia, tais diplomas não se estendem à punição do corruptor, a empresa, que, valendo-se de grande vulto econômico, corrompe o agente público para que seja privilegiada dentro da Administração Pública. Sinalizavam a necessidade de atuação nesse sentido diversos organismos internacionais, que editaram Tratados e Convenções como a Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, das quais o Brasil é signatário. Aliado à falta de previsão de punição à pessoa jurídica e à pressão dos organismos internacionais por uma atuação mais acentuada nesse sentido, estava a deflagração de escândalos envolvendo o tema no país, que despertou os cidadãos, os quais reivindicaram, nos “Movimentos de Junho de 2013” por uma atuação do Estado nesse sentido, levando ao Congresso Nacional a tirar da gaveta um Projeto de Lei de 2010, que culminou na Lei 12.846/2013, ou “Lei anticorrupção empresarial”, que, por meio da responsabilidade objetiva, teve o mérito de prever punição à pessoa jurídica corruptora, atendendo, de uma só vez, ao preenchimento de uma lacuna legislativa no ordenamento, aos organismos internacionais e à população brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Corrupto; Corruptor; Empresa; Lei anticorrupção; Responsabilidade objetiva.

## RIASSUNTO

Il trattamento repressivo in Brasile era limitato al corrotti, il pubblico ufficiale che utilizza la sua posizione all'interno della pubblica amministrazione per ottenere i privilegi di altri in cambio di un vantaggio indebitamente pagato. Brasile teneva queste norme nel diritto di fantasia, oltre del Codice Penale. Tuttavia, queste disposizioni non si estendono alla punizione del corruttore - l'azienda - che, impiegando gran influenza economica, corrompe il pubblico ufficiale per privilegiarsi all'interno della pubblica

amministrazione. Segnalavano la necessità di un'azione in questo senso diverse organizzazioni internazionali, le quali hanno modificato i Trattati e le Convenzioni, come la Convenzione Sulla Lotta Alla Corruzione di Pubblici Ufficiali Stranieri nelle Transazioni Commerciali Internazionali, la Convenzione Interamericana Contro la Corruzione e la Convenzione ONU Contro la Corruzione, di cui Brasile è un firmatore. Accoppiato alla mancanza di lungimiranza della pena a società e la pressione delle organizzazioni internazionali per una performance forte in questo senso, è stato lo scoppio di scandali che coinvolgono il soggetto nel paese, che ha suscitato i cittadini, che ha sostenuto, in "Movimenti giugno 2013 "di un'azione di Stato in questa direzione, portando al Congresso di prendere il cassetto un progetto di legge del 2010, che culminò con la legge 12.846/2013, o "Legge anti-corruzione", che, attraverso una responsabilità oggettiva, ha avuto il merito di prevedere pene per corrompere aziendali, in una sola volta, per colmare un voto legislativo nel sistema, le organizzazioni internazionali, e per la popolazione brasiliana.

**PAROLE-CHIAVE:** Corrotti; Corruptore; Azienda; Legge anti-corruzione; Responsabilità oggettiva.

## INTRODUÇÃO

A corrupção empresarial na Administração Pública é uma via de mão dupla. Tem-se o agente público, interessado em aproveitar-se de sua posição privilegiada para auferir vantagens ilícitas com suas funções, e, doutra banda, a empresa, disposta a arcar com o proveito cobrado pelo agente público para obter privilégios diversos naquele meio.

Por tratar-se de pessoa física, tais ilícitos cometidos pelo agente público são perfeitamente passíveis de punição dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tanto no âmbito civil, quanto no penal e no administrativo, isso porque os elementos para avaliar sua participação e responsabilidade são passíveis de verificação, ou seja, sua culpabilidade é aferível.

A personalidade jurídica da empresa, todavia, trata-se de ficção jurídica. Os atos praticados em seu nome não são dotados do elemento volitivo. Sendo assim, ilícitos praticados por ela ao contratar com a Administração Pública ficavam livres de previsão legislativa, dada a impossibilidade de se verificar sua responsabilidade enquanto pessoa jurídica.

Necessário, pois, que o Poder Legislativo encontrasse uma saída para que a empresa temesse punição e deixasse de contaminar a Administração Pública com negócios eivados de ilicitudes. A responsabilidade objetiva, na qual prescinde-se da

verificação de culpa para configurar-se, bastando o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, foi a alternativa encontrada pelo Legislador para este impasse, concretizando-a por meio da Lei 12.846/2013, também chamada de “Lei anticorrupção”.

## ASPECTOS GERAIS DA CORRUPÇÃO

As primeiras luzes que vem à mente ao se falar em corrupção certamente trazem consigo figuras como o agente público, assim entendido como todo aquele que se ocupa de alguma função na administração pública, e grandes empresas, as quais, para conquistarem certos objetivos, se valem de condutas ilícitas. A despeito de parecer algo com muita presença na atualidade, contaminando o debate moderno de juristas, economistas e, entre outros, cientistas políticos e sociais, tal assunto assola a humanidade de longa data, marcando toda a história e sobrevivendo até os dias atuais.

A par de sua popularidade, tal prática não é tão facilmente definida, pois abrange diversos significados, desde o início da putrefação do cadáver, como era concebida na Idade Antiga até “o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa”, tal como se conhece na contemporaneidade.

Destaque-se a acepção jurídica dada pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, ao tratar da corrupção: “[...] 6 JUR disposição apresentada por funcionário público de agir em interesse próprio ou de outrem [...]”. Tal definição traz a figura do funcionário público, que é traço marcante na corrupção da Administração Pública, e é responsável por danos catastróficos:

[...] indo da elevação desnecessária dos custos dos programas governamentais à exportação do comportamento corrupto para outras instituições, pressionando e influenciando outros funcionários. A corrupção administrativa prejudica o profissionalismo do serviço público e frustra os funcionários honestos, afetando seu desempenho e reduzindo sua produtividade.

Sob a má atuação desse agente público há resultados que refletem sobremaneira nos administrados. Nesse aspecto, não se tratam de meros “atos que corrompem”, mas atos que trazem prejuízos materiais e morais a todos os cidadãos.

## **CORRUPÇÃO NO CENÁRIO INTERNACIONAL**

A preocupação internacional com a corrupção começou a surgir na medida em que a interdependência do comércio internacional avançou, levando à invasão de certas condutas ao âmbito de outros países. Até então, a questão da corrupção era considerada periférica ou de interesse apenas de certos países dentro de sua soberania, havendo alguns, por vezes, que a consideravam saudável, como se fizesse parte do jogo econômico, permitindo, inclusive, certas práticas.

Tal situação é trazida por Leopoldo Pagotto: “Os países europeus não proibiam de forma categórica o suborno de funcionários públicos estrangeiros: pelo contrário, alguns deles permitiam a dedução fiscal do suborno como ‘despesas necessárias’ à efetivação do negócio”. E ainda:

[...] A corrupção até mesmo poderia aumentar a eficiência alocativa, na medida em que “diminuiria” a burocracia administrativa e facilitaria o funcionamento dos mercados. Entre o custo da transação representado por uma barreira regulatória estatal e o custo da transação representado pelo suborno, a mera comparação de custos forneceria a resposta sobre a legitimidade ou não da corrupção.

93

Todavia, alastrando-se as práticas comerciais mundo afora, vinculando a economia de um país a de outro, criou-se um emaranhado de negócios dos quais a corrupção tornou-se a chaga, isso despertou a comunidade internacional, que até então quedava-se inerte, a adotar medidas para saná-la, em outras palavras, a empresa estrangeira que, ao efetuar negócios com a Administração Pública de determinado país, recebesse vantagem de funcionário público por pagamento de determinada importância ou favor, afetaria demasiadamente aquela, danificando a economia do país, a qualidade do serviço e da Administração, cujos valores seriam gravemente lanceados. Como anota Ramina:

A corrupção possui dimensões internacionais tão significativas que se torna difícil a ação isolada de um governo a fim de controlá-la. Deste modo, a cooperação internacional tornou-se um ingrediente indispensável no combate à corrupção no sentido da promoção da responsabilidade, da transparência e da regra do estado democrático de direito. Inúmeras organizações internacionais estão atualmente trabalhando na promoção de uma “cooperação global” para

criminalizar a corrupção internacional criando, conseqüentemente, medidas administrativas, comerciais, fiscais e procedimentais.

Esforços individuais eram sem dúvida ineficazes, pois não havia mais transação totalmente desvinculada de outro país. Estava imperativa a necessidade de comungar forças para conter o problema da corrupção em um nível internacional.

O marco na modificação de tal cenário foi um trabalho elaborado por Susan Rose- Ackerman em 1978, intitulado “Corrupção: um estudo em economia política”, no âmbito da ciência econômica, que reconhecia a corrupção como geradora de desigualdade, por concentrar altos valores nas mãos de poucas pessoas. Segundo ela:

A literatura especializada sobre o tema da corrupção, dos anos 1980 para cá, tem sido dominada pela economia, de maneira a compreendê-la como o resultado de configurações institucionais e o modo como elas permitem que agentes egoístas autointeressados maximizem seus ganhos burlando as regras do sistema político.

As primeiras ações universais começam a aparecer no ano de 1994, quando foi aceita pela OCDE a Recomendação sobre o Combate a Corrupção em Transações Comerciais Internacionais.

Em 1996, a Convenção Interamericana contra a Corrupção assinada em Caracas, na Venezuela, também representou um avanço, ao pregar não só o combate, mas principalmente a prevenção dos ilícitos corruptos, elencando-os, tipificando-os e criminalizando-os.

O ano de 1997 foi palco de uma das maiores conquistas: a promulgação da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE). Em suma, a Convenção criminalizou o “oferecimento, promessa ou dação” de vantagem a funcionário público estrangeiro ou terceiro, com a finalidade de “realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.”

No que diz respeito à responsabilização das pessoas jurídicas, deixa a cargo dos membros a adoção das medidas cabíveis, em conformidade com seus princípios e ordenamentos próprios. Isso porque há países que não contemplam em sua legislação a

responsabilização penal da pessoa jurídica, como é o caso do Brasil, daí decorrendo a possibilidade de compatibilização entre a legislação interna e a Convenção, devendo tais países assegurarem que “as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras”, ou seja, não há exigência de mudança no ordenamento, mas de adaptação e compatibilização.

Por fim, no ano de 2003 a Organização das Nações Unidas edita a Convenção contra o Crime Organizado Internacional e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção em setembro e dezembro, respectivamente, sendo a última considerada o “maior instrumento vinculante internacional de combate à corrupção de funcionários estrangeiros”. Ela alerta para o fato de que a corrupção passou a “converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”, pelo que é necessário que os países estejam “decididos a prevenir, detectar e dissuadir com mais eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente e fortalecer a cooperação internacional para a recuperação destes”.

[...] A Convenção contra a Corrupção aponta uma concepção moderna e internacional do que vem a ser a corrupção e pretende estabelecer mecanismos que possibilitem a repatriação de recursos provenientes de atos de corrupção. A Convenção trata, também, de práticas que visam à prevenção da corrupção, em especial aquelas ligadas à boa gestão pública, apontando, inclusive, a necessidade de existência de um órgão responsável por essas políticas. [...] Parece, também, que a Convenção auxilia sobremaneira a confecção de legislações nacionais no sentido do combate à lavagem de dinheiro e dos instrumentos por ela utilizados, como o sigilo bancário. [...]

Dentre as citadas, o Brasil é signatário da “Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” da OCDE, promulgada em 2000. A principal novidade trazida com sua inserção na legislação brasileira foi a Lei 10.467/02, responsável por tipificar a corrupção ativa e o tráfico de influência em transações comerciais internacionais.

A “Convenção Interamericana Contra a Corrupção” da OEA, também integra o conjunto de leis brasileiras, desde 2002. Por último, é agregada a “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção” da ONU, também conhecida como Convenção de

Mérida, promulgada no ano de 2006.

## **CORRUPÇÃO NO BRASIL**

Ao contrário do que os comentários fomentam, a corrupção não é uma prática associada à cultura brasileira ou vinculada à identidade do povo, tratando-se de um boato grosseiro, preconceituoso e desfundado, que busca justificar o incorreto sem solucioná-lo. Diferente disso, a corrupção atravessa gerações no mundo todo, e no Brasil não há distinção.

Obras que retratam o Brasil Colônia já mencionam práticas que sabe-se serem corruptas. É de considerar-se a dificuldade que existia à época em distinguir-se o público do privado, a dificuldade na comunicação e fiscalização, dada a extensão territorial da Colônia, tudo associado à falta de instrução dos habitantes. Para ilustrar, Helena Regina Lobo da Costa, narrando sobre o sistema de capitânicas hereditárias, descreve que o Estado Português “transmitiu praticamente todas as funções estatais a particulares, que deveriam desenvolver as capitânicas com recursos privados, apesar de não adquirirem direito de propriedade das capitânicas”, podendo-se dimensionar o tamanho da confusão que vigorava na Colônia portuguesa. Um apanhado capaz de estampar a situação é feito por Arno e Maria José Wehling, para os quais:

A patrimonialidade (ofício tido como parte do patrimônio do rei), o uso privado da função pública, o predomínio da fidelidade pessoal, a multiplicidade das funções (atribuições diversas de um mesmo cargo), a estabilidade (ou, até mesmo, a vitaliciedade ou hereditariedade do cargo), a ausência de especialização profissional e a associação com o enobrecimento.

Esse caos, entretanto, não se devia apenas à ausência de Leis, vez que as Ordenações Filipinas, vigente à época, trazia em seu bojo tratamento e punição para diversas formas de corrupção, inclusive com pena de morte, mas à carência de organização e fiscalização, e, sobretudo, à própria corrupção do Judiciário.

A Corrupção como é concebida atualmente só foi nacionalmente encarada como um mal, de acordo com o historiador Boris Fausto, a partir de 1945, ano que ele considera um marco na evolução desse conceito. Segundo ele:



Foi o ano do lançamento da União Democrática Nacional (UDN), que levantou como bandeira, entre outros pontos, a moralização da sociedade e dos costumes políticos. Na luta que empreendeu para afastar Getúlio do poder, em 1953-1954, a UDN martelou o tema da corrupção, denunciando, por exemplo, favores concedidos pelo Banco do Brasil ao jornalista Samuel Wainer, editor de "Última Hora" - um dos poucos jornais que, não por acaso, faziam a defesa do presidente. Nas semanas que antecederam o suicídio de Getúlio, as acusações ganharam ímpeto. Ele próprio teria dito a conhecida frase de que, sem ser de seu conhecimento, um "mar de lama" invadira o Palácio do Catete.

Após, é de se recordar a figura de Jânio Quadros com uma vassoura, em clara alusão à "limpeza" pela qual deveria passar o país, faxina que os militares de 1964 também proclamaram como um dos seus objetivos ao pregarem a "necessidade de reprimir duramente comunistas e corruptos". Por fim, o primeiro partido de esquerda a assumir o país em 2002, o Partido dos Trabalhadores pretendeu "eticizar" a política brasileira.

A Constituição Federal de 1988, muito embora não especifique o assunto, tem um texto recheado de menções ao dever de probidade, como um "valor superior", nas palavras de Mateus Bertoni. Segundo ele:

O constituinte originário ao frisar em diversas disposições espalhadas estrategicamente pelo corpo do texto constitucional a referida ideologia, ou seja, nos capítulos atinentes aos direitos e deveres individuais e coletivos, aos direitos políticos, à Administração Pública, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Ministério Público, deixou clara a opção ideológica da Constituição Cidadã: **a probidade na Administração Pública, em todos os níveis.** [...]

É possível simplificar o cenário da corrupção no Brasil no início do século XXI fixando alguns pontos: o país devia enquadrar-se nas Convenções que assinara, sua legislação penal se mostrava insuficiente, escândalos de corrupção se deflagraram no país, e, por fim, a ineficácia dos mecanismos de repressão fazia a população inquietar-se. Era preciso que o país tomasse a causa para si e providenciasse legislações nesse sentido, principalmente no aspecto internacional.

No ano de 2010, o Executivo Federal enviou ao Poder Legislativo para votação o Projeto de Lei que recebeu o número 6.826 na Câmara dos Deputados, o qual

pretendia a “responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de ato contra a administração pública, nacional ou internacional”, cuja exposição de motivos dispunha sobre o seu interesse em “atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil”, citando, ainda, as Convenções aqui tratadas, as quais o país firmou compromisso.

### **ADVENTO DA LEI 12.846/2013**

O projeto de Lei ficava pendente de votação pelo Poder Legislativo, e o país era escandalizado por casos de corrupção, estampados num sem-número de barbáries que se alastravam sem medida, responsáveis por desmoralizar o país e demonstrar a fragilidade da legislação anticorrupção, que não atemorizava os infratores.

Todo esse contexto gerava uma grande insatisfação na população, que assistia do sofá de suas casas ao desgaste do Patrimônio Público, à multiplicação dos crimes e à impunidade dos mesmos. A corrupção, associada à falta de transparência e à má prestação dos serviços públicos, passou a causar inquietação aos brasileiros, que não se sentiam representados. Marco Aurélio Nogueira bem descreve o que se passou com os brasileiros:

[...] A corrupção cresceu ininterruptamente. Os governos – todos eles, sem exceção, [...] – continuaram a exibir falhas graves e desempenho medíocre, tanto em termos de gestão e de políticas públicas, quanto em termos de comunicação e diálogo com a população. Os partidos políticos, mais atentos aos apelos do Poder Executivo do que à sociedade, seguiram em frente como associações parasitárias, sem vida e sem ideais. Não contribuíram para transferir maior politicidade à sociedade civil, que cresceu em dimensão e ativismo sem conseguir contornar a fragmentação. Com o tempo, iria ficar inaceitável o contraste entre a miséria de boa parte da população e os gastos desnecessários, o desperdício e o uso suntuoso de recursos públicos pela elite política e administrativa (Executivo, Legislativo e Judiciário). Tudo colaborou para que fosse alargando a distância entre Estado (governos) e sociedade.

Essa falta de correspondência entre as necessidades dos brasileiros e a ação do Estado teve seu estopim no ano de 2013, quando o país receberia a Copa das Confederações, se preparava para a Copa do Mundo que aconteceria em 2014 e as Olimpíadas previstas para 2016. Estando o país sob os holofotes da mídia nacional e

internacional, e aproveitando-se do temor dos governantes sobre um caos no país num momento em que ele era tão visado e pretendia garantir a segurança dos visitantes, a resposta ao descontentamento não tardou a aparecer, tratava-se da ocasião perfeita para o povo chamar a atenção para si e expor todas as suas queixas ao governo. Todo esse contexto deu ensejo ao Movimento conhecido como “Jornadas de Junho”, fenômeno popular que consistiu na tomada das ruas pelo povo para expressarem os mais diversos descontentamentos com o governo.

O estopim se deu pela majoração de 20 centavos ao valor dos bilhetes de metrô e ônibus urbanos em várias capitais do país, e a reprimenda brutal às manifestações de rua nos meses de junho e julho de 2013 só aumentou o furor do povo que saía em busca de seus valores.

A partir daí, o movimento começou a crescer exponencialmente. No dia 17 de junho, 300 mil brasileiros protestaram em doze cidades distintas e todas as regiões do país. [...] No dia 20 de junho ocorreu o ápice das mobilizações quando mais de 1 milhão e 400 mil pessoas foram às ruas em cerca de 120 cidades no Brasil. [...] Esse é um resumo do período marcado pelo maior número de manifestações brasileiras nas ruas em toda a história.

A autoexpressividade do Movimento é algo que o tornou ímpar, e pode ser considerada sob dois aspectos: a variedade de exigências e a ausência de lideranças ou representantes, ou seja, o protesto falou por si só. Márton Reis, citando Wagner Cabral da Costa explica essa variedade de pautas dos manifestantes:

[...] Ao sair às ruas, as manifestações deram vazão às mais diversas insatisfações, desde questões de alcance nacional (como a defesa da reforma política, a luta contra a PEC 37, a **crítica da corrupção** e dos gastos excessivos com a Copa do Mundo, por exemplo) até problemas específicos de ordem regional e/ou local (insegurança pública, ausência de infraestrutura urbana).

A organização dos protestos, contava com as redes sociais, ferramenta que, para o mesmo fim, nunca havia atingido tal dimensão no Brasil e mostrou claramente sua eficiência, pois tratava não só da convocação, mas se tornou um ambiente de debates. Márton Reis chama a atenção para isso:

Enquanto as mobilizações passadas convocavam os cidadãos de forma tradicional – em reuniões na porta de fábricas, em uma comunicação dirigida a filiados e a partidos ou em publicações realizadas em meio de publicação vinculados a grupos sociais específicos –, nas atuais se utilizaram de redes sociais como Facebook ou a emissão de mensagens por meio do Twitter. O Facebook e o Twitter passaram a ser os principais meios pelos quais se operava a convocação dos interessados em participar. Isso, em si, já é muito interessante, porque o uso das redes sociais permite que a mensagem transcenda a veiculação a meros grupos localizados ou a seguimentos marcados por interesses comuns.

Através de um simples compartilhamento no Facebook ou de um “retuitar” no Twitter, um sem-número de pessoas eram chamadas às ruas para se juntar aos manifestantes. Tamanha estatura das manifestações e a necessidade de estabilizar o país para receber a Copa das Confederações e eventos seguintes, exigiram medidas imperativas para atender aos reclames do povo por parte dos Três Poderes, que, “instados a sair da paralisia decisória pela *vox popul*”, tiveram de adotar “medidas visando responder à urgência da crise de representação”.

Dentre as reações dos poderes Legislativo e Executivo, está a aprovação do Projeto de Lei 6.826/2010, que se converteu rapidamente, em meio aos ânimos das ruas, na Lei 12.846/2013, sancionada em 1º de agosto de 2013, a chamada “Lei anticorrupção empresarial”, que, além da sua destinação como instrumento legal, teve por fito conter a insatisfação brasileira então manifestada. Dado o caráter de “urgência” com que fora aprovada, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp a chamou de “Lei de ocasião”, já que “sua aprovação é consequência das manifestações populares de junho deste ano. [...] Não fosse a ida da população às ruas nos últimos meses, a lei, que tramitava desde 2010, não teria sido aprovada”, deixando claro o objetivo de resposta imediata que ela teve com relação aos clamores das ruas.

Outrossim, para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas, a Lei contou com uma ferramenta ainda pouco utilizada no ordenamento jurídico: a responsabilidade objetiva, adotada pela legislação doméstica em caráter de excepcionalidade, em ocasiões em que a dificuldade de comprovação da culpa poderia impedir o justo ressarcimento, numa clara intenção de amparar a vítima que sofrera o dano.

## RESPONSABILIDADE CIVIL E EVOLUÇÃO DA CULPA

Derivado do latim *re-spondere*, “responsabilidade” encerra a noção de garantia, recomposição, composição, restituição ou ressarcimento. Na linguagem informal, tratar-se-ia da obrigação de reparar um dano, causado por si ou por pessoa ou coisa que represente.

O civilista José de Aguiar Dias era alinhado ao conceito de Josserand, para quem era “responsável aquele que em definitivo suporta um dano”. Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, aproxima o termo do seu caráter obrigacional, segundo o qual “[...] responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano [...]”.

O instituto privado da responsabilidade civil possui dupla função no ordenamento jurídico: “o de garantir o direito do lesado à segurança e o de servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima”, ou, no dizer de Cavalieri, sua função está incutida no princípio do *restitutio in integrum*, segundo o qual “tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão”, o que se dá por uma justa indenização, ou seja, o atingimento patrimonial.

O Código Civil de 2002 dispõe sobre o tema em seus artigos 186 e 927, respectivamente: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Orlando Gomes, ressalta a culpa como pressuposto da responsabilidade civil no novo Diploma:

[...] Nenhuma dúvida se pode ter, com a leitura do art. 159 do Código Civil, texto de 1916, bem assim da leitura dos arts. 186 e 927 do texto atual, de que aceitou a *teoria subjetiva*. [...] O fato de ter sido consagrado o princípio da responsabilidade baseada na culpa não significa que, em nosso direito positivo, inexistam regras consagradoras da responsabilidade fundada no risco. **Leis especiais**, como dentre outras a de acidentes de trabalho, adotaram a concepção objetiva; daí as disposições do parágrafo único, primeira parte, do art. 927, texto de 2002.

A primeira parte do citado parágrafo único esclarece que, nos casos especificados pela lei, a obrigação de reparar o dano existirá independentemente da existência de culpa. Desse modo, os danos são primeiramente associados à culpa do agente que os praticou, sendo um dos elementos para a existência do dever de reparar. Quando o ordenamento deseja que seja diferente tal abordagem, ele diz expressamente.

Do exposto, possível entender que a culpa constitui pressuposto essencial a ser demonstrado quando pretendida, pela vítima, a justa reparação do dano que tenha sofrido. Tal é a fundamentação da responsabilidade civil subjetiva. A culpa *lato sensu*, “abrange toda espécie de comportamento contrário ao Direito, ou seja, **intencional**, como no caso de dolo, ou **tencional**, como na culpa”.

A partir desse entendimento a culpa em seu sentido amplo bifurca-se em “dolo”, entendido por Pontes de Miranda como “a vontade da contrariedade ao direito” e “culpa em sentido estrito”, tomada por Silvio Rodrigues como o comportamento em que “o intuito de causar prejuízo não existe, mas o prejuízo da vítima decorre de um comportamento negligente ou imprudente da pessoa que o causou”.

A responsabilidade subjetiva é definida no direito moderno como a que encontra “sua justificativa na culpa ou no dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa”, em outras palavras, trata-se de concepção clássica, onde “a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente”. Só a demonstração do elemento culpa poderia conduzir o lesado a perceber uma justa reparação, e como se pode imaginar, fazê-lo não é sempre possível. O dispêndio e a quase impossibilidade de se conseguir demonstrar, por vezes impedia o recebimento de uma reparação.

A teoria subjetiva foi se mostrando insuficiente para dar solução prática a todos os casos, pois ficava na dependência da comprovação da culpa – nem sempre fácil de se fazer – para que houvesse a reparação do dano, restando à vítima, por vezes, suportar o ônus do infortúnio que lhe fora causado. Tal injustiça do sistema chamou a atenção de juristas, que deram início ao que é chamado de “*objetivação da culpa* ou *culpa objetiva*”, cuja finalidade era cobrir as carências da responsabilização subjetiva,

que, ao exigir a expressão do elemento culpa, acabava não resolvendo todos os problemas.

Tal fenômeno foi preconizado por Saleilles em sua obra “*Les accidents du travail et la responsabilité civile (Essai d’une Théorie Objective de la Responsabilité Delictuelle)*”, e por Louis Josserand, em “*L’Évolution de la théorie de la responsabilité*”, relatada por Gomes nos seguintes termos:

De início [Josserand] explica as causas do movimento revisionista, reputando essencial a frequência de acidentes, em razão das transformações materiais da sociedade pelo processo mecânico. A multiplicação **dos riscos** a que ficou exposta a vida do homem em consequência dessas transformações determinou a necessidade da proteção jurídica de que a vítima de danos produzidos, inclusive por desconhecidas causas, não ficaria desamparada. O dogma milenar da responsabilidade baseada na culpa condicionava meios jurídicos impotentes para satisfazer essa necessidade de segurança. Tornou-se impraticável, as mais das vezes, provar a culpa do autor do dano. [...]

Entre os méritos de Josserand foi apontar quatro motivos pelos quais a Teoria da Culpa se desenvolveu, o que, inclusive, Carlos Alberto Menezes de Direito e Sergio Cavalieri Filho classificam como “uma grande evolução do século XX”, sendo, “sem dúvida, a área da Ciência do Direito que sofreu as maiores mudanças”, são eles “a admissão da existência da culpa mais facilmente; o reconhecimento de presunções de culpa; a substituição da culpa pelo **risco** na determinação da responsabilidade e a colocação da vítima numa situação mais favorável quanto à prova”.

Por fim, Josserand ainda resumiu o que era inaugurado no direito civil: “a responsabilidade moderna comporta dois polos, o polo objetivo, onde reina o risco criado, o polo subjetivo, onde triunfa a culpa, e é em torno desses dois polos que gira a vasta teoria da responsabilidade”.

No ordenamento jurídico brasileiro a teoria objetiva ganhou espaço com Aguiar Dias e Alvinho Lima, este último por sua “tese apresentada na Faculdade de Direito da USP, em 1938”. Ao introduzir sua obra “Culpa e risco”, Alvinho Lima indica os motivos pelos quais o Direito Civil precisou deixar da inércia e acompanhar a modernização da vida humana, convencendo-se da ineficácia prática do sistema Civil conhecido até então, no que se referia à reparação de danos pautada na responsabilidade subjetiva.

[...] A intensidade da vida e a densidade das populações aproximam, a mais e mais, os homens, intensificando as relações de vizinhança, fonte perene de responsabilidade extracontratual. Os perigos advindos de novos inventos, fontes inexauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados pela crescente impossibilidade, tanta vez, de se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ato ilícito, forçaram as portas, consideradas, até então, sagradas inexpugnáveis da teoria da culpa, no sentido de se materializar a responsabilidade, numa demonstração eloquente e real de que o Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida. Ao lado das causas materiais apontadas, fatores econômicos, sociais, políticos e influências de ordem moral vieram precipitar a evolução da responsabilidade civil [...].

Salta aos olhos que o avanço da vida humana criara riscos e danos os quais a teoria clássica não dava conta de atender satisfatoriamente. Não era plausível que o Direito Civil se mantivesse alheio às transformações, pois, sendo ciência do homem, este deve acompanhar em toda sua evolução. Não se poderia desampará-lo diante dos insuportáveis danos que o atraso civilístico o estava fazendo passar. A responsabilidade civil objetiva, assim, ganha seus contornos através da Teoria do Risco, conforme lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Nos últimos tempos vem ganhando terreno a chamada **teoria do risco** que, sem substituir a teoria da culpa, sobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. A responsabilidade seria encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio. Na **teoria do risco** se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo apresenta um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Em suma, o risco que certas atividades geram é tão inerente a elas, e tão previsíveis, que não seria razoável fazer com que a reparação dos danos dele resultantes fossem pendentes da comprovação de culpa pela vítima.



## RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A responsabilidade civil brasileira consagra a teoria clássica da culpa subjetiva, permitindo diversas exceções em situações em que, presentes quaisquer modalidades de riscos, coube à lei disciplinar para salvaguardar suas possíveis vítimas, utilizando-se, para tal, da responsabilidade objetiva.

Tal excepcionalidade da responsabilidade objetiva é apontada por Silvio Rodrigues, para quem são “poucos, no direito brasileiro, os casos de responsabilidade civil inspirados na teoria do risco. Decerto o mais antigo [...] é o da responsabilidade das estradas de ferro por danos causados aos proprietários marginais”. Também fora aplicada em 1934 com a Lei de Acidentes de Trabalho, no Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei n.º 483/1938) no Código de Mineração de 1967 (Decreto-lei n.º 227), no “seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores – DPVAT” em 1974, entre outros.

Modernamente, afóra diversos casos presentes no Código Civil e mesmo em legislações esparsas, é possível destacar três situações principais em que a responsabilidade objetiva fora adotada, a saber: dano ambiental, dano ao consumidor e dano causado pelo Estado.

Em busca da proteção ilimitada ao meio ambiente, a Lei 6.938 de 1981, adotando os princípios da Prevenção e Precaução e cumprindo o desejo do art. 225 da Carta Maior, que trata da responsabilidade penal, administrativa e civil dos que àquele causassem dano, disciplinou, em seu art. 14, § 1º, a responsabilidade objetiva para os mesmos, nos seguintes termos: “[...] é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” Paulo de Bessa Antunes, sobre a responsabilidade ambiental afirma que “[...] caracteriza-se por incidir sobre aquele que é mais capaz de suportar o ônus decorrente da ação prejudicial ao meio ambiente.”

Um grande avanço no campo da responsabilização objetiva se deu em 1990, pela Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, legislação, inclusive, copiada por ordenamentos jurídicos estrangeiros, como em Portugal, por exemplo, e que é utilizada atualmente “para uma gama de situações jurídicas, ou, sem exagerar, para a maioria

das relações privadas da atualidade”. Por tal Diploma, contrariando a lógica da responsabilidade civil do ordenamento jurídico brasileiro, “**a responsabilidade objetiva é a regra, e a subjetiva, exceção**”.

Finalmente, a Constituição Federal estabeleceu a responsabilidade objetiva do Estado em seu art. 37, § 6º, que encontrou reforço no art. 43 do Código Privado. A par de várias teorias administrativistas elaboradas para explicar a responsabilidade civil do Estado, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a teoria do risco integral, para a qual apenas a relação de causalidade entre o fato e o dano é o bastante para configurar-se a responsabilidade:

[...] É indiferente que tenha havido *culpa* ou *acidente*, interessando apenas saber se há *vínculo causal* entre o funcionamento do serviço público e o *prejuízo sofrido* pelo administrado. Se há *prejuízo*, o *dano* será reparado, não interessando se se trata de ato de império ou de gestão, se houve culpa, acidente ou qualquer outra explicação tendente a irresponsabilizar o Estado. O fundamento desta teoria é o *princípio da igualdade dos ônus, encargos sociais ou públicos*. O Estado é uma verdadeira empresa em funcionamento. Ao funcionar, corre *riscos*. E estes devem ser suportados pela empresa, que é o Estado.

106

O Código Civil de 2002, a seu turno, malgrado ter adotado a responsabilidade subjetiva, possui em seu texto vários dispositivos em que a responsabilidade é adotada em sua forma objetiva. Ela é consagrada, em absoluto, no já citado parágrafo único do art. 927, que visa proteger os que estão sujeitos aos resultados de atividades cujo exercício é naturalmente perigoso, como, por exemplo, “a manipulação de produtos químicos, a fabricação de inflamáveis, a utilização de um veículo”, além de outros dispositivos que também dispõe acerca do seu emprego, como os artigos 734, 932, 933, e 938.

### **EMPRESA CORRUPTORA: REONSABILIDADE OBJETIVA NA LEI 12.846/2013**

No ano de 2013 o legislador novamente utilizou-se da responsabilidade objetiva no ordenamento doméstico, certamente por ter sido considerada a ferramenta mais eficaz para realizar o propósito a que pretendia: o combate à corrupção por parte

de pessoas jurídicas, através da Lei 12.846/2013, cuja edição se deu pela necessidade de se lidar com “lacunas e/ou dificuldades na aplicação da legislação, até então existente na prevenção e repressão de desvios praticados em desfavor do erário e da moralidade administrativa”. Como já adiantado, ela não se trata do primeiro instrumento a reprimir práticas corruptas, vez que a legislação doméstica já contava com outros diplomas, a exemplo do Código Penal, Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Licitações, entre outras. Todavia, o foco de tais reprimendas se davam no sentido de punir o corrupto (o agente público). Nesse diapasão, a “Lei anticorrupção” teve o condão de dar complementação a esse aparato legal, desviando o foco do corrupto para o corruptor, no caso, a pessoa jurídica que contrata com a Administração Pública.

O ex Ministro-Chefe da Controladoria Geral da União, Jorge Hage Sobrinho, aponta que a Lei veio em apoio não somente do arcabouço legal existente, mas também de um conjunto de medidas e de instituições mais fortalecidas. Para ele, ações como a nova configuração da CGU dada em 2003, capaz de realizar “auditorias e fiscalizações sobre recursos públicos, [...] instaurar processos punitivos contra os que se envolvem em desvios [...] e a impulsionar a transparência pública e o controle social [...], a escolha do Procurador-Geral da República pela própria categoria de procuradores” são elementos de toda uma estratégia no combate à corrupção, na qual a Lei veio dar complemento. O ex Ministro acrescenta outros elementos:

A orientação dada a Polícia Federal para que priorizasse as investigações e operações de desarticulação dos esquemas de crimes contra a Administração e, por fim, uma política de articulação permanente entre esses três órgãos e mais o Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), sem falar nas mais de 60 entidades que compõem hoje a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, a ENCCLA.

Todos esses fatores e essa farta legislação, como dito, não se mostravam suficientemente eficazes, ora esbarrando na morosidade do Judiciário, ora na dificuldade de se comprovar a culpa, vez que as legislações citadas utilizam-se da responsabilidade subjetiva e, ainda, na impossibilidade de punir a pessoa jurídica criminalmente e atingi-la patrimonialmente. As observações de Bottini e Tamazauskas

bem refletem essa situação:

[...] Este aparato legal não era suficiente para o combate à corrupção. Os tipos penais, nessa seara, limitam-se a responsabilizar pessoas físicas, sem afetar aquela que em regra é a maior beneficiária da corrupção: a empresa, instituição beneficiada. Ademais, a ideia de responsabilidade objetiva (que parece ser o eixo central da nova lei) é inadmissível na seara penal, que exige a culpabilidade do agente, ou seja, uma relação de dolo ou de culpa deste com o ato cometido.

A necessidade de prever sanções às pessoas jurídicas no Brasil caminhou para que lhe fosse atribuída a responsabilidade objetiva, a qual se deu pela Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, que ficou conhecida por “Lei anticorrupção”, na qual a responsabilidade objetiva é o “núcleo central”, representando, talvez, seu principal instrumento na peleia contra a corrupção. Quanto a seu alcance aos sujeitos ativos, além das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas” e, ainda, as empresas que tenham sofrido alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º), seu art. 1º dispõe ser aplicável:

[...] O disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Desse modo a Lei alcançou a figura do corruptor: a empresa, que até então permanecia camuflada sob a ilicitude do agente público corrupto, o único sujeito à punição, e valia-se desta sorte para angariar vantagens junto à Administração Pública. O Procurador do Estado do Paraná, José Anacleto Abduch Santos, destaca esse ponto:

O corruptor, ao contrário do corrupto, usualmente não se reconhece infrator. Gaba-se de ter obtido a licença ambiental negada a tantos. Vangloria-se de manter sob pagamento um servidor ou todo um órgão público para as liberações, alvarás e autorizações necessárias à sua atividade econômica. Ou reclama o dinheiro perdido na propina. Para o corruptor, o infrator é sempre o outro. Estranhamente, dada a

necessidade de duas partes para a prática da maioria dos atos de corrupção, o objeto de reprovação jurídica e social tem sido, em geral, apenas a conduta dos agentes públicos.

Sobre este aspecto da Lei, o Controlador Geral do Estado do Paraná Carlos Eduardo de Moura, em Seminário promovido pelo Ministério Público Estadual do mesmo Estado, aduziu que:

[...] Há tempos era preciso responsabilizar o particular que contratava com a Administração Pública. Até então, tinha-se a impressão de que apenas o servidor público era o corrupto. Essa ligação é dupla, quem contrata com o Estado também deve ser responsabilizado, pois da mesma forma pode lesar o patrimônio público.

A Lei foi responsável por essa mudança de foco: do corrupto ao corruptor. Esse foi o maior sinal de complementariedade ao arcabouço jurídico já existente. Isso por que: “em todas as leis vigentes até a edição da Lei Anticorrupção, nas esferas penal, cível e administrativa, não se cogitou da prescindibilidade de comprovação de culpa ou dolo do acusado para redundar no apenamento”. Pode-se dizer, inclusive, que o particular, a partir de então, também poderá ser punido por improbidade.

Outrossim, no âmbito da pessoa jurídica, a Lei dispensa que a ofensa ao Patrimônio Público ou à moralidade e probidade administrativas dependa da demonstração de culpa para receber punição:

[...] A aplicação das sanções **não exige a intenção** da corporação ou de seus dirigentes em corromper ou a demonstração de sua desídia em relação a atos deste gênero que eventualmente ocorram. Basta que se constate que alguém — um funcionário, parceiro, contratado, consorciado — tenha oferecido ou pago vantagem indevida a servidor público (ou praticado qualquer dos atos previstos em seus dispositivos), e a instituição será penalizada, desde que **beneficiada direta ou indiretamente** pelo comportamento ilícito. [...] Ao **suprimir a exigência da constatação do dolo ou da imprudência** para imputar as sanções previstas, quer-se incentivar a adoção de políticas de integridade e compliance, que evitem qualquer ligação da empresa com pessoas ou outras entidades que possam lhe trazer problemas ou danos de imagem.

Basta, portanto, a prática omissiva ou comissiva por pessoa jurídica de ato lesivo à Administração Pública, cuja tipicidade esteja prevista na lei, em seu benefício ou interesse. Para Di Pietro, são requisitos para a responsabilização:

Que 1. Haja **nexo de causa e efeito** entre a atuação da pessoa jurídica e o dano sofrido pela Administração Pública; 2. Seja praticado ato lesivo, tal como definido no art. 5º; 3. **O ato lesivo seja praticado por pessoas jurídicas** (art. 1º, caput); 4. O ato lesivo cause **dano à Administração Pública, nacional ou estrangeira**.

O sujeito passivo, a seu turno, são as pessoas jurídicas de direito público interno ou externo, havendo os que, como Eduardo Cambi, entendam que seja sujeito passivo a “administração pública nacional ou estrangeira”. Nesse aspecto, vislumbra-se que a Lei se alinhou à Convenção de Mérida, que objetiva o reconhecimento da corrupção como “um fenômeno transnacional [...] e propõe o enfrentamento do tema a partir de diversas frentes de atuação, como a cooperação internacional [...]”.

A responsabilidade objetiva nesse caso é decorrente do risco que corre a Administração Pública ao efetivar seus contratos num ambiente onde as práticas corruptas estão alastradas, sendo por vezes consideradas como “parte do jogo”, ou “saudáveis”.

Ademais, a Lei busca remediar uma falha organizacional da empresa, que, por descuido na escolha ou fiscalização de seus funcionários ou representantes (culpa *in eligendo* ou *in vigilando*), acaba por não impedir que em seu nome se realizem certas condutas ilícitas, tanto que para isso a lei alerta para a adoção de ferramentas de autofiscalização e prevenção, também conhecidas como mecanismos de “compliance”.

Ao recelar receber punição por um ato praticado por um funcionário ou representante seu, a empresa passa a ter um cuidado mais minucioso, instruindo e fiscalizando melhor o que acontece no seu seio:

Prova disso é que [...] a Lei de Corrupção Administrativa, mesmo ainda na sua *vacatio legis*, colocou-se na ordem do dia em determinados setores com relacionamento mais intenso com entidades governamentais. A busca pela estruturação e de organização de *compliance* é uma realidade provocada pela nova legislação e, felizmente, pode ser compreendida com um dos frutos positivos por ela já apresentados [...].

Vê-se, pois, que a Lei dá complementariedade a um microssistema anticorrupção e preenche uma lacuna que o mesmo sofria, consistente na falta de

mecanismos para punir o corruptor. Associada aos demais componentes desse microsistema anticorrupção, tais como as Leis de Improbidade Administrativa, Ação Popular, Licitações, Processo Administrativo, além das Convenções Internacionais com caráter de lei ordinária e a legislação penal, para além de quebrar o paradigma da corrupção como questão cultural e proporcionar novos e ilibados padrões de conduta, cumpre também preceitos de ordem constitucional no que diz respeito à ordem econômica e à função social da empresa, de ordem administrativa, no que tange à moralidade e probidade na Administração Pública, empresarial, quanto à ética das empresas, transparência e segurança nos negócios, e alinha-se aos padrões internacionais os quais o Brasil comprometera-se, além de semear a segurança nos brasileiros que clamam por um país honesto.

## CONCLUSÃO

A luta contra a corrupção, mais do que um desafio brasileiro, é um desafio internacional. Diversos instrumentos e esforços são comungados nesse sentido, a exemplo dos Tratados e Convenções Internacionais, que buscam países adeptos a esse fim e os direcionam a atingi-lo.

Na ânsia em participar desse empenho internacional e atender aos cidadãos brasileiros que externaram imensa insatisfação com a facilidade com que a corrupção acontece no país, restou ao Poder Legislativo aprimorar os instrumentos de contenção a ela, buscando atingi-la por outra via, a do corruptor.

Ao ser prevista a responsabilidade objetiva à pessoa jurídica na Lei 12.846/2013, as empresas, temerosas em ver-se incursas nas sanções do Diploma, tendem a exercer um papel mais acentuado de orientação e fiscalização de seus atos e de seus funcionários de modo a não permitir que em seu nome se pratique quaisquer irregularidades que venham a causar danos a Administração Pública, e, por consequência, aos cidadãos, a quem os prejuízos atingem violentamente.

As vantagens ilícitas ou seu mero oferecimento deixam de fazer parte do jogo e passam a ser motivo de receio e fiscalização pesada das empresas. Com a “Lei anticorrupção” inaugura-se um novo tempo na cultura dos negócios que o empresariado celebra com a Administração Pública, em que a ética empresarial, a

probidade e moralidade administrativas tendem a se aproximar mais da realidade brasileira.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

BEI, Zani Andrade. **A Corrupção: causas, consequências e soluções para o problema**. RAP – Revista da Administração Pública, v. 30, n.º 3, jun. 1996.

Disponível

em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8088/6904>> Acesso em: 18.Fev.2015.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei n. 8.429/1992**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Coord). *Dicionário de política*. 3. ed. Brasília: UnB, 1991. v.1.

BOTINI, Pierpaolo Cruz ; TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. **A interpretação Constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção**. Revista dos Tribunais: Edição especial Lei 12.846/2013. Ano 103, Vo;l. 947. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção**. In: Consultor Jurídico. [09.12.2014]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorruptcao>>. Acesso em: 19. Fev. 2015

BRASIL. Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm)>. Acesso em: 15. Fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm)>. Acesso em: 15.Fev.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/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 18. Fev. 2015.



\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 16.Fev.2015.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 19. Fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 6.826/2010. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em: 15.Fev.2015.

CAMBI, Eduardo. **Seminário Lei Anticorrupção 12.846/13: Vigência Recente e Polêmicas Iniciais**. Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DA COSTA, Helena Regina Lobo. **Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial**. In: DEL DEBBIO, Alessandra et. al. (Coord.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Editora Atlas S.A., São Paulo: 2015, p.1000.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidades civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIPP, Gilson. Dipp defende aplicação de convenções contra corrupção. Depoiment [05.11.2013]. São Paulo: Consultor Jurídico. Entrevista concedida a Gabriel Mandel. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-05/gilson-dipp-defende-aplicacao-convencoes-internacionais-corrupcao>>. Acesso em: 14.Fev.2015.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes de; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil – Da responsabilidade civil, das Preferências e Privilégios Creditórios – Arts. 927 a 965**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FAUSTO, Boris. A Corrupção na perspectiva histórica. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 19 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0506200509.htm>>. Acesso em: 14.Fev.2015.

FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social**. Opin. Publica, Campinas , v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009 . Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=pt&nrm=iso)>. acesso em 29. Dez. 2015

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1994.

HAGE SOBRINHO, Jorge. **Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa**. Revista dos Tribunais: Edição especial Lei 12.846/2013. Ano 103, Vo;l. 947. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**.Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JOSSERAND, Louis apud LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. Ed. rev. E at. Pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MOURA, Carlos Eduardo.**Seminário Lei Anticorrupção 12846/13: Vigência Recente e Polêmicas Iniciais**. Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, 2014. (Comunicação oral).

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **As ruas e a democracia: ensaios sobre o Brasil contemporâneo**. Brasília: Contraponto, 2013.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra et. al. (Coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**.Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

RAMINA, Larissa L. O. **Ação Internacional contra a corrupção**. Curitiba: Juruá, 2009.

REIS, Márlon. **O gigante acordado: manifestações, ficha limpa e reforma política.** Rio de Janeiro: Leya, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil. 20.** Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei anticorrupção: responsabilidade objetiva por atos lesivos contra a Administração Pública.** Disponível em: <[http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter\\_adm\\_publica/arquivos/AN\\_EXO\\_4\\_13\\_06.pdf](http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/AN_EXO_4_13_06.pdf)> Acesso em: 20.Fev.2015.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flavio. **Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente.**São Paulo: Editora Método, 2011.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. O funcionário colonial. In: Priore, Mary Del (org.). **Revisão do Paraíso: os brasileiros e o Estado em 500 anos de História.** Rio de Janeiro: Campus, 2000.

# BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS ÁGUAS

*Wellington Boigues Corbalan TEBAR<sup>8</sup>*

*Alvaro YANAGUI<sup>9</sup>*

## RESUMO

O referido artigo aborda de forma sucinta as questões do Direito Ambiental, levantando os fundamentos desta ciência jurídica para um entendimento mais aprofundado das normas aplicáveis ao Direito das Águas no Brasil, trazendo uma noção histórica e os mais relevantes motivos que fizeram com que as legislações se voltassem para a gestão e, conseqüentemente, proteção dos recursos hídricos. Ainda, apresenta o modelo de gestão das águas no território nacional e uma visão do modelo paulista, sendo este um dos mais conceituados dentre os entes federados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente. Recursos hídricos. Direito das Águas. Gerenciamento.

## ABSTRACT

This article discusses briefly issues of environmental law raising the foundations of legal science for a deeper understanding of the rules applicable to the water resources in Brazil, bringing a historical concept and the most important reasons that caused the laws to turn to the management and protection of water resources accordingly. It also presents the water management model in the country and a vision of São Paulo model, which is one of the most respected estates in the country.

**KEYWORDS:** Environment. Water resources. Water righth. Management.

## INTRODUÇÃO

A água é uma substância fundamental para a sobrevivência de todos os seres existentes no Planeta. É encontrada em estados físicos distintos e a forma líquida é a mais abundante. Entretanto, menos de 1% da água doce está disponível para o consumo humano, o que é considerado muito pouco para um Planeta conhecido como “Planeta Água”.

Deste pouco, o Brasil possui aproximadamente 12% das reservas de água

---

8 Estudante de Pós-graduação - Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

9 Estudante de Pós-graduação - Centro Universitário Toledo.

potável no mundo, mas é considerado um dos países que menos se preocupa com seu uso sustentável e racional. A água faz parte do meio ambiente e é responsável por um processo conhecido como ciclo hidrológico, cujo princípio se baseia na troca da água existente em toda hidrosfera, ou seja, aquela presente na atmosfera terrestre, no solo, no subsolo, nas plantas, nos rios e mares. Neste sentido, não respeita limites territoriais impostos por leis ou normas e, portanto, é necessário um estudo mais aprofundado na questão dos Direitos das Águas.

Este artigo mostrou o modelo de gestão dos recursos hídricos no Brasil, bem como as Políticas e Agências reguladoras no âmbito nacional e do Estado de São Paulo. Ainda, apresentou fundamentos da ciência do Direito Ambiental para melhor entender os princípios que regem este campo no Brasil e uma análise das legislações existentes que norteiam e embasam posições doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que a questão da gestão dos recursos hídricos é atual e muito relevante para a continuidade do Século XXI.

O método utilizado é o descritivo, pois foi realizada uma análise histórica da evolução do Código das Águas e Política Nacional dos Recursos Hídricos. Partindo-se para o exame da Política Estadual dos Recursos Hídricos do Estado de São Paulo, dos posicionamentos, conflitos jurídicos decorrentes da sua aplicação ou não.

Por fim, no decorrer da pesquisa, utilizou-se do método dedutivo e comparativo para demonstrar os reflexos que a questão está trazendo ao ordenamento jurídico atual, no que concerne às penalidades previstas aos infratores.

Os materiais utilizados para essa pesquisa e dissertação foram: a legislação brasileira, doutrinas, jurisprudências, artigos publicados, publicações dos órgãos gestores dos recursos hídricos, bem como *sites* especializados.

## **HISTÓRICO**

Em meados do século XIX e início do século XX, após a Revolução Industrial e o *boom* demográfico, houve um vertiginoso crescimento no consumo de bens, o que gerou mais impactos ao meio devido às explorações dos recursos naturais não renováveis. Entretanto, naquele tempo não havia tantas preocupações com essas questões, e sim em satisfazer as necessidades de uma população que cada vez mais

crescia.

Foi somente a partir do fim do século XX que se começou a pensar nos efeitos danosos causados pelo desenvolvimento industrial de anos anteriores e sobre os modelos de crescimento sustentável.

O Direito Ambiental é uma área jurídica responsável por tutelar as interações do Homem com o meio em que vive. É também um campo multidisciplinar, que envolve as mais diversas matérias, tais como geografia, engenharias, ciências sociais e da saúde, além de envolver obviamente as ciências humanas jurídicas.

Dentro dessa área, existem outras disciplinas que dependem desta proteção. A Água é uma delas. Neste contexto, fora criada uma medida de proteção e regulamentação dos recursos hídricos. O Direito das Águas é um ramo despontante do direito brasileiro que regulamenta toda forma de domínio, uso e disponibilidade dos recursos hídricos.

Este Direito, segundo Pompeu (2006, p. 39), seria a ligação entre princípios e normas jurídicas, com o objetivo de regulamentar o domínio e uso dos recursos hídricos, bem como disciplinar formas de conservar este bem contra os impactos negativos. Assim sendo, é dever de todos controlar seus diversos usos, visto que é um recurso natural finito, dotado de valor econômico, conforme Lei nº 9.433/97.

Inicialmente, muito no Brasil se tratava a água como um recurso infinito, já que o país é rico em rios de grandes extensões e possui depósitos subterrâneos, como o Aquífero Guarany e o Alter do Chão, abrangendo respectivamente regiões sul e norte do Brasil.

Contudo, com o crescimento populacional nos grandes centros urbanos e devido a localização de algumas cidades em zonas áridas e semi-áridas, a preocupação com o abastecimento público se tornou presente e foi necessário um regramento para as formas de uso deste recurso, levando-se em conta também que o acesso à água é condição do homem para poder sobreviver.

Primeiramente, surgiu um compilado de normas chamado de Código de Águas, em 1934, e posteriormente, a Constituição Federal atentou as questões de proteção ambiental em seu Artigo 225:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Após previsão constitucional, o meio ambiente passou a ser considerado como direito fundamental e essencial ao povo, mesmo que não elencado no Art. 5º, está disperso do texto constitucional, mais exatamente no Art. 225.

## **CÓDIGO DE ÁGUAS**

Diante das dificuldades de gerenciar os recursos hídricos dentro dos limites legais em relação ao meio ambiente, tornou-se imperioso um compilado de legislações e entendimentos para suprir essa demanda, além de estabelecer novos parâmetros legais que atendam às necessidades da coletividade. Foi criado, então, o Código de Águas, através do Decreto 24.643 de 10/07/1934, único diploma legal que tratava especificamente desta matéria.

Conforme Pompeu (2006, p. 151), em relação às águas, no país, legislações eram obsoletas e contrariavam as necessidades e interesses das pessoas e, portanto, era preciso adotar normas de controle, de acordo com o momento que o Brasil vivenciava. Assim, o Código criado disciplinou, de modo geral, o aproveitamento hídrico industrial e classificou as águas em três capítulos, sendo o Capítulo I em Águas Públicas, ou seja, todas pertencentes ao Poder Público, podendo estas ser subdivididas em dominicais e usos comuns; o Capítulo II em Águas Comuns, podendo ser correntes não navegáveis ou fluviáveis e que não proporcionem correntes para essas finalidades. E por último o Capítulo III em Águas Particulares, que são aquelas encontradas em propriedades privadas (correntes e nascentes), além de álveos, margens e acessões.

Foi através deste Decreto que se possibilitou ao governo federal a moderar os usos industriais e fomentar a exploração de energia hidrelétrica no país, inclusive considerando que para a energia hidráulica era necessário criar medidas que garantissem um uso racional.

Nesse viés, Araújo e Barbosa (2008, p. 7) entendem que foi a partir da decretação do Código de Águas que o elemento água passou a receber a devida atenção como fator de desenvolvimento econômico e industrialização. Muito

provavelmente, a água é o único recurso considerado como matéria-prima de vários processos industriais, fazendo parte, portanto, de cadeias de produção, tanto agrícolas, quanto de transformação.

## **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Posteriormente, em 1988, com o advento da Constituição Federal, o legislador modificou alguns pontos do Código de Águas, sobretudo extinguindo a classificação que se dava para as águas particulares, passando a ser de domínio público. Ainda, separou as águas de domínio da União e de domínio dos Estados.

Analisando o Art. 26 da Constituição Federal, as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes e emergentes são bens dos Estados. Abriu exceção quanto ao bem de depósitos decorrentes de obras da União, uma vez que compete privativamente à União legislar sobre o assunto, conforme Art. 22, inciso IV do mesmo arcabouço.

Outra ressalva se encontra no Art. 20, inciso III, cujo dispositivo prevê os bens da União:

(...) III - Os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seus domínios, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os territórios marginais e as praias fluviais (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

As águas superficiais da União podem se classificar como tal quando um rio separa dois Estados Federados geograficamente ou um rio atravessa vários Estados de modo sucessivo. E dessa forma, sendo rio federal, a União disporá das devidas outorgas de uso, é como corrobora Maria Luiza Machado Granziera (2006, p.77).

O mesmo raciocínio não pode ser interpretado em relação às águas subterrâneas. A Constituição da República se ateve as águas subterrâneas de domínio dos Estados, pois, dubitavelmente não existem aquíferos de domínio federal. Alves Júnior (2010 s.p) não compactua desse entendimento, pois, segundo ele, é possível um aquífero ultrapassar os limites estaduais e ser considerado de domínio da União:

Se um aquífero transcende os limites estaduais, isso basta para ser considerado de domínio federal. Além disso, eventuais contaminações que podem ocorrer no meio hídrico não ficam



restritas ao local do dano, o que é consequência da própria dinâmica das águas. Assim, a poluição de um rio pode atingir as águas subterrâneas interestaduais ou internacionais.

De fato, as águas superficiais e águas subterrâneas não coincidem no que se refere aos limites hidrográficos. Superficialmente é fácil identificar o domínio, em consequência da própria dinâmica hídrica, ao contrário dos reservatórios subterrâneos que, dificilmente conhecem a ocorrência.

## **DOMÍNIO X GESTÃO**

Muito embora a Constituição Federal designe que os Recursos Hídricos são de uso comum do povo e de domínio da União, o poder público não pode ser considerado dono das águas. Trata-se, na verdade, de delegação, que tem um justo motivo: o gerenciamento. Não há que olvidar que ele deva ser feito de forma integrada e descentralizada, porém, é um grande objetivo e desafio a ser realizado num país com proporções continentais.

Integrada no que se refere à gestão ambiental, aspectos de quantidades e qualidades e de águas superficiais e subterrâneas. Isso tudo sem contar com as Políticas Estaduais que devem estar em sintonia com a Política Nacional. Tundisi esclarece que (2011, p. 163):

(...) o planejamento integrado deve desenvolver uma visão abrangente de planejamento, políticas públicas, tecnologias e de educação, a fim de promover um processo de longo prazo que conte com a participação de usuários, autoridades, cientistas e do público em geral, além das organizações e instituições públicas e privadas.

Para que a gestão possa ocorrer, foi instituída, pela Lei nº 9.433/97, a bacia hidrográfica como unidade de planejamento, o que torna mais viável a implementação de políticas públicas no âmbito local a ser perpetuada por outras unidades. A bacia hidrográfica é uma área do terreno onde são drenadas as águas e partículas de sedimentos dos solos para um ponto em comum, ou seja, tudo é convergido para essa área de saída, seja um rio ou córrego.

Em termos técnicos, Porto (2012, p. 41) explana que as bacias hidrográficas são definidas por um divisor topográfico formando um polígono, onde as precipitações

caem dentro deste polígono e, através do escoamento superficial, convergem ao ponto de saída, que pode ser uma seção de um rio levando todo material dissolvido, partículas de solo e a água drenada para esse ponto comum.

De forma que ela se tornou a principal unidade para o gerenciamento descentralizado e integrado, é possível, através da sua utilização, uma síntese de características multidisciplinares que permitem um estudo mais aprofundado no que tange a gestão dos recursos hídricos.

## **COMPETÊNCIA LEGISLATIVA X COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA**

É possível observar na Constituição Federal opções de competências da União: exclusiva, privativa, comum e concorrente. Pode-se observar que a competência exclusiva é aquela em que a União trata de matérias de seu interesse próprio. Ante a segunda, é privativo da União legislar sobre determinados assuntos, inclusive matérias sobre recursos hídricos. Quando se fala em competência comum, cabem à União, Estados, Distrito Federal e Municípios tratarem de assuntos administrativos e não legislativos. E por fim, a competência concorrente, cabe a União, Estados e o Distrito Federal o exercício de sua competência legislativa.

122

Aduz ainda o Procurador Federal Edilson Borges (2014, p.07):

O Brasil adotou o federalismo como forma de governo e neste sistema o compartilhamento de competências é uma tendência, evitando-se que uma entidade detenha o poder em determinada matéria. Há de se ressaltar que, além da divisão de poder, deve ocorrer uma integração, articulação e cooperação em todos os níveis de poder.

O Art. 22, inciso IV, da Constituição Federal, traz uma questão sobre a competência da União em legislar sobre as águas e ainda autoriza os Estados legislarem sobre o assunto, na existência de Lei Complementar Federal, Essa é a competência privativa da União.

Conforme leciona Pompeu (2006, p. 47):

(...) a União tem dupla competência: (i) cria direito sobre águas, quando legisla privativamente; e (ii) edita normas administrativas sobre as águas do seu domínio, em forma de lei ou não. Os Estados,

embora hajam recebido vasto domínio hídrico, somente dispõe de competência para editar normas administrativas sobre as águas do seu domínio, mesmo mediante lei, quando necessário.

Na esfera federal, a União legisla privativamente sobre as águas, energia, regime dos portos e navegação lacustre, fluvial e marítima, como é possível identificar no Art. 22 da Carta Maior, e atua com atos regulamentares, de forma administrativa, no que se refere às águas de seu domínio.

O autor ilustra ainda que, mesmo as águas estaduais, bens públicos de domínio dos Estados, estes devem gerenciá-las de alguma forma, exercendo uma proteção, ainda que de forma administrativa, e, por isso, exercem a chamada competência residual. Portanto, não cabe somente à União exercer a competência administrativa. Entretanto, o exercício da competência residual pressupõe a existência de Lei Complementar.

Neste sentido, os Estados e, por conseguinte o Distrito Federal, podem dispor de legislações de cunho administrativo que versem sobre as águas e seu domínio. À vista disso, reconhece-se a competência administrativa como uma competência suplementar à da União.

Maria Luiza Machado Granziera (2006, p. 66) elucida que muitas das matérias contidas no Artigo 22 somente são esboços de normas, haja vista que o Congresso Nacional não tem tido muito interesse em legislar sobre o tema e, portanto, é comum entender que tal objeto seja privativo da União.

De todo o exposto, haveria um contrassenso caso os Estados e Distrito Federal não pudessem se valer da competência residual em legislar sobre bens de seus domínios, visto que a Constituição Federal não permite que a União legisle administrativamente de bens que não são de seu domínio. Ainda, segundo a autora (2006, p. 67):

A forma de solucionar o impasse foi o entendimento de que a competência para legislar sobre águas, em sentido genérico e que pertence à União, não deve ser confundida com a capacidade de cada ente político brasileiro - União, Estados, Distrito Federal e Municípios - para estabelecer regras administrativas sobre os bens que se encontram sob seu respectivo domínio, entendido esse termo como guarda e administração.

É pacificado no Brasil este mesmo entendimento. Para os entes da federação é vedada a criação do direito das águas, porque somente a União poderá fazê-lo. O que se confirma é a não proibição dos Estados em se criar políticas que administrem o gerenciamento dos recursos hídricos sob seus respectivos domínios.

## **POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS**

Em meados dos anos 90, foi criado um Projeto de Lei, cujo objetivo era criar uma Política que regulamentasse e instituísse um sistema de gerenciamento dos recursos hídricos do país. A princípio, essa política foi recebida pelo Poder Legislativo de forma centralizada e não havia nenhum dispositivo que permitisse a participação pública.

Muitas foram as alterações para que o projeto fosse concebido como Lei. Em 1997, fora criada a Política Nacional de Recursos Hídricos e uma das principais mudanças em relação ao seu projeto se deu na descentralização da gestão, que tornou compartilhada e possível aos olhos da sociedade como um todo.

A Lei nº 9.433/97, além de culminar na Política, instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, responsável desde então pelo avanço notável no que se refere à gestão das águas no território brasileiro de dominialidade da União. Contudo, o processo não estava totalmente completo, era necessário um órgão que dirigisse o Sistema criado.

Em 20 de junho de 2000, foi criada a Lei nº 9.984, que originou a Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, responsável por disciplinar as diretrizes constantes na Lei nº 9.433/97.

Conforme Tundisi (2011, p. 198):

(...) a ANA subordina-se aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos e articula-se com órgãos e entidades públicas e privadas, integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Além disso, incumbida de realizar a gestão compartilhada dos recursos hídricos, a Agência Nacional tem um papel importantíssimo na conscientização dos

usos da água, no que tange ao seu controle quantitativo e qualitativo. Ainda, com atribuição federal, é responsável por fiscalizar o direito de uso dos recursos hídricos, gerenciar os recursos financeiros, oriundos da cobrança pelos seus usos e priorizar as áreas onde estes valores foram arrecadados.

Pompeu (2006, p. 323) esclarece que estas atividades atribuídas à Agência podem ser delegáveis às Agências de Águas ou, na sua ausência, às Agências de Bacias Hidrográficas, e, quando por impedimento dessas, podem ser delegadas para outras entidades inseridas no Sistema.

A Política Nacional de Recursos Hídricos claramente instituiu o recurso hídrico como de domínio público. Portanto, para o seu uso se faz necessário o pedido de outorga, concedida ou não pelo respectivo órgão gestor, sendo este no âmbito federal ou estadual. Além disso, outros instrumentos foram introduzidos para serem utilizados na implantação da Política, são eles: os Planos de Recursos Hídricos; enquadramento dos corpos de água em classes de usos preponderantes; outorga de direitos de uso dos recursos hídricos; a cobrança pelo uso dos recursos hídricos; e compensação aos municípios e o sistema de informação sobre recursos hídricos.

Os avanços ocorreram também em função dos trabalhos realizados nos estados-membros da União. Cada ente federado, diante do desenvolvimento da Política Nacional, se viu na obrigação de instituir uma legislação que também contribuísse com a gestão dos recursos hídricos de seus domínios.

Dentro das perspectivas de avanço após a criação da ANA, o Estado de São Paulo foi o que mais se destacou, não apenas por ser o mais importante ente econômico da federação, mas por estar sempre à frente no combate à poluição hídrica e ambiental.

Desde 1991, a Lei nº 7.663 constitui o modelo paulista de gestão de recursos hídricos, ou também conhecida como a Política Estadual de Recursos Hídricos, com o papel de implementar o Sistema Integrado de Gerenciamento dos Recursos Hídricos do Estado de São Paulo – SIGRH. Referida lei trouxe para o gerenciamento princípios visando um funcionamento efetivo do sistema, como por exemplo, em seu Art. 3º:

- I- gerenciamento descentralizado, participativo e integrado, sem dissociação dos aspectos quantitativos e qualitativos e das fases

meteórica, superficial e subterrânea do ciclo hidrológico;  
**II-** adoção da bacia hidrográfica como unidade físico - territorial de planejamento e gerenciamento;  
**III-** reconhecimento do recurso hídrico como um bem público, de valor econômico, cuja utilização deve ser cobrada, observados os aspectos de quantidade, qualidade e as peculiaridades das bacias hidrográficas;  
**IV-** rateio do custo das obras de aproveitamento múltiplo de interesse comum ou coletivo, entre os beneficiados;  
**V-** combate e prevenção das causas e dos efeitos adversos da poluição, das inundações, das estiagens, da erosão do solo e do assoreamento dos corpos d'água;  
**VI-** compensação aos municípios afetados por áreas inundadas resultantes da implantação de reservatório e por restrições impostas pelas leis de proteção de recursos hídricos;  
**VII-** compatibilização do gerenciamento dos recursos hídricos com o desenvolvimento regional e com a proteção do meio ambiente.

Tais princípios fazem parte do arcabouço legal que inovou para uma gestão descentralizada e compartilhada, uma vez que, visivelmente multidisciplinar, faz com que órgãos, seus instrumentos e corpo técnico trabalhem de forma simultânea e equilibrada.

Com o surgimento das duas Políticas de Recursos Hídricos, o Estado de São Paulo passou a adequar o sistema paulista ao sistema federal criado em 1997, uma vez que a Constituição Federal prevê competência concorrente.

O Estado de São Paulo, antenado nas questões ambientais, impulsionou o gerenciamento dos recursos hídricos quando criou o Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE, em 1983, órgão gestor das águas no Estado. Posteriormente, em 1987, foi criado o Conselho Estadual de Recursos Hídricos - CRH, sendo este um órgão colegiado que atua discutindo e aprovando, através de deliberações, diretrizes, tanto orçamentárias, quanto técnicas que viabilizam ações e a implementação dos instrumentos de gestão.

Segundo Porto (2012, p. 16), o CRH é o órgão colegiado da mais alta instância no sistema paulista, constituído de forma paritária tripartite por órgãos do Estado, Prefeitos Municipais e membros da sociedade civil organizada (Entidades Não Governamentais) responsável por aprovar as diretrizes orçamentárias e orçamento anual do Estado, no que se refere ao repasse de verbas para a gestão das águas; exercer função normativa e deliberativa, estabelecer critérios e normas de rateio para

regulamentar a aplicação de financiamentos, efetuar o enquadramento de corpos d'água, entre outros.

No início dos anos 90, foi criada a Lei nº 7.663 de 30 de dezembro de 1991, que originou a Política Estadual de Recursos Hídricos e instituiu o Sistema Paulista Integrado de Gerenciamento, momento pelo qual o Conselho já existente teve que se adaptar à nova Lei.

O gerenciamento estadual em São Paulo não se baseia somente no CRH e na Política instituída em 1991. O Departamento de Águas e Energia Elétrica, órgão responsável pelas outorgas dos recursos hídricos tem um papel fundamental, incumbindo-se também pela fiscalização, cadastramento e análise técnica, coordenando, portanto, o Sistema de Gerenciamento.

Conforme leciona Porto (2012, p. 17) outro importante instrumento inserido no Sistema é o Fundo Estadual de Recursos Hídricos - FEHIDRO, criado pela Política Estadual, em 1991, cujo principal objetivo é subsidiar financeiramente a implantação e operacionalização do sistema paulista. A arrecadação deste fundo é proveniente da compensação financeira ao Estado do setor elétrico e até os dias de hoje apresenta números significativos de investimentos em obras hidráulicas e de infraestrutura.

Importante ressaltar que, muito embora os milhares de reais investidos são números expressivos, não há que se olvidar a importância maior em investir nos instrumentos de gestão dos recursos hídricos, haja vista que não são somente as águas que passam por uma fase crítica, mas todo o sistema que a envolve, no que tange ao desenvolvimento industrial, crescimento desordenado da população e o consumo insustentável.

## **CONCLUSÃO**

Após breves considerações acerca das normas que instruíram o tratamento legal dos recursos hídricos no Brasil, além da sua evolução é possível concluir que, embora a Constituição Federal não tenha mostrado clareza ao definir o domínio da União em relação aos aquíferos subterrâneos, os entes federados, na sua maioria, através de suas Políticas Estaduais de Recursos Hídricos, já materializaram ou veem consolidando as regulamentações no âmbito das unidades de gerenciamento ou bacias

hidrográficas. Neste sentido, está em processo de efetivação a gestão integrada, descentralizada e compartilhada dos recursos hídricos em todo território nacional. Contudo, é necessário ainda, através dos vários instrumentos de gestão articular os trabalhos das bacias hidrográficas com o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos para definir a quem detém essa propriedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES JUNIOR, Wilson José Figueiredo. **A água e seus diferentes domínios. Gestão dos recursos hídricos no Brasil exige mudanças fundamentais.** 2010. Disponível em: <[http://www2.uol.com.br/sciam/artigos/a\\_agua\\_e\\_seus\\_diferentes\\_dominios.html](http://www2.uol.com.br/sciam/artigos/a_agua_e_seus_diferentes_dominios.html)>. Acesso em 26 de abr. 2015.

ARAÚJO, Alana Ramos; BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Evolução do Direito das Águas no Brasil: uma visão histórico-jurídica.** Campina Grande, 2008.

BORGES, Edilson Barbugiani. **Apontamentos jurídicos acerca do domínio e competência legislativa dos recursos hídricos da União, Estados e Municípios.** 2014.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-juridicos-acerca-do-dominio-e-competencia-legislativa-dos-recursos-hidricos-da-uniao-estados-e-mu,50685.html>> Acesso em 18 abr. 2015.

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

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934.** Decreta o Código de Águas. Coleção de Leis do Brasil – 1934, Página 679 Vol. 4. Rio de Janeiro, 1934.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.** Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, 1997.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Águas - aspectos jurídicos e ambientais.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.



POMPEU, Cid Tomanik. **Direito das Águas no Brasil**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

PORTO, Rubem La Laina. **Fundamentos para gestão da água** / coord. Por Rubem La Laina Porto. São Paulo: s.n., 2012.

SÃO PAULO. **Lei Estadual nº 7.663, de 30 de dezembro de 1991**. Institui a Política Estadual de Recursos Hídricos e o Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos. São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. **Secretaria de Saneamento e Recursos Hídricos**. Departamento de Águas de Energia Elétrica. Legislação de Recursos Hídricos: São Paulo, DAEE, 2011.

TUNDISI, José Galizia. **Recursos hídricos no Século XXI** / José Galizia Tundisi, TakakoMatsumura –Tundisi. São Paulo: Oficina de Textos, 2011.

# O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O IMPACTO DO CASO “GUERRILHA DO ARAGUAIA”

*Lorena Ferreira FERNANDES<sup>10</sup>*

## RESUMO

Trata-se de artigo científico que visa examinar o inovador controle de convencionalidade das leis e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, são analisados os mecanismos da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, procedendo-se à análise dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Após, são estudados os controles de convencionalidade difuso e concentrado, fazendo apontamentos quanto à posição adotada pelo STF no tocante à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Posteriormente, é feita uma explanação sobre as decisões da Corte Interamericana de Direitos humanos envolvendo controle de convencionalidade, haja vista que o Estado brasileiro está submetido à jurisdição de tal Corte. Por fim, é analisada a condenação do Brasil no caso “Guerrilha do Araguaia” em contraponto com a ADPF nº 153, apontando a conseqüente invalidade da Lei de Anistia brasileira à luz do controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana.

130

**PALAVRAS-CHAVE:** Tratados. Direitos Humanos. Controle de convencionalidade. Caso Guerrilha do Araguaia.

## RIASSUNTO

Si tratta di articolo scientifico che si propone di esaminare l'innovatore controllo di convenzionalità e la sua applicazione nell'ordinamento giuridico brasiliano. Pertanto, i meccanismi di incorporazione di trattati internazionali sui diritti umani nel diritto brasiliano vengono analizzati, procedendo all'analisi dei §§ 2º e 3º dell'articolo 5º della Costituzione Federale del 1988. Dopo, sono studiati i controlli di convenzionalità diffuso e concentrato. In questo senso, sono fatti appunti sulla posizione adottata dal STF in materia di gerarchia dei trattati internazionali dei diritti umani in Brasile. Successivamente, è fatta una spiegazione delle decisioni della Corte interamericana dei diritti umani che comportano il controllo di convenzionalità, dato che lo Stato brasiliano è sotto la giurisdizione di questa Corte. Infine, viene analizzata la condanna del Brasile nel caso “Guerriglia dell’Araguaia” ponderando le discussioni che coinvolgono questo caso e la ADPF nº 153, indicando la conseguente nullità della

Legge d'Amnistia Brasiliana, alla luce del controllo di convenzionalità effettuato dalla Corte.

**PAROLE-CHIAVE:** Trattati. Diritti Umani. Controllo di convenzionalità. Caso Guerriglia dell'Araguaia.

## INTRODUÇÃO

O conteúdo e características dos direitos humanos, bem como as teorias e princípios ao seu respeito evoluíram juntamente com as necessidades e anseios sociais. Após a Segunda Guerra Mundial, entendeu-se que a proteção dos direitos humanos não poderia ficar restrita às fronteiras de cada Estado, uma vez que são direitos transcendentais.

A observância dos direitos humanos é assunto de interesse internacional, de toda a sociedade. A internacionalização ou globalização dos direitos humanos afasta definitivamente o conceito de soberania absoluta o qual considerava que o Estado era o único sujeito de Direito Internacional.

A integração e eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno é uma questão que suscita incessantes estudos. Através da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi acrescentado ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 o § 3º, que deve ser analisado juntamente com o § 2º do mesmo artigo. Verifica-se que a Constituição autoriza que os direitos constantes em tratados dos quais o Brasil faça parte se incorporem ao direito interno com o status de emenda constitucional quando forem relativos a direitos humanos.

No Direito brasileiro qualquer tratado que verse sobre direitos humanos é paradigma para a realização do controle de convencionalidade da legislação doméstica infraconstitucional, ressaltando-se a divisão em controle de convencionalidade concentrado e controle de convencionalidade difuso.

Indubitavelmente, a presente temática possibilita uma vasta explanação e apresenta-se como um assunto de visibilidade tanto interna quanto internacionalmente. Nas diversas fases do estudo foram empregados os métodos dedutivo e histórico, utilizando-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Espera-se que esta pesquisa contribua para uma maior compreensão acerca do controle de convencionalidade das

leis, seu reflexo no direito brasileiro e a obrigação dos Estados em compatibilizar seu direito interno com os tratados internacionais por eles ratificados.

## **A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A integração e eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno é uma questão que suscita discussões e incessantes estudos. Através da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi acrescentado o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que deve ser analisado juntamente com o § 2º do mesmo artigo.

Tais parágrafos versam o seguinte:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

132

O §2º claramente incorpora os tratados internacionais ao conjunto dos direitos fundamentais. Entretanto, ainda existem debates sobre a formalidade constitucional desses instrumentos, consoante se discorrerá ao longo deste capítulo. Materialmente, parece inegável que os direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais integram o núcleo de direitos fundamentais, do que se extrai do dispositivo transcrito.

Com a inserção do § 2º ao art. 5º, a CF passou a reconhecer uma dupla fonte normativa: uma advinda do direito interno e outra advinda do direito internacional, esta decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim a CF atribui expressamente aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos.

Nota-se uma diferença redacional entre os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição:

Este último se refere aos tratados e convenções “sobre direitos humanos”, enquanto que o primeiro fala em “direitos e garantias” [...]. Caberia aqui indagar o que são tratados de “direitos humanos” e

se haveria diferença destes para os tratados sobre “direitos e garantias”. É claro que a expressão *direitos humanos* (utilizada pelo § 3º) é expressão ampla, na qual indubitavelmente se incluem todos os tratados – quer de caráter global, quer de caráter regional – que, de alguma maneira, consagram direitos às pessoas, protegendo-as de qualquer ato atentatório à sua dignidade. Da mesma forma, não se pode também excluir da expressão “direitos e garantias” os direitos de caráter humanitário, os direitos dos refugiados e os direitos internacionais do ser humano *strictu sensu*, que compõem o universo daquilo que se chama “direito internacional dos direitos humanos”. (MAZZUOLI, 2013, p. 47-48, grifos do autor).

Pela análise de tais dispositivos, verifica-se que a Constituição autoriza que os direitos constantes em tratados dos quais o Brasil faça parte se incorporem ao direito interno com o *status* de emenda constitucional quando forem relativos a direitos humanos.

Ressalva-se que,

Aprovado com esta maioria o tratado ainda *não integra* o acervo normativo nacional, dependendo de ser *ratificado* pelo Chefe do Estado, quando somente então poderá ter efeitos na órbita do ordenamento jurídico interno e, mesmo assim, caso já esteja em vigor no plano internacional. (MAZZUOLI, 2011a, p. 832, grifos do autor).

O § 3º do art. 5º da CF tão somente autoriza o Congresso Nacional a dar equivalência de emenda aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Isto significa que tais instrumentos internacionais poderão continuar sendo aprovados por maioria simples no Congresso Nacional, consoante a regra do art. 49, I, da CF, deixando-se para após a ratificação a decisão em atribuir equivalência de emenda aos tratados internacionais.

Sobre o tema, mostra-se elucidativo o seguinte entendimento:

O uso analógico do rito da emenda constitucional não pode servir para transformar a aprovação do futuro tratado em uma PEC – Proposta de Emenda Constitucional. O rito especial do art. 5º, § 3º, considera que o tratado de direitos humanos deve ser considerado equivalente à emenda constitucional: sua natureza de tratado internacional não é afetada. Assim, resta ainda ao Presidente da

República ratificar o tratado de direitos humanos, pois esse ato internacional é que, em geral, leva à celebração definitiva dos tratados. Como, até hoje, o STF ainda exige o Decreto de Promulgação, este deve ser editado para todo e qualquer tratado, inclusive os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º. (RAMOS, 2014, p. 534).

A crítica maior realizada ao § 3º diz respeito ao fato de que a redação deveria ser diferente. Defende-se que o melhor seria tal parágrafo determinar expressamente que os tratados tivessem hierarquia constitucional e aplicação imediata, além da possibilidade de se sobreporem à constituição quando suas normas forem mais benéficas para o ser humano, com isso, seriam evitados problemas de interpretação.

Nesse ponto, Valério Mazzuoli (2013, p. 44) é enfático:

Como se percebe, o legislador brasileiro que concebeu o § 3º do art. 5º em comento, além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista, que todos fazemos questão de esquecer. A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções aprovadas pela maioria qualificada que estabelece teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a essa matéria, serem aprovados sem esse *quorum*, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária.

134

E continua,

Seria muito melhor que a jurisprudência tivesse se posicionado a favor da índole constitucional e da aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição do que ter criado um terceiro parágrafo que só traz inseguranças às relações sociais e, ademais, estabelece distinção entre instrumentos internacionais que têm o mesmo fundamento ético. Ademais deixar à livre escolha do Poder Legislativo a atribuição [...] de *equivalência* às emendas constitucionais é permitir que se trate de maneira diferente instrumentos com igual conteúdo principiológico, podendo ocorrer de se atribuir equivalência de emenda constitucional a um *Protocolo* de um tratado de direitos humanos (que é suplementar ao tratado principal) e deixar sem esse efeito o seu respectivo *Tratado-quadro*. Admitir tal interpretação seria consagrar um verdadeiro paradoxo no sistema, correspondente à total inversão de valores e

princípios no nosso ordenamento jurídico. (MAZZUOLI, 2013, p. 57, grifos do autor).

Outra dúvida que decorre do texto do § 3º se refere ao fato da possibilidade ou não dos tratados que não forem aprovados pelo quorum estabelecido equivalerem hierarquicamente a uma lei ordinária federal. Sobre o assunto, esclarece Valério Mazzuoli:

Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por esse procedimento especial passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de norma *supralegal*, ou do que quer que seja. O que se deve entender é que o *quorum* que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição. (MAZZUOLI, 2011a, p. 834, grifos do autor).

135

Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil já possuem status de norma constitucional, em decorrência do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, pois na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, significa que ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu bloco de constitucionalidade e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional.

O § 3º do art. 5º em nenhum momento atribui status de lei ordinária ou norma *supralegal*, como pensa atualmente a maioria dos ministros do STF, aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. O que se deve entender é que a sistemática que o § 3º do art. 5º estabelece serve somente para atribuir eficácia formal aos tratados de direitos humanos no ordenamento doméstico, e não para atribuir-lhes o nível materialmente constitucional que já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição. Nesse sentido se posicionam Celso Lafer (2005, p. 16-18) e Flávia Piovesan (2015, p. 72-73).

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal emitiu seu posicionamento mais recente sobre o tema, consignado nos acórdãos dos Recursos Extraordinários nº 466.343-1/SP e nº 349.703-1/RS e dos Habeas Corpus nº 87.585-8/TO e nº 92.566-9/SP, nos quais se

discutiu a prisão civil do depositário infiel e a possibilidade de sua aplicação após a ratificação da Convenção Americana.

No Supremo Tribunal Federal, portanto, a questão sobre a hierarquia jurídica dos tratados sobre direitos humanos foi discutida de forma incidental ao se analisar a possibilidade de prisão do depositário infiel no ordenamento jurídico atual. Na ocasião, a tese vencedora, encabeçada pelo ministro Gilmar Mendes, posiciona os tratados internacionais sobre direitos humanos acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, ou seja, concedeu a tais tratados *status supralegal*.

Já os tratados aprovados pelo Congresso pelo rito especial do § 3º ao art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos) terão estatuto constitucional.

Entendeu o Ministro que a inclusão do §3º no artigo 5º da Constituição é uma declaração eloquente de que os tratados sobre direitos humanos ratificados anteriormente não são equivalentes às normas constitucionais e, ao mesmo tempo, ressalta o caráter especial destes tratados em relação aos demais, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Assim,

Os tratados sobre Direitos Humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (STF. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 21).

Os votos a favor do *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos internalizados antes do advento da EC nº 45/2004 foram firmes no sentido de que seriam materialmente constitucionais em razão do § 2º do artigo 5º da CF, segundo o qual os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. De acordo com esse entendimento, os tratados sobre direitos humanos no Brasil seriam enquadrados da seguinte forma:

a) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à



ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição); b) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e c) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. (STF. Recurso Extraordinário nº 349.703-1. Voto do Ministro Celso de Mello, p. 795-797).

Denota-se, portanto, consoante André de Carvalho Ramos (2014, p. 530-531), que ficou consagrada a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: natureza constitucional, para os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º e natureza *supralegal*, para todos os demais, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 45 e que tenham sido aprovados pelo rito comum.

Faz-se mister observar que o STF levou em consideração os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos e adotou a jurisprudência da Corte Interamericana ao interpretar a legislação ordinária e também a própria Constituição. Ao afirmar que a Constituição prevalece em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos e não pode por estes ser revogada, entendeu que os tratados internacionais paralisam a legislação ordinária de regulamentação da Constituição e impedem o surgimento de leis novas neste sentido.

Em que pese o respeitável entendimento do ilustre Ministro Gilmar Mendes, nos filiamos ao entendimento de Valério de Oliveira Mazzuoli (2011a, p. 748-776), qual seja: os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro é que deveriam se situar num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados

por lei posterior (por não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que estes ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual quorum qualificado de aprovação, pois assim se está galgando o respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos ao patamar que merece, conferindo maior segurança jurídica aos cidadãos.

Este também é o entendimento de André de Carvalho Ramos:

Em que pese essa posição ser minoritária no STF (que adotou, desde 2008, a teoria do “duplo estatuto” dos tratados de direitos humanos), entendemos ser inegável o estatuto constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, em face do disposto especialmente no art. 1º, caput, e inciso III (estabelecimento do Estado Democrático de Direito e ainda consagração da dignidade humana como fundamento da República), bem como em face do art. 5º, § 2º. Até o momento, não há posicionamento definitivo do STF sobre a denúncia de tratados de direitos humanos. Até que exista esse posicionamento, a posição prevalecente é que bastaria a vontade unilateral do Poder Executivo ou ainda uma lei do Poder Legislativo, ordenando ao Executivo que denunciasse o tratado no plano internacional. Tudo isso sem motivação, uma vez que ingressaria na área da política internacional. Entendemos que essa posição prevalecente é inaplicável aos tratados de direitos humanos, uma vez que há a proibição do retrocesso. (RAMOS, 2014, p. 536).

138

A uma conclusão similar se pode chegar aplicando o princípio da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior, hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado pelas instâncias internacionais.

A Consequência prática é que, doravante, toda lei contrária aos tratados mais favoráveis não possui validade. Como nos diz Luigi Ferrajoli (1999, p. 74), são vigentes, mas não possuem validade. O STF, no julgamento citado, sublinhou o não cabimento de mais nenhuma hipótese de prisão civil do depositário infiel, porque foram derogadas pelo art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos todas as leis ordinárias em sentido contrário ao tratado internacional.

Por conseguinte, do ponto de vista jurídico a conseqüência natural do que acaba de ser exposto é que devemos distinguir o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade. No primeiro é analisada a compatibilidade do texto legal com a Constituição. No segundo o que se valora é a compatibilidade do texto legal com os tratados de direitos humanos. Todas as vezes que a lei ordinária atritar com os tratados mais favoráveis ou com a Constituição, não vale.

## **CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE E DE SUPRALEGALIDADE DAS LEIS**

À medida que os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º, CF – embora a posição do STF ainda seja no sentido de considerar que tais tratados possuem nível apenas *supralegal*) ou material e formalmente constitucionais (art. 5, § 3º, CF), deve existir um controle de convencionalidade das leis.

Muito difundida e estudada é a necessidade da legislação infraconstitucional ser compatível com a Constituição, o que é chamado de controle de constitucionalidade. Porém, com a globalização dos direitos humanos, também chamado de processo internacionalista, surgiu o controle de convencionalidade, isto é, verificar “a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo em vigor no país” (MAZZUOLI, 2011c, p. 79).

A mencionada operação colabora para a aplicação do princípio *pro homine*, pois através da realização do diálogo das fontes se pode aplicar uma lei infraconstitucional caso ela seja mais favorável ao indivíduo do que uma norma da Constituição ou de um tratado de direitos humanos. No entanto, se os preceitos da lei infraconstitucional forem contrários a um tratado, tal lei não deverá mais ser utilizada na solução de casos concretos.

Todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem passar por dois níveis de aprovação: i) a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado; ii) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país.

No primeiro caso, a compatibilidade das leis com a Constituição é feita através do controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais de direitos humanos através do controle de convencionalidade. No segundo caso a compatibilização das leis com os tratados internacionais comuns se dá por meio do controle de *supralegalidade*.

Entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de conformar atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano externo com reflexos práticos no plano do seu direito interno (MAZZUOLI, 2013, p. 149).

Com amparo na obra “Curso de Direitos Humanos”, de André de Carvalho Ramos (2014, p. 401-409), passamos a explicar acerca das duas espécies do controle de convencionalidade: o controle de matriz internacional e o de matriz nacional.

O controle de convencionalidade de matriz internacional é, em geral, atribuído a órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados. Na seara dos direitos humanos, exercitam o controle de convencionalidade internacional os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Interamericana e Africana), os comitês da ONU, entre outros.

Por sua vez, o controle de convencionalidade de matriz nacional compreende o exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos próprios juízes internos.

No Brasil o controle de convencionalidade nacional consiste na análise da compatibilidade entre as leis e atos normativos e os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, nos julgamentos de casos concretos, nos quais se deve deixar de aplicar os atos normativos que violem o referido tratado.

Nem sempre os resultados do controle de convencionalidade internacional coincidirão com os do controle nacional. Por exemplo, um Tribunal interno pode afirmar que determinada norma legal brasileira é compatível com um tratado de

direitos humanos; em seguida, um órgão internacional de direitos humanos, ao analisar a mesma situação, pode chegar à conclusão de que a referida lei viola o tratado.

Incontestavelmente o controle nacional é importante, ainda mais se a hierarquia interna dos tratados for equivalente à norma constitucional. Porém, esse controle nacional deverá obedecer a interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que possamos chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos.

Internamente, há juízes e tribunais que interpretam cotidianamente esses tratados de direitos humanos. No plano internacional, há órgãos internacionais que podem ser acionados, caso a interpretação nacional desses tratados seja incompatível com o entendimento internacional.

Por isso, é irrefutável a necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional. Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar a aplicação de determinado artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta Corte contra o Brasil.

Ante o exposto, observa-se que enquanto o controle de constitucionalidade só é possível de ser exercido pelos tribunais internos, o controle de convencionalidade tem lugar tanto no plano interno quanto no plano internacional. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade é menos amplo que o controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2013, p. 153).

Aduz Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 150-151, grifos do autor) que:

Para realizar o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) das normas de direito interno, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode (e deve) se manifestar a respeito. [...] À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar *ex*

*officio* as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país. Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.

E finaliza:

Pode ainda existir o controle de convencionalidade *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente eles) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição (uma vez ratificados pelo Presidente, após essa aprovação qualificada). Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2013, p. 151, grifos do autor).

Atualmente, diante dos ditames da nova mentalidade jurídica mundial, no que tange à execução do controle de convencionalidade, a Constituição e os tratados se unem a fim de regular a produção normativa interna infraconstitucional. Para que a legislação doméstica infraconstitucional seja considerada válida é preciso que a mesma seja compatível com ambos os sistemas normativos: o interno e o internacional, ou seja, a Constituição e os tratados de direitos humanos. Diante desse mecanismo, conforme os dizeres de Mazzuoli (2010, p. 214), será possível a formação de um Estado “que tem no valor dos direitos humanos sua maior racionalidade, principiologia e sentido”.

Percebe-se que,

apenas quando existe afronta à *Constituição* mesma é que pode haver controle de *constitucionalidade* propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam *equivalentes às emendas* constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei *não violar* a Constituição propriamente, mas apenas o *tratado* de direitos

humanos). Em suma, deve-se chamar de controle de constitucionalidade apenas o estrito caso de (in) compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e de controle de convencionalidade os casos de (in) compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país. (MAZZUOLI, 2011b, p. 405-406, grifos do autor).

Se os tratados de direitos humanos têm “status de norma constitucional”, nos termos do art. 5º, §2º, da CF, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, pois aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, §3º, da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.

Ocorre que os tratados internacionais comuns também têm status superior ao das leis internas. Em que pese não sejam equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm status *supralegal* no Brasil, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do CTN.

Existe a possibilidade de uma norma infraconstitucional não ser compatível com um tratado de direitos humanos e, contudo, estar de acordo com a Constituição. Nesse caso, tal norma perde sua validade e não deverá mais ser aplicada pelos juízes, entretanto, continua vigente devido à sua conformidade com a Lei maior do país e por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congênere de direito interno.

Em nosso país, é certo que toda lei vigora formalmente até que seja revogada por outra ou até alcançar o seu termo final de vigência. A vigência pressupõe a publicação da lei na imprensa oficial e seu eventual período de *vacatio legis*. Então, tendo sido aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, com posterior promulgação e publicação, a lei é vigente, ou seja, existente em território nacional, o que não significa que será materialmente válida e, tampouco, eficaz.

Doravante, para que uma norma seja eficaz, dependerá ela de também ser válida, sendo certo que para ser válida deverá ser ainda vigente. A recíproca, contudo, não é verdadeira. Em outras palavras, a vigência não depende da validade, mas esta depende daquela, assim como a eficácia depende da validade (trata-se de uma escala

de valores onde, em primeiro lugar, encontra-se a vigência, depois a validade e, por último, a eficácia. (FERRAJOLI, 1999, p. 20-22).

Imperioso concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais ou procedimentais, senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam:

a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada *vigente* por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal). (GOMES, 2008, p. 34, grifos do autor).

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte invalida a produção normativa doméstica. Frise-se que tais normas internas infraconstitucionais deixam de ser válidas no plano jurídico, mas ainda continuam vigentes nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram à compatibilização com a Constituição. Por essa razão, deve-se ter em mente que nem toda lei vigente é uma lei válida, e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida, isto é, contrária a um direito previsto em tratado de direitos humanos em vigor no país, não obstante ainda vigente por estar de acordo com a Constituição.

A teoria da dupla compatibilidade vertical material e o controle de convencionalidade não afastam o diálogo das fontes, tampouco com ele é incompatível. Quando a norma infraconstitucional é mais benéfica do que a Constituição ou as normas previstas nos tratados, ela deverá ser aplicada.

No Direito brasileiro qualquer tratado que verse sobre direitos humanos é paradigma para a realização do controle de convencionalidade da legislação doméstica infraconstitucional, ressaltando-se a divisão em controle de convencionalidade concentrado e controle de convencionalidade difuso, matéria que será analisada a seguir.



## CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE CONCENTRADO

O controle de convencionalidade concentrado, também chamado de controle pela via de ação, ocorre quando os tratados de direitos humanos são aprovados conforme estabelece o art. 5º, § 3º, ou seja, quando equivalem à emenda constitucional. Os tratados incorporados ao Direito brasileiro com caráter de emenda constitucional são material e formalmente constitucionais, o que também os possibilita de serem paradigma para o controle de constitucionalidade. Verifica-se que o referido controle de convencionalidade surgiu com a promulgação da Emenda nº 45 de 2004.

Quando o texto constitucional em seu art. 102, I, alínea a, diz competir precipuamente ao STF a “guarda da Constituição”, “cabendo-lhe processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, autoriza que os legitimados para a propositura de tais ações ingressem com essas medidas sempre que a Constituição ou qualquer norma a ele equivalente (como é o caso dos tratados de direitos humanos internalizados com quorum qualificado) estiver sendo violada por quaisquer normas infraconstitucionais.

Ainda que a Constituição silencie sobre um determinado direito, se esse mesmo direito estiver previsto em um tratado de direitos humanos constitucionalizado pela sistemática do art. 5º, § 3º, da CF, caberá ao STF o exercício do controle concentrado de convencionalidade para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado equivalente à emenda constitucional, ou seja, tratado este além de materialmente, também formalmente constitucional. Nesse palmilhar, torna-se possível a “invalidação *erga omnes* das leis domésticas incompatíveis com as normas dos tratados de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2013, p. 167, grifo do autor).

Assevera-se que:

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de controle de *constitucionalidade* propriamente dito [...], mas sim diante do controle de *convencionalidade* das leis, o qual se operacionaliza no plano jurídico tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade [...], na medida em que o tratado-paradigma em causa é equivalente a uma norma constitucional. O exercício do controle de convencionalidade deve paralisar a

aplicação de uma lei mesmo quando ela seja constitucional. Neste caso em específico, a lei *constitucional* é, não obstante, totalmente *inconvenicional*, e, por isso, *inválida* na ordem jurídica interna. Disso se abstrai que todas as normas do direito interno (inclusive as constitucionais) são *infraconvencionais*, o que não significa que não devam prevalecer quando forem mais benéficas que as normas dos tratados de direitos humanos, em virtude do comando existente nesses próprios tratados (v.g., no art. 29, b, da Convenção Americana) que ordena seja aplicada a norma mais favorável ao ser humano (princípio *pro homine*). (MAZZUOLI, 2013, p. 167-168).

Se a Constituição permite que os tratados internacionais de direitos humanos sejam incorporados à Lei maior com o status de emenda constitucional, conseqüentemente também deve lhes autorizar que utilizem os mesmos meios que as normas constitucionais dispõem para regularem o conteúdo das normas *infraconstitucionais* visando afastar possíveis ameaças ao texto da Constituição.

Exemplificando:

Nesse sentido, o que defendemos é ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria a norma *infraconstitucional* por *inconvenicionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma *infraconstitucional* a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo a ADPF (que possibilitaria exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundamentadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição em vigor no país. Assim, os legitimados para o controle concentrado (constantes no art. 103 da Constituição) passam a ter a seu favor um arsenal muito maior do que anteriormente tinham para invalidar lei interna incompatível com os tratados de direitos humanos internacionalizados com *quorum* qualificado. (MAZZUOLI, 2011b, p. 410, grifos do autor).

Com isso, as nomenclaturas há muito conhecidas se modificariam quando se tratar da realização do controle concentrado de *convencionalidade*. Por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) seria chamada de Ação Direta de *Inconvenicionalidade*; a ADECON se transformaria em Ação Declaratória de *Convencionalidade*; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

serviria para proteger algum preceito fundamental de um tratado de direitos humanos contrariado por normas infraconstitucionais.

Conclui-se que as normas constantes em tratados de direitos humanos aprovados com equivalência de emenda constitucional, além de servirem como paradigma para o controle difuso, assumem relevante papel no Direito brasileiro, pois, mesmo que a Constituição não regule determinada situação, caso o direito em questão esteja previsto em tratado de direitos humanos relativo aos ditames do art. 5º, § 3º, a Corte suprema do nosso país deve realizar o controle de convencionalidade concentrado a fim de compatibilizar a legislação infraconstitucional com as normas presentes no tratado de direitos humanos ratificado pelo país e constitucionalizado como emenda constitucional.

## **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DIFUSO**

Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e que não foram incorporados com o quorum qualificado, servem de paradigma para o controle de convencionalidade difuso seguindo o estabelecido pelo art. 5º, § 2º da Constituição, uma vez que os tratados assinados pelo Brasil que estão em vigor no plano interno já possuem o status de norma constitucional, sendo apenas materialmente constitucionais.

Observa-se que:

O controle de convencionalidade difuso existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após essa data, não obstante nenhuma doutrina pátria (até agora) ter feito referência a esta terminologia. Tanto é certo que o controle de convencionalidade difuso existe desde a promulgação da Constituição, que o texto do art. 105, III, a, da carta de 1988 – tomando-se como exemplo o controle no STJ – diz expressamente que a este tribunal compete “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. (MAZZUOLI, 2011b, p. 412).

Assim como ocorre com o controle difuso de constitucionalidade, no controle difuso de convencionalidade, todos os juízes e tribunais locais, incluindo o STF, devem compatibilizar, diante de um caso concreto, as leis internas com o conteúdo dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil. A decisão que invalida a lei doméstica em razão de sua contrariedade a um tratado só produz efeitos inter partes.

Enquanto o controle concentrado de convencionalidade é realizado perante o STF por via de ação direta, o controle difuso de convencionalidade deve ser levantado como questão preliminar nos casos concretos *sub judice*, devendo o juiz da causa analisar a matéria antes do mérito do pedido principal. Não obstante, caso a questão não seja levantada preliminarmente, o juiz pode proclamar *ex officio* a inconvenção da norma (CORTE IDH. *Caso Trabajadores cesados del congreso Vs. Peru*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C No 158, parágrafo 128). Nesse caso, o juiz ou qualquer tribunal declara a incompatibilidade entre a lei e o tratado de direitos humanos, negando aplicação àquela, considerando-a inválida em razão da sua inconvenção para passar a reger a questão jurídica submetida a seu julgamento (MAZZUOLI, 2013, p. 173).

Logo, os tratados de direitos humanos não internalizados com a qualificada aprovação do Congresso servirão somente como diretrizes de interpretação do controle de convencionalidade difuso, também chamado de controle pela via de exceção, “podendo qualquer juiz ou tribunal neles se fundamentar para declarar inválida uma lei que os afronte” (MAZZUOLI, 2011b, p. 413).

Em que pese uma lei doméstica ser compatível com a Constituição, se violar um tratado de direitos humanos deve o julgador exercer o controle de convencionalidade difuso, atentando-se também para o diálogo de fontes, a fim de optar por aplicar o tratado em detrimento tanto da Carta Maior quanto da lei interna.

As leis internas menos benéficas, porém com garantia constitucional de sobrevivência, devido à compatibilidade com a Constituição, são vigentes, mas não possuem validade dentro da ordem interna. Por tal motivo, o Poder Judiciário deve declará-las inválidas, o que só é possível controlando a sua convencionalidade.

De outro vértice, questão interessante sobre o tema controle difuso de convencionalidade diz respeito ao cabimento de recurso extraordinário perante o STF

sempre que a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional ou de qualquer tratado de direitos humanos em vigor no Brasil. Vejamos:

A essa solução se chega interpretando o art. 102, III, a, da Constituição [...] junto com o art. 5º, § 2º, da mesma Carta [...]. Ora, como o recurso extraordinário é instrumento do controle difuso de constitucionalidade, e como os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, parece certo que a referência prevista no art. 102, III, a, da Constituição, sobre o cabimento do recurso extraordinário “quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição”, há de ser ampliada (no que tange à proteção dos direitos humanos e fundamentais) com a integração do conteúdo daqueles tratados ao bloco de constitucionalidade, quer tenham tais instrumentos status de norma constitucional (art. 5º, § 2º) ou, mais ainda, equivalência de emenda constitucional (art. 5º, § 3º). Assim, é imperioso entender que quaisquer tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil [...] são paradigma à propositura de recurso extraordinário no STF, sempre que um direito neles previsto tenha sido contrariado por decisão de outro tribunal da qual se pretende recorrer. (MAZZUOLI, 2013, p. 163).

149

O mesmo não se pode dizer dos instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, como a ADIn ou a ADPF, que somente podem ser manejados relativamente aos tratados internalizados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição, não se admitindo sua utilização para tratados apenas materialmente constitucionais.

Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade e convencionalidade, com as seguintes especificações: tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado são paradigma do controle concentrado, cabendo ação direta de inconstitucionalidade no STF a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; tratados de direitos humanos que têm apenas *status* de norma constitucional, uma vez que não foram aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da CF são paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade.

## DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA ENVOLVENDO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Desde o início de suas atividades a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) realiza o controle de convencionalidade das leis dos Estados-partes na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Porém, apenas 20 anos depois o termo “controle de convencionalidade” surgiu no âmbito da Corte.

Nesse sentido, somente após 2006 a Corte passou a entender que juízes e tribunais internos estão obrigados a proceder ao exame da compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas a interpretação que dela faz a Corte Interamericana.

O caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* inaugurou formalmente a doutrina do controle interno de convencionalidade no Continente Americano, do qual se extrai o seguinte trecho:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação de que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (CORTE IDH. Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124).

Pouco tempo depois, a Corte voltou a mencionar o controle de convencionalidade no caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Afaro e outros) Vs. Peru*, destacando algumas especificidades:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve se limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto [...].<sup>11</sup> (CORTE IDH. Caso Trabajadores cesados del congreso Vs. Peru. Sentença de 24 de novembro de 2006, parágrafo 128, tradução nossa).

Da análise do trecho supracitado resta claro que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais nacionais deverá também pautar-se pelos padrões estabelecidos pela Corte IDH. Sobre o tema, Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 98), assevera que isso tem reflexos no controle difuso de convencionalidade, pois tal entendimento implica que o Poder Judiciário interno não deve se prender à solicitação das partes, mas sim exercer o controle de convencionalidade das leis *ex officio*, toda vez que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em algum tratado internacional de direitos humanos.

Cumprindo aduzir que a negativa do Poder Judiciário em realizar o controle de convencionalidade difuso, sob a escusa de que não houve solicitação da parte ou de que é impossível exercê-lo *ex officio*, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.

No caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, julgado em 26 de novembro de 2010, a Corte consolidou sua jurisprudência sobre controle de

---

11 Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto [...].

convencionalidade. Fixou-se por definitivo a obrigação dos juízes e tribunais nacionais de exercerem o controle de convencionalidade *ex officio* e de aplicarem a CADH segundo a interpretação que dela faz a Corte IDH.

O art. 64.2 da CADH prevê: “A Corte, apedido de um Estado-Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”. Tal verificação por meio de pareceres (ou opiniões consultivas) da compatibilidade das leis internas com tratados internacionais de direitos humanos, denomina-se “aferição de convencionalidade”, exercida no âmbito da competência consultiva da Corte, reservando-se a expressão “controle de convencionalidade” para se referir à análise de compatibilidade das leis domésticas com a Convenção Americana de Direitos Humanos, realizada no âmbito contencioso da Corte IDH (MAZZUOLI, 2013, p. 107).

O Poder Judiciário interno está vinculado a todo esse *corpus iuris* internacional de proteção, devendo reprimir qualquer ato atentatório ao exercício dos direitos e liberdades previstos na CADH, não podendo alegar quaisquer normas internas que lhes sejam contrárias, como leis de anistia, regras sobre prescrição, irretroatividade da lei penal ou coisa julgada.

Somente quando todos os juízes e Tribunais dos Estados-partes da Convenção Americana controlarem a convencionalidade de suas leis domésticas, é que “se poderá chegar à maturidade de um *ius commune* interamericano, com a aplicação uniforme do direito internacional dos direitos humanos em todos esses Estados” (MAZZUOLI, 2013, p. 194).

Enquanto esse cenário ideal não se efetiva, o profissional de direito já tem a sua disposição um arsenal muito maior do que anteriormente para poder invalidar as normas de direito interno que materialmente violam a Constituição Federal ou algum tratado internacional em vigor no Brasil, situação que representa um avanço do constitucionalismo rumo à concretização do almejado Estado Democrático e Humanista de Direito, potencializando a proteção aos direitos humanos e acompanhando as evoluções do Direito Internacional dos Direitos Humanos.



## CASO “GUERRILHA DO ARAGUAIA” E A LEI Nº 6.683/79

Recentemente o controle de convencionalidade vem ganhando mais notoriedade em razão do caso *Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, no qual o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violar inúmeros direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre eles o dever de investigar e punir violações dos direitos humanos. O caso dizia respeito a várias pessoas que compunham a Guerrilha do Araguaia na época da ditadura que praticaram atos de resistência e sofreram desaparecimento forçado. A Justiça brasileira não investigou os referidos crimes e até hoje não se sabe a localização dos eventuais cadáveres e os responsáveis pelo desaparecimento.

Neste caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que o Brasil não pode alegar prescrição, anistia ou outros motivos para não investigar e punir os fatos aqui expostos, considerando, portanto, que a Lei de Anistia brasileira viola o direito à verdade, à memória e à justiça, seguindo jurisprudência consolidada da Corte em outros casos como Chile e Argentina.

Esta decisão entrou em choque com a decisão tomada pelo STF na ADPF nº 153 que considerou que a Lei da Anistia do Brasil é constitucional, compatível com a Constituição pelo fato de ser bilateral, ou seja, estendida aos militares e aos guerrilheiros e por se tratar de um pacto que significou muito para a redemocratização

O controle de convencionalidade nacional pode levar a violação das normas contidas nos tratados tal qual interpretadas pelos órgãos internacionais. Isso desvaloriza a própria idéia de primazia dos tratados de direitos humanos, implícita na afirmação da existência de um controle de convencionalidade.

Em virtude de tais diferenças, na sentença da Corte IDH contra o Brasil no Caso Gomes Lund, o juiz *ad hoc* indicado pelo próprio Brasil, Roberto Caldas, em seu voto concordante em separado, assinalou:

Se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da

Corte por um Estado, como o fez o Brasil. (CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Voto do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas, parágrafo 4).

Anteriormente à decisão da Corte IDH no caso “Guerrilha do Araguaia”, o Conselho Federal da OAB intentou junto ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento da invalidade da Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/79), por meio da ADPF nº 153. Contudo, o STF, por 7 votos a 2, validou a referida Lei em 29 de abril de 2010.

A Corte IDH, na sentença do caso “Guerrilha do Araguaia”, de 24 de novembro de 2010, acusou o Estado brasileiro de não ter controlado a convencionalidade da Lei de Anistia em relação a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual, segundo o próprio STF, tem valor *supralegal* no país.

No parágrafo 177 da sentença, a Corte disse que o controle de convencionalidade não foi observado pelo Poder Judiciário brasileiro:

A decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno. (CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 177).

A Corte disse ainda:

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010, parágrafo 174).

No Caso Gomes Lund, a Corte IDH controlou a convencionalidade da Lei de Anistia brasileira em substituição ao Poder Judiciário nacional, que não o fez. Como é cediço, cabe primeiramente ao Estado controlar a convencionalidade de suas leis (controle nacional), devendo a Corte assumir a competência de realizar o controle internacional em caso de inércia do Estado ou de julgamento insuficiente.

A consequência da sentença do Caso Gomes Lund, neste ponto, é que a Lei de Anistia brasileira deixou de ter valor jurídico, pois é inválida. Logo, o Estado não poderá mais impedir a apuração dos crimes cometidos por seus agentes no período ditatorial, “devendo eliminar todos os obstáculos jurídicos que durante anos impediram as vítimas do acesso à informação, à verdade e à justiça” (MAZZUOLI, 2013, p. 186).

Para André de Carvalho Ramos (2014, p. 550) “não há conflito insolúvel entre as decisões do STF e da Corte IDH, uma vez que ambos os tribunais têm a grave incumbência de proteger os direitos humanos”. O autor adota a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional).

Desta forma, os direitos humanos, no Brasil, possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse duplo controle parte da constatação de uma

verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos.

De um lado, o STF, que é o guardião da Constituição e exerce o controle de constitucionalidade. Por outro lado, a Corte de San José é guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados de direitos humanos que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de convencionalidade.

Com base nessa separação, é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e da Corte IDH. Assim,

Ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de constitucionalidade do STF, deve ser incorporado o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados. No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destruída no controle de convencionalidade. Cabe, agora, aos órgãos internos (Ministério Público, Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) cumprirem a sentença internacional. (RAMOS, 2014, p. 551).

156

A partir da teoria do duplo controle, deveremos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana. Só assim será possível evitar o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos.

## **CONCLUSÃO**

Quatro situações podem vir a existir em nosso direito interno: i) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da não-recepção, com a conseqüente invalidade material da norma a partir daí; ii) se a lei antinômica é posterior à Constituição, nasce uma inconstitucionalidade, que pode ser

combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade ou pela via do controle concentrado; iii) quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com status *supralegal* – ou de direitos humanos – com status de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no país, ela é revogada de forma imediata, uma vez que o tratado que lhe é posterior, e a ela também é superior; e iv) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele, não obstante ser eventualmente compatível com a Constituição, tem-se que tal norma é inválida, apesar de vigente, e, conseqüentemente, totalmente ineficaz.

Diante deste cenário, caso algum tratado venha a ser devidamente aprovado pelas duas casas legislativas com quorum qualificado e ratificado pelo Presidente da República, terá ele valor de Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º, com redação dada pela EC 45/2004). Todos os demais tratados de direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor *supralegal*, ou seja, valem mais do que a lei e menos que a Constituição. Isso possui o significado de uma verdadeira revolução na pirâmide jurídica de Kelsen, que era composta apenas pelas leis ordinárias na base e pela Constituição no topo.

Outrossim, toda lei ordinária para ser válida, deve contar com dupla compatibilidade, ou seja, deve ser compatível tanto com a Constituição brasileira quanto com os tratados de direitos humanos. Se a lei de baixo entrar em conflito com qualquer norma de valor superior (Constituição ou tratados), não conta com eficácia prática. A norma superior irradia uma espécie de "eficácia paralisante" da norma inferior, como diria o Ministro Gilmar Mendes.

À medida que os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais (art. 5, § 2º, CF – embora a posição do STF ainda seja no sentido de considerar que tais tratados possuem nível apenas *supralegal*) ou material e formalmente constitucionais (art. 5, § 3º, CF), deve existir um controle de convencionalidade das leis, respectivamente chamados de controle de convencionalidade difuso e concentrado.

Os juízes e Tribunais nacionais estão obrigados a controlar a convencionalidade das leis, invalidando as normas internas menos benéficas incompatíveis com os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil. Consiste em

respeitar o que a Corte IDH vem decidindo desde 2006, quando determinou a obrigação do Judiciário nacional em realizar o exercício de compatibilização das normas internas com os tratados de direitos humanos, especialmente a CADH, ratificados e em vigor no país.

No Brasil, o controle de convencionalidade ganhou destaque após a sentença da Corte Interamericana no caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil, em 24 de novembro de 2010. Tal decisão foi contrária ao julgamento do STF na ADPF nº 153. No Caso Gomes Lund, a Corte IDH controlou a convencionalidade da Lei de Anistia brasileira em substituição ao Poder Judiciário nacional, que não o fez.

A consequência da sentença do Caso Gomes Lund, neste ponto, é que a Lei de Anistia brasileira deixou de ter valor jurídico, pois é inválida. Logo, o Estado não poderá mais impedir a apuração dos crimes cometidos por seus agentes no período ditatorial.

O Supremo Tribunal Federal precisa compreender a atual dimensão da proteção aos direitos humanos, compreender que em matéria de direitos humanos a última palavra não é mais lhe pertence, mas sim à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

158

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 349.703-1**. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto do Ministro Celso de Mello. Julgamento: 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/514\\_RE\\_349703%20-%20Voto%20Celso%20de%20Mello%20parte%201.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/514_RE_349703%20-%20Voto%20Celso%20de%20Mello%20parte%201.pdf)>. Acesso em: 7 março 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 23 abril 2015.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154.

Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.doc)>. Acesso em: 18 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Serie C No. 220. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 13 abril 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Voto do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\\_figueiredo\\_219\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_figueiredo_219_por.doc)>. Acesso em: 13 abril 2015.

\_\_\_\_\_. **Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Afaro e outros) Vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C No 158. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2015.

159

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

\_\_\_\_\_. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do “diálogo das fontes”**. In:

*Revista Argumenta* (Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP), nº 15. Jacarezinho, 2011c, pp. 77/114.

\_\_\_\_\_. **O Controle Jurisdicional de Convencionalidadedas Leis.** 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.



# CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO

*Leticia Soares PADOAN*<sup>12</sup>

*Francisco Antonio Nieri MATTOSINHO*<sup>13</sup>

## RESUMO

O presente artigo objetiva analisar, de acordo com o Pacto de San José da Costa Rica, o crime de desacato tipificado no artigo 331 do Código Penal brasileiro e o controle de convencionalidade que a ele deve ser aplicado. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Estado brasileiro, adota posição divergente sobre o assunto, por violar o direito à liberdade de expressão e pensamento, previsto em seu texto. Por meio da análise de relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conclui-se que, caso não haja a revogação do tipo penal de desacato, deve o Judiciário brasileiro exercer o controle de convencionalidade, sob pena de responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVES:** 1. Crime de desacato. 2. Convenção Americana de Direitos Humanos. 3. Controle de Convencionalidade. 4. Responsabilidade Internacional do Estado.

## ABSTRACT

The current paper aims to analyze, according to the Pact of San Jose, the contempt law found in article 331 of Brazilian Criminal Code and the conventional control which has to be applied to it. The Human Rights American Convention, ratified by the Brazilian State, brings a different position about the subject, because of the violation of the right of freedom of speech and thought, present in its text. Through the analysis of Inter-American Human Rights Committee's reports and Inter-American Human Rights Court's jurisprudence, it concludes that, if contempt law is not repealed, the Brazilian Judiciary must exercise the conventional control of the law, permitting the international responsibility of the Brazilian State.

**KEY-WORDS:** 1. Contempt law. 2. Human Rights American Convention. 3. Conventional control. 4. State's international responsibility.

---

12 Estudante de Graduação – UENP.

13 Estudante de Pós-Graduação – UENP.

## O CRIME DE DESACATO

O crime de desacato está previsto no artigo 331, do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Na topografia do diploma legal, encontra-se inserido na Parte Especial, no Título XI (crimes contra a administração pública), no Capítulo II (dos crimes praticados por particular contra a administração em geral). Trata-se de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada à representação da vítima.

Em seu preceito primário, a conduta tipificada no crime de desacato consiste em “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”. Em seu preceito secundário, a pena prevista é de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, o que permite seu enquadramento como crime de menor potencial ofensivo, nos termos do artigo 61, da Lei nº 9.099/95 (Lei do Juizado Especial Cível e Criminal).

Na “Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal”, o jurista idealizador do texto Francisco Campos, apresenta, no item 85, que “os conceitos da concussão, da corrupção (que a lei atual chama de peita ou suborno), da resistência e do desacato são ampliados”. Justifica o jurista que “o desacato se verifica não só quando o funcionário se acha no exercício da função (seja, ou não, o ultraje infligido *propter officium*), senão também quando se acha *extra officium*, desde que a ofensa seja *propter officium*”.

Nesse contexto, tutela a lei o prestígio e a dignidade da Administração Pública, representada pelo funcionário que age em seu nome. Para Mirabete e Fabbrini, o bem jurídico tutelado é a dignidade, o prestígio, o decoro, o respeito devido à função pública. Percebe-se que o Estado está interessado nessa proteção, para que se possibilite a regular atividade da Administração Pública.

Para Fragoso, “não há, pois, aqui, apenas injúria, difamação ou desrespeito ao funcionário (que seria, eventualmente, crime contra a pessoa), mas atentado a um interesse geral, relativo à normalidade do funcionamento da administração pública”.

O sujeito passivo, no caso, é o Estado, não se admitindo que alguém destrua o funcionário seu, no exercício do cargo, ou fora da função, mas em razão dela e na prática de ato que diz respeito ao interesse público. Entende-se ser também sujeito passivo do desacato o próprio funcionário público. Todavia, ao contrário do que ocorre

no caso sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 714), não é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções. No caso do desacato, como mencionado, a ação penal é pública e incondicionada.

O núcleo verbal apresenta como tipo objetivo o verbo “desacatar”, que significa ofender, vexar, humilhar, espezinhar, desprestigiar, menosprezar, menoscabar e agredir o funcionário, ofendendo a dignidade ou o decoro da função. Pode o desacato constituir-se em palavras ou atos (gritos, gestos, escritos se presente o funcionário) e, evidentemente, violência que constitua a contravenção de vias de fato ou o crime de lesões corporais, ambos afastados pelo princípio da especialidade.

Mirabete e Fabrini apresentam vasto rol em que já houve o reconhecimento do desacato:

Há, assim, toda uma escala, toda uma gama a percorrer, que vai da simples intenção de não tomar conhecimento da presença do funcionário, da ironia brutal, do sarcasmo, até o doestio, a injúria, o achincalhe mais brutal. Na jurisprudência, deu-se por caracterizado o desacato nas seguintes hipóteses: nas ofensas morais seguidas de agressão física; na tentativa de agressão; no insulto seguido de um tapa; nas palavras grosseiras; nas palavras de baixo calão; nas palavras de desafio, brandindo o agente um facão; nos altos brados, provocando escândalo; na ofensiva caçoadada; na gesticulação desrespeitosa; nas ameaças veladas; no dirigir-se ao funcionário de modo arrogante, grosseiro ou insultuoso; no desafio a magistrado, com afronta e irreverência ao mesmo; no tapa no rosto, ainda que não deixe vestígios; no arrebatar, amassar e rasgar ou atirar ao solo auto de infração que está sendo lavrado; no amassar, atirar sobre balcão do cartório contrafé recebida e proferir expressões inamistosas contra funcionário; no atirar ovos contra policiais.

163

Por sua vez, o tipo subjetivo consiste na vontade consciente de praticar a ação ou proferir a palavra injuriosa, com o propósito de ofender ou desrespeitar o funcionário a quem se dirige. Deve, também, saber o agente que a vítima é funcionário público e que está ele no exercício da função ou que a ofensa é irrogada em razão desta.

Fabbrini e Mirabete apresentam discussão a respeito do estado de exaltação ou de nervosismo do agente que pratica o desacato.

Em posição minoritária, afirma-se na jurisprudência que constituiria arripio a qualquer lei psicológica que um indivíduo desacatasse outro a sangue frio, sem qualquer motivo antecedente, pelo simples prazer de desabafar, sendo irrelevante, portanto, à configuração do delito o estado emotivo ou colérico do agente. Outra corrente, fundamentada no fato de que se exige o dolo específico, afirma estar excluído o dolo nos casos em que o agente está sob o efeito de cólera, ou irritação; ou a conduta se deve a exaltação momentânea, desabafo, vivacidade de temperamento, incontinência de linguagem ou simples falta de controle emocional. Nesse sentido, é predominante a jurisprudência. Também é aceito que não se caracteriza o desacato por ausência do dolo específico se a ofensa constitui apenas repulsa a ato injusto e ilegal da vítima, que deu causa, assim, ao ultraje. Existirá desacato, porém, se a ofensa é proferida quando da prática de ato regular, como no caso de providência derivada do poder de polícia.

Como se percebe, o crime de desacato é fruto de uma ideologia e de um contexto histórico autoritário no país. Não mais se coaduna com o presente momento em que se vive a Constituição Cidadã de 1988. No contexto da atual República Federativa do Brasil, apresenta-se como autoritária e desnecessária a tipificação da conduta de desacato.

A *Res publica* exige uma posição de constante vigilância dos atos dos agentes públicos, que, mesmo sendo merecedores de respeito, não podem receber tutela específica quando comparados com os demais cidadãos. Caso haja ofensa dirigida ao funcionário público no exercício da função ou em razão dela, ter-se-ia crime contra a pessoa com *animus injuriandi vel diffamandi* (calúnia, difamação ou injúria, também previstos no Código Penal e suscetíveis de oferecimento de Queixa-crime pelo ofendido).

Diante desse quadro, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo reforçou seu pedido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pelo fim do crime de desacato, invocando os pareceres da própria CIDH que entende que aquele tipo penal viola o direito de liberdade de expressão, previsto no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica.

A fim de se afastar as denúncias e eventuais condenações pela prática do crime de desacato, deve-se realizar o controle de convencionalidade da norma penal brasileira, a fim de compatibilizá-la com os termos da CADH.

## CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS BRASILEIRAS

Quando da criação de um texto normativo, para que se faça válido, dentro da doutrina da hierarquia piramidal de Kelsen, ela precisa compatibilizar-se à norma maior do país, a Constituição.

É possível, assim, a fim de verificar a compatibilidade material de todas as espécies normativas tendentes à aprovação ou aprovadas pelas Casas Legislativas ou emanadas das funções atípicas do Executivo e do Judiciário, o respectivo controle de constitucionalidade.

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados nas casas do Congresso Nacional por três quintos de seus votos, em dois turnos, serão equiparados a emendas constitucionais, como prevê o §3º do artigo 5.º da Magna Carta, que teve sua redação alterada pela emenda constitucional n. 45/2004.

Apesar de não aprovado pelo quórum indicado ao estabelecimento de norma equivalente a emendas constitucionais, o Pacto San José da Costa Rica, por ser convenção internacional sobre direitos humanos, possui caráter supralegal, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 96.772SP) e deve ele ser norte para comparação de normas, assim como a Constituição da República, pois seu objetivo é afetar situações que acontecem no ordenamento jurídico interno do país que o aceitou.

Além dos tratados internacionais, o controle de constitucionalidade das leis deve observar aos compromissos e princípios de Direito Internacional aceitos pela sociedade como um todo.

Para que a validade (e conseqüente *eficácia*) de uma lei seja garantida, deve ser ela materialmente compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) ratificados pelo Estado. Em outras palavras, uma determinada lei interna poderá ser até considerada vigente (existente), por ter sido elaborada com respeito às normas do processo legislativo estabelecidas pela Constituição (e continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados), mas não será válida se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal).

O Controle de Convencionalidade é a verificação da compatibilidade vertical

das normas de direito interno com os tratados com que o país se obrigou. Da mesma forma que normas infraconstitucionais são submetidas ao crivo da Constituição da República, assim também serão às normas de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados no país.

Com relação aos tratados internacionais não aprovados por quórum qualificado, a obrigação do controle de convencionalidade, sob pena de responsabilização internacional do Estado, encontra fundamento no fato de o Estado ser parte do Tratado, obrigando-se, com isso, a cumpri-lo e respeitá-lo, como determinam os artigos 1 e 2 da CADH.

No caso de tratados sobre direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado previsto no texto constitucional, não se fala mais em controle de convencionalidade, mas sim de constitucionalidade, pois, ao serem aprovados, passam a gozar do *status* de emendas constitucionais, integrando, assim, o próprio corpo da Carta da República.

O controle de convencionalidade poderá ser concentrado, por meio de ADI (Ação Direta de Inconvencionalidade), ADECON (Ação Declaratória de Convencionalidade), ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) e por ADO (Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão), bem como o mandato de injunção no caso de omissão normativa que impossibilite a garantia de direito fundamental, todos análogos ao controle de constitucionalidade.

Compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de tais ações, que podem ser propostas pelo Presidente da República, pelas mesas das casas legislativas federais, e pelos demais legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. O controle de convencionalidade também poderá ser aplicado de ofício pelos juízes, configurando verdadeiro controle difuso e que, de certa forma, impediria com que o Estado brasileiro violasse o texto da Convenção.

Uma vez ratificado um tratado ou convenção internacional, entende-se que ficam vedadas as edições posteriores de normas que contrariem o disposto naquele. Serão editadas normas necessárias e vetadas as conflitantes com o documento introduzido.

Se o Congresso Nacional dá sua aquiescência ao conteúdo do

compromisso firmado, é porque implicitamente reconhece que, se ratificado o acordo, está *impedido* de editar normas posteriores que o contradigam. Assume o Congresso, por conseguinte, verdadeira *obrigação negativa*, qual seja, a de se abster de legislar em sentido contrário às obrigações assumidas internacionalmente.

O desacato fere o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a ele deve ser aplicado o controle de convencionalidade pelos juízes e tribunais brasileiros, sob pena de o Estado brasileiro, após ser denunciado à Corte Interamericana, ser responsabilizado internacionalmente.

Os magistrados, como parte integrante do aparato estatal, também se obrigam a seguir as normas estabelecidas em um tratado ou convenção internacional ratificado pelo Estado.

Os juízes devem observar e submeter-se à aplicação desses tratados para que suas disposições, aceitas pelo ordenamento, não se vejam contrariadas por normas de direito interno.

É nesse sentido que Mazzuoli afirma que “se verifica ser intenção da Corte Interamericana que o controle de convencionalidade por parte dos tribunais locais seja tido como verdadeira questão de *ordem pública* internacional”.

Por ser um dever de ordem pública, ele não pode ser afastado por qualquer pretexto, podendo ser o Estado responsabilizado internacionalmente. Ademais, a alegação de que não houve, até o momento, manifestação em sede de controle de constitucionalidade, seja na forma difusa ou concentrada, sobre o tipo penal do desacato, não serve como justificativa idônea e suficiente para que o juiz brasileiro não o declare diante de um caso que a ele se apresente.

O Poder Judiciário, por meio de seus juízes, ao fazer o controle de convencionalidade das normas domésticas, deve pautar-se pelo entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete último da CADH.

Os juízes devem regular suas decisões com os entendimentos da Corte IDH quando o andamento e solução do caso em questão possam estar vinculados à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O controle difuso, repressivo e posterior, é usado pela via de exceção ou

defesa, ou um controle aberto da convencionalidade. Ele é verificado no caso concreto, e a declaração de inconvencionalidade dá-se de forma incidental, de modo a interferir no mérito da questão.

O estabelecimento da verificação do controle de constitucionalidade difuso foi afirmado no Caso Cabrera García e Montiel Flores VS. México, julgado em 26 de novembro de 2010, em seus parágrafos 225 a 233.

No parágrafo 225 de sua sentença, que reitera decisão de outros casos da Corte IDH (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México e Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia) aquele órgão jurisdicional é claro ao dizer:

225. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por ele, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico.

332. Mas quando um Estado é Parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos seus órgãos, incluindo seus juízes, também estão submetidos àquele, o qual os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção se vejam esgotados pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim. Os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis estão na obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que dele mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (tradução nossa)

Diante de uma denúncia oferecida pelo Ministério Público, imputando a um acusado a prática do crime de desacato, competirá ao juiz realizar o controle de convencionalidade difuso.

O magistrado, no momento em que proferir sua sentença, deverá submeter a norma interna – artigo 331 do Código Penal – aos tratados e convenções internacionais que o Brasil faz parte, incluindo-se neles o Pacto San José da Costa Rica.

A partir dessa análise, o juiz deverá observar o conflito entre a tipificação do



crime de desacato e o artigo 13 da CADH, que versa sobre a liberdade de expressão e pensamento.

O juiz também se pautará pelo disposto no artigo 5º do Código Penal Brasileiro, que estatui ser aplicado à lei brasileira o crime cometido em território nacional, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional. A mesma regra também se encontra no Código de Processo Penal Brasileiro, no inciso I de seu artigo 1º. Tais regras atribuem valor supralegal às convenções, e estabelecem que os juízes dos tribunais devem, seguindo-as, usar suas normas em decisões proferidas internamente.

Visto isso, a denúncia por crime de desacato deverá ser rejeitada (art. 395, do Código de Processo Penal), porque inconvenção, consubstanciando-se falta de condição para o exercício da ação penal.

Quaisquer que sejam as consequências de ações baseadas em uma determinada ideologia e qualquer que seja o juízo de valor que mereça esse tipo de ideia, parece claro que a liberdade de expressão deve ser preservada, não podendo ser erradicada como se elimina uma enfermidade epidêmica ou um vício social grave.

Se se deseja que os princípios básicos de um sistema democrático representativo de governo sobreviva, é inadmissível que, pelo simples fato de sustentar ou difundir uma determinada ideologia, o homem se transforme em uma espécie imune, a quem se considera legítimo negar a livre expressão de seu pensamento, submetendo-lhe à privação de sua liberdade.

O artigo IV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem contém uma disposição geral que se desenvolve no artigo 13 da CADH. Sobre esse ponto, a Comissão Interamericana, em seu informe anual referente ao período de 1980 e 1981, declarou que:

A liberdade de expressão é universal e conceitua a faculdade jurídica que assiste a toda pessoa, individual ou coletivamente considerada, para expressar, transmitir ou difundir seu pensamento; paralela e correlativamente, a liberdade de informar-se também é universal e implica no direito coletivo das pessoas de receber a informação que os demais lhes comunicam sem interferências que as distorçam. (tradução nossa)

A preocupação da Comissão Interamericana sobre o desacato questiona se a penalização da expressão referente especialmente a funcionários públicos, quando não existe um perigo de violência iminente, é compatível com o direito à liberdade de pensamento e expressão garantida pela CADH.

## **O CRIME DE DESACATO E A LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

As leis de desacato em alguns Estados Parte da CADH são uma classe de legislação que penaliza a expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no desempenho de suas funções oficiais.

Essas leis remontam historicamente dos tempos de Roma, onde a conduta foi inicialmente tipificada para defender a honra do imperador.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, países como Bolívia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela ainda mantêm em sua legislação penal a previsão do crime de desacato, justificando a necessidade de sua manutenção sob o pretexto de estarem protegendo adequadamente o funcionamento da administração pública, que configura como o bem jurídico tutelado por essa norma penal. Sobre essa justificativa, afirmam, perante a Comissão Interamericana, que as leis de desacato cumprem uma dupla função.

Em primeiro lugar, ao proteger os funcionários públicos contra a expressão ofensiva ou crítica, eles podem desempenhar com liberdade suas funções e, portanto, se permite que o governo funcione harmonicamente. Em segundo lugar, as leis de desacato protegem a ordem pública porque a crítica aos funcionários públicos pode ter um efeito desestabilizador para o governo nacional dado que, segundo se argumenta, ela reflete-se não só no indivíduo objeto da crítica, mas também no cargo que ocupa e na administração a que presta seus serviços.

O Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica (CADH), internalizado na ordem jurídica pátria por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e deve, portanto, submeter-se às decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é composto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH).

Para a Comissão IDH, a tipificação do crime de desacato fere o artigo 13 da Convenção, a liberdade de pensamento e expressão. Tal incompatibilidade dá-se também pelo fato de atribuir-se ao desacato uma sanção penal, ou seja, é atribuída como punição ao exercício desproporcional da liberdade de expressão uma pena repressiva da *ultima ratio* do Direito.

Tanto a liberdade de pensamento quanto de expressão são direitos constantes na maioria dos ordenamentos constitucionais democráticos e que também encontram eco na normativa internacional, sendo, nas palavras de GOMES e MAZZUOLLI “*conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Humanista de Direito”.

Esses direitos contam com uma dimensão individual e outra social ou coletiva, que devem ser simultaneamente resguardadas pelo Estado, sob pena de violação da CADH e consequente responsabilização internacional do Estado.

As dimensões individual e social foram declaradas pela Corte IDH no caso *A Última Tentação de Cristo*, quando aquele órgão jurisdicional internacional fixou que o conteúdo do direito à liberdade de pensamento e de expressão abrange não só o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar e difundir informações e ideias de toda índole.

Quanto à dimensão individual, a Corte IDH decidiu que o direito à liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico de falar ou escrever, também compreendendo o direito de utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número possível de destinatários.

Nesse sentido, decidiu a Corte que a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação estaria a representar um limite ao direito de livremente se expressar.

Quanto à segunda dimensão do direito consagrado no art. 13 da CADH, a Corte assinalou que a liberdade de expressão é um meio para o intercambio de ideias e informações entre as pessoas, compreendendo o direito das pessoas comunicarem às outras seus pontos de vista, o que conduz, reflexamente, ao direito de todas as pessoas de conhecer opiniões, relatos e notícias.

A Convenção é clara ao estabelecer que todos têm liberdade para se expressar da maneira desejada, seja escrita, falada, ou pela arte, como também procurando,

difundindo e expandindo ideias. “Trata-se da dimensão social do direito de liberdade de pensamento e de expressão”. Os atos praticados pelos cidadãos devem ser submetidos a sanções ulteriores, previstas em lei, as quais assegurem o respeito dos direitos ou a reputação das demais pessoas e a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas.

Os pensamentos que tendem a institucionalização do desacato como crime têm como princípio o silenciar de ideias contrárias à administração pública, ideias que expressem de algum modo críticas remetidas ao controle por ela feito.

O controle gerado pelo desacato serve como forma de intimidação – as pessoas deixam de expressar o que pensam e entendem sobre os órgãos públicos por medo da sanção: “os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se refere à função pública”.

É possível subtrair do artigo 13.2 da CADH a não aceitação do desacato, que pode ser considerado censura aos atos de liberdade de expressão e pensamento, de qualquer pessoa que objetiva criticar a atuação de agentes estatais nos exercícios de suas funções, e também o encorajamento a solução posterior do conflito por ação civil de danos morais por calúnia e difamação, por exemplo, tipificados nos artigos 138 e 139 do Código Penal Brasileiro.

A Relatoria para a Liberdade de Expressão vislumbra a tipificação do desacato como um meio de abuso de funcionários públicos para abafar ideias críticas aos seus atos, não sendo solução acertada e definitiva. É de entendimento da Comissão que a liberdade de expressão só será punida quando existir ameaça evidente e direta de violência anárquica, como nos traz o artigo 13.5 da CADH.

Para assegurar uma adequada defesa da liberdade de expressão, os Estados devem ajustar suas leis sobre difamação, injúria e calúnia de forma tal que só possam ser aplicadas sanções civis no caso de ofensas a funcionários públicos. Nestes casos, a responsabilidade, por ofensas contra funcionários públicos, só deveria incidir em casos de “má-fé”.

A aplicação de injúria, calúnia e difamação são permitidas no caso de ofensas a funcionários públicos, quando o agente as faz com má-fé. Nota-se que o uso da expressão “má-fé” indica que a Comissão IDH é tolerante ao uso das sanções de

difamação, calúnia e injúria quando o agente sabia que sua acusação era injusta, infundada, ou falsa.

No ordenamento jurídico nacional, temos a figura típica da denúncia caluniosa (art. 339, do CP), que já prevê a punição de quem dá causa à instauração de investigação policial, processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime que o sabe inocente, ou seja, que se utiliza da má-fé.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos incluiu nos Relatórios da Relatoria para a Liberdade de Expressão o tema das leis de desacato. Nele, é importante verificar e acompanhar o progresso das nações no que tange à abordagem destas leis. A Comissão IDH pretende que os Estados se adequem aos padrões da Convenção, almejando a derrogação do crime de desacato.

Até que o Estado Parte não elimine de seu ordenamento jurídico o tipo penal do desacato, impõe-se como medida a ser adotada, então, principalmente pelo Judiciário e operadores do Direito o exercício do controle de convencionalidade da norma penal que viola a CADH.

De lembrar que um Estado Parte da Convenção pode incorrer em responsabilidade internacional em virtude de atos do Poder Legislativo, como resultado de uma promulgação (ação) de uma legislação incompatível com suas obrigações internacionais, ou pela falta (omissão) de uma legislação necessária para o cumprimento de tais obrigações assumidas.

As leis nacionais, como os demais atos estatais, são simples fatos, que podem violar os direitos humanos. O mesmo se diga das normas constitucionais que são apreendidas pelas instâncias internacionais como fatos.

Essa questão é pacífica na jurisprudência da Corte IDH, que, atuando na sua função consultiva de interpretação da CADH (OC-14/94), afirmou que:

A promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constitui uma violação desta e no caso desta violação afetar direitos e liberdades protegidos a respeito de indivíduos determinados, gera responsabilidade internacional para o Estado. (tradução nossa)

A Corte, neste mesmo parecer, fez uma distinção entre leis de aplicação imediata e de aplicação não imediata. Com relação às primeiras, “a violação dos direitos humanos, individual ou coletiva, se produz pelo mero fato de sua edição” (OC-14/94, §43, tradução nossa). Por sua vez, sendo leis de aplicação não imediata, para acionar o mecanismo de responsabilidade do Estado, deveria a lei ser aplicada, seja por ato administrativo ou judicial, havendo a necessidade de denúncias de violações concretas de direitos humanos, pois “a jurisdição contenciosa da Corte exerce-se com a finalidade de proteger os direitos e liberdades de pessoas determinadas e não com a finalidade de resolver casos abstratos” (OC-14/94, §49, tradução nossa).

Assim, o Estado é responsável pelos atos do legislador, mesmo quando não realiza qualquer medida concreta de aplicação da citada lei. Basta a probabilidade da aplicação do ato normativo.

De fato, além da obrigação de respeitar os direitos humanos, uma obrigação de não fazer, que, no caso do Poder Legislativo, significa um dever de se abster de editar leis que venham a causar violações dos direitos humanos, existe também a obrigação de garantia, que se concretiza como uma obrigação de fazer, que, no caso do Legislativo, significa o dever de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção Americana (art. 2º).

Nesse diapasão, a Corte IDH tem reiterado que:

Em direito das gentes, uma norma consuetudinária prescreve que um Estado que celebrou um tratado internacional, deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas. Esta norma aparece como válida universalmente e foi qualificada pela jurisprudência como um princípio evidente [...]. Nesta ordem de ideias, a Convenção Americana estabelece que a obrigação de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições da dita Convenção, para garantir os direitos nela consagrados.

Como, até o momento, não houve a revogação (*abolitio criminis*) do crime de desacato, estaria o Estado brasileiro incorrendo em responsabilidade internacional pela

violação ao art. 13 da CADH. Todavia, essa situação pode ser evitada por meio do controle de convencionalidade, como anteriormente apontado.

Deve-se, atentar, nesse momento, como, então, um Estado Parte pode incorrer em responsabilidade internacional também por atos do Poder Judiciário.

A responsabilidade por atos jurisdicionais pode se dar em duas hipóteses: quando a decisão judicial é tardia ou inexistente, o que equivale à ausência de remédio judicial ou prestação jurisdicional; ou quando a decisão é considerada, no seu mérito, violadora de direito protegido na Convenção.

No caso sob análise, não há que se falar em decisão tardia. Na verdade, eventual condenação de um réu como incurso nas penas previstas para o crime de desacato viola a CADH por seu próprio mérito.

Essa hipótese, por certo, é mais controvertida, em virtude de implicar na avaliação das qualidades dos mecanismos internos de recurso. No entanto, procura-se fazer uma distinção entre erro e “injustiça manifesta”. “O Direito Internacional não pretende que as decisões judiciárias sejam infalíveis, mas que a Justiça não deixe de aplicar, quando sabe que deve proceder a essa aplicação, as regras internacionais de proteção”.

Dessa forma, no que diz respeito à aplicação dos tratados internacionais, se o aparelho judicial do Estado recusar-se a atribuir efeitos a um tratado, as suas decisões levarão o Estado a violá-lo, trazendo à tona a responsabilidade internacional do Estado.

Na jurisprudência da Corte, o Caso *Almonacid Vs. Chile* é emblemático pelo que se fixou em relação à atuação do Judiciário:

123. A obrigação prevista no art. 2º da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso particular. Contudo, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no art. 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer normativa contrária a ela [...]. (tradução nossa)

Eis o controle de convencionalidade, mais uma vez, estabelecido como

obrigação dos magistrados dos Estados Parte, a fim de observar, garantir e aplicar o texto da Convenção.

A ultrapassada visão da soberania estatal frente ao Direito Internacional pode ser utilizada como argumento de defesa dos Estados quando denunciados perante a Corte IDH. Todavia, aquele órgão jurisdicional não possui caráter de Corte de apelação ou de cassação, contra o qual possa ser oposta a objeção da coisa julgada interna, pois estão sujeitas somente às limitações impostas pelo Direito Internacional, ou seja, a coisa julgada ou litispendência internacionais, nos termos do art. 46, “c”, da CADH.

Quando se busca a tutela daquela Corte como tribunal de apelação ou de cassação, em razão do mero descontentamento da parte frente à decisão judicial prolatada pelo órgão jurisdicional do Estado, tem-se a chamada vedação da fórmula da quarta instância, que visa a evitar a deturpada utilização do sistema de proteção de direitos humanos.

Ainda quanto aos elementos da ação internacional, não existe a tríplice identidade de elementos, presentes nas ações nacionais, em relação às ações internacionais. Em outras palavras, as partes, a causa de pedir e o pedido diferem entre elas.

Como explica Ramos:

Na jurisdição interna, analisa-se se determinado indivíduo violou lei interna, por exemplo, cometendo certo delito. Para a jurisdição internacional, discute-se por outro lado, a pretensa violação do Estado diante de suas obrigações internacionais, tendo o Direito Internacional como nova causa de pedir, podendo gerar decisão internacional oposta à decisão judicial.

Assim, percebe-se ser plenamente possível a responsabilização do Estado brasileiro por eventuais condenações de acusados como incursos nas penas do crime de desacato.

No contexto das manifestações ocorridas recentemente no Brasil, a tipificação do desacato e a realização da prisão de manifestantes em razão dessa conduta demonstram como o poder público brasileiro ainda se utiliza desse mecanismo de censura e repressão da liberdade de expressão e pensamento.



A Corte IDH, em sua opinião consultiva nº 5/85, dirigiu-se aos Estados signatários da Convenção, lembrando-lhes que a liberdade de expressão é uma pedra angular na existência mesma de uma sociedade democrática, sendo indispensável para a formação da opinião pública. A figura do desacato age de maneira coativa e coercitiva sobre a livre manifestação de expressão e pensamento.

Concluiu, ainda, que a Convenção Americana é mais generosa em sua garantia de liberdade de expressão e menos restritiva com esse direito do que as disposições respectivas da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Esse posicionamento é particularmente significativo se se considerar que a Corte Europeia afirmou, reiteradamente, que a liberdade de expressão é um dos “fundamentos essenciais de uma sociedade democrática”.

Pode-se citar, por exemplo, a oportunidade em que a Corte Europeia decidiu que a sentença da vítima por difamação a um funcionário público violava o art. 10 da Convenção Europeia, aquela Corte afirmou que a proteção da liberdade de expressão deve estender-se não somente à informação de ideias favoráveis, mas também àquelas que “ofendem, são chocantes ou perturbam”. Como fixou a Corte Europeia, “tais são as exigências do pluralismo, da tolerância e da abertura mental, sem as quais não existe uma sociedade democrática”.

O Comitê de Direitos Humanos, interpretando o Pacto da ONU, também comentou que as restrições à liberdade de expressão não devem “perpetuar os prejuízos, nem fomentar a intolerância”. Na mesma opinião, ainda, assinalou a importância especial de proteger “a liberdade de expressão no que se refere às opiniões minoritárias, incluindo aquelas que ofendem, chocam ou perturbam a maioria”.

O grande problema do crime de desacato é que a figura típica protege injustificadamente a honra dos funcionários públicos no exercício de suas funções, pois a eles é conferida especial proteção que não dispõem os demais integrantes da sociedade.

Essa distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático que desloca o governo, que deve ser objeto de controle pelo escrutínio da

cidadania, para o centro do controle de prevenção de atos de maneira coativa.

Se se considera que os funcionários públicos no exercício de suas funções são, para todos os efeitos, a própria imagem e corporificação do governo, do poder público, então, precisamente, deve-se preservar o direito dos indivíduos de criticar e fiscalizar as ações e atitudes dos funcionários no que diz respeito ao exercício da função pública.

Além das restrições diretas, o crime de desacato restringe indiretamente a liberdade de expressão porque traz consigo a ameaça da privação da liberdade ou a aplicação de multas para aquele que insultar ou ofender um funcionário público.

A esse respeito, a Corte Europeia já afirmou que, apesar de as penas posteriores de multa e a revogação de um artigo publicado não impedirem que a vítima se expresse, “equivalem, no entanto, a uma censura, que possivelmente o dissuade a formular críticas desse tipo no futuro”. O temor de sofrer sanções penais, necessariamente, coage os cidadãos a não expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público.

A Comissão Interamericana, preocupada com a necessidade de realização do debate democrático, ressalta uma contradição existente no próprio fundamento da proteção do bem jurídico do crime de desacato.

178

[...] a Comissão observa que o fundamento das leis de desacato contradiz o princípio de que uma democracia devidamente funcional é, por certo, a máxima garantia da ordem pública. As leis de desacato pretendem preservar a ordem pública precisamente com a limitação de um direito humano fundamental que é também internacionalmente reconhecido como a pedra angular em que se funda a sociedade democrática. As leis de desacato, quando se aplicam, tem efeito direto sobre o debate aberto e rigoroso sobre a política pública que o artigo 13 garante e que é essencial para a existência de uma sociedade democrática. A esse respeito, invocar o conceito de “ordem pública” para justificar as leis de desacato se opõe diretamente à lógica que sustenta a garantia de liberdade de expressão e pensamento consagrada na Convenção.

A Comissão, ainda, lembra que, para se restringir um direito previsto na Convenção, deve-se utilizar dos meios necessários para se alcançar um fim legítimo.

O termo “necessário”, no contexto do artigo 13(2), deve ser considerado como algo mais que “útil”, “razoável”, ou “conveniente”. Para que uma limitação seja necessária, deve demonstrar-se que o fim legítimo que se persegue não pode alcançar-se razoavelmente por um meio menos restritivo da liberdade de expressão. Ademais, a Corte declarou que para tal demonstração, as limitações devem ser proporcionais e ajustadas estritamente para se alcançar o objetivo governamental proposto. A necessidade comporta a existência de uma “necessidade social imperiosa”. De maneira que os governos não podem simplesmente invocar uma das restrições legítimas da liberdade de expressão, como a manutenção da “ordem pública”, como meio de suprimir um “direito garantido na Convenção ou para desnaturalizá-lo ou privá-lo de conteúdo real”. Se isso ocorrer, a restrição aplicada dessa maneira não é legítima.

Por fim, a proteção especial que o crime de desacato dispensa aos funcionários públicos contra uma linguagem insultante ou ofensiva é incongruente com o objetivo de uma sociedade democrática, que é o de fomentar o debate público.

Tendo em conta a função dominante do governo em relação à sociedade e, particularmente, quando se dispõe de outros meios para responder a ataques injustificados mediante o acesso do governo aos meios de difusão ou mediante ações civis individuais ou difamação ou calúnia.

Toda crítica que não se relacione com o cargo do funcionário pode estar sujeita, como ocorre no caso de todo particular, a ações civis ou penais por difamação e calúnia. Com esse entendimento, a deflagração de uma persecução penal em juízo contra uma pessoa que critica um funcionário público no exercício de suas funções não satisfaz os requisitos do art. 13(2) da Convenção, pois se pode conceber a proteção à honra nesse contexto sem restringir a crítica à administração pública.

Nesse sentido, o crime de desacato configura também um meio injustificado de limitar o direito de expressão que já está restringido pela legislação cível que toda pessoa pode invocar, independentemente de sua condição.

## **CONCLUSÃO**

Após o raciocínio jurídico delineado, demonstra-se que o tipo penal de desacato, por meio do controle de convencionalidade da legislação infraconstitucional

brasileira, não pode conduzir à persecução penal, tampouco à condenação penal daquele que critica ou insulta um funcionário público no exercício de suas funções, em razão de ferir a liberdade de expressão e pensamento do cidadão em relação ao Estado, que confere uma proteção desproporcional ao agente estatal em detrimento do cidadão comum.

Os artigos 13(2) e 13(3) reconhecem que a zona de intervenção legítima do Estado começa quando a expressão de uma opinião ou uma ideia viola diretamente os direitos dos demais ou configura uma ameaça direta e evidente para a vida em sociedade.

No entanto, não se pode sobrepor o interesse público, na figura do funcionário público insultado ou criticado em razão do exercício de suas funções em detrimento da liberdade de expressão, que objetiva, inclusive, fomentar o debate democrático e voltar as atenções da sociedade para a atuação do governo por meio de seus agentes.

A conclusão a que chega a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos é a de que é obrigação do Estado proteger os direitos previstos na Convenção, quando se estabelece uma proteção estatutária contra os ataques intencionais à honra e à reputação, por meio de ações civis, bem como promulgar leis que garantam a proteção da vida privada de todos os indivíduos, sem fazer uso abusivo de seus poderes coativos para reprimir a liberdade individual de se formar opinião ou de expressá-la.

Caso não haja revogação, por ação do Legislativo, do tipo penal do desacato ou pronunciamento do Supremo Tribunal Federal quanto à não recepção desse artigo à luz da Constituição de 1988, deverá, então, o Judiciário, por meio de seus magistrados de primeiro grau e tribunais, exercer o controle de convencionalidade da norma incriminadora, a fim de coadunar a ordem normativa brasileira à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sob pena de, eventualmente, haver condenação do Estado brasileiro por violação à Convenção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que pode logo se concretizar, em razão da denúncia encaminhada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo à Comissão.

## REFERÊNCIAS

BROWLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **Leis de Desacato e Difamação Cultural**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3i.htm>. Acesso em: 11/10/14.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995

Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso Aberschlick Vs. Áustria**, sentença de mérito de 23 de maio de 1991.

Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso Castells Vs. Espanha**, sentença de mérito de 03 de abril de 1992. Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso Lingens Vs. Áustria**, sentença de mérito de 08 de julho de 1986.

Corte Europeia de Direitos Humanos. **Caso Sunday Times Vs. Inglaterra**, sentença de mérito de 26 de abril de 1979.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano e outros**, sentença de mérito de 29 de setembro de 2006, série c, nº 162. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Durand e Ugarte**, sentença de mérito, de 16 de agosto de 2000.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Garrido e Baigorria**, sentença sobre reparações, de 27 de agosto de 1998.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. OC-5/85, §46. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf). Acessado em: 18/10/14.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. HUNGRIA, Nelson, LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. 8.

GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*/Luiz Flávio Gomes, Valerio de Oliveira Mazzuoli. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (Coleção ciências criminais; / coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha).

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: RT, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**/Valerio de Oliveira Mazzuoli. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 3: parte especial, arts. 235 a 361 do CP.** Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. – 26. Ed. ver. E atual até 5 de janeiro de 2012. – São Paulo: Atlas: 2012

OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu Soares de. **Abolitio Criminis do Desacato: um olhar sobre a relação entre autoridade pública e o particular na América Latina.**Revista do CAAP, Belo Horizonte. 2010.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. **Ensaio sobre a Responsabilidade Internacional do Estado e as suas Consequências no Direito Internacional: a saga da responsabilidade internacional do Estado.** São Paulo: LTr, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1994. Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#\\_ftn3](http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#_ftn3). Acessado em 19/10/2014.

UN Human Rights Committee N° 61/1979, Hertzberg Vs. Finlândia.

# DIREITO À SAÚDE: A OBSERVÂNCIA DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS COMO PARÂMETRO PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

*Priscila Aparecida EHLICH<sup>14</sup>  
Matheus Gomes CAMACHO<sup>15</sup>*

## RESUMO

O presente estudo pretende demonstrar o equívoco na interpretação do direito à saúde como uma obrigação solidária imputada aos três entes federativos. Embora o reconhecimento da solidariedade seja o entendimento majoritário nos tribunais, a Constituição Federal e a Lei nº 8.080/1990, que disciplina o Sistema Único de Saúde, em momento algum, consagram essa responsabilidade solidária. Esta pesquisa propõe o conhecimento da legislação atinente ao Sistema Único de Saúde como meio de o Poder Judiciário condenar, corretamente, o ente federativo omissivo na disponibilização de determinado tratamento e/ou medicamento. Importante consignar que não se trata de uma tentativa de negar a concretização de um direito fundamental social, mas sim de viabilizar que o atendimento em questão seja prestado pelo ente que detém a respectiva competência, previamente estabelecida pela Lei nº 8.080/1990 e pelas normas editadas pelo Ministério da Saúde. O respeito ao estipulado pela legislação pertinente proporcionará uma adequada atuação jurisdicional, condizente com as diretrizes instituídas pela Administração Pública, pois não atribuirá um excessivo ônus a ente federativo diverso do que deveria ter sido demandado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito fundamental social. Sistema Único de Saúde. Responsabilidade solidária. Atuação jurisdicional.

## ABSTRACT

This article aims to demonstrate the misunderstanding in interpretation of right to health as a joint and several obligation imputed to the three federal entities. Although the recognition of joint obligation be the prevailing position in the courts, the Constitution and Law number 8.080/1990, which regulates the Unified Health System, didn't enshrine this joint and several liability. This research proposes the aware of the relevant legislation to the Unified Health System as a way of Judiciary Power condemn, properly, the inert federal entity in providing prescribed treatment and/or medicines. This is not an attempt to deny the fulfillment of a fundamental social right, but to enable this service be provided by the entity that holds the competence, previously established by Law number 8.080/1990 and the rules edited by the Ministry of Health. Respecting the legislation will provide an adequate judicial action, in agreement with the guidelines established by the public administration because they do not assign an excessive burden to several federal entity than it should have been

---

14      Graduada em Direito pelas FIO.

15      Pós-Graduando em Ciência Jurídica – UENP.

prosecuted.

**KEYWORDS:** Social fundamental rights. Unified Health System. Joint and several liability.

## INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito fundamental social previsto no artigo 6º, da Constituição Federal, cuja efetivação depende de políticas públicas implementadas pelo Estado *lato sensu*, que possibilitem o acesso igualitário e universal, conforme estabelece o artigo 196, da Carta Magna. Sendo assim, a saúde pública está organizada em uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui o Sistema Único de Saúde, que segundo o artigo 198, da Constituição Federal, deve ser prestada de forma descentralizada e integral.

Com a finalidade de regulamentar a estrutura do Sistema Único de Saúde e o modo como ocorreria a execução das ações e serviços de saúde, foi promulgada a Lei nº 8.080/1990 que prevê a organização e o funcionamento da prestação de saúde pública. Nos artigos 16 a 19, da mencionada lei, há a repartição de competências entre os entes federativos, as quais serão examinadas neste estudo.

A partir da criação do Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, adotou a tese de que é solidária a responsabilidade dos entes federados, com fundamento na possibilidade de propositura de ação judicial em face do Município, Estado e/ou União, podendo o autor da demanda optar por qual ente público ocupará o polo passivo da demanda, sendo certo que o gestor que figurar como réu será, invariavelmente, o condenado.

Essa discricionariedade desconsidera toda a estrutura administrativa do Sistema Único de Saúde, elaborada com base na capacidade econômica de cada ente federativo, pois o órgão julgador se sobrepõe a todas as regras administrativas de distribuição de competências e determina o cumprimento de obrigações, como o fornecimento de medicamentos ou a disponibilização de tratamentos médicos, que extrapolam os limites previamente delineados pela Lei nº 8.080/1990.

Nessa perspectiva, a presente pesquisa tem por objetivo analisar a organização da prestação dos serviços de saúde pública e rechaçar a tese que reconhece a



responsabilidade solidária entre Município, Estado e União, uma vez que, além da Lei nº 8.080/1990, há diversas normas editadas pelo Ministério da Saúde que indicam a qual gestor pertence determinada responsabilidade.

Desse modo, este trabalho se justifica pela necessidade de reflexão sobre a atuação judicial que, habitualmente, pretere os parâmetros definidos pelo Sistema Único de Saúde e apenas realiza um exame superficial da questão, decidindo exclusivamente com fundamento no argumento da solidariedade entre os entes federados.

Acredita-se que a observância do regramento que institui a competência de cada um dos gestores permite que se identifique o ente federativo responsável por uma específica prestação e possibilite ao julgador prestar uma tutela dotada de maior efetividade, sem que incorra em uma indevida ingerência nos Poderes Legislativo e Executivo.

Com efeito, sustenta-se a necessidade de alteração da interpretação que declara a responsabilidade solidária de todos os entes federados no que tange ao direito à saúde. Isso porque, em verdade, a Constituição Federal, em seu artigo 196, ao dispor que a saúde é dever do Estado, almejou ressaltar que todos os gestores devem garantir o acesso à saúde pública, mas não que todos detêm idênticas responsabilidades na entrega de medicamento e fornecimento de tratamentos médicos.

A elaboração deste trabalho terá como parâmetro o método dedutivo, pois a pesquisa está amparada em doutrina atinente ao tema. Para tanto, serão consultadas as principais fontes do Direito, consistentes na lei, doutrina e jurisprudência. Assim, com o intuito de fornecer parâmetros teóricos para as questões aqui aventadas, haverá a seleção de obras relativas aos direitos fundamentais, especialmente sobre o direito à saúde, em bibliotecas universitárias, bem como a pesquisa em acervo bibliográfico particular. Pretende-se, também, a consulta a artigos científicos e demais fontes eletrônicas disponíveis na Internet.

Portanto, este trabalho visa a refutar a percepção distorcida acerca das responsabilidades dos entes federativos na efetivação do direito à saúde, além de tecer considerações acerca da importância de se compreender a repartição de competências administrativas para uma adequada tutela jurisdicional.

## A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

O direito à saúde é direito fundamental e possui caráter eminentemente histórico, ou seja, sua construção e tutela deu-se de forma paulatina, fruto de esforços hercúleos empreendidos pela sociedade.

Luís Roberto Barroso (2008, p. 10), ao discorrer sobre os direitos fundamentais, aponta que:

Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

186

O processo de constitucionalização dos direitos fundamentais tem como principal marco histórico a Declaração de Direitos do povo da Virgínia (1776), Constituição dos Estados Unidos (1787) e, principalmente, a Revolução Francesa (1789), de índole liberal.

Fatigados pelos abusos e intromissões arbitrárias do soberano, a sociedade clamava por liberdade, almejando uma maior autonomia dos cidadãos frente ao déspota. Exigia-se do Estado tão somente que protegesse as liberdades individuais, os contratos e a ordem pública. Por tais razões é que a incorporação destes ideais e o conseqüente surgimento do Estado liberal tinham um feitiço fortemente estático e conservador, pois não se pretendia a construção de uma nova sociedade – desejava-se apenas o respeito às liberdades individuais, nítido ideal burguês (COMPARATO, 1989, p. 93).

Como afirma Bonavides, a Revolução Francesa era, em verdade, uma revolução da burguesia, que realizou sua própria pauta de reivindicações e universalizou-a como sendo necessidades de todas as classes – mas sempre resguardando determinados privilégios para si, como o direito ao voto (BONAVIDES,

2001, p. 72).

Buscava-se, por via oblíqua, uma igualdade formal dos cidadãos. Entretanto, as revoluções industriais e o cenário pós-guerra evidenciaram que essa liberdade pura e simples não era suficiente para proporcionar uma vida digna aos cidadãos. Neste cenário de desigualdade crescente e concentrações de poder econômico é que tornou comprometida a ideologia de igualdade de oportunidades.

Em razão disto, fez-se necessária a positivação dos direitos sociais, almejando uma atuação efetiva do Estado, na prestação de serviços e bens aos seus cidadãos, como forma de implementar uma sociedade mais justa e igualitária.

A visão dos direitos, através de uma perspectiva social, começou a ser incorporada nas Constituições Mexicana (1917) e Espanhola (1931), bem como na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da ora República Soviética Russa (1918). Elas buscavam a ruptura com o então Estado liberal e a implementação do Estado Social, de cunho intervencionista. Com isto, acreditava-se possível a implementação de um Estado que, de forma efetiva, tivesse como objetivo garantir dignidade aos seus cidadãos e distribuição de riquezas.

Os direitos sociais são legitimados pelos seguintes fundamentos jurídicos, quais sejam:

- a) a função de assegurar a liberdade, na medida em que esses direitos constituem uma condição fundamental para o exercício da liberdade individual, já que a liberdade jurídica pode cair no vazio se faltam os seus pressupostos fáticos[...];
- b) a função de assegurar a democracia, pois não são apenas condição da liberdade individual e garantes de sua defesa, mas igualmente condição e garantes da participação no processo geral de produção legislativa do Direito [...];
- c) a função de assegurar a paz: Os direitos humanos sociais possuem, além de assegurar a paz, a função de velar por ela no interior da sociedade, visto que “a redução paulatina de uma grande multidão para abaixo de um certo nível de subsistência [...] produz o crescimento da plebe” e conduziu a uma situação “da qual grandes reviravoltas certamente resultaram” [...];
- d) a função de tratamento igualitário: Os direitos humanos sociais visam, por fim, a uma relativização de situações de desequilíbrio e a uma equiparação material dos cidadãos [...];
- e) função de proteção da dignidade humana: [...]. Substancialmente, a proteção da dignidade humana exige que os cidadãos sejam preservados diante dos perigos da exploração e da opressão e que

sejam criados os pressupostos que ponham a salvo a integridade corporal e espiritual (NEUNER, 2009, p. 23-27).

Este foi o campo fértil para florescer o direito à educação, proteção ao trabalhador, seguridade e assistência sociais, moradia e, evidentemente, o direito à saúde. Todos estes direitos buscam implementar, a sua maneira, a igualdade material e objetivam uma maior distribuição de riqueza, de modo a garantir um mínimo existencial (*minimum core obligation*), a ser concretizado de forma progressiva – e sem retrocessos sociais – conforme as reais possibilidades financeiras do Estado.

O direito à saúde deve ser compreendido, conforme determinação da Organização Mundial da Saúde - OMS, como “the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008, p. 9). Este mesmo documento afirma, ainda, que o direito à saúde, ainda que direito prestacional, também compreende liberdades, quais sejam “the right to be free from non-consensual medical treatment, such as medical experiments and research or forced sterilization, and to be free from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008, p. 3).

Sendo assim, é um direito inclusivo, que vai além de acesso ao sistema de saúde, medicamentos, tratamentos hospitalares, incluindo também água potável, saneamento básico, alimentação balanceada, condições de ambiente de trabalho adequadas e igualdade de gênero.

Em decorrência de sua essencialidade e potencialidade para assegurar a igualdade material é que os Estados devem garantir o direito à saúde, observando ao menos seu núcleo mínimo existencial – denominado *minimum core obligation*. Este refere-se à prestação mínima que uma nação deve conferir aos seus cidadãos, como sendo o conteúdo intangível do qual não se pode dispor para conferir o mínimo de dignidade humana. Este ideal vem previsto no artigo 2º, 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que assim dispõe:

Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e

técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Este artigo deve, todavia, ser interpretado sob a ótica do parágrafo 10 do Comentário Geral nº 3, para que seja atingida a gramática necessária para a compreensão do tema:

[...] o Comitê entende que corresponde a cada Estado-parte uma obrigação mínima [minimum core obligation] de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado-parte no qual um número significativo de indivíduos esteja privado de uma alimentação adequada, de cuidados médicos essenciais, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está, prima facie, descumprindo as obrigações contidas no Pacto. Se o Pacto fosse lido de um modo a não estabelecer obrigações mínimas [minimum core obligation], seria ele completamente privado de *raison d'être* [razão de ser]. Analogamente, há de se advertir que toda avaliação de um Estado estar cumprindo sua obrigação mínima deve levar em conta também as limitações de recursos que se aplicam ao país de que se trata. O art. 2º (1) obriga cada Estado-parte a adotar as medidas necessárias 'até o máximo de seus recursos disponíveis'. Para que um Estado-parte seja capaz de atribuir a sua incapacidade de assegurar ao menos obrigações mínimas à inexistência de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os esforços foram feitos para usar todos os recursos que estão à sua disposição para satisfazer, com prioridade, aquelas obrigações mínimas (GOTTI, 2012, p. 77).

189

Ao ensejo, o Comitê de direitos econômicos, sociais e culturais da ONU sublinhou que fazem parte deste rol de obrigações mínimas do Estado:

- The right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups;
- Access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe;
- Access to shelter, housing and sanitation and an adequate supply of safe drinking water;
- The provision of essential drugs;
- Equitable distribution of all health facilities, goods and services. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008, p. 25).

Para a implementação deste direito, o Estado recai em obrigações de três

ordens, quais sejam, obrigações de respeitar, proteger e realizar. A primeira corresponde à abstenção de interferir direta ou indiretamente no direito à saúde. A obrigação de proteger, por sua vez, compreende o dever do Estado de prevenir terceiros de interferir no direito à saúde de outros. Por derradeiro, impõe-se ao Estado a obrigação de adotar medidas legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais, promocionais e outras medidas para implementar este direito (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2008, p. 25-26).

À guisa do exposto, observa-se que o *minimum core obligation* é a prestação mínima que o Estado deve fornecer ao seu povo. Dada sua essencialidade, não se pode opor a esse núcleo intangível a alegação de reserva do possível, sob pena de ser responsabilizado por violação dos direitos humanos – inclusive no plano internacional.

Não se pode retroceder na garantia destes direitos, pelo contrário, deve-se perscrutar sua implementação progressiva.

O princípio da vedação do retrocesso impõe que os direitos sociais – tanto na seara legislativa, como na implementação de políticas públicas – devem ser concretizados de forma progressiva, sem pioras ou despojamento daquelas prestações e garantias auferidas e consagradas em prol da comunidade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 451) defende que este é um princípio constitucional implícito decorrente de:

- a) princípio do Estado Democrático e Social de Direito – que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, abrangendo a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica;
- b) princípio da dignidade da pessoa humana – que, ao exigir a satisfação de uma existência digna para todos, tem, como efeito, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c) princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) –, que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais;
- d) a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito não é suficiente para assegurar todas as situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que decorre do art. 5º, caput, e do princípio do Estado Social e Democrático de Direito;
- e) os órgãos estatais, especialmente em respeito à segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da concretização no plano

infraconstitucional, mas estão sujeitos a certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores;

f) negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria admitir que os órgãos legislativos dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte.

Deste modo, deve-se buscar a maior eficácia dos direitos fundamentais, pautando-se nos princípios do Estado democrático de direitos e dignidade da pessoa humana, de modo a proteger o direito adquirido e conferir segurança jurídica aos cidadãos, frente às eventuais arbitrariedades estatais.

As medidas regressivas podem vir a ser adotadas, de forma excepcional – mas sempre sem atingir o *minimum core obligation*. Nesta conjuntura, o Estado deverá, sob “à luz da inversão do ônus da prova e do princípio *in dubio pro justitia socialis*, demonstrar efetivamente que a medida foi adotada em um contexto de força maior” (GOTTI, 2012, p. 156).

Sendo assim, compete ao Estado comprovar a necessidade de se tomar esta atitude involutiva, como via para proteção da totalidade dos demais direitos sociais – ainda que haja retrocesso a um direito analisado de forma individualizada, deve-se demonstrar que todas as possibilidades foram examinadas, sendo a medida escolhida a menos danosa e que os recursos foram utilizados dentro da sua disponibilidade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 109-110).

Aliado a isto, tem-se também a “reserva do possível”, que atrela a possibilidade de realização dos direitos sociais à disponibilidade orçamentária do ente federativo responsável pela implementação de determinadas políticas públicas.

Ana Paula de Barcellos aponta duas facetas da reserva do possível, a saber: a) fática, relativa à ausência real de recursos (esgotamento orçamentário); b) jurídica, que corresponde à inexistência de autorização orçamentária para determinada despesa (2008, p. 261-263).

Não se trata, aqui, de condicionar a eficácia destes direitos à existência de Erário para custeá-los. Entretanto, deve-se ter em mente que o Estado não pode ser visto como segurador universal para a infinidade de necessidades particulares de cada indivíduo. Deste modo, elegem-se políticas assistenciais básicas a serem implementadas em prol de toda a comunidade, em conformidade com as reais

possibilidades econômicas e financeiras, com intuito de garantir o mínimo existencial e dignidade humana.

Esta limitação advém, inclusive, no bojo da própria Constituição Federal, ao repartir as competências tributárias. Sendo limitadas as receitas de cada ente federativo, o mesmo deverá ser feito com a previsão das despesas em políticas públicas de saúde.

Tendo em vista que os recursos são findos e as necessidades humanas são constantes, competiu, então, ao legislador infraconstitucional, por intermédio da Lei n. 8.080/1990 (que disciplina o Sistema Único de Saúde - SUS), a repartição das competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a promoção do direito à saúde, em conformidade com suas limitações financeiras e orçamentárias, de modo a determinar as políticas públicas a serem implementadas por cada órgão, sem que os demais direitos fundamentais sejam cerceados.

## **A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS** 192

Após delinear os principais aspectos do direito à saúde, passa-se a analisar os dispositivos constitucionais e legais atinentes à responsabilidade de cada ente federado no tocante à saúde pública.

O direito à saúde é um direito prestacional, pois exige do Poder Público ações que o concretizem, o que ocorre por meio da alocação de recursos humanos e materiais. No entanto, a escassez de recursos orçamentários exige a eleição de prioridades, mesmo na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Não se pode olvidar que a saúde está diretamente vinculada ao direito à vida e, dada a sua relevância, a Constituição Federal trata do direito à saúde em seção específica. Oportuno observar a literalidade do artigo 196, o qual sempre é invocado para fundamentar a teoria da solidariedade entre os entes federativos: “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”.

Sobre a norma em questão, assevera Dirceu Pereira Siqueira (2010, p. 81-82):



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.

Como se denota, a efetivação do direito à saúde cabe a todos os entes federativos, todavia, em momento algum, o artigo 196 declara a solidariedade entre União, Estado, Distrito Federal e Município no sentido usualmente utilizado pelo Poder Judiciário, qual seja, de que a todos os entes, indistintamente, deve ser atribuída a responsabilidade pela prestação de qualquer espécie de tratamento médico ou disponibilização de medicamento.

Com efeito, a Constituição assegura a saúde como um direito fundamental social e, em virtude de integrar o mínimo existencial a uma vida digna, deve ser garantida pelo Estado, que abrange os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais devem articular ações que visem à concretização do aludido direito fundamental.

No tocante à competência legislativa, o artigo 24, XII, da Constituição Federal estabelece que compete à União, Estados e Distrito Federal legislarem de modo concorrente sobre o direito à saúde, sem prejuízo do disposto no artigo 30, I e II, que autoriza que os Municípios legislem sobre assuntos de interesse local, bem como suplementem a legislação federal e estadual no que couber. Sendo assim, o Sistema Único de Saúde adveio dessa previsão constitucional acerca da necessidade de se instituir um sistema capaz de prestar assistência à saúde em todo o território nacional.

Nessa perspectiva, ensina Dirceu Pereira Siqueira (2010, p. 86):

Por conseguinte, é de competência: da União legislar sobre normas gerais de saúde; dos Estados legislarem de forma suplementar; dos Municípios, em termos locais acerca de matéria de saúde, compondo desta maneira um sistema único com cooperação entre todos os entes da federação.

Esta forma de distribuição de competências nos parece a mais adequada em um federalismo, como no contexto brasileiro, pois atribuir à União a competência para legislar em normas gerais compreende realmente o objetivo desta, vez que irá apenas acenar para as formas com que os demais entes federativos devam seguir e,

portanto estes entes, dentro desta esfera de atuação, poderão legislar de forma a melhor efetivar o direito à saúde dentro de seu limite territorial.

Destarte, a Lei nº 8.080/1990 foi editada pela União para disciplinar a representação de cada ente federado dentro do Sistema Único de Saúde, a fim de que fossem delineados os limites dentro dos quais pudessem legislar.

Com relação à competência administrativa ou material, o artigo 23, II, da Constituição Federal estabelece ser ela comum, ou seja, deve haver a colaboração para a execução das ações referentes à saúde. Ademais, a literalidade do artigo 30, VII, da Carta Magna reitera que os Municípios também são responsáveis pela execução de serviços de atendimento à saúde, mediante a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

A respeito do tema, elucida Dirceu Pereira Siqueira (2010, p. 89):

A competência material, dentro do âmbito nacional, não está adstrita a um único ente federativo, mas sim a todos os entes da federação, ou seja, todos os entes têm a competência material no que se refere ao direito fundamental à saúde.

Com isso temos que saúde é obrigação tanto da União, como do Estado. Distrito Federal e dos Municípios, sendo que neste momento houve por parte do constituinte, um excesso de zelo e, ao mesmo tempo, uma tentativa para que não houvesse obstáculo algum no cumprimento ao direito à saúde, em função de algum dos entes federativos se eximirem do cumprimento de sua obrigação (competência material).

Contudo, cumpre salientar que não obstante o cotejo dos aludidos dispositivos constitucionais conduza à conclusão de que o modelo brasileiro de saúde pública impõe a cooperação de todos os entes federativos na execução das ações atinentes ao direito à saúde, é equivocado o entendimento de que, por ser uma competência concorrente e comum, deve a saúde ser compreendida como uma obrigação solidária a ser efetuada, indistintamente, por todas as esferas do Poder Público. Isso porque a Lei nº 8.080/1990 e diversas normas editadas pelo Ministério da Saúde indicam a qual gestor pertence determinada responsabilidade, sendo certo que os Estados e Municípios também legislam e atuam, de acordo com as diretrizes fixadas pela União.

Mister consignar que a Constituição Federal buscou resguardar a concretização

do direito fundamental à saúde, com a previsão da atuação conjunta de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a evitar que qualquer dos entes se eximisse da responsabilidade de efetivar esse direito. Oportuno se torna dizer que o mandamento constitucional, em momento algum, asseverou que todos os entes federados devem disponibilizar todos os tratamentos médicos, sem a necessidade de observar as regras de repartição de competências, as quais foram criadas com base na capacidade financeira de cada um. Vale dizer que a previsão constitucional de competência administrativa comum não importa que todos os entes federativos devam fornecer todas as espécies de medicamentos ou disponibilizar todos os tratamentos, independentemente de sua complexidade e custo.

Insta frisar, aliás, que o constituinte não utilizou o termo solidariedade para tratar do direito à saúde, mas tão somente almejou enfatizar a sua relevância e imputou a todas as esferas a adoção de medidas que garantam o direito à saúde. A tese que sustenta a responsabilidade solidária vai além do que dispõe o texto da Constituição, uma vez que presume a existência de solidariedade, o que é vedado pelo artigo 265, do Código Civil: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Convém mencionar o conceito de solidariedade previsto no artigo 264, do Código Civil: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Desse modo, constata-se que o entendimento que assevera a solidariedade na efetivação do direito à saúde vai de encontro ao que pretendeu a legislação que disciplina o SUS, tornando-a inócua, pois o Sistema Único de Saúde está ordenado em uma rede regionalizada e hierarquizada, que distribui a execução das ações de saúde.

Como se depreende, reconhecer a responsabilidade solidária dos entes federados consiste em desconsiderar toda a legislação do SUS e atribuir encargos demasiadamente onerosos a uma esfera em detrimento da outra, em total desconformidade com a intenção do constituinte e do legislador infraconstitucional, que almejaram promover o direito à saúde e não o tornar uma obrigação desproporcional à capacidade financeira dos gestores, a qual pode ser compreendida pela análise dos percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em saúde,

conforme estabelece o artigo 198, parágrafo 2º, da Constituição.

Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma (2008, p. 17):

No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência de União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a *Política Nacional de Medicamentos*. De forma simplificada, os diferentes níveis federativos, em colaboração, elaboram listas de medicamentos que serão adquiridos e fornecidos à população.

Importante assinalar que a Lei nº 8.080/90 traz apenas diretrizes para a organização dos serviços de saúde, sendo imprescindível o conhecimento das normas de repartição de competências fixadas em Portarias do Ministério da Saúde, sem prejuízo de atos normativos expedidos pelos gestores estaduais e municipais.

De tal sorte que há a necessidade de todos os operadores do Direito conhecerem as principais normas que regem o funcionamento do Sistema Único de Saúde, dentre as quais se destacam a RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, RENASES - Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde, que abordam, respectivamente, os medicamentos e procedimentos disponibilizados pelo SUS, bem como as Normas Operacionais Básicas, Normas Operacionais de Assistência à Saúde, as Portarias do Ministério da Saúde, notadamente a de nº 1.554/2013 (Componente Especializado da Assistência Farmacêutica) e seus anexos, regramentos estes que distribuem entre os gestores a responsabilidade pelo fornecimento dos fármacos indicados para a referida linha de tratamento, além da Portaria nº 2.084/2005, que trata da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

Importante consignar, também, que os mencionados atos normativos são revisados periodicamente, a fim de inserir e/ou excluir medicamentos ou procedimentos da seara da saúde pública. Em virtude disso, é imperioso enfatizar a importância de advogados, promotores e magistrados analisarem o regramento do SUS, com a finalidade de demandarem o ente federativo realmente omissos ou que atuem de forma insuficiente, dentro da estrutura proposta pela Lei nº 8.080/1990 e atos normativos que a complementam, sob pena de o Poder Judiciário incorrer em indevida

ingerência no Legislativo e no Executivo.

Aliás, o Conselho Nacional de Justiça promoveu a I Jornada de Direito da Saúde, com o intuito de discutir questões atinentes ao direito à saúde e auxiliar a atuação dos operadores do Direito. Na oportunidade, aprovou o enunciado 8, que corrobora o delineado: “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores”.

Portanto, ante as considerações tecidas, não se sustenta uma responsabilidade solidária dos entes federativos, pois o Sistema Único de Saúde deve ser concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada, na qual cada gestor detém competências específicas e determinadas pela legislação que disciplina o SUS. Sendo assim, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em desacordo com os ditames da Lei nº 8.080/1990 e atos normativos expedidos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios tornam inócua a organização do sistema, além de imputar a ente diverso a obrigação de fornecer um medicamento ou disponibilizar um procedimento, desrespeitando a capacidade financeira desse ente federativo.

197

### **A ATUAÇÃO JURISDICIONAL PAUTADA NA POLÍTICA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Demonstrados alguns dos argumentos contrários à admissão da responsabilidade solidária entre os entes federativos no tocante ao direito à saúde, passa-se a analisar os aspectos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para que haja uma adequada tutela da saúde, mediante a aplicação conjugada dos preceitos legais que regem o Sistema Único de Saúde.

Desde a implementação do Sistema Único de Saúde, o Poder Judiciário tutela o direito à saúde por meio de determinações à Administração Pública para que disponibilize todos os tipos de medicamentos e procedimentos ao jurisdicionado. Essa intervenção judicial está amparada na força normativa da Constituição, todavia, ela necessita estar pautada em critérios para que, de fato, haja a promoção dos direitos fundamentais de todos e não somente daqueles que buscam o Poder Judiciário.

Convém ressaltar que cabe aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a

promoção dos direitos fundamentais, sendo certo que o Judiciário deve atuar nas hipóteses de omissão na criação ou efetivação de políticas públicas de saúde. De tal sorte que o Poder Judiciário está legitimado a exercer o controle apenas da legalidade dos atos administrativos, de modo que não há qualquer espécie de ilegalidade a ser sanada no caso de um ente federativo alegar ser incompetente para disponibilizar o tratamento médico pleiteado e indicar o gestor responsável, pois essa conduta está em consonância com os ditames da legislação do Sistema Único de Saúde.

A propósito, é a lição de Luís Roberto Barroso (2008, p. 11):

Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. E democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isso ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo -, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

198

Consoante delineado anteriormente, a Constituição atribuiu competência administrativa comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o que significa que todos devem executar políticas de saúde, mediante cooperação. No entanto, os magistrados compreendem a competência comum como sinônimo de responsabilidade solidária, que, em verdade, são institutos distintos.

Sob essa ótica, Luís Roberto Barroso preconiza (2008, p. 15):

A atribuição de *competência comum* não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Nessa seara, vale dizer:

Nas demandas judiciais para o acesso às ações e serviços de saúde é necessário ponderar sobre a existência de normas de repartição da competência entre os gestores, para que se possa fixar a responsabilidade de cada gestor.

Um entendimento inflexível quanto à solidariedade atenta contra os princípios e diretrizes **da eficiência** da administração pública, **da descentralização político-administrativa**, **da regionalização e hierarquização** da rede de serviços de saúde, todos contemplados constitucionalmente (GEBRAN NETO, DRESCH, 2013, p. 18, grifos dos autores).

Com efeito, a atuação jurisdicional deve se atentar à repartição de competências estabelecida pelo Sistema Único de Saúde, de modo que a previsão constitucional de competência comum não importa que todos os entes federativos devam fornecer todos os tipos de medicamentos ou disponibilizar todos os tratamentos, independentemente de sua complexidade e custo. Isso porque o Sistema Único de Saúde é regido pela Lei nº 8.080/1990 e implementado por diversos atos normativos expedidos pelos gestores.

199

Corroborando o exposto o ensinamento de Luís Roberto Barroso (2008, p. 20):

Como se pode perceber da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes.

No mesmo sentido:

Não se olvida que o direito à saúde tem assento constitucional, não sendo exigível que a sua fruição se perca nos muitos escaninhos existentes no serviço público. Entretanto, também deve ser valorizada a opção legislativa daqueles democraticamente eleitos para o estabelecimento de políticas públicas as quais devem, segundo as possibilidades financeiras e políticas, organizar a prestação do serviço, de modo a distribuir equitativamente os direitos prestacionais sociais, analisando as necessidades e elegendo

prioridades, de modo a maximizar a eficácia, a isonomia e a economicidade da política pública de saúde.

Se, dentro do quadro constitucional, foi organizado pelo legislador infraconstitucional o modo de prestação material deste direito fundamental, deve ser concedida pelo Poder Judiciário deferência a esta política pública, desde que atendidos os demais preceitos constitucionais (GEBRAN NETO, DRESCH, 2013, p.6)

Destarte, a atividade jurisdicional deve ter como parâmetros as opções formuladas pelo Legislativo e pelo Executivo, sob pena de incorrer na prevalência da microjustiça sobre a macrojustiça, isto é, tutelar os interesses de um indivíduo em detrimento dos direitos das demais pessoas, desconsiderando a estrutura de ações e serviços de saúde construída pelos gestores.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2008, p. 23):

Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.

200

Cumprido salientar a necessidade de serem utilizados critérios que tornem racional e uniforme a atuação judicial nos casos relativos ao direito à saúde, uma vez que o Poder Judiciário é uníssono em afirmar, ao interpretar o artigo 196, da Constituição, que a responsabilidade é solidária, quando, em verdade, trata-se tão somente de competência administrativa comum aos entes federativos a prestação de serviços públicos de saúde, dentro de um rol de responsabilidades previamente pactuadas pelo sistema.

Nessa perspectiva, ensina Luís Roberto Barroso (2008, p. 34, grifo do autor):

Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los *solidariamente*, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos.



Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o polo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por este ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.

A título de argumentação, o direito à educação também é um direito social fundamental, cuja competência administrativa é comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 23, V, da Constituição. Frise-se, ainda, que o artigo 205 assinala, com gramática análoga ao artigo 196, da Constituição, que a educação é direito de todos e dever do Estado. No entanto, ao contrário do direito à saúde, os operadores do Direito se pautam nas disposições da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e compreendem que há a repartição de competências na disponibilização da educação pública. Contudo, inexplicavelmente, raciocínio diverso é aplicado nas demandas que versam sobre saúde.

Com efeito, Luís Roberto Barroso estabelece alguns parâmetros para uma tutela jurisdicional racional e uniforme: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos; a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas, sendo que: a) o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos, b) o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil, c) o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo, d) o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida; quanto à legitimação, o ente federativo que deve figurar no polo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido (2008, p. 32-34).

Os parâmetros mencionados por Luís Roberto Barroso são essenciais para operacionalizar o Sistema Único de Saúde nos moldes fixados pelos entes federativos, pois visam a uniformizar as decisões sobre litígios que envolvem o direito à saúde e conter o impacto nos orçamentos públicos, os quais, normalmente, são compelidos a arcar com tratamentos de responsabilidade de outro gestor ou, ainda, disponibilizar fármacos ou procedimentos médicos não constantes das listas oficiais dos entes

federativos, elaboradas com fundamento em estudos que comprovem a eficácia do tratamento e em suas limitações orçamentárias.

Interessante acentuar o posicionamento de Luís Roberto Barroso (2008, p. 28):

Presume-se que o Legislativo e o Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.

Vale destacar, outrossim, que o referido autor, ao tratar da questão da judicialização da saúde, pondera que não poderia haver interferência casuística do Judiciário no fornecimento de tratamentos que não constem de lista oficial (2008, p. 30), no entanto, ressalva que o rol de medicamentos e procedimentos das listas pode ser modificado, por meio discussão em sede de ações coletivas, cujas sentenças trarão benefícios a maior número de indivíduos, garantindo-se a igualdade e a universalidade no atendimento.

Segundo o Ministro Barroso (2008, p. 32):

Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Judiciário estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente.

A Lei nº 8.080/1990, que estabelece as diretrizes do Sistema Único de Saúde, cria regras mínimas de organização e hierarquia entre os órgãos de saúde federais, estaduais e municipais, com o objetivo de não sobrecarregar as unidades federadas menos abastadas – no caso, os Municípios – com a manutenção de programas que envolvam procedimentos de média e alta complexidade, bem como de alto custo, os quais poderiam prejudicar o atendimento aos programas de atenção básica à saúde.

Não obstante os operadores do Direito, especialmente os magistrados, mostrem-se relutantes à observância das regras de repartição de competências

estabelecidas pelo SUS, o Conselho Nacional de Justiça tem orientado, por meio dos enunciados aprovados nas Jornadas de Direito da Saúde, a atividade jurisdicional, a fim de conter eventuais distorções no momento de julgar demandas atinentes à saúde. Insta frisar que os enunciados não possuem efeito vinculante, pois apenas consistem em vetores interpretativos para a resolução dos problemas referentes à judicialização do direito à saúde.

Com relação à necessidade de o Poder Judiciário compreender que as listas oficiais foram elaboradas com fundamentos em estudos científicos e, por essa razão, devem amparar as decisões judiciais, a I Jornada de Direito de Saúde aprovou os enunciados nº 12 e 14, respectivamente, os quais privilegiam as políticas públicas de saúde implementadas:

A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses, e fazendo referência também à situação do registro na Anvisa.

Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Consoante demonstrado, o conhecimento do funcionamento da estrutura do Sistema Único de Saúde depende da análise das listas oficiais de tratamentos médicos elaboradas pelos gestores, além dos atos normativos periodicamente expedidos, os quais indicam a qual ente federativo deve ser imputada a responsabilidade em cada caso.

Corroborá Luís Roberto Barroso (2008, p. 34-35):

Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre

União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição, do polo passivo em tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.

Em virtude disso, sempre que houver dúvida quanto à competência para a disponibilização tratamento, o magistrado poderá determinar a apresentação de informações detalhadas ao gestor do SUS. Nesse sentido, dispõe o enunciado nº 13, da I Jornada de Direito da Saúde:

Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

Para evitar a excessiva ingerência do Judiciário, os advogados e demais operadores do Direito também devem conhecer a estrutura do Sistema Único de Saúde e direcionar a demanda ao ente federativo responsável pela prestação do procedimento médico pleiteado. Isso porque, consoante explanado anteriormente, não há que se afirmar a existência de uma responsabilidade solidária, mas tão somente a obrigação de todos os entes implementarem políticas públicas para a efetivação do direito à saúde.

De tal sorte que as decisões judiciais que desprezam o conteúdo das regras do SUS acarretam o indevido deslocamento de verba de um ente, que já possui as suas atribuições dentro da rede pública de saúde, para suprir as omissões de outros gestores que não utilizam o seu orçamento para a consecução dos objetivos que lhe foram estipulados pela sistemática de saúde pública, mediante prévia análise de suas condições administrativas e financeiras. Nesse viés:

Observa-se que o crescente número de ações judiciais propostas com o fim de garantir o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público tem sido motivo de preocupação para os gestores de saúde em todos os níveis federativos [...].

Em âmbito estadual e municipal, a situação é semelhante, havendo inúmeros exemplos de entes municipais que tiveram toda a sua verba de saúde aplicada em um único atendimento determinado pela via judicial. Ainda, pela facilidade com que vem sendo obtidos

medicamentos pela via judicial, é favorecido o surgimento de uma enorme variedade de fraudes e a criação de necessidades inexistentes e artificiais, com apoio do lobby da indústria farmacêutica, contrariando a orientação da Organização Mundial de Saúde (OMS) para o uso racional de medicamentos.

A preocupação dos gestores de saúde com a “Judicialização do SUS” vai além do impacto financeiro, mas, conforme já exposto neste ensaio, gera a desorganização e desestruturação de todo um sistema, com claro prejuízo às determinações públicas de saúde (SOUZA; MATTOS, 2011, p. 253).

Portanto, é evidente que, além da legislação atinente ao Sistema Único de Saúde, o próprio Conselho Nacional de Justiça estabelece parâmetros para a atuação judicial, a fim de que se torne uniforme e condizente com as diretrizes da rede de saúde pública.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo exposto, constatou-se que o direito à saúde é rebento de uma conquista histórica da população em prol de uma sociedade igualitária, livre e democrática, que salvaguarda a dignidade humana de todos os seus cidadãos.

Para que os direitos sociais – e as políticas públicas consecutórias – efetivem o máximo de direitos fundamentais possíveis e, concomitantemente, abranjam todos os cidadãos, indistintamente, é preciso que o Judiciário, diante de eventual inércia do Executivo, observe a repartição das competências estabelecida para a tutela do direito à saúde, que fora fixada em consonância com limitações financeiras e orçamentárias de cada ente, de modo que os demais direitos fundamentais não sejam cerceados.

Por óbvio, não se teve por objetivo condicionar a efetividade do direito à saúde à presença de verbas públicas para financiá-lo, nem criticar a judicialização desse direito. Pelo contrário, o Judiciário deve se imiscuir e tutelar os direitos sociais, principalmente ante a mora do Executivo. Todavia, esta atuação deve ser pautada dentro da legalidade e legitimidade, observando a repartição de competências elaborada pelo Legislativo e pelo próprio Executivo, este por meio de atos normativos expedidos pelos gestores, em conformidade com as possibilidades de cada ente federativo.

Ocorre que, por compungidos pela situação que lhes é apresentada, os juízes não

medem esforços para solucionar a lide em prol da parte desafortunada – o que conduziu, inclusive, a interpretação equivocada de que por ser uma competência concorrente e comum, a obrigação de efetivar o direito à saúde teria caráter solidário (em descompasso com o que preceitua o Código Civil), mesmo não tendo nem o legislador, nem o constituinte usado gramática que possibilitasse esta interpretação.

Para solucionar esta celeuma, é preciso que o Judiciário observe as listas definidoras da competência de cada órgão, conforme os medicamentos e tratamentos nelas constantes – e esta poderia, inclusive, ser alterada, por meio de ação coletiva, para incluir medicamentos com eficácia comprovada, disponíveis no país realmente indispensáveis para a manutenção da vida, dando-se preferência aos genéricos.

Além do Judiciário, é preciso que os próprios advogados, ao pleitearem a prestação de algum medicamento ou tratamento médico observem, quando da elaboração da exordial, qual o ente responsável pela dispensação do bem almejado.

Aliado a isto o abandono de uma visão excessivamente paternalista do Estado – como segurador universal para todo e qualquer risco – também é preciso, para que se cobre dele somente a proteção daqueles riscos estabelecidos pelo Legislativo e Executivo – que realmente detêm legitimidade democrática – de forma a não onerar excessivamente determinados entes, comprometendo verbas que seriam destinadas à efetivação de outros direitos sociais.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Ed. Trotta, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude\\_-\\_judicializacao\\_-\\_Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *I Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENRIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *II Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf\\_](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf_)>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a emenda Constitucional nº 81, de 05 de junho de 2014. 19ª edição. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. *Promulga o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm). Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. 19ª edição. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013. **Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554\\_30\\_07\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html). Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.084/GM de 28 de outubro de 2005. **Estabelece normas, responsabilidades e recursos a serem aplicados no financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica e define o Elenco Mínimo Obrigatório de Medicamentos**. Disponível em: <[http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexo\\_3\\_3\\_003.pdf](http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexo_3_3_003.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES 2012*. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Protocolos/Renases2012.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME 2014*. Disponível em:

<[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_essenciais\\_rename\\_2014.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_essenciais_rename_2014.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. **A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde**. Disponível em: <[http://www.idisa.org.br/img/File/GEBRAN-RESPONSABILIDADE\\_SOLID%C3%81RIA-7-12-13.pdf](http://www.idisa.org.br/img/File/GEBRAN-RESPONSABILIDADE_SOLID%C3%81RIA-7-12-13.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2015.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. IN: *Revista Direito Público*, Porto Alegre, n. 26, p. 18-41, mar./abr. 2009.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad.: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

208

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela Coletiva do Direito à Saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

SOUZA, Gelson Amaro de; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo judicial e políticas públicas de saúde: o impacto da tutela jurisdicional de medicamentos no SUS. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. **Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade - uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. 1ª edição. Birigui: Boreal Editora, 2011, p. 239-257.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The Right to Health**. Disponível em: <[http://www.who.int/hhr/activities/Right\\_to\\_Health\\_factsheet31.pdf?ua=1](http://www.who.int/hhr/activities/Right_to_Health_factsheet31.pdf?ua=1)>. Acesso em: 26 maio 2015.

**ESTADO, RESPONSABILIDADE E PROIBIÇÃO DO  
RETROCESSO: COMENTÁRIOS AO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 727.864/PR**

*Fabício Fracaroli PEREIRA*<sup>16</sup>



## RESUMO

O presente artigo teve por finalidade abordar o conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864/PR, quando o Supremo decidiu pela obrigação do Estado do Paraná de arcar com as despesas referentes a serviços prestados por hospitais particulares a pacientes beneficiários do Sistema Único de Saúde (SUS), quando atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) em casos em que não existem vagas na rede pública de saúde, em respeito à Constituição da República brasileira e ao fundamental direito à saúde, assim como os conexos direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Vida. Saúde. Estado. Responsabilidade. Proibição de retrocesso.

## RESUMEN

Este trabajo tiene objetivo de abordar el contenido de la decisión del Tribunal Supremo en Recurso Extraordinario 727.864/PR, cuando el Supremo decidió por la obligación del Estado de Paraná de sufragar los gastos relacionados con los servicios prestados por los hospitales privados para pacientes beneficiarios el Sistema Único de Salud (SUS), al ser atendido por el Servicio de Atención Móvil de Urgencia (SAMU) en los casos en que no hay vacantes en el sistema de salud pública, por respeto a la Constitución y el derecho fundamental a la salud, así como derecho conexo a la vida y a la dignidad humana.

**PALABRAS CLAVES:** Derechos fundamentales. Vida. Salud. Estado. Responsabilidad. Prohibición del retroceso.

## INTRODUÇÃO

*Eu não tenho pátria, tenho mátria;  
E quero frátria.*

**Caetano Veloso**

O presente artigo teve por finalidade abordar conteúdo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 727.864/PR. Nessa oportunidade, o Supremo decidiu pela obrigação do Estado do Paraná de arcar com as despesas referentes a serviços prestados por hospitais particulares a pacientes beneficiários do Sistema Único de Saúde (SUS), quando atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) em casos em que não existem vagas na rede pública de saúde.

Em evidente situação de judicialização da política, tema trabalhado logo no primeiro tópico deste ensaio, o STF reforçou seu compromisso, comum a todo o Estado, de proteger e concretizar direitos fundamentais, notadamente em matéria de direito à saúde, conexo ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Na decisão, foi solidificado o entendimento acerca da legitimidade do Ministério Público em pleitear judicialmente a execução de políticas públicas em matéria de saúde, no exercício de suas funções institucionais constitucionalmente previstas, tal qual o dever de proteção aos direitos indisponíveis e o zelo aos serviços de relevância pública, como os são os relacionados ao direito à saúde.

Também foram esboçadas considerações sobre a legitimidade da atuação judicial no caso de omissões inconstitucionais, bem como tecidas anotações sobre o conflito entre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, para, ao final, abordar o tema da proibição do retrocesso.

## JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

210

Em todo o mundo, as democracias tem experimentado uma hipertrofia do Poder Judiciário.<sup>17</sup> No Brasil não ocorreu de forma diferente.

A partir do advento da Constituição da República, promulgada aos 05 de outubro de 1988 e que representa marco histórico do processo de restauração democrática no país, o Judiciário deixou de se apresentar como uma estância tipicamente técnico-burocrática de apreciação de demandas e passou a se sobressair na composição do Poder político estatal e na garantia de direitos.

O novo modelo institucional inaugurado pela Constituição de 1988 permitiu uma maior atuação dos segmentos da sociedade perante o Poder Judiciário em busca da concretização de seus direitos, notadamente dos direitos fundamentais.<sup>18</sup>

---

17 Ver: CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, v.5, n.9, p. 105; Protagonismo judiciário responsável. *Revista Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP*, nº 16, 2012, o. 88; CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 237, nov./2014.

18 CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 237, nov./2014. p. 436.

Mas esse fenômeno não pode ser considerado como exclusividade brasileira. Percebe-se que há forte relação com o que Santos<sup>19</sup> designou de “curto-circuito histórico”, ocorrido nos países em desenvolvimento, ou seja, com a conjuntura observada pelas sociedades periféricas e semiperiféricas quando da passagem de regimes autoritários para regimes democráticos.

Com o processo de democratização das sociedades não pertencentes ao centro do sistema socioeconômico, foram incluídos abruptamente nas Constituições desses países uma série de direitos que, nos países desenvolvidos, sucederam mediante longo processo histórico e gradual implementação. A evolução dos direitos fundamentais, nestes países, é bem representada pela sua tradicional classificação em dimensões<sup>20</sup>.

A constitucionalização de tamanho conjunto de direitos sem o respectivo respaldo de políticas públicas e sociais abriu espaço para uma maior atuação judicial, de modo que foram atribuídos novos papéis à atividade jurisdicional, especialmente com a finalidade de resolver conflitos sociais.<sup>21</sup>

Esse fenômeno foi denominado de “judicialização da política”, e tem por característica marcante a transferência de poder das instâncias tipicamente políticas para juízes e tribunais<sup>22</sup>. A judicialização da política, portanto, ocorre “sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política”.<sup>23</sup>

Assim, compete ao Judiciário, de maneira categórica – como é de responsabilidade do Estado como um todo, diga-se de passagem – realizar a Constituição. Ou seja, ele é encarregado concretizar os valores e fins

---

19 SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 26.

20 Sobre as dimensões, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

21 SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 26. CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 237, nov./2014. P 436.

22 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidade Jurídica*: revista eletrônica da OAB, Brasília, n. 4, janeiro / fevereiro de 2009. p. 03; VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora*, Vol. 1, n. 04, outubro e novembro/2009. p. 45.

23 SANTOS. *Op. cit.* p. 26.

constitucionalmente resguardados, ainda que, na realização de tal mister, entre em confronto com os demais Poderes<sup>24</sup>.

A partir de construções teóricas oriundas da evolução do Estado e do direito constitucional, como a supremacia e a força normativa da Constituição, solidificou-se que todos os Poderes do Estado – seja o Judiciário, como o Executivo e o Legislativo – assim como os demais órgãos da administração, sejam de caráter de direito público ou privado, devem estar submetidos aos ditames constitucionais e aos direitos fundamentais.<sup>25</sup>

Diante disso, a partir do momento em que uma questão é disciplinada por uma norma de natureza constitucional, ela se transforma em uma – possível – pretensão jurídica, cuja concretização pode ser exigida por intermédio de uma ação judicial<sup>26</sup>; isto é, referida questão pode ser judicializada.

Não obstante, é patente que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre suas atividades, com a finalidade de impedir a preponderância de um ou mais órgãos sobre outro, o que provavelmente acarretaria em sérios riscos para a democracia e para os direitos fundamentais<sup>27</sup>.

Desta feita, os três Poderes necessariamente são intérpretes da Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. Ocorre que, na estrutura institucional atual, pautada pelo princípio da separação dos poderes – pelo qual as funções preponderantes relativas à administração, legislação e jurisdição são de competência de órgãos diferentes –, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, ou mesmo no caso de omissão legislativa, assim como na carência ou deficiência (que também se caracteriza como omissão) na implementação de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente resguardados, a palavra final é do Judiciário.<sup>28</sup>

---

24 BARROSO, *Op. cit.* p. 03.

25 BREGA FILHO, Vladimir; PINTO, Tais Caroline . O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais. *In: Terezinha de Oliveira Domingues; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). Direitos Sociais e Políticas Públicas. I. 1ed.* Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 11.

26 BARROSO, *Op. Cit.* p 03

27 BARROSO *Op. Cit.* p. 12

28 *Idem, ibidem.*

Nota-se, portanto, que o papel do Estado na concretização das propostas e promessas constitucionais no que diz respeito aos direitos fundamentais tem sido objeto de constante reivindicação social. Ante a progressiva conscientização da população acerca de seus direitos, corroborados pelos inúmeros movimentos em defesa do pleno acesso à justiça, a sociedade, cada vez mais, vem cobrando dos poderes públicos a devida eficiência e bom trato em relação aos assuntos interesse comum da sociedade, assim como no tocante às demandas coletivas<sup>29</sup>.

E isso se dá, muitas vezes, por intermédio de uma demanda judicial, pois cada vez mais o Poder Judiciário coloca-se à frente de diferentes questões da sociedade, dada sua característica de poder ser mais maleável na adaptação conforme a dinâmica da transformação dos valores e das práticas emergentes<sup>30</sup>.

Como o direito à vida, e o conexo direito à saúde, consistem em bens jurídicos essenciais ao ser humano, sem os quais não é possível o pleno exercício dos demais direitos, o constituinte os elencou como direitos fundamentais, e atribuiu ao Estado o dever de garantir sua promoção e prevenção.

Chega-se, portanto, ao tema central do presente ensaio, que diz respeito ao compromisso do Estado de proteger e concretizar o direito à vida, em geral, e à saúde, em particular, ambos direitos fundamentais, assunto objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do Recurso Extraordinário com Agravo 727.864/PR.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE APONTAMENTOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>31</sup>**

Os direitos fundamentais representam valores historicamente adquiridos mediante lutas e revoluções contra o poder absoluto, e consistem no resultado da oposição contra inúmeras violações e desrespeitos ao ser humano e à sua dignidade.

---

29 ALVES, Paulo; ALVES, Aline Cristina. Poder Judiciário e judicialização: proposições para uma pesquisa. *Revista Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP*, n° 08, 2008. p. 82.

30 *Idem, Ibidem.*

31 Parte das ideias constantes deste tópico foram desenvolvidas no artigo: PEREIRA, Fabrício Fracaroli. A jurisdição com instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. *Anais do III Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*, Jacarezinho/PR, 2013.

Eles correspondem aos direitos basilares de determinada sociedade, pois integram a essência do Estado constitucional. Na clássica subdivisão tripartite do núcleo material das constituições modernas (limitação do poder, garantias de direitos fundamentais e separação dos poderes), percebe-se que os direitos fundamentais fazem parte não apenas da Constituição formal, mas também constituem elemento nuclear da Constituição material<sup>32</sup>.

Por conseguinte, recebem proteção tanto do legislador ordinário quanto do poder constituinte reformador, sendo parte do centro intangível constitucional, ao qual se atribuiu a denominação de cláusulas pétreas (nos termos do artigo 60, §4º, da Constituição brasileira, não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional destinada a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, bem como os direitos e garantias individuais).

Portanto, os direitos fundamentais não correspondem apenas a direitos individuais subjetivos, com perfil marcadamente individualista (característica do liberalismo); representam, igualmente, valores objetivos que se disseminam por todo o ordenamento jurídico, orientando sua atuação e permitindo sua compreensão, irradiando-se perante toda a sociedade.

É nesse sentido que se torna possível compreender a necessidade da interpretação da legislação pátria, incluindo as demais normas constitucionais, sempre em conformidade com os direitos fundamentais.

A fim de atender aos objetivos específicos do presente trabalho, importa discorrer sobre a subdivisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa e de prestação. Trata-se do que se costuma denominar de multifuncionalidade dos direitos fundamentais<sup>33</sup>.

Os direitos de defesa correspondem aos direitos que os indivíduos possuem contra as ingerências advindas do Estado. Representam a necessidade de respeito e

---

32 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58.

33 Ver: SARLET, *Op. cit.*, p. 155; MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenador). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

abstenção por parte dos poderes públicos, pelo que são caracterizados em sua essência como *direitos negativos* e abrangem, além da liberdade e igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade, notadamente ligados à primeira dimensão dos direitos fundamentais<sup>34</sup>.

Os direitos a prestação, por sua vez, ramificam-se em direitos a prestações em sentido amplo (os quais se subdividem em direitos à proteção e em direitos à participação na organização e procedimento) e em direitos a prestações em sentido estrito. Presumem o cumprimento, pelo Estado, de obrigações de ordem material e jurídica.

É justamente no tocante aos direitos fundamentais a prestações, cujas raízes se situam na evolução do Estado de Direito liberal-burguês para um Estado Social e Democrático de Direito, que o problema quanto à efetividade torna-se mais visível, em especial à parcela da população que possui menores condições financeiras e que deles mais dependem, eis que existem limitações de ordem econômica e jurídica para sua efetivação.

A garantia dos direitos a prestações geram dispêndios ao Estado, o que muitas vezes implica na sua retração perante demandas (sejam legislativas, executivas ou mesmo judiciárias) desta natureza e, conseqüentemente, na falta de efetividade destes direitos.

São direitos que experimentaram uma fase de baixa normatividade, e que outrora foram classificados como meras normas programáticas, ou seja, programas futuros voltados à atuação dos órgãos estatais, de forma que não havia, para sua concretização, instrumentos processuais semelhantes àqueles utilizados para proteção dos direitos de liberdade.

Não obstante, depois de atravessarem essa crise de observância e execução, houve uma evolução na garantia de sua efetividade, diante da formulação de preceitos constitucionais de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, tal como ocorre com o artigo 5º, §1º, da Constituição brasileira.<sup>35</sup>

---

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, Revista Diálogo Jurídico, Ano I, v. I, n. 1, abril de 2001, p. 14.

35 BREGA, *Op. cit.*, p. 03.

E é exatamente nessa categoria – direitos de prestação em sentido estrito – que se enquadram os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, ora abordado.

## **DIREITO À VIDA E À SAÚDE**

O direito à vida, já considerado o mais fundamental dos direitos fundamentais, pois que consiste em pressuposto de existência e exercício de todos os demais direitos<sup>36</sup>, é assegurado pela Constituição brasileira que, no seu artigo 5º, garante a todos – brasileiros e estrangeiros – sua inviolabilidade.

Trata-se de direito subjetivo de defesa, associado a um direito à conservação e ao desenvolvimento digno da vida, pois que indiscutível o direito dos indivíduos afirmarem seu inato direito de viver, com a garantia da inviolabilidade por parte do Estado e pelos demais indivíduos, titulares do mesmo direito. Com isso, ressalta-se também sua dimensão protetiva<sup>37</sup>.

Está intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa brasileira e que, diferentemente do que ocorre com as demais normas jurídicas e, de maneira especial, as de natureza fundamental, não se trata de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas sim de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, constituindo o valor próprio que o identifica como tal.<sup>38</sup>

A dignidade humana consiste, portanto, em uma condição inerente e irrenunciável da própria natureza humana, razão pela qual deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. Por isso, representa simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais.<sup>39</sup>

A vida, assim, constitui um pressuposto essencial da qualidade de pessoa. Com a vida, o ser torna-se pessoa, sujeito de direitos e, acima de tudo, dotado de dignidade pelo simples – mas extremamente complexo – fato de existir, de *ser* humano.

---

36 ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. O direito à vida. *Revista Scientia Iuris*; Londrina: Eduel, 2004. p. 344.

37 *Idem*, p. 343.

38 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7.ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

39 SARLET, *Op. Cit.*, p. 47-52.



Há, pois, a superação da mera concepção de o direito à vida se tratar um direito subjetivo, de modo que deve ser tutelada publicamente, independente da vontade dos indivíduos<sup>40</sup>. Por possuir uma íntima ligação com a dignidade, o direito à vida, ou à plenitude da vida, não é apenas o direito de sobreviver, mas de viver dignamente<sup>41</sup>.

Do direito à vida digna e sua manutenção, decorre o direito à saúde.

O direito à saúde, cuja previsão constitucional nos remete inicialmente ao artigo 6º da CR (capítulo “Dos Direitos Sociais”), constitui direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas visando sua promoção e a prevenção de doenças (art. 196, CR).

Trata-se de direito fundamental, logo, de aplicabilidade imediata<sup>42</sup>, e está incluído na categoria de direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão), ligados aos denominados direitos à prestação do estado perante os indivíduos.

Diante da amplitude e importância do tema, o direito à saúde compreende não apenas ações voltadas ao combate de doenças, ou ao acesso hospitalar.

Como a própria Constituição prevê, em seu artigo 196, e por se tratar de desdobramento do direito à vida e à dignidade humana, a efetivação do direito à saúde demanda atuação do Poder Público no sentido de promover e implementar políticas públicas voltadas ao acesso universal, igualitário e gratuito à assistência médica, farmacêutica e hospitalar. Percebe-se que compete ao Estado, para além de apenas formular tais políticas, zelar pela sua efetiva realização.

Outrossim, destaca-se também a necessidade de medidas de caráter preventivo a serem adotadas pelo Estado em prol da efetivação do direito ora debatido, e não apenas sua atuação voltada à repressão de enfermidades.

Questiona-se acerca da natureza do direito em discussão – se individual ou transindividual. A princípio, pode-se defender uma natureza individual deste direito. Contudo, diante de uma análise mais aprofundada sobre o tema, vislumbra-se a natureza coletiva (em sentido amplo) do direito à saúde, pois que se enquadra na categoria de direito difuso, marcado pela indivisibilidade bem tutelado, isto é,

---

40 ROBERTO, *Op. Cit.*, p. 343.

41 ROBERTO, *Op. Cit.*, p. 347.

42 Art. 5º, §1º, CR: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

quando uma única ofensa ao bem jurídico tutelado, por possuir natureza indivisível, prejudica a todos, assim como uma solução a todos beneficia<sup>43</sup>. Outra característica que merece ser destacada é a indeterminação dos sujeitos, eis que essa categoria de direito abrange um número impreciso de pessoas ligadas entre si por vínculos de fato.

Como já mencionado, por se tratar de direito prestacional do Estado, correlacionado a uma coletividade de pessoas a ele pertencentes, logo, titulares deste direito, defende-se sua natureza transindividual, atentando para ressalvas no tocante à possibilidade de, quando referente especificamente a um determinado indivíduo, sua natureza individual prevalecer.

Ressalta-se tal posicionamento diante da previsão constitucional acerca da universalidade do direito à saúde (art. 196, CR. A saúde é direito de todos e dever do Estado), bem como sua relevância pública (art. 197, CR).

Tendo em vista o dever estatal de assistência e proteção à saúde, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela obrigação do Estado do Paraná de arcar com as despesas referentes a serviços prestados por hospitais particulares a pacientes beneficiários do Sistema Único de Saúde (SUS), quando atendidos pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) em casos em que não existem vagas na rede pública de saúde, decisão que será objeto de breves considerações a seguir.

218

### **ESTADO, RESPONSABILIDADE E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO: COMENTÁRIOS AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 727.864/PR**

O Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do Recurso Extraordinário com agravo (ARE) 727864, mantendo a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ-PR), entendeu ser legítima a atuação do Poder Judiciário ao garantir a concretização do direito à saúde, insculpido na Constituição e dotado de caráter fundamental.

O caso iniciou-se com a propositura de Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Estado do Paraná a fim de obrigar o Estado a arcar com as despesas

---

43 BELINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses Difusos, Coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *In Estudos de Direito Processual Civil*, Ed. RT, 2005, págs. 666/671.

referentes aos serviços prestados por hospitais particulares a pacientes beneficiários do SUS, quando atendidos pelo SAMU, no caso de inexistência de vagas na rede pública.

De acordo com a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, citando precedentes da Corte, o Supremo reforçou a obrigação do Estado de proporcionar aos cidadãos o pleno exercício do direito à saúde.

Nos termos da decisão, “a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”<sup>44</sup>.

A determinação, que diz respeito ao município de Cascavel e cerca de setenta municípios vizinhos, representa importante passo na consolidação do entendimento sobre a responsabilidade do Estado de concretizar os direitos fundamentais previstos pela Constituição da República, seja pelas instâncias governamentais tipicamente políticas ou, quando da sua omissão injustificável, pelo próprio Poder Judiciário, no exercício de evidente função política.

A decisão em destaque retoma uma frequente questão: a judicialização da política, especialmente no tocante a efetivação de direitos sociais, seus limites e possibilidades.

Serão analisados, a seguir, alguns dos principais pontos abordados nesta importante decisão da Corte Suprema brasileira, notadamente em matéria de direitos fundamentais e sua implementação.

## **LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PLEITEAR JUDICIALMENTE A EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Num primeiro momento, foi ressaltada a legitimidade ativa da atuação do Ministério Público em pleitear judicialmente, por intermédio de Ação Civil Pública (ACP), a execução de políticas públicas em matéria de saúde.

---

44 Recurso Extraordinário com Agravo 727.864 Paraná, Relator Ministro Celso de Mello.

Conforme registrado na decisão, diante da essencialidade do direito à saúde, a Constituição atribuiu a ele a condição de prestação de relevância pública<sup>45</sup>, consubstanciado pelo princípio, dentre outros, do atendimento integral<sup>46</sup>. Diante disso, o MP, na qualidade de defensor da ordem jurídica e do regime democrático, tem como uma de suas funções institucionais o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia<sup>47</sup>.

Portanto, ficou registrado se tratar de legítima a intervenção do MP, e conseqüentemente do Poder Judiciário, nas hipóteses de omissão intolerável dos órgãos estatais primordialmente responsáveis por assegurar e conferir efetividade aos mandamentos constitucionais, em especial ao direito fundamental ora abordado.

Não obstante, também convém lembrar que cabe ao MP a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>48</sup>, bem como faz parte de suas funções institucionais a promoção da ACP para a proteção dos interesses difusos e coletivos.<sup>49</sup>

Sendo assim, consoante a decisão em análise, é legítima a atuação do Ministério Público em defesa de direitos e interesses metaindividuais, com o objetivo de fazer com que os Poderes Públicos respeitem, em favor da coletividade, os serviços de relevância pública, dispondo o MP das medidas necessárias ao adimplemento de tais garantias.

220

## **JUDICIALIZAÇÃO, OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES**

A questão decidida pelo STF gira em torno da possibilidade do Poder Judiciário determinar, a partir de uma decisão proferida no bojo de uma ação judicial (judicialização), a adoção de políticas públicas ante a injusta e injustificada omissão

---

45 Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde (...).

46 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

47 Art. 129, II, CR.

48 Art. 127, *caput*, CR.

49 Art. 129, III, CR.

das instâncias políticas responsáveis por seu adimplemento, sem que isso incorra em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Como já discorrido anteriormente, trata-se do tema da judicialização da política, que ocorre quando decisões emanadas do Poder Judiciário são capazes de interferir de maneira considerável nas atribuições dos demais poderes.

Trata-se, portanto, como também foi ressaltado pelo STF, de inegável dimensão política da jurisdição constitucional, devidamente exercida quando da salvaguarda de direitos – fundamentais – constitucionalmente previstos.

Tais medidas normalmente são destinadas a concretizar o acesso e satisfação de direitos fundamentais constitucionalmente colocados à disposição da coletividade em geral, mas que, por omissões – muitas vezes abusivas –, tais deveres jurídico-constitucionais não são devidamente executados.

De acordo com a decisão em debate, onde houve remissão à jurisprudência da Corte<sup>50</sup>, inclusive, o Supremo Tribunal Federal não pode se eximir do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente quando se tratar de casos de inércia do Poder Público.

Como ficou consignado na decisão monocrática, trata-se da atuação jurisdicional em casos de inconstitucionalidade por omissão, situação que ocorre quando, mediante inércia, o Poder Público desrespeita a Constituição, ofende direitos por ela resguardados e também impede, por ausência de medidas voltadas à sua concretização, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios constitucionais.

É cediço que não cabe ao Poder Judiciário, em consonância com suas funções típicas, a formulação e implementação de políticas públicas, sendo de responsabilidade dos outros Poderes da República – Executivo e Legislativo – o exercício de tal mister.

Porem, não há como olvidar do dever político-constitucional do Estado em garantir, a todos, a proteção à saúde. Logo, o Judiciário, como órgão do Poder estatal, vinculado – tal como ocorre com os demais – aos ditames constitucionais, não podem deixar de observar seu compromisso de realizar os direitos fundamentais.

---

50 RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.

Seu comportamento ativo, como ocorreu no caso discutido, consiste em atuação necessária ao cumprimento da Constituição, então violada, ainda que por omissão, pelo próprio Estado, na figura do Estado administrador ou legislador.

Segundo o STF, na decisão ora comentada, é extremamente perigoso e flagrantemente ilegítimo a elaboração de uma Constituição, sem o seu devido cumprimento, ou, ainda, seu cumprimento dirigido às conveniências governamentais – ou mesmo pessoais de determinados governantes. Tudo isso, em detrimento de interesses comuns a todos os cidadãos, sobre temas importantíssimos relacionados à sua vida e dignidade. Há o risco de se criar um processo de desvalorização funcional da Constituição escrita.

Ilegítima, portanto, não é a atuação judicial – excepcional e justificada – na realização da constituição, mas sim a omissão e a injusta desconsideração da norma fundamental do Estado brasileiro.

## A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL *VERSUS* O MÍNIMO EXISTENCIAL 222

Outro tema abordado, que será brevemente comentado, foi o conflito entre a garantia do mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível.

O mínimo existencial, de forma concisa, pode ser conceituado como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a todas as pessoas uma vida digna, no sentido de uma vida dotada das condições mínimas para que o indivíduo goze de padrões básicos que provenham suas necessidades essenciais, tais como saúde, educação, moradia, alimentação, higiene etc.<sup>51</sup>

Por sua vez, tem-se que a cláusula da reserva do possível corresponde à dependência, quando da efetividade dos direitos sociais a prestações materiais, da observância das capacidades financeiras do Estado, uma vez que o direitos

---

51 SARLET, Ingo Wolfgang e 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. P. 08. Apesar de os institutos não se confundirem, o salário mínimo, previsto no artigo 7º da Constituição brasileira, procura assegurar aos trabalhadores uma quantia mínima a título de salário, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

fundamentais tem por característica serem dependentes de prestações de caráter financeiro custeadas pelo Poder Público, tendo em mente que tais recursos são finitos e limitados.<sup>52</sup>

Porém, restou esclarecido pelo STF no julgamento do caso em discussão que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Isso ressalta a prudência na análise da real e justificada utilização deste instituto, eis que, muitas vezes, nota-se o recurso a ele como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social<sup>53</sup>.

## **PROIBIÇÃO DO RETROCESSO**

Por fim, mas de notável importância, a Corte pautou sua decisão no importante princípio da vedação ao retrocesso. Nos termos do julgado, em matéria de direitos fundamentais, especialmente os de caráter social, o princípio da proibição do retrocesso impede que sejam revogadas as conquistas já alcançadas pelo cidadão.

A nenhum dos Poderes é autorizado, pois, de maneira arbitrária, mesmo que indiretamente, restringir ou suprimir direito fundamental inserto no sistema jurídico. Embora não presente de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio decorre do nosso sistema jurídico-constitucional.<sup>54</sup>

Trata-se de importante conquista civilizatória, que objetiva impedir quaisquer planos políticos que atinjam de maneira negativa os direitos fundamentais, seja suprimindo-os, seja abreviando seu conteúdo e abrangência. Por suas características, funciona também como meio de mensuração para o controle de constitucionalidade em abstrato<sup>55</sup>.

---

52 SARLET, FIGUEIREDO. *Op. cit.*, p. 11.

53 SARLET, FIGUEIREDO. *Op. cit.*, p. 13.

54 BREGA FILHO, PINTO. *Op. cit.*, p. 13

55 BREGA FILHO, PINTO. *Op. cit.*, p. 14

Diante disso, aludido princípio tem o condão de evitar que maiorias atentem contra os direitos de minorias<sup>56</sup>, promovendo uma justiça social solidária. Em particular, no caso do direito à saúde, trata-se do reconhecimento da obrigação dos entes federados em concretizar tal direito a todos, independentemente de sua condição social, financeira ou de qualquer outra natureza. Portanto, não há como deixar de notar que aludido princípio revela-se essencial em relação aos indivíduos mais carentes.

Em que pese entendimentos acerca de sua flexibilização, aduzindo que a limitação por ele imposta não se presume absoluta, pois algumas vezes a manutenção dos direitos sociais se mostra inviável<sup>57</sup>, tem-se que a permissão de retrocesso deve ter um caráter transitório e excepcional, e de maneira alguma poderá colocar em risco o mínimo existencial, ou seja, aquelas prestações mínimas indispensáveis a uma existência digna<sup>58</sup>.

Assim, é de notável relevo a decisão da suprema Corte brasileira, ao promover medida necessária à realização do direito social à saúde em benefício dos indivíduos amparados pelo Sistema Único de Saúde – que, como se sabe, é utilizado predominantemente por pessoas carentes de recursos, em contrapartida à rede privada – evitando-se que, por omissões infundadas e injustas, caracterize-se evidente retrocesso social.

## CONCLUSÃO

Ao final, conclui-se que o Poder Judiciário tem experimentado notável aumento nos seus poderes e atribuições, em contrapartida ao modelo liberal-burguês, quando era considerado como um órgão quase nulo (o “boca da lei”, de acordo com Montesquieu<sup>59</sup>).

Nos países em desenvolvimento, dentre os quais se insere o Brasil, a partir do processo de (re)democratização, foram constitucionalizados uma gama de direitos, sem, contudo, o respectivo amparo no tocante a políticas públicas.

---

56 *Idem, ibidem.*

57 BREGA FILHO, PINTO. *Op. cit.*, 16.

58 BREGA FILHO, PINTO. *Op. cit.*, 17.

59 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 175.



Como consequência desse cenário, acrescido pelo aumento das garantias institucionais da magistratura e do Ministério Público, assim como de suas atribuições, muitas demandas sociais extrapolaram as instâncias comuns de resolução, tipicamente políticas, passando do âmbito legislativo e executivo para o ingresso na via judicial, quando da necessidade de satisfação de direitos. Movimentos pelo pleno acesso à justiça também contribuíram para essa conjuntura.

Assim, a denominada judicialização da política tomou espaço nas discussões jurídicas contemporâneas, eis que juízes e tribunais passaram a atuar ativamente perante à sociedade com a finalidade de fazer valer os direitos fundamentais, de concretizar os valores e fins previstos na Constituição.

Os direitos fundamentais, na qualidade de valores historicamente adquiridos na luta contra o poder desenfreado, seja público ou privado, representam importantíssimas conquistas no que diz respeito à valorização do ser humano e de sua dignidade. Da mesma forma, o direito à vida, tido como o mais fundamental dos direitos, eis que pode ser considerado como pressuposto de existência e exercício de todos os demais direitos, assim como a dignidade humana, como condição inerente e irrenunciável da própria natureza humana, merecem constante proteção e garantia por parte do Estado.

Do direito à vida digna e sua manutenção, decorre o direito à saúde, direito de todos e dever de prestação, com caráter universal e igualitário, que se tratou do objeto principal de discussão no caso em análise.

De tudo isso decorre que o Estado, seja por meio de políticas públicas ou, na omissão ilegítima das instancias típicas de realização de tais demandas, por intervenção do Poder Judiciário, tem o dever constitucional de promover e garantir os direitos previstos na Constituição da República, sendo extremamente perigoso e flagrantemente ilegítimo o fato de se elaborar de uma Constituição e não se promover o seu devido cumprimento, o que resulta num processo de desvalorização funcional da Constituição escrita.

A clausula da “reserva do possível” não pode ser utilizada pelo Estado para exonerar-se, sem justo e legítimo motivo, do cumprimento de suas obrigações, assim

como não pode o Estado deixar de garantir o mínimo indispensável de prestações materiais que assegure a todos uma vida digna, sob pena de flagrante retrocesso.

Os tempos de absolutismo e desrespeito à pessoa humana, ao menos em tese, ficaram (ou deveriam ter ficado) para trás. Pela interpretação do trecho musical que encabeça o presente ensaio e sua transposição à realidade política e social, é possível dizer que nós, brasileiros, não temos pátria – um governo ditatorial, absoluto, patriarcal. Temos, sim, uma mãe, ou seja, um Estado-mãe-gentil, acolhedor e não excludente, que não mede (ou não deve medir) esforços para prover das necessidades básicas os filhos de seu solo.

Porém, num estágio mais avançado, o que se pretende, na verdade, é uma *frátria*: uma nação onde haja respeito mútuo e solidariedade entre os indivíduos, com a garantia de uma adequada igualdade material. Só assim, seremos seres humanos desenvolvidos e dotados de condições de prover nossa dignidade e de viver em comunidade, realizando de forma universal e satisfatória o bem comum.

226

## REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo; ALVES, Aline Cristina. Poder **Judiciário e judicialização: proposições para uma pesquisa**. *Revista Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP*, nº 08, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista Atualidade Jurídica*: revista eletrônica da OAB, Brasília, n. 4, janeiro / fevereiro de 2009.

BELINETTI, Luiz Fernando. **Definição de Interesses Difusos, Coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos**. In: *Estudos de Direito Processual Civil*, Ed. RT, 2005, págs. 666/671.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BREGA FILHO, Vladimir; PINTO, Tais Caroline . **O princípio da proibição do retrocesso como garantia da efetivação dos direitos fundamentais sociais**. In: Terezinha de Oliveira Domingues; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. I. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 506-526.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** *Revista Alceu*, v.5, n.9, p. 105.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2º ed. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. **Protagonismo judiciário responsável.** *Revista Argumenta – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP*, nº 16, 2012.

CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. **Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios.** *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 237, nov./2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEREIRA, Fabrício Fracaroli. **A jurisdição como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.** *Anais do III Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito – Jacarezinho (PR)*: Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2013. P. 1605-1618.

227

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **O Direito à Vida.** *Revista Scientia Iuris*; Londrina: Eduel, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7.ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988,** *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, v. I, n. 1, abril de 2001, p. 14.

SARLET, Ingo Wolfgang e 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.

VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora*, Vol. 1, n. 04, outubro e novembro/2009.

# GARANTISMO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONFLITOS E TENSÕES

*Moacyr Miguel de OLIVEIRA<sup>60</sup>*

## RESUMO

O presente trabalho objetiva examinar qual a influência da teoria do garantismo penal elaborada por Luigi Ferrajoli sobre a Jurisdição brasileira. Assim, o que se pretende analisar é a atual relação existente entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O que se vislumbra demonstrar é que o atual entendimento da Suprema Corte brasileira sobre tratados internacionais de direitos humanos resulta na inaplicação da jurisdição garantista em sua plenitude. Desta forma, a partir da análise jurisprudencial se demonstrará que o descumprimento as decisões da Corte Interamericana pelo Estado brasileiro é inadmissível, resultando no desprestígio perante a comunidade internacional e em graves violações ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garantismo. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal.

229

## ABSTRACT

This paper aims to examine the influence of the theory of criminal garantism drafted by Luigi Ferrajoli on the Brazilian jurisdiction. So what you want to analyze is the current relationship between the Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. What one sees demonstrate is that the current understanding of the Brazilian Supreme Court on international human rights treaties results in the disapplication of garantism jurisdiction in its fullness. Thus, from the jurisprudential analysis will prove that the breach decisions of the Court by the Brazilian State is inadmissible, resulting in prestige before the international community and serious violations of international human rights law.

**KEY-WORDS:** Garantism. Inter-American Court of Human Rights. Brazilian Federal Supreme Court.

## INTRODUÇÃO

Amarrado a uma roda, o vendedor de tecidos Jean Calas teve seus ossos e órgãos esmigalhados pelo carrasco, na praça principal da cidade de Toulouse, em 1762.

Professando religião protestante, Calas tinha sido acusado de assassinar o próprio filho – que dizia-se, queria tornar-se católico. Na verdade, o jovem tinha se suicidado, mas as autoridades de Toulouse, com apoio da população, recusaram-se a admitir o fato, condenando o pai de família protestante.

A injustiça levou o filósofo Voltaire (1694-1778) a desencadear uma das mais bem-sucedidas campanhas de opinião pública da história, conseguindo a revisão do julgamento.

Seu “Tratado sobre a Tolerância” vai muito além das circunstâncias do caso. Com inventividade incansável e abundância quase descontrolada de argumentos, Voltaire aponta o absurdo de toda perseguição religiosa<sup>61</sup>.

A história de Jean Calas representa a periculosidade do *jus puniendi* estatal desprovido de limites e valores. A história da humanidade traz inúmeros exemplos de atrocidades cometidas pelo governante em face dos governados. A força bruta prevalecia sobre a racionalidade. A injustiça por muito tempo era considerada a regra e o desequilíbrio de forças e extrema desigualdade social produziram episódios horrendos e inesquecíveis.

O Direito, fenômeno político que já nasce vocacionado a pacificação social, percorre um longo trajeto através dos séculos para criar mecanismos racionais que permitam o respeito a valores mínimos capazes de possibilitar uma vida com dignidade aos seres humanos. A partir do último século muito se evoluiu, aprendendo-se com dolorosas experiências provenientes de duas guerras mundiais, redirecionando-se, então, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito, ou seja, sua razão de existir.

Luigi Ferrajoli elabora construção teórica que contribui com esta guinada do fenômeno jurídico para o respeito à dignidade humana. Aliás, é exatamente a ineficácia ou ineficiência dos direitos e garantias elencados em Constituições que mais o preocupa, pois, não basta a simples existência se não houver materialização. O jurista italiano então elabora a teoria do garantismo penal, teoria esta não exclusivamente jurídica, mas também política e filosófica, que repercutiu mundialmente, inclusive alcançando os estudiosos brasileiros.

---

61      Contracapa do Livro “Tratado sobre a tolerância” – Voltaire.

O presente trabalho objetiva analisar como esta teoria que tem sido tão almejada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em determinadas hipóteses, - *notadamente quando se envolve o reconhecimento pelo STF da autoridade da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o cumprimento de sentenças da Corte Interamericana* – não tem sido materializada nas decisões da Suprema Corte.

Para a real dimensão da matéria ora estudada, necessário será analisar a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira para se compreender esta resistência do Tribunal de cúpula do Poder Judiciário nacional em reconhecer a autoridade da Convenção Americana e, por consequência, o desrespeito as decisões de seu tribunal internacional.

Posteriormente examinar-se-á as incisivas críticas da doutrina internacionalista sobre o tema, principalmente sobre a necessidade de amadurecimento e consequente revisão do entendimento do STF sobre a teoria da suprallegalidade.

Finaliza-se a presente reflexão destacando-se as incongruências jurídicas provenientes desta interpretação “nacional” dos tratados internacionais de direitos humanos, fenômeno este a ser repudiado, e que tem impedido o modelo de jurisdição garantista de se efetivar com plenitude no direito brasileiro.

A metodologia adotada no presente trabalho consiste no método dedutivo, onde se apresentam premissas consistentes para se alcançar a conclusão. A presente pesquisa resulta na análise bibliográfica de doutrinas nacionais e estrangeiras, bem como o exame de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são, por excelência, os órgãos judiciais que enfrentam a matéria. Também se utilizará o resultado de pesquisas realizadas na Universidade de Coimbra durante o curso de Extensão: Proteção Internacional de Direitos Humanos, realizado na mesma época da conferência ministrada no Instituto Bissaya Barreto.

## **CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI**

Em 1989 o jurista italiano Luigi Ferrajoli apresentou à comunidade acadêmica a obra “Diritto e ragione: teoria del garantismo penale” que objetivava estruturar as

bases teóricas da “Teoria do Garantismo Penal”. A mencionada obra se tornou um clássico de elevada repercussão mundial e sua influência perpassa as ciências jurídicas se tornando, além de marco filosófico, um modelo normativo-político.

O professor Luigi Ferrajoli exerceu a magistratura entre os anos de 1967 a 1975 e se dedicou à docência inicialmente na Universidade de Camerino e, atualmente, na Universidade de Roma III. A inquietude filosófica proveniente do magistério aliada ao conhecimento empírico advindo da experiência judicante fez com que o graduado professor intensificasse suas pesquisas sobre a importância do respeito aos direitos fundamentais pelo Estado de Direito com especial enfoque a intervenção punitiva estatal.

Isto porque a Itália, berço do fascismo de Mussolini, ensinou seus compatriotas sobre o caos e o terror dos regimes totalitaristas que após o término da II Guerra Mundial em 1945 continuou irradiando seus efeitos por décadas. Por assim ser, o positivismo jurídico que se consolidou no início do século passado como o marco teórico de sustentação da ciência do Direito – *ditando as regras sobre como se estudar, ensinar e, principalmente, se aplicar o ordenamento* – se tornou com o apogeu e declínio destes regimes ditatoriais um paradigma contestado<sup>62</sup>.

*Dura lex, sed lex*, era o dogma recitado pelos positivistas extremistas. Entretanto, a fragilidade deste aforisma era evidente desde tempos imemoriais<sup>63</sup>. A

---

62 Necessário ressaltar a advertência de Norberto Bobbio ao prefaciar a obra “Direito e Razão”: Como teórico do direito, Ferrajoli pertence à família dos positivistas na tradição de Kelsen, Hart e do positivismo italiano deste último quarto de século. Mas é um positivista particularmente atento a distinguir validade formal, ou vigência, das normas de sua validade substancial e a sublinhar que, em um ordenamento que tenha recepcionado os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser apenas formal; que, portanto, existe nesse ordenamento um problema de justiça interna das leis e não só externa: um positivista bem consciente de que, uma vez produzida na maior parte das constituições modernas a constitucionalização dos direitos naturais, o tradicional conflito entre direito positivo e direito natural, entre positivismo jurídico e jusnaturalismo, tem perdido grande parte de seu significado, com a consciência de que a divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser, expressa tradicionalmente sob a forma de contraste entre a lei positiva e a lei natural, tem-se transformado na divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser no interior de um mesmo ordenamento jurídico ou, com palavras usadas repetidamente pelo autor, entre “efetividade” e “normatividade” (FERRAJOLI, 2002, p.10).

63 Passagens bíblicas relatam que o profeta João Batista advertiu Herodes, Governador da Galiléia, sobre a ilicitude de sua união matrimonial com Herodias – *que era esposa de Filipe, irmão de Herodes* – “Pois João Batista tinha dito muitas vezes a Herodes: ‘Pela nossa Lei você é proibido de casar com Herodias!’” – Evangelho de Mateus, 14, 4. Tal passagem bíblica representa que os governantes não poderiam ter poder absoluto, haja vista que valores universais seriam superiores as próprias leis, e caso estas leis conflitassem-se com tais valores, tornar-se-iam inválidas e, por



Tragédia de Antígona, de Sófocles, em 442 a.C., simboliza esse questionamento: a lei injusta deve ser aplicada?<sup>64</sup> Quase dois mil anos se passaram e poderíamos fazer a mesma pergunta: A lei nazista alemã que autorizava o extermínio de judeus, embora formalmente válida, deveria ser cumprida?

A história da humanidade é permeada por violações aos Direitos Humanos nos mais variados graus e espécies (*mulheres, negros, índios, deficientes, homossexuais... são incontáveis os exemplos de pessoas que sofreram reiteradas violações a seus direitos mais essenciais*). Esta infeliz constatação fez com que o Professor Ferrajoli refletisse sobre a inefetividade e ineficácia dos direitos e garantias fundamentais na contemporaneidade – *principalmente os de índole penal, insista-se*. Esta é uma complexa questão ontológica sobre o próprio Direito. Afinal, o Direito, enquanto construção intelectual para a garantia da vida em sociedade e regência das relações sociais deve se fundar em valores e, por assim ser, quais seriam os alicerces de sustentação do fenômeno jurídico?

Apenas com o Estado Constitucional de Direito (ou Estado Democrático de Direito) é que se obteve um irrefutável conjunto de princípios com força normativa a proporcionar a máxima proteção à dignidade humana. O Estado, antes entendido como opressor, se torna garante de condições mínimas para uma vida plenamente digna. Percebe-se que estas singelas linhas talvez não consigam demonstrar a verdadeira *revolução* vivenciada pela humanidade a partir do triunfo do constitucionalismo. Nesse sentido o Professor Luigi Ferrajoli afirma que

Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo. Uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia da submissão dos poderes públicos, inclusive o

---

consequência, inaplicáveis. No exemplo mencionado o casamento de Herodes com sua cunhada seria imoral e, portanto, contrário às leis divinas que conferiam ao instituto do casamento um caráter sagrado, ainda que a legislação secular da época não o proibisse.

64 Quando Antígona - *filha do Rei Édipo e irmã de Etéocles e Polinices que mutuamente se mataram na disputa pelo trono de Tebas* - confronta Creonte (que se tornou rei em virtude da morte dos sucessores naturais de Édipo) sobre o édito que a todos proibiu sepultar Polinices, o Rei Creonte sustenta que a ordem deve ser cumprida. Entretanto, Antígona corajosamente argumenta que o mencionado édito seria injusto e, em virtude desse fator, não obrigaria a ninguém. Deve-se ressaltar o contexto histórico que conferia ao sepultamento um ritual religioso de fortíssima importância íntima as pessoas daquela época.

Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, STRECK e TRINDADE, 2012, p. 13)

Acompanhando este raciocínio Luis Roberto Barroso pondera que:

O *Estado constitucional de direito* desenvolveu-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação (BARROSO, 2013, p. 266-267)

234

Pois bem, necessário se faz algumas considerações específicas sobre o que significa a teoria do garantismo penal idealizada por Luigi Ferrajoli.

O modelo penal garantista concebido por Ferrajoli compreende a Constituição como “um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva” (FERRAJOLI, 2002, p. 683). Assim, como o Estado detém o monopólio do poder de punir deve se atentar que sobre a atuação estatal pairam princípios norteadores e legitimadores desta intervenção, a fim de coibir excessos e repudiar atrocidades.

Para Ferrajoli:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um

sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

O que se observa é esta preocupação do jurista italiano sobre o abismal desequilíbrio de poderes entre o Estado e a pessoa humana. Evidente a fragilidade do indivíduo frente a potência da máquina estatal e, por assim ser, é o Direito – *principalmente através da Constituição* – que deve ditar os limites de atuação do Poder Público<sup>65</sup>. Isto porque para a concretização da norma penal são diversas as instâncias de poder e instituições que terão contato direto com o eventual criminoso.

Pode-se exemplificar esta atuação com o seguinte exemplo: Inicia-se a intervenção estatal através da atividade policial – *que não são raras às vezes em que as piores agressões em altíssimo nível de violência ocorrem nestas abordagens*. Num segundo momento através do processo investigatório da Polícia Judiciária. Convoca-se então o órgão de acusação para sustentar a ação penal em juízo. O julgador deve se ater as garantias constitucionais do acusado desde o início da atuação judicante – *e aqui se inclui garantir tais direitos ainda na fase investigatória* – até a prolação de uma decisão judicial adequada aos parâmetros legais e constitucionais, assegurando o devido processo legal. Na fase de execução da pena tanto o juiz quanto os agentes penitenciários devem respeitar a dignidade do condenado.

Apelos midiáticos costumam inflar o noticiário com falácias sensacionalistas no sentido de que se pretende proporcionar tantas garantias ao réu, sendo que a vítima do crime não teve a mesma sorte. Embora sejam recorrentes tais reflexões no senso comum, os aplicadores e estudiosos do Direito devem repudiar tais argumentos rasos e destituídos de fundamentos jurídicos, haja vista que justiça não se confunde com vingança e o Direito deve se distanciar das paixões, caso almeje uma decisão equânime, adequada e conformada em princípios de Justiça.

---

65 Importante destacar que nos Estados Democráticos de Direito o titular de todo o poder é o povo, que o exerce diretamente ou através de representantes eleitos. No Brasil tal entendimento está positivado no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República. Exatamente por isso não se admitir que o Estado, que deve atender ao interesse público e ao bem comum, se tornar arbitrário opressor e violador de direitos humanos.

Ocorre que esta expansão dos direitos e garantias fundamentais não avançou apenas no Direito interno. O Direito Internacional, principalmente após a II Guerra Mundial, criou organismos e cartas de direitos que vincularam diversos países, em âmbito global ou regional.

Assim, qualquer pessoa que esteja sob a jurisdição do Estado Brasileiro e enfrente um processo criminal, a título de exemplo, estará protegido tanto pelos direitos e garantias processuais penais alocados na Constituição, quanto por direitos e garantias processuais penais previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil seja parte.

Por fim, necessário ponderar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a Constituição brasileira assegura um “modelo garantista de Jurisdição”, veja-se o precedente (Agravo de Instrumento 529.733):

(...) O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de fair trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa -fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do fair trial é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa -fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça (...). **(AI 529.733, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-2006, Segunda Turma, DJ de 1º-12-2006.)**

236

Conclui-se, assim, que a Suprema Corte brasileira não poderá se apartar deste modelo garantista de jurisdição, haja vista que conforme se abstrai do Art. 1º, inciso III, da própria Carta Constitucional a dignidade da pessoa humana é fundamento da

República e, por consequência, parâmetro de constitucionalidade e vetor interpretativo. Desta forma, qualquer ato ou legislação que viole a dignidade da pessoa humana deve ser entendido como inconstitucional e, por consequência, ser repellido pelo Poder Judiciário.

## **ANÁLISE HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO**

A hierarquia normativa que se confere aos tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil é matéria tormentosa na história recente do Supremo Tribunal Federal. Uma consulta detalhada da jurisprudência da Suprema Corte brasileira indica que entendimentos firmados na década de 70 foram integralmente superados a menos de 40 anos. A questão que persiste em não ser resolvida é: Como solucionar eventual conflito entre o Texto Constitucional e Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil?

Está-se a tratar de legítimo tema atinente a segurança jurídica, haja vista que uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro os tratados internacionais, em especial os que versam materialmente sobre direitos humanos, se tornam normas cogentes aos jurisdicionados e, principalmente, ao Estado. Nesse sentido, em eventual antinomia entre os dispositivos convencionais e a Constituição como o aplicador do Direito solucionará tal confronto? Os métodos interpretativos tradicionais de resolução de antinomias não têm se prestado a solver tal embate normativo.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro que tem por dever constitucional ser o guardião da Constituição (Art. 102, CRFB) já enfrentou a matéria nos últimos 40 anos em diversos momentos, sendo que precedentes firmados em determinados julgamentos foram superados em outros a partir da evolução da hermenêutica constitucional. Assim, indicar-se-á os principais momentos históricos e entendimentos firmados pelo Tribunal até o atual posicionamento do STF sobre a temática.

Inicialmente registre-se que o primeiro precedente que abordou esta tensão existente entre o Direito interno e o Direito Internacional foi o **Recurso Extraordinário 71154/PR**, *Min. Rel. Oswaldo Trigueiro* julgado em 04 de agosto de

1971 que no exame da questão entendeu conferir aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil o *status* normativo de Lei Ordinária.

No dia 1º de junho de 1977 a Suprema Corte brasileira apreciou o **Recurso Extraordinário nº 80.004/SE** em que se discutia o conflito aparente entre a Lei Uniforme de Genebra (*Convenção de Genebra - incorporada ao direito interno através do Decreto nº. 57.663/1966*) e o Decreto Lei 427/1969, legislação interna regulamentadora da tributação do imposto de renda na fonte, registro de letras de câmbio e notas promissórias, entre outras providências. Embora a questão jurídica se centrasse em institutos do Direito Comercial, *in casu*, o aval nas notas promissórias, a questão de fundo levada ao STF abordava qual legislação aplicar: a interna ou a proveniente de tratado internacional.

O Ministro Relator Xavier de Albuquerque demonstra, citando precedentes, que a Corte Constitucional brasileira não se alinhava, à época do julgamento, ao primado do direito internacional sobre o direito interno<sup>66</sup>, e firmou entendimento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com status de *Lei Ordinária*.

Verifica-se que se manteve o entendimento em 1977 que os tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro são dotados de *status* de Lei Ordinária, e, por consequência lógica, estão hierarquicamente *abaixo* da Constituição brasileira devendo, assim, respeitar a autoridade do Texto Constitucional.

Entretanto, o que se nota é que a discussão no RE 80.004/SE não se reportava aos tratados internacionais de Direitos Humanos, mas apenas a matérias de direito cambial. Assim, apenas no ano 2000 é que o Supremo teve a oportunidade de se manifestar especificamente sobre os instrumentos internacionais que versem sobre Direitos Humanos. A grande questão de fundo é que a matéria veiculada nestes tratados se confundem, quase sempre, com direitos e garantias previstos na

---

66 Fragmento do Voto do Ministro Xavier de Albuquerque no RE 80.004/SE: “A partir do julgamento, em Plenário, do RE 71.154, de que foi Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 58/70), o Supremo Tribunal vem decidindo reiteradamente que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporam-se ao nosso direito interno e entram em vigor, no Brasil, a contar dos decretos que as promulgam. Tais decisões reforçaram e atualizaram, em nossos dias, antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno, como depõe o Professor Haroldo Valladão (...).”

Constituição Brasileira como *fundamentais*. Por assim ser, um tratado que assegure o direito à vida, a liberdade, integridade física, não poderia ter a mesma estatura normativa que as Leis Ordinárias que têm por conteúdo, na imensa maioria das vezes, bens jurídicos menos relevantes quando comparados com os Direitos Humanos.

O Ministro Sepúlveda Pertence, seguindo este raciocínio, tentou conciliar a importância destes tratados internacionais sem retirar a autoridade da soberania estatal e a supremacia da Constituição – *que inegavelmente foram para o Direito Constitucional clássico os pilares de sustentação do paradigma do constitucionalismo*. Por assim ser, a proposta do Ministro Sepúlveda Pertence no **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785** julgado em 29 de março de 2000 pelo plenário do STF foi a criação de uma terceira categoria que entremeasse as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais.

Cogitou-se, assim, uma categoria centrada na *supralegalidade* dos tratados internacionais de Direitos Humanos, em que tais instrumentos estariam topograficamente acima das leis infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição. Por esta sistemática, uma convenção internacional de direitos humanos prevaleceria sobre normas infraconstitucionais em eventual conflito normativo, mas não poderia desafiar a autoridade do Texto Constitucional, prevalecendo a Constituição, caso confrontada por um ou vários destes tratados.

Assim se manifestou o Ministro Sepúlveda Pertence:

“Prevalência da Constituição, no direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A CB e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADI 1.480-MC) – que, mesmo em relação às



convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.” (RHC 79.785, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 29-3-2000, Plenário, DJ de 22-11-2002.)

Entretanto, necessário ressaltar que neste emblemático julgamento o Ministro Carlos Velloso abriu divergência ao Ministro Sepúlveda Pertence, por entender ser a garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria penal direito incorporado à Constituição brasileira pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992) em respeito ao art. 5º, §2º da própria Constituição:

**O Sr. Ministro Carlos Velloso (Presidente)** – Srs. Ministros, tenho sustentado a tese no sentido de que são três as vertentes “dos direitos e garantias” na ordem jurídico-constitucional brasileira. Os primeiros, os “direitos e garantias fundamentais” expressos na Constituição, vale dizer, os que estão escritos, em primeiro lugar, no art. 5º, espalhando-se pela Constituição, dado que a Carta Magna consagra direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. A segunda vertente, Srs. Ministros, são aqueles “direitos e garantias decorrentes do regime dos princípios por ela adotados” (C.F., art. 5º, §2º); e a terceira, são os decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (C.F., art. 5º, §2º). É dizer, os “direitos e garantias fundamentais” reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, os quais hajam sido introduzidos no direito interno na forma estabelecida pela Constituição Federal, ganham **status** de “direitos e garantias” garantidos pela própria Constituição.

Assim, penso que a disposição inscrita na Convenção de São José da Costa Rica, estabelecendo como garantia fundamental o duplo grau de jurisdição, é, pois, direito consagrado na Constituição do Brasil. (RHC 79.785, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 29-3-2000, Plenário, DJ de 22-11-2002.)



Pois bem, embora o Supremo Tribunal tenha apreciado, ainda que não como objeto principal, o *status* normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>67</sup> no supracitado julgamento do RHC 79.785 em novembro de 2002, o Congresso Nacional atento a esta tormentosa questão abordou a matéria na Emenda Constitucional nº 45/2004 ao inserir o §3º no art. 5º da Constituição. O mencionado §3º<sup>68</sup> trouxe um procedimento solene (idêntico ao procedimento de aprovação de Emendas Constitucionais) para que a incorporação de tratados internacionais que versem especificamente sobre direitos humanos equivalham a emendas constitucionais, integrando, assim, o bloco de constitucionalidade<sup>69</sup> brasileiro.

Embora a iniciativa do Congresso Nacional seja louvável, a redação do mencionado dispositivo foi duramente criticada pela doutrina, haja vista que, no entendimento de majoritária corrente dos juristas internacionalistas o §3º do art. 5º, CRFB disse *menos do que deveria* e, por assim ser, não colocou um ponto final na discussão sobre o *status* normativo dos tratados sobre direitos humanos. Isso porque, os tratados anteriores a Emenda 45/2004 permaneceriam com *status* “supralegal” e,

241

---

67 Tratado internacional elaborado em 1969 no âmbito regional da OEA – Organização dos Estados Americanos e que entrou em vigor em 1978 (após o depósito da 11ª assinatura) sendo que o Brasil o ratifica no ano de 1992, incorporando-o ao ordenamento jurídico interno através do Decreto 678/1992.

68 Art. 5º, § 3º, CRFB: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

69 Para André de Carvalho Ramos o bloco de constitucionalidade “consiste no reconhecimento, ao lado da Constituição, de outros diplomas normativos de estatura constitucional”. Continua seu raciocínio ao afirmar que “No Supremo Tribunal Federal em 2002, Celso de Mello constatou a existência do debate sobre o bloco de constitucionalidade, que amplia o parâmetro de controle de constitucionalidade, devendo abarcar os dispositivos do bloco como paradigma de confronto das leis e atos normativos infraconstitucionais” (RAMOS, 2013, P. 277). Em virtude da relevância do tema citemos um fragmento deste emblemático precedente: **ADI 595/ES**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “Informativo/STF” nº 258/2002: “A **definição** do significado de **bloco de constitucionalidade** - **independentemente** da abrangência material que se lhe reconheça - **reveste-se** de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, **pois** a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como **fator determinante** do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. - A **superveniente** alteração/supressão das normas, valores e princípios **que se subsumem** à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em **descaracterização** do parâmetro constitucional de confronto, **faz instaurar**, em sede de controle abstrato, situação configuradora de **prejudicialidade** da ação direta, **legitimando**, desse modo - ainda que mediante **decisão monocrática** do Relator da causa (**RTJ 139/67**) - a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. **Doutrina. Precedentes.**”

mesmo os novos instrumentos internacionais de direitos humanos que não forem aprovados pelo *quórum* qualificado, também serão considerados com estatura supralegal. Significa dizer, a Constituição passou a oferecer *tratamento desigual* a tratados da mesma matéria por simples questão formal de procedimento, o que não nos parece razoável.

Exatamente por não ter conseguido o §3º do art. 5º pacificar a discussão acerca do *status* normativo dos tratados de direitos humanos, dois Recursos Especiais se insurgiram contra este entendimento trazido pelo mencionado dispositivo e levaram, novamente, a questão ao Supremo Tribunal. Por assim ser, o STF apreciou os *RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso* e o *RE nº 349.703/RS, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão* e decidiu, por maioria de votos (*embora tenham se formado três correntes entre os Ministros da Corte*) que a Convenção Americana de Direitos Humanos permanece no direito interno com *status* normativo supralegal.

Voto decisivo deste julgamento foi proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes (à época presidente do Tribunal) que após minuciosa análise sobre as quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais principais que abordavam a temática concluiu pela supralegalidade, veja-se:

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Essa disposição constitucional deu ensejo a uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:

- a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
  - b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;
  - c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;
  - d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos.
- (...)

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

**(Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, Min. Rel. Cezar Peluso, julgado em 22 de novembro de 2006.**

O que se observa é que ao menos em quatro oportunidades, nos últimos quarenta anos, a Suprema Corte foi convocada a se manifestar sobre o *status* normativo dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Inicialmente, tratados aleatórios e, num segundo momento a partir do novo milênio, tratados sobre direitos humanos. Ocorre que nos quatro julgamentos o entendimento firmado e mantido é de que *todos* os tratados internacionais, independente da matéria, estão abaixo do Texto Constitucional na hierarquia normativa do Direito Brasileiro. Percebe-se, com esta constatação, uma sólida jurisprudência de proteção à autoridade da Constituição e, por consequência, defendendo o poder da Suprema Corte em permanecer com o monopólio da última palavra na arena jurisdicional.

O que se explorará no próximo tópico é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>70</sup>, fenômeno jurídico-político do período pós-guerra formado a

---

70 Embora os Direitos Humanos tenham encontrado uma grande dimensão em razão, sobretudo, da universalização do tema a partir da atuação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 abril de 1948, a preocupação com um regime internacional que resguardasse os Direitos Humanos sistematicamente é resultado de um processo evolutivo formado inicialmente por movimentos localizados que foram compondo, primeiramente, a teoria e os fundamentos da consolidação da ideia de direitos inerentes à pessoa humana, à materialização dos direitos individuais, dos direitos sociais e dos direitos de solidariedade. A América Latina, ao lado da Europa, a partir da ação dos Estados, teve forte participação e influência na consolidação do movimento pela consolidação teórica e na internacionalização dos Direitos Humanos. (MENEZES, 2013, p. 188)

partir da última metade do século passado e atualmente consolidado na Europa e na América, repudia este entendimento de soberania estatal absoluta que autoriza o descumprimento de normas internacionais invocando-se o direito interno.

## **A INJUSTIFICADA RESISTÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM ACEITAR A AUTORIDADE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E CUMPRIR AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA**

### **PREMISSAS SOBRE A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO AO RATIFICAR UM TRATADO INTERNACIONAL**

O professor e, atualmente juiz da Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade pontua que a Constituição Federal brasileira está situada no contexto da abertura à internacionalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, XLIV). Flávia Piovesan, por sua vez, afirma que a Constituição de 1988 consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. No mesmo sentido André de Carvalho Ramos pondera que essa valorização dos direitos humanos internacionais cumpre a vontade da Constituição, mais de vinte anos depois de sua edição (RAMOS, 2013, p. 251).

A doutrina internacionalista é uníssona no sentido de que a atual Constituição brasileira foi projetada para proporcionar concretude à dignidade da pessoa humana. Assim, não restringiu ao Texto Constitucional esta missão, mas a compartilhou com as normas advindas do Direito Internacional – *desde que ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao Direito interno*.

Ocorre que no campo doutrinário há uma eterna divergência entre as teorias monista (capitaneada por Kelsen) e dualista (liderada por Triepel) quando se está em debate qual norma deve prevalecer, ou seja, qual a relação hierárquico normativa entre a Constituição da República e os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Em verdade, o debate se acalora quando constitucionalistas e internacionalistas se colocam em lados opostos com entendimentos absolutamente contrários. A questão que se apresenta é sobre a primazia entre as normas. Significa dizer, em eventual conflito, prevalecerá a Constituição ou o Tratado Internacional?

Sobre esta clássica e atualíssima questão, Jorge Miranda afirma que:

Ao considerar-se a problemática das relações entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna (interna de cada Estado soberano, sublinhe-se), é mister distinguir três áreas ou grupos de questões.

Uma primeira área é a das grandes concepções respeitantes à estrutura do Direito Internacional e à sua conjugação com o Direito interno, a do entendimento a dar ao Direito Internacional como ordem jurídica *a se* frente ao Direito estatal.

Um segundo domínio tem que ver com o modo de estabelecer a relação entre as normas de Direito das Gentes e as normas de Direito interno; tem que ver com as formas e os processos de conferir relevância – seja ela qual for – àquelas normas dentro da ordem interna; refere-se às técnicas possíveis de recepção, de incorporação, de transformação, de adaptação (como quer que se queira) destas ou daquelas normas ou sectores de normas jurídico-internacionais na ordem interna do Estado.

E uma terceira questão concerne às relações (hierárquicas ou funcionais, segundo as perspectivas que se sigam) entre as normas de Direito Internacional, aplicáveis na ordem interna, e as normas de Direito interno ( ou de Direito *originariamente* interno), sejam estas normas de Direito constitucional, sejam de Direito ordinário.

Eis, portanto, três estratos de problemas: o problema das relações entre Direito Internacional e Direito interno; o problema dos processos técnicos de relevância interna das normas de Direito Internacional; e, finalmente, o problema da posição recíproca das normas de Direito Internacional relevantes – recebidas, incorporadas, transformadas, adaptadas – na ordem interna e das provenientes de fontes próprias de Direito interno. E são problemas autonomizáveis – mas só até certo ponto –, o primeiro de caráter principalmente teórico ou doutrinal, o segundo e o terceiro de grande interesse prático (MIRANDA, 2009, p.123-125).

245

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (*cidade e país onde foi elaborado o tratado*), foi assinada em 22 de novembro de 1969. Entretanto, apenas entrou em vigor no ano de 1978, sendo ratificada pelo Brasil apenas em 06 de novembro de 1992 (Decreto 678/1992). Além de elencar direitos e deveres o mencionado tratado também estabelece um aparato de proteção criando organismos administrativos e judiciais de supervisão, investigação e julgamento.

A Convenção Americana, seguindo a tendência do modelo Europeu, criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos com finalidade dúplex: 1. *Função consultiva* para interpretação da Convenção; 2. *Função Contenciosa*: Julgar a

responsabilidade dos Estados signatários da Convenção, e que tenham reconhecido expressamente a competência jurisdicional da Corte, sobre eventuais violações a direitos humanos previstos no texto do tratado.

O Brasil reconheceu expressamente a competência jurisdicional do Tribunal interamericano através do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998, sendo que o Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, promulgou, no Direito interno, este reconhecimento. Com este conjunto de atos normativos tornou-se indiscutível a competência jurisdicional da Corte para julgar casos envolvendo a responsabilidade do Estado brasileiro.

A propósito, os artigos 1º e 2º da Convenção<sup>71</sup> determinam que os Estados-partes deste tratado comprometem-se a respeitar a autoridade das normas convencionais ali estabelecidas, bem como modificar seu direito interno para se adequar a estes dispositivos. Significa dizer que caso o Estado discorde de algum dispositivo ou conjunto de artigos do mencionado tratado deverá se valer do instituto da processualística internacional das *reservas*<sup>72</sup> ou *cláusulas de reserva*. Ou seja, caso exista discordância sobre o que determina a Convenção, o Estado, para se eximir do cumprimento de tais artigos, deverá realizar as reservas cabíveis ao tratado. Caso não

246

---

71 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

72 Paulo Henrique Gonçalves Portela interpretando o art. 2, par. 1, “d” da Convenção de Viena de 1969 esclarece que: A reserva é uma “declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”. É, pois, uma maneira pela qual um Estado pode concluir um tratado sem se comprometer com todas as suas normas. Para Yepes Pereira, é uma “espécie de exclusão de uma parcela das obrigações impostas por um tratado, por parte de um Estado signatário”. É também conhecida como “salvaguarda” (PORTELA, 2013, p. 128).

as faça, o Estado signatário estará se obrigando ao cumprimento integral da Convenção Americana.

O que se percebe é que absolutamente nada se impõe ao Estado-parte. É um ato de soberania do próprio país analisar o texto da Convenção Americana e decidir pela sua assinatura e ratificação. Agora, ratificado o tratado o Estado está obrigado ao seu cumprimento e, ao reconhecer expressamente a competência jurisdicional da Corte Interamericana, sinaliza a autorização em ser julgado e sancionado por eventuais violações ao Texto Convencional. Insista-se que é o próprio Estado que num ato de soberania se vincula ao cumprimento do tratado internacional e após a ratificação deverá ser fiel aos princípios da boa-fé e do *pact sunt servanda* cumprindo o que pactuou. Ademais, também é o próprio Estado-membro que se sujeita às eventuais sanções advindas da Corte Interamericana.

Por mais elementares que pareçam tais esclarecimentos, o que se demonstrará nas linhas que seguem é a injustificada resistência do Supremo Tribunal Federal em respeitar a autoridade da Convenção e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana estabelece em seu art. 67 que a sentença proferida pelo Tribunal de Direitos Humanos da América é definitiva e inapelável. O artigo 68 do mesmo diploma traz o compromisso dos Estados-membros de cumprir a decisão da Corte Interamericana em todo caso em que forem partes.

Deve-se ponderar ainda sobre o costume internacional que foi positivado no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados<sup>73</sup> no sentido de que: “Direito Interno e observância de tratados – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Pela processualística trazida pela própria Constituição da República em 1988, para que o Brasil se torne parte de um tratado internacional necessário se faz a aplicação da “Teoria dos Atos Complexos” em que numa sequência de atos entre o Presidente da República – *na qualidade de Chefe de Estado* – e o Congresso Nacional

---

73 A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados foi incorporada no direito interno brasileiro através do Decreto nº 7.030/2009.



o tratado seja ratificado no âmbito internacional e incorporado ao direito interno. Exatamente por esta atuação conjunta entre os Poderes Executivo e Legislativo – *que são os representantes do povo por excelência* – torna-se indiscutível a legitimidade democrática da incorporação de tratados internacionais ao direito brasileiro.

Por tudo que se expôs até o presente momento, nos parece nítido que o Estado não é obrigado a assumir um compromisso internacional em respeito a sua soberania; Num segundo plano, ainda que assuma este compromisso, poderá se isentar de parte das obrigações do tratado através das cláusulas de reserva; Entretanto, uma vez assumido tal compromisso e não tendo sido feitas reservas ao tratado internacional, este deve ser cumprido integralmente.

### **A INJUSTIFICADA RESISTÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM ACEITAR A AUTORIDADE DA CONVENÇÃO AMERICANA E CUMPRIR AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A análise do tópico anterior bem demonstrou que o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana em 1992 e manifestou expressamente o reconhecimento da competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dois momentos, em 1998 no âmbito internacional e em 2002 no direito interno. Pois bem, ocorre que uma série de incongruências jurídicas insistem em ocorrer no Poder Judiciário brasileiro quando convocado a se manifestar sobre a Convenção Americana e as decisões de seu Tribunal internacional.

Ocorre que o direito interno pode conter ou produzir normas que sejam contrárias à Convenção Americana. Por assim ser, seguindo a mesma lógica do controle de constitucionalidade, que elege a Constituição como norma paradigma e analisa a compatibilidade das leis infraconstitucionais com o Texto Constitucional, o Brasil passou a conviver com o controle de *convencionalidade* como mecanismo de verificação da compatibilidade das normas brasileiras (*aqui compreendidas leis infraconstitucionais e a própria Constituição*) tendo como paradigma a Convenção Americana.

André de Carvalho Ramos esclarece que:



O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organização internacionais). Há duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o (ii) controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar (RAMOS, 2013, p. 280).

Sendo a Convenção Americana o parâmetro de confronto e o ordenamento jurídico brasileiro o objeto de controle, tanto os juízes brasileiros (*desde os magistrados de primeiro grau até Ministros da Suprema Corte*) quanto a Corte Interamericana poderão realizar o mencionado controle de convencionalidade<sup>74</sup>. Interessante notar que o principal princípio interpretativo do controle de convencionalidade é o denominado *princípio pro homine*, que almeja identificar no caso concreto qual a norma mais favorável ao ser humano (o direito interno ou o Internacional). Tal princípio não estabelece uma hierarquia entre tais normas, mas almeja identificar qual delas (a Constituição ou o Tratado) oferece a máxima proteção à dignidade humana.

A principal crítica do presente trabalho reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro não respeita a lógica do controle de convencionalidade e elege a Constituição brasileira como parâmetro máximo de interpretação, pouco importando o Texto da Convenção (*que como vimos foi rebaixada ao status normativo “supralegal”*), tampouco as decisões da Corte Interamericana.

Elencar-se-á a título de exemplo as principais incongruências entre o direito brasileiro e a Convenção Americana:

1. *A Constituição da República em seu art. 5º, LXVII, autoriza a prisão civil do depositário infiel*. Embora este tema tenha sido resolvido em dois Recursos Extraordinários julgados pelo STF (RE 466.343/SP e RE 349.703/RS), não se atacou o Texto da

---

74 Sobre o tema “Controle de Convencionalidade” recomenda-se a leitura das sentenças de mérito da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Casos: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Loyaza Tamayo vs. Perú*, *Barrios Altos vs. Perú* e “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile.

Constituição – *que continua vigente* –, mas se cogitou através de um “malabarismo interpretativo” que a supralegalidade da Convenção Americana produziria “efeito paralisante” à legislação infraconstitucional que determinava a prisão. O art. 7º, 7, da Convenção Americana não autoriza nenhuma modalidade de prisão civil por dívida, a não ser a do devedor de alimentos (*Importante recordar que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – Decreto nº 592/1992 também não autoriza prisão civil por dívida, excetuando-se a prisão do devedor de alimentos*).

2. A Ação Penal 470/MG foi julgada pelo STF em única instância (*haja vista ser hipótese constitucional de competência originária da Suprema Corte*). Interpostos Embargos Infringentes insurgindo-se contra a supressão da garantia processual penal do duplo grau de jurisdição – *que embora não seja reconhecida como garantia ou princípio constitucional está expressamente positivado no art. 8º, “h” da CADH* – o Supremo entendeu que tal garantia estaria afastada, em virtude da própria Constituição brasileira estabelecer hipóteses de competência originária da Suprema Corte. Embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos já tenha firmado precedente no sentido de que o duplo grau de jurisdição em matéria penal deve ser efetivado (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela) sem exceções, o STF manteve sua jurisprudência de não estar a mencionada garantia processual inserida na Constituição brasileira<sup>75</sup>.
3. O Recurso Especial 453.000 julgado pelo STF em 04 de abril de 2013 firmou entendimento pela constitucionalidade da reincidência criminal colidindo frontalmente com a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Ramirez vs. Guatemala. Ademais, cabe ressaltar, para as finalidades deste trabalho, que se discutiu no julgamento do mencionado Recurso Especial que o instituto da reincidência criminal não se coaduna com a visão garantista estabelecida pelo Constituinte. Entretanto, por unanimidade, o STF declarou constitucional o mencionado instituto.
4. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF, julgamento em 29 de abril de 2010, firmou entendimento sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79). O STF entendeu que a mencionada

250

---

75 O que se observa neste caso é que a competência originária penal em tribunal de cúpula do Poder Judiciário inviabiliza a materialização do princípio ao duplo grau de jurisdição. Por assim ser, como o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana e se comprometeu a modificar seu direito interno para se adequar aos dispositivos da Convenção, deveria ter acionado o Poder Constituinte derivado para que, através de emenda constitucional, fosse retirada tal função do STF.

lei permanece Constitucional com a nova ordem estabelecida pela Carta de 1988, ignorando a jurisprudência da Corte Interamericana que inadmite qualquer modalidade de Lei de Anistia. Pouco mais de seis meses após o julgamento do STF, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro no Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010, afirmando que “a Lei de Anistia brasileira carece de efeitos jurídicos”<sup>76</sup>.

Verifica-se nos quatro casos supracitados que a orientação da Corte Interamericana e da Convenção Americana melhor se alinha a teoria garantista.

Também se observou que a inércia do Poder Legislativo brasileiro em atender a ordem do art. 2º da CADH em adequar o direito interno ao Texto da Convenção faz com que o Judiciário continue a julgar com base no ordenamento jurídico brasileiro que, em determinadas hipótese, colide com o que dispõe o tratado internacional.

Deve-se considerar, ainda, que juízes de primeiro grau brasileiros têm utilizado a Convenção Americana e as decisões da Corte Interamericana como razão de decidir em determinados casos concretos<sup>77</sup>. Por assim ser, eventual conflito de decisões entre o STF e a Corte Interamericana provoca insustentável situação de insegurança jurídica aos aplicadores do Direito no Brasil. Necessário, assim, um “diálogo de fontes” entre a Constituição brasileira e a Convenção Americana e um “diálogo de Cortes” entre o STF e o Tribunal de Direitos Humanos da América<sup>78</sup>.

251

---

76 Fragmento da sentença Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil: “Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

77 Cite-se como exemplos: 1. Sentença – Processo 0059583-24.2011.8.26.0100 – Retificação ou Suprimento ou restauração de Registro Civil – 2ª Vara de Registros Públicos – Comarca de São Paulo, prolatada em 16 de abril de 2012 e confirmada pela Apelação Cível nº 0059583-24.2011.8.26.0100 (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo); 2. *Habeas Corpus* nº 1.358.323-2, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 3ª Vara Criminal.

78 Sobre as teorias do “Diálogo de fontes” e “Diálogo de Cortes” indica-se a leitura da obra “Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional” de autoria de André de Carvalho Ramos inserida nas referências deste trabalho.

Wagner Menezes sintetiza a problemática sobre o não cumprimento por parte do Estado brasileiro as decisões da Corte Interamericana:

Especificamente sobre o cumprimento das decisões pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual o Brasil já foi condenado e deve cumprir sentença, o silêncio é estarrecedor pela morosidade, especialmente porque existe um comprometimento formal do Estado brasileiro, que tem prevalência dos Direitos Humanos como um dos seus princípios basilares nas relações internacionais. A propósito, André de Carvalho Ramos já tinha alertado para essa discussão, invocando a necessidade da existência de um diálogo entre as referidas Cortes para o cumprimento das decisões no Brasil das disposições da Corte Interamericana, propugnando “por um diálogo entre as Cortes, uma vez que ambas – STF e Corte Interamericana de Direitos Humanos – cumprem a mesma missão de assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais”.

(...)

As decisões e procedimentos emanados de Tribunais Internacionais devem ser rigorosamente cumpridos pelos Estados quando estejam sujeitos formalmente a sua jurisdição. Em razão disso, é recomendável que os Estados, ao aderir à jurisdição dos mesmos, criem regras estatais específicas para disciplinar a recepção das decisões das Cortes e, também, mecanismos efetivos para dar cumprimento aos seus atos procedimentais.

A desconsideração irresponsável pelos Estados na adoção de mecanismos que disciplinem e garantam a aplicabilidade de decisões e procedimentos determinados por Tribunais Internacionais pode deixar um espaço perigoso para a existência de conflitos entre as decisões emanadas daqueles Tribunais e as instituições nacionais dos Estados, o que configuraria um verdadeiro desserviço ao sentido maior da realização da Justiça Internacional, a partir da omissão e de erros conceituais, ficando, portanto o alerta. (MENEZES, 2013, p. 298-300)

A título de arremate, registre-se que embora o STF tenha firmado o entendimento de que a Convenção Americana detém *status* normativo supralegal, ajuizou-se recentemente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 320/DF que tem por objetivo questionar tal entendimento, uma vez que, como visto, a questão embora tenha sido decidida, ainda não foi pacificada.

Depreende-se da presente análise que ainda há muito para se amadurecer no direito brasileiro sobre a temática do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não se trata de desafiar a supremacia da Constituição, mas de se construir uma

hermenêutica norteada pela máxima efetivação dos Direitos Humanos e pelo princípio *pro homine* identificando-se, num complexo exercício interpretativo, qual a norma mais favorável ao ser humano no caso concreto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se objetivou demonstrar na presente reflexão é que a teoria garantista penal de Luigi Ferrajoli representa um grande avanço teórico e verdadeiro norte a ser seguido pela jurisdição brasileira. Isto porque, não basta elencar direitos e garantias em Constituições ou Tratados Internacionais, deve-se criar condições para concretizá-las.

O Direito Penal, que por longos séculos foi entendido como sinônimo de vingança e extrema violência, sofreu verdadeira revolução paradigmática com o triunfo do constitucionalismo e a afirmação da teoria dos direitos fundamentais nas Constituições. Ombreado a este fenômeno, após a II Guerra Mundial se intensificou a produção de tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos e foram criados, em âmbito global e regional, mecanismos para garantir a efetivação destes direitos.

Observou-se que, embora o Estado brasileiro tenha adotado esta normatividade internacional protecionista aos direitos humanos, através da ratificação de tratados, o tribunal de cúpula do Poder Judiciário pátrio tem apresentado resistência em reconhecer a autoridade da Convenção Americana de Direitos Humanos e cumprir as decisões da Corte Interamericana.

Verificou-se também que o entendimento firmado na suprallegalidade da Convenção é insuficiente e não reconhece estatura normativa digna a este tão importante instrumento internacional. Evidente que pela própria formação histórica do constitucionalismo brasileiro é perceptível que os paradigmas clássicos do Direito Constitucional se chocam com os paradigmas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, haja vista ter que se revisitar e destinar verdadeira releitura a pilares de sustentação da Teoria do Estado e da Constituição, a exemplo da soberania absoluta e supremacia constitucional.

Nota-se que o Estado brasileiro continua a conferir interpretação nacional (*com base na Constituição*) aos tratados internacionais, não efetivando o real controle de convencionalidade, o que deve ser duramente criticado e combatido. Como se constatou, tal postura acaba por afastar o modelo garantista de jurisdição, haja vista que não se tem conferido o tratamento mais benéfico ao ser humano. Exemplos como a supressão de garantias processuais pertinentes a instâncias recursais, bem como a não investigação de criminosos da ditadura militar representam verdadeiro retrocesso ao constitucionalismo brasileiro.

Ademais, o fato de arbitrariamente descumprir compromissos internacionais firmados representa o desprestígio do Estado brasileiro perante a comunidade internacional. Aliás, deve-se repudiar esta postura do Poder Judiciário nacional de atentar contra o pacto federativo e o princípio republicano, pois, ao não reconhecer a autoridade de tratados ratificados pelo Chefe de Estado brasileiro em ato conjunto com o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal tem descumprido isoladamente um compromisso firmado pelo Presidente da República com a autorização e aval do Poder Legislativo.

*“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades. Muda-se o ser, muda-se a confiança. Todo o mundo é composto de mudança, Tomando sempre novas qualidades”*. Esta orientação poética de Luís Vaz de Camões<sup>79</sup> deve iluminar os caminhos dos estudiosos e aplicadores do Direito brasileiro, haja vista estar a merecer significativa mudança a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal que, afastando-se do modelo garantista almejado, tem conferido proteção insuficiente aos direitos humanos de seus jurisdicionados.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional nos dias atuais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 5ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. [Tradução: Paulo Neves] – São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

**Recurso Extraordinário 71154/PR**, Min. Rel. Oswaldo Trigueiro, julgado em 04 de agosto de 1971.

**Recurso Extraordinário nº 80.004/SE**, Ministro Relator Xavier de Albuquerque, julgado em 1º de junho de 1977.

**Recurso Ordinário em Habeas Corpus 79.785**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, *DJ* de 22-11-2002.)

**Ação Direta de Inconstitucionalidade 595/ES**, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 11 de março de 2004.

**Agravo de Instrumento 529.733**, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-10-2006.

**Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**, Rel. Min. Cezar Peluso e o **Recurso Extraordinário nº 349.703/RS**, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 22 de novembro de 2006.

**Ação Penal 470/MG**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 06 de fevereiro de 2009.

**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF**, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29 de abril de 2010.

**Recurso Especial 453.000**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado pelo STF em 04 de abril de 2013.

**Caso Loyaza Tamayo vs. Perú**, sentença de 17 de setembro de 1997.

*Disponível em:*

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf)

**Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**, sentença de 05 de fevereiro de 2001.

**Caso Barrios Altos vs. Perú**, sentença de 14 de março de 2001.

*Disponível em:*

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)

**Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**, sentença de 26 de setembro de 2006.

*Disponível em:*

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

**Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, sentença de 24 de novembro de 2010.

*Disponível em:* [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)



# GESTÃO DEMOCRÁTICA PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

*Fabiana Polican CIENA*<sup>80</sup>

*Danielle Regina Bartelli VICENTINI*<sup>81</sup>

## RESUMO

Objetiva analisar a responsabilidade do Estado ao incluir a pessoa com deficiência na gestão democrática. Aplica o conceito de deficiência na participação como paradigma para avaliar a qualidade da governança democrática das políticas públicas. Conclui que o Estatuto da Pessoa com Deficiência apresentado pelo Projeto de Lei n. 7.699/06 acrescenta tecnologias jurídicas inovadoras na efetivação da governança democrática. Coloca como necessários: a democratização do acesso, compreensão e possibilidade de deliberação sobre as informações no ciclo de reconhecimento, programação e implementação de políticas públicas em direitos humanos. O desafio democrático da transparência do poder deve seguir investimentos do Estado na e-democracia, para facilitada e rápida comunicação entre cidadão (com deficiência ou não) e Administração Pública na implementação de direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** pessoa com deficiência; democracia; políticas públicas.

257

## ABSTRACT

It aims to analyze the state's responsibility to include the disabled in democratic management. Apply the concept of disability in participation as a paradigm to assess the quality of democratic governance of public policies. It concludes that the Statute Person with Disabilities presented by Bill no . 7699 /06 adds innovative legal technology in the effectiveness of democratic governance. Poses as necessary : the democratization of access , understanding and ability to deliberate on the information in the recognition cycle , programming and implementation of public policies on human rights . The democratic challenge the power of transparency must follow state investment in e- democracy , for easy and fast communication between citizens ( disabled or not) and public administration in the implementation of human rights.

**KEY WORDS:** disabled person ; democracy; public policy

## INTRODUÇÃO

Ao abordar o aspecto do conceito jurídico de política pública e com maior profundidade, a efetiva participação da pessoa com deficiência, a presente pesquisa analisa o Projeto de Lei n. 7.699/2006 – Estatuto da Pessoa com deficiência e sua

---

80 Estudante de Pós-graduação - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

81 Estudante de Pós-graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

efetividade no controle social do ciclo de implementação das políticas públicas em direitos humanos

Coloca-se em destaque a importância da governança democrática local, bem como o questionamento sobre uma possível governança democrática global.

A garantia democrática de governança participativa tem apoio na democratização do acesso à informação e compreensão da agenda, desde que exista a possibilidade de deliberação durante o ciclo de reconhecimento, programação e implementação de políticas públicas em direitos humanos. Este é o desafio do Estado na gestão democrática pela pessoa com deficiência.

## **RECONHECER OS DIREITOS HUMANOS**

O reconhecimento dos direitos humanos é uma fase declaratória, abrangendo o reconhecimento global e local, nacional e internacional.

Internacionalmente, o reconhecimento dos direitos humanos funda-se principalmente a partir de documentos como a Carta das Nações Unidas; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No reconhecimento nacional, há uma força maior de determinados direitos humanos, com reconhecido direito subjetivo público, permitindo que o cidadão ingresse com uma ação junto ao Poder Judiciário. Tal poder de ação exige do Estado ou de terceiros responsáveis legalmente a adoção ou a abstenção de medidas concretas em favor do direito humano em questão. Como exemplos de direitos humanos com esse maior poder de reconhecimento há o direito universal à saúde e o direito à educação entre 4 e 17 anos a partir do ano de 2015, conforme dispõe os artigos 196 e 208 da Constituição Federal.

Nesse momento, gritante a importância de uma palavra no reconhecimento de um direito humano, quando a palavra “fundamental” foi escolhida em troca da palavra “básica” ao dispor constitucionalmente em 1988 o direito público subjetivo à educação no Brasil. Jorge Miranda analisa criticamente o emprego do termo direito público subjetivo aos direitos fundamentais:

Assim como o conceito e a expressão *direitos do homem* podem ficar vinculados a um jusracionalismo insatisfatório, também o conceito e a locução *direitos subjetivos públicos* se reportam a uma visão positivista e estatista que os amarra e condiciona. Nenhum valor dir-se-ia lhes subjazer, não se realça o sentido de autonomia das pessoas e, pelo contrário, prevalece a idéia de soberania (ainda que trabalhada juridicamente) (...) Abrange não só situações jurídicas ativas das pessoas frente ao Estado como situações funcionais inerentes à titularidade de cargos públicos (a que, em breve, iremos aludir); abrange situações que cabem no Direito Administrativo, no tributário ou no processual (direitos dos funcionários e dos administrados, direitos dos contribuintes, direitos das partes em processo); e inclui ainda direitos de entidades públicas, enquanto sujeitos de relações jurídico-administrativas, de relações jurídico-financeiras ou de outras relações de Direito público interno. Todas estas razões desaconselham, evidentemente, o emprego do termo *direitos subjetivos públicos* como sinônimo ou em paralelo a *direitos fundamentais* (MIRANDA, 2012, p. 71-73).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 2º., coloca no conceito de deficiência a restrição da participação. Se a participação de todos nos bens da coletividade é negada, a figura do direito público subjetivo comporta proteção jurídica a um bem que é ao mesmo tempo individual e social, exigindo políticas públicas (DUARTE, 2004, p. 113-118; 115; 116).

O direito social estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal exige do Estado adoção de ações concretas, sendo direito oponível ao Estado por meio de ação judicial (como para concessão de um medicamento específico a ser fornecido) além de exigir abstenção do Estado (como a necessidade de garantir a não poluição da água). Mas ainda é preciso aprimorar mecanismos de imposição de respeito aos direitos sociais, para que não sejam meras declarações políticas (SANTOS, 1997, p. 45-46). Nesse sentido a ação é um elemento relevante de preservação dos direitos sociais:

da mesma forma como se pretende do Estado que este construa escolas e hospitais, fornecendo educação e saúde de forma plena aos cidadãos, deseja-se deste que ele conceda justiça, de forma plena e efetiva. O poder de ação coloca o cidadão em uma posição de prestígio em relação ao Estado, que passa a ter um dever – não o mero dever de prestar a tutela jurisdicional, mas de prestar a justiça efetiva através da atuação jurisdicional. Assim, a ação proposta comove de forma a promover o efetivo bem-estar social, já que se trata de poder plenamente exercitável. E isto se dá não apenas na ação coletiva, mas também em cada ação individualizadamente proposta – em cada uma destas, para que a sociedade se sinta atendida, a

justiça material deve ser feita. E, para que o exercício da ação corresponda aos reais interesses, com a concessão da verdadeira justiça, passa o Estado a ser devedor de uma prestação de qualidade – qualidade obtida a partir das boas condições para que o juiz profira as decisões e, mais, as profira de forma rápida (CORREIA, 2002. p. 65; 67)

Além do reconhecimento internacional, nacional, local e o maior reconhecimento pela atribuição da categoria de direito público subjetivo, são necessárias garantias para efetivação dos direitos humanos.

## **GARANTIR DIREITOS HUMANOS**

A maior garantia existente é garantia jurídica expressa por políticas públicas. Tais políticas devem ser elaboradas em consonância com a Constituição Federal e os demais instrumentos normativos do ordenamento jurídico, terem como finalidade o interesse público e a promoção e proteção de direitos humanos (AITH, 2007. p. 219).

A concepção de direitos humanos possui caráter volátil. O que é dignidade para um cidadão pode não ser um valor para outro, e por isso é preciso ouvir, dar oportunidade de voz a quem se cala ou sequer é ouvido. Direitos humanos são o conjunto de direitos reconhecidos como mínimos da dignidade da pessoa humana, em vários países. Não se nega que os direitos humanos são de construção progressiva, como tem sido a batalha pela universalização do direito humano à educação básica no Brasil. A avaliação da deficiência, conforme o artigo 2º. do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ocorrerá por equipe multiprofissional e interdisciplinar, o que implica no dever do Estado investir em tecnologia assistiva que promova a participação da pessoa com deficiência nos instrumentos de avaliação, garantindo a constante evolução do conceito de deficiência.

Para a garantia dos direitos humanos há uma construção internacional e nacional de mecanismos jurídicos que reconheçam o caráter dialógico da dignidade humana pelas diversas culturas. Esse aparato normativo dá origem à necessidade de uma interpretação sistêmica e lógica, exigindo das autoridades públicas um dever de agir que se concretiza através de decisões (AITH, 2013. p. 29). Essas decisões compreendem a execução de uma política pública, a normatização de um setor, uma decisão judicial visando garantir o direito humano em questão (AITH, 2013. p. 29).

## EFETIVAR DIREITOS HUMANOS

A grande garantia existente para proteção dos direitos humanos são políticas públicas cuja formulação não pode ser estática. Deve ser adequada a absorver as contestações, protestos, diversidades, individualidades pautadas nos limites do reconhecimento local e global de direitos humanos. Por isso o conceito de direitos humanos é dinâmico, pois dinâmica é a sociedade.

Política pública é o conjunto de ações e programas que afetam continuamente e simultaneamente as dimensões de vida da população numa determinada área de implantação (DRAIBE, 2011. p. 27-63. p. 62). O conceito jurídico de políticas públicas destaca o conjunto de processos juridicamente regulados, abrangendo processos eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo, administrativo, judicial, todos coordenando os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para que realizem objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (BUCCI, 2006. p. 39).

Uma das funções do direito é estruturar e implementar com eficiência e equidade as políticas públicas redistributivas na redução da pobreza e da desigualdade, na coordenação e administração institucional (COUTINHO, 2013. p. 102, 103).

Ao coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006. p. 1; 39-40).

Mas o que garante que as políticas públicas funcionem? O que garante que a garantia maior dos direitos humanos realmente efetive direitos humanos na sua dinamicidade conceitual? É preciso tecnologia jurídica para efetivar os direitos humanos, concebendo políticas de Estado e políticas de governo ao considerar seus objetivos, forma de elaboração, planejamento e execução, além da forma de financiamento da política pública:

Uma política é de Estado quando voltada a estruturar o Estado para que este tenha as condições mínimas para a execução de políticas de promoção e proteção dos direitos humanos. Quando, de outro lado, os objetivos das políticas públicas forem o de promover ações pontuais de proteção e

promoção aos direitos humanos específicos expressos em nossa Carta, pode-se falar em política de governo. (AITH, 2007. p. 235)

Nesse sentido, a instituição de carreiras essenciais pode ser considerada uma política de Estado, pois não é dado aos governos o direito de sua supressão pura e simples, o que poderia ocorrer caso fosse considerada política de governo, significando um grave perigo à ordem pública e à consolidação do Estado Democrático de Direito (AITH, 2007. p. 235). Valorizar a carreira dos profissionais da saúde e da educação, por exemplo, deve ser uma política de Estado, bem como a seriedade da estruturação de um serviço essencial ao Estado Democrático de Direito:

Outro exemplo de política de organização estrutural de serviços públicos essenciais é a política de estruturação do Sistema Único de Saúde. O estado deve, segundo a Constituição Federal, organizar uma rede de serviços públicos de saúde, ou de serviços ligados aos fatores condicionantes da proteção à saúde, capaz de oferecer para a população o acesso integral, universal e gratuito à saúde. Ou seja, o Estado deve promover políticas voltadas a construir na nação uma rede de hospitais públicos capazes de dar o atendimento integral à população, deve organizar uma rede de saneamento público e de distribuição de água potável capaz de atender toda a população, evitando assim as contaminações pela água, deve constituir um quadro de profissionais de saúde das mais diversas áreas voltados à vigilância sanitária e epidemiológica, enfim, deve agir de forma planejada e eficaz para se dotar da estrutura necessária à garantia da saúde pública no país. (...) Já as políticas de governo podem ser políticas pontuais, voltadas à promoção e proteção dos direitos humanos, dotadas de uma maior flexibilização e de maior especificidade em seus objetivos. (...) Exemplificando, uma política que busque implementar um Programa de Saúde da Família é uma política de governo, embora inserida no âmbito da consolidação do Sistema Único de Saúde. (...) A partir da estrutura estatal já consolidada, é criado um programa voltado a oferecer um modelo de atenção à saúde, mas isso não significa que não possam existir, dentro do Estado e utilizando-se da mesma estrutura, outros modelos de prestação desse serviço público essencial. Outros programas de atenção à saúde podem ser criados para atender ao mesmo objetivo, que é o de dar atenção à saúde. (AITH, 2007. p. 236)

262

Esse é o componente de ação estratégica da política pública, incorporando elementos sobre a ação necessária e possível em determinado momento, naquele conjunto institucional, enquanto para outras políticas o horizonte temporal é medido em décadas como o são as políticas de Estado, diferente das que se realizam como partes de um programa maior, políticas de governo (BUCCI, 2006. p. 19).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme o exposto, nasce como

política de estado, devendo ser assegurada a participação da pessoa com deficiência, assegurando recursos para tanto.

## **JUDICIALIZAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS**

A judicialização faz parte da fase de avaliação das políticas públicas, apresentando suas falhas de implementação:

Quando isso ocorre, o direito como caixa de ferramentas ou como arranjo institucional (e não apenas como objetivo) igualmente cristaliza a desigualdade e contribui para a estagnação ou o aumento dos níveis de pobreza. (...)

Por isso, cabe, em grande medida, ao direito das políticas públicas redistributivas evitar que ocorram distorções e falhas de diferentes naturezas, mas sobretudo aquelas resultantes da própria estruturação e operação jurídica dessas políticas. Assim, diante disso, pode-se dizer que uma das principais funções que o direito – e seus operadores – pode cumprir em políticas de desenvolvimento voltadas para a redução da pobreza e da desigualdade é a de minimizar desvios de finalidade, erros de inclusão e exclusão, obliteração do escopo, desperdício de recursos, multiplicação desnecessária de tarefas, existência de lacunas e de disputas de competência, falta de transparência e controle social no desenho, implementação e avaliação dessas políticas, bem como toda sorte de ineficiências (expressão adotada aqui como designação genérica) que façam com que o esforço de desenvolvimento produza externalidades ou custos sociais desnecessários ou gere efeitos concentradores de renda. Ao fazê-lo, o direito, como uma “tecnologia” voltada ao desenvolvimento, assegurará ganhos de equidade, isto é, melhoras qualitativas nos índices de desigualdade e pobreza e, com isso, contribuirá para o desenvolvimento (COUTINHO, 2013. p. 104-105).

263

O direito deve observar o plano macroinstitucional do governo e no extremo oposto, o plano microinstitucional da ação governamental, estando governo e ação governamental ligados pelo plano mesoinstitucional, na análise dos arranjos institucionais (BUCCI, 2013. p. 38-39).

A abordagem das políticas públicas, como conjunto de ações implementadas pelo Estado e pelas autoridades governamentais em sentido amplo, deve ser dialógica, multidisciplinar, compreendendo-as como processos complexos, atravessados por diversas dinâmicas de poder, em constante interação com os ambientes institucionais, relacionais e cognitivos que as cercam, ambientes construídos ativamente pelos atores (MARQUES, 2013. p. 24).



No aspecto da judicialização das políticas públicas, depreende-se que o gozo dos direitos sociais é individual e tais direitos podem ser interpretados como direitos individuais. Mas o ativismo judicial na efetivação de direitos sociais deve canalizar as demandas individuais em diálogo constitucional:

exigindo explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas públicas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for. Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes. Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na *execução* de políticas públicas do que de falhas na *elaboração* dessas mesmas políticas. Nesses termos – ou seja, como controlador da execução de políticas já existentes –, o Judiciário conseguiria ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes públicos, não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência os direitos sociais (SILVA, 2008. p. 598).

Um diálogo constitucional permanente entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e destes com a rede de controle social, respeita o princípio de gestão democrática nas políticas públicas em direitos humanos. É preciso compreender o funcionamento do governo enquanto disparador e condutor de processos de transformação, com o emprego dos meios pelos quais se dá a conversão do impulso político em ação governamental, exposta à participação e ao contraditório social e à incidência das normas e controles de maneira geral (BUCCI, 2013. p. 35-36). É tomar uma posição a partir do interior do Estado para compreender o fenômeno do governo juridicizado, examinando como opera sua instrumentalização jurídica no sentido da realização da democracia, em suas componentes políticas, mas especialmente sociais e econômicas (BUCCI, 2013, p. 35-36).

É preciso compreender o fenômeno governamental por dentro do direito, identificando a sistematização de condições, regras e instituições jurídicas necessárias a um Estado em desenvolvimento para formular e executar políticas públicas, criando canais e processos de organização de forças da sociedade (BUCCI, 2013, 35-36).

É preciso ainda, inovar as formas de acesso à judicialização de políticas públicas, como momento importante de avaliação, na sua possibilidade por meio do



acesso às pequenas cortes (juizados especiais). Haveria o confronto da participação na formulação de políticas públicas e participação no processo judicial, ao trazer na audiência de conciliação obrigatoriamente Estado (por suas Procuradorias Municipal, Estadual e Federal), cidadão, Defensoria Pública, Ministério Público (Estadual e Federal) e Conselhos (Municipais, Estaduais e Federais). Esse controle judicial de políticas públicas traria pedagogicamente o caráter participativo na discussão da política pública, ouvindo as necessidades do cidadão com livre acesso ao Poder Judiciário. A política pública não seria discutida individualmente e sim, coletivamente, considerando ainda o suporte dos entes estatais (município, Estado e União), não sobrecarregando o Município. Essa participação em conflitos envolvendo políticas para a pessoa com deficiência deveria ser melhor explicitada no artigo 76 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

## **INOVAR NAS TECNOLOGIAS JURÍDICAS**

Além de leis eficazes, políticas públicas juridicamente reguladas num conjunto de processos, um judiciário disposto ao diálogo constitucional, o que é preciso para que a política pública funcione? É preciso garantir orçamento, programa e responsabilidade.

A garantia programática prima pela normatização de políticas públicas. Quanto maior normatização de políticas públicas, maior efetividade sobre as diversas necessidades.

Garantir responsabilidade é garantir respostas adequadas (responsáveis) às demandas postas ao Estado (*responsiveness*) e garantir que o cidadão possa cobrar resultados das ações por prestação de contas (*accountability*) (MASSA-ARZABE, 2007, p. 51-74. p. 59).

As instituições e o processo criados estão sempre inacabados pelo que é necessário inovar em tecnologias jurídicas. Os grupos invisíveis devem ser uma consciência natural e por isso os processos não podem ser levados de forma absoluta porque sempre há grupo não contemplado. Dificilmente uma decisão judicial toma esse cuidado, portanto, é preciso aprimorar ou mesmo inovar em tecnologias de informação, controle, avaliação (inclusive instituindo a obrigatoriedade do diálogo

constitucional) e punição quanto à implementação de políticas públicas em direitos humanos:

As palavras *responsiveness* e *accountability* não têm tradução em português. *Responsiveness*, na língua inglesa, é utilizada para designar “capacidade de responder”, no sentido de “atender completamente a uma demanda”. *Accountability*, por sua vez, tem sido empregada na doutrina para expressar a contínua preocupação com controles, avaliações, supervisão e responsabilidade institucional no exercício do poder. No núcleo da *political accountability*, enfim, estão dois pressupostos básicos e fundamentais: a obrigação dos governantes informarem os cidadãos a respeito do que fazem no trato da coisa pública e a capacidade institucional de controlar e punir aqueles que violam seus deveres públicos nessa atividade (RANIERI, 2014. p. 302).

A garantia orçamentária requer gestão democrática dos recursos. Quanto mais participação democrática, mais eficaz será o direito humano. Essa é a garantia democrática, expressa, por exemplo, no princípio da participação democrática da comunidade no direito à saúde (artigo 198, incisos I, II e III da Constituição Federal) (AITH, 2006) ou mesmo no princípio da gestão democrática no direito à educação (artigo 205, inciso VI da Constituição Federal).

266

## **GARANTIR A GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA DOS RECURSOS**

A política pública deve ser construída por governança democrática. Governança deve ser compreendida na sua acepção de *governance*, o processo de governar, de forma democrática, ao contrário de como ela tem ocorrido, judicialmente construída, individualmente e sem diálogo de absorção das contestações.

O controle social através da participação democrática reconhece o cidadão como sujeito de direitos. Os direitos humanos fundamentais da sociedade brasileira, necessários para o desenvolvimento do país, são de relevância pública e devem estar sujeitos aos mecanismos de controle social de uma democracia, para evitar abusos a esses direitos (AITH, 2013. p. 30). Há controle judicial, análise das contas pelos Tribunais de Contas. Mas deve ocorrer a participação popular nas instituições jurídico-políticas tradicionais durante a geração, execução e avaliação das políticas públicas (BUCCI, 2006. p. 45).

Portanto não deve ser estranha a atitude de participação popular durante a judicialização de uma política pública, pelo que é preciso adaptar nossos instrumentos

de acesso à justiça às necessidades de efetivação de políticas públicas, aprimorando a possibilidade de deliberação com os entes responsáveis durante um processo acessível por meio de pequenas cortes.

O que falta realmente é operacionalizar adequadamente as disposições que tratam da participação popular nos processos políticos (BUCCI, 2006. p. 45). Urge necessária uma normatização de participação popular nas instituições jurídico-políticas tradicionais e mesmo a participação popular por novas tecnologias jurídicas que ultrapassem os conselhos já previstos, também necessitados de melhor operacionalização.

Essas novas tecnologias devem possuir linguagem adequada, acessível ao povo, com a estrutura tradicional renovada para a abertura à participação popular. Necessário o resgate da liberdade fundada na concepção de nação da Revolução Francesa, reconhecendo o povo como ente social diverso do rei, que precede e antecede o rei, admitindo a Declaração de 1789 que todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente à formação das leis e de verificar, também pessoalmente, o emprego das verbas públicas (BOITEUX, 2014. p. 163-177. p. 173-174).

Dessa forma, inovar no desenvolvimento de redes de ação pública na ideia de governança pública é modificar o eixo da ação estatal, tradicionalmente verticalizado, de cima para baixo, além de transformar a relação entre Estado e sociedade civil, tradicionalmente pensada na dicotomia público-privado (MASSA-ARZABE, 2007, p. 51-74. p. 59). A ação pública passa a ser horizontalizada, em situação de mediação das diversas necessidades e protestos, absorvendo as contestações públicas e do mercado na formação e constante oxigenação das tecnologias jurídicas aptas a efetivar políticas públicas em direitos humanos.

Como a política é colocada na agenda? Geralmente por *lobbies*, *advocacy*. A indústria escolhe quem ela quer curar, quem ela quer educar, a quem ela quer dar o direito à moradia digna, a quem ela quer dar poder econômico. Por isso as novas tecnologias jurídicas devem estar aptas a absorver também estas contestações de mercado, para aprimorar determinada política pública, combatendo interesses que não contribuam ao desenvolvimento, como na formulação da atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

A se deprender da manifestação de João Carlos Di Gênio, proprietário da Rede de Cursos e Colégios “Objetivo” e da “Universidade Paulista”(Unip), o texto aprovado no Senado correspondeu inteiramente às expectativas dos empresários do ensino. Com efeito, antes da aprovação ele havia declarado que a lei era ótima, tendo apenas um defeito: a exigência de que as escolas de nível superior, para se constituírem como universidades, deveriam ter a maioria do corpo docente constituída de mestres ou doutores. Para ele essa exigência era irrealista, já que dificilmente alcançável pelas universidades particulares. No dia da votação final ele esteve no Senado, na condição de reitor da Universidade Paulista, fazendo *lobby* em favor das escolas particulares, e conseguiu que o senador Antonio Carlos Magalhães (PFL-BA) subscrevesse sua proposta retirando a exigência dos títulos de mestre ou doutor e substituindo-os por curso de especialização. O senador baiano apresentou essa proposta na forma de emenda que resultou aprovada. Com isso o “único defeito”foi sanado e, aos olhos dos interesses privados, a lei resultou perfeita. (...)

Cabe destacar como ponto positivo a revogação da emenda do senador Antonio Carlos Magalhães (PFL-BA), de iniciativa do representante das universidades particulares, com o conseqüente restabelecimento da norma que inclui como uma das características das universidades a exigência de que pelo menos um terço do corpo docente seja constituído de mestres e doutores (SAVIANI, 2011. p. 181; 247).

Governar democraticamente comporta democratizar o caráter cognitivo das políticas públicas:

distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos (MASSA-ARZABE, 2007, p. 51-74. p. 63)

Compreendendo a abrangência das políticas públicas necessárias conforme esse conceito de governança democrática, o caráter cognitivo abrange muito mais do que informar.

## **DEMOCRATIZAR O CONHECIMENTO PARA UMA GESTÃO DEMOCRÁTICA**

Os bens indispensáveis à vida humana em condições de dignidade não podem ser apropriados por particulares, daí que o conhecimento científico e tecnológico deve ser altamente difundido para alterar índices significativos de atraso ou subdesenvolvimento dos povos (COMPARATO, 2010. p. 110-130. p. 119-120). Para

viver com dignidade é preciso mobilização do Estado para garantir saúde e assim, nosso maior bem jurídico, a vida (AITH, 2006. p. 439).

É preciso, ainda, ouvir a voz da diversidade de necessidades, possibilitando aos grupos sociais (que pela individualidade cultural do grupo e de sujeitos destacados do grupo, não acessam bens nem posições em instâncias decisórias) recursos e condições para a ação.

O Estado deve não só ouvir as vozes, mas buscar a voz de quem não está presente na política pública, compreendendo a individualidade cultural de quem está inserido em grupos sociais ou mesmo fora deles. O direito à educação, portanto, torna-se fundante para a saúde (AITH, 2006. p. 363), bem como no processo de governança democrática. Há uma necessidade premente de educação em direitos humanos para resgatar a solidariedade, sentimento útil por impulsionar políticas públicas que primem pela ação e generosidade (COMTE-SPONVILLE, 2009. p. 119), ultrapassando o sentimento de mera piedade, estático, não transformador:

De nada adianta todos terem garantia a igualdade formal se as diferenças materiais existentes entre indivíduos da mesma sociedade anularem esta proteção.(...) A fraternidade, ou solidariedade, expressa-se como o conjunto de regras voltadas a um escopo comum de progresso e melhoria da qualidade de vida de todos aqueles que compõem o grupo social, determinando que um dos grandes objetivos do ser humano é possuir uma sociedade que ofereça a todos os seus integrantes a igualdade material. Para tanto é que foram sendo positivados os direitos sociais como direitos humanos, destinados a garantir condições mínimas de existência a todos os seres humanos, em especial os mais fracos e os mais pobres. (AITH, 2007. p. 227-228)

Mas o que garante a política pública é orçamento e governança democrática que vincule os recursos. Nesse sentido, a existência de um vasto mercado de planos de saúde estimula e acelera um cenário em que a União e os entes federados deixam de financiar adequadamente o SUS – Sistema Único de Saúde, ao passo que agentes privados beneficiam-se de recursos públicos para o setor (OCKÉ-REIS, 2013).

Prevaleram forças políticas neoliberais que se recusaram a descentralizar o SUS, centralizando decisões e impondo um tremendo subfinanciamento (NARVAI, 2013). E é esta a maior queixa dos pequenos municípios no fenômeno da judicialização: a maior fatia dos recursos não fica nos municípios, sendo administrada

pelos Estados e União. É claro que a queixa da influência neoliberal também afeta a implementação em educação básica, cujo financiamento vinculado à proporção de 8% do PIB deveria ter sido implementado desde 1988. Proporcionar recursos e condições para a ação abrange financiamento da totalidade de recursos humanos e materiais, proporcionando gestão democrática dos recursos, entre sociedade e poderes, entre poderes e com possibilidade de autonomia local, com a participação dos profissionais e sujeitos envolvidos com o serviço público.

Por isso a política se dá por ciclos “não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução” (MASSA-ARZABE, 2007. p. 70).

A liberdade de escolha no uso dos recursos na gestão democrática requer democratização da informação, para que o político, o tecnocrata, o cidadão, os sujeitos envolvidos no ambiente de prestação do serviço público tenham informação plural. A Lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011 - Lei de Acesso à Informação é um avanço, agregada agora aos indicativos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entre seus artigos 63 e 73 percorrem a informação pelas Tecnologias de Informação e Comunicação, da atividade de consumo à produção científica.

Claro que a omissão em informar é motivada pela desconfiança na capacidade que o povo tem de entender o interesse coletivo, perseguindo seus interesses particulares sem enxergar os motivos de Estado (BOBBIO, 2003. p. 307). Por isso, a omissão à informação pode ocorrer ao usar uma linguagem para iniciados, esotérica, só compreensível para os integrantes do círculo, ou mesmo recorrendo à terminologia comum para dizer o oposto do que se pensa, dar informação equivocada ou oferecer justificações distorcidas (BOBBIO, 2003. p. 309). Informação de qualidade é informação clara a todos, inclusive para a pessoa com deficiência.

Esse é o desafio democrático da transparência do poder, pois o segredo é sempre um instrumento de poder (BOBBIO, 2003. p. 314). A transparência limita o poder que, na esfera das relações internacionais está mais exposta ao abuso (BOBBIO, 2003. p. 315). A e-democracia torna o sistema internacional democrático, permitindo que o cidadão participe dos rumos globais. O direito internacional que

tradicionalmente não reconhece o indivíduo como sujeito, agora passa a lhe dar importância, pelo que o direito deve buscar uma regulação supranacional democrática de e-democracia para que forças totalitárias não ocupem o espaço de poder internacional na resolução de problemas políticos e econômicos (VENTURA, 2002. p. 480). E o tema mais sensível em direitos humanos é como o direito se adapta à necessidade de uma melhor e mais democrática política pública em âmbito local ou global. Os movimentos sociais trazem a insatisfação com as institucionalidades. Os controles em políticas públicas são muito precários, porquanto qualquer atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento das políticas públicas deve contar, cada vez mais, com a participação ativa da sociedade civil organizada, fator que deve ser sempre considerado em qualquer análise sobre o tema (AITH, 2007. p. 234).

O êxito de políticas públicas não depende somente das ações da Administração Pública, sendo fundamental a adesão da sociedade, a partir de instrumentos de orientação e auxílio que procurem o consentimento da coletividade, para a eficiência da atuação administrativa, impulsionando a adesão pela explicação e participação (PEREZ, 2007. P. 163; 167-168; 176).

A participação é um princípio jurídico de organização da Administração Pública, rompendo com o distanciamento entre sociedade e Administração, proporcionando uma gestão responsiva, dinâmica, atenta à pluralidade dos interesses sociais na efetivação dos direitos fundamentais (PEREZ, 2007. P. 169). A importância da participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas deve estar no conceito de política pública, como organização sistemática dos motivos fundamentais e dos objetivos que orientam os programas de governo relacionados à resolução de problemas sociais (PEREZ, 2007. p. 170).

Mesmo a participação comporta perigos: captura pelo governo, quando os canais de participação simplesmente ecoam a atual política governamental; corrupção; captura pelo mercado inclusive das informações; deficiência de análise pelo mau diagnóstico dos problemas ou análise política equivocada; falhas de coordenação (PEREZ, 2007. p. 172-174).

É que mais uma vez chama a atenção para a necessidade da democratização da

informação. Tome-se a política de valorização dos profissionais da educação como exemplo, geralmente trilhando o caminho da necessidade de capacitação, precarizando o trabalho desses profissionais e ainda, não observando a complexidade de outros fatores de estrutura humana e material para uma educação de qualidade. Isso poderia ser aprimorado se houvesse um diálogo constitucional e institucionalizado entre os Poderes e destes com os sujeitos envolvidos com a política pública.

A democratização da informação com a conseqüente democracia deliberativa trilha o sucesso da política pública:

Ora, é o diálogo entre os técnicos e os diferentes setores da sociedade, da busca racional do convencimento, do contraditório, que deve emergir a definição de prioridades em matéria de políticas públicas.(...) Entre nós, são exemplos desse tipo de conduta os debates em torno da repetência dos alunos no ensino público básico e fundamental e da distribuição de cupons para o combate à fome. Nesses dois exemplos, a simples identificação do problema e a vontade política de resolvê-los (há entre nós um certo consenso sobre a relevância social desses assuntos) não garante o sucesso das políticas públicas que lhes são direcionadas. O ingrediente técnico, a catalogação de experiências anteriores, o saber sistematicamente organizado, enfim, é imprescindível para o sucesso de uma dada política. (...) *Bem-estar coletivo e justiça social*, enquanto objetivos da atividade da Administração Pública cumpridos por meio do arranjo de políticas públicas, são indissociavelmente ligados à *transparência* da atuação administrativa, à *ampla controlabilidade* dessa atuação e, enfim, à *participação* dos agentes sociais direta ou indiretamente interessados no cumprimento daqueles supremos desígnios (PEREZ, 2007. p. 175-176)

272

Essa transparência pela democratização da informação, na implantação da governança democrática da informação, gera confiança do cidadão nos serviços públicos. Surge a confiança de que os serviços serão prestados conforme as necessidades do cidadão, adequando-se conforme a evolução do conhecimento das ciências e tecnologias empregadas às necessidades constantemente diversificadas apresentadas e para isso as tecnologias de informatização e comunicação são ferramentas a serviço de maior celeridade administrativa uma cultura de racionalidade e organização das informações do governo à disposição dos cidadãos, verdadeiramente inserida na vida democrática (BUCCI, 2013. p. 17). Tecnologias da informação devem ser incentivadas, principalmente as inovações em rápida e facilitada comunicação entre cidadão e Administração Pública, ultrapassando os limites territoriais.



São mudanças estruturais necessárias, pois as decisões individuais compensatórias ineficientes dos juízes irão impor custos sociais maiores: os que perdem terão um incentivo maior a pressionar por correção mediante recurso (POSNER, 2007. p. 483).

## **INTERNACIONALIZAR A GESTÃO DEMOCRÁTICA**

A maior dificuldade é a de estabelecer locais onde os povos democraticamente possam deliberar sobre seus interesses ao redor da governança global, podendo avançar economicamente sem a grande interferência da OMC, do FMI, etc. Essa interferência vem sendo incisiva e lastimável nos investimentos em direitos humanos. Uma mudança estrutural na governança global, estabelecendo locais virtuais de participação pela e-democracia possibilitaria a crescente atuação internacional do cidadão em conselhos participativos:

A Internet, ao mesmo tempo em que permite uma maior transparência na atuação dos governantes, também torna-se meio e palco para uma efetiva participação popular, trazendo os representantes mais próximos aos representados (...)  
Desta forma, é possível concluir que, no contexto atual, a participação direta via Internet forma, juntamente com o voto e o controle, o tripé da democracia moderna. (MAURANO, 2014. p. 34; 37)

273

O ordenamento internacional precisa estabelecer essa possibilidade de participação (WOUTERS *et alli*, 2004. p. 49) do cidadão na promoção e proteção mundial dos direitos humanos:

Democracia significa governo do povo, a soberania popular sem freios e regras não sustenta um regime democrático. Sem limitação dos poderes governamentais e popular e sem respeito aos Direitos Humanos, a soberania popular tende fatalmente ao abuso da maioria e à transformação, por exemplo, em “ditadura do proletariado”, ditadura da oligarquia partidária ou ditadura de um déspota. Por outro lado, o mecanismo formal da separação de poderes e a declaração de Direitos Humanos, sem que o povo exerça efetivamente o poder supremo, é mero disfarce da dominação oligárquica, ou, o que acontece frequentemente, floreio de retórica “pra inglês ver” (BENEVIDES, 2009. p. 737-738).

Havendo tecnologias de e-democracia na governança global, como

responsabilizar os gestores no âmbito nacional ou transnacional a priorizar e aumentar progressivamente investimentos em informação?

No campo interno, não havendo o devido monitoramento e investimento, cabe responsabilizar Presidente da República, Ministros e gestores envolvidos com a omissão em âmbito nacional (KIM; PEREZ, 2013. p. 735-737). No campo transnacional a doutrina deve ter visão mais plural na apreciação das culturas, num diálogo intercultural, considerando a incompletude das culturas e do conceito ocidental de direitos humanos, buscando mediação democrática na governança global.

Na descentralização dos recursos a informação plural e a autonomia são essenciais para decisões eficientes, avaliadas a partir de parâmetros claros, sob a responsabilidade dos agentes, havendo liberdade de cada sistema, desde que pautando-se sobre o reconhecimento de direitos humanos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De salutar importância o aprimoramento de tecnologias jurídicas que possibilitem a governança democrática local e global das políticas públicas em direitos humanos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência apresentado pelo Projeto de Lei n. 7.699/06 acrescenta tecnologias jurídicas inovadoras na efetivação da governança democrática. Coloca como necessários: a democratização do acesso, compreensão e possibilidade de deliberação sobre as informações no ciclo de reconhecimento, programação e implementação de políticas públicas em direitos humanos.

O reconhecimento declaratório internacional e nacional, com a maior garantia do direito subjetivo público, exige políticas públicas com o poder de ação judicial ao cidadão.

Garantir direitos humanos requer políticas públicas em consonância com a Constituição Federal e a concepção dinâmica, dialógica e progressiva de dignidade humana. Essa progressividade é assegurada pela evolução do conceito de deficiência conforme a deficiência na participação.

Efetivar direitos humanos requer decisão e ação do Estado, adequadas a absorver as contestações diversas, por meio de um conjunto de processos juridicamente regulados, considerando seus objetivos pontuais ou permanentes.

Judicializar tais escolhas pertence à fase de avaliação das políticas públicas. Ao apresentar falhas de implementação do eixo governo-ação governamental, tais políticas públicas requerem mudanças nos arranjos institucionais e um diálogo constitucional entre poderes e destes com a rede de controle social.

É preciso inovar na possibilidade de judicialização de políticas públicas em direitos humanos por meio do acesso às pequenas cortes, unindo a participação no processo com a deliberação coletiva das políticas públicas.

Outra inovação deve vir na operacionalização da governança democrática sobre o trinômio de garantias: normatização, responsabilidade e orçamento. Essas novas tecnologias devem possuir linguagem adequada e com estrutura aberta à participação popular, combatendo interesses meramente de mercado.

Governar democraticamente é democratizar a informação, garantir vida digna, buscar a voz da diversidade de necessidades e gerir democraticamente os recursos públicos. O subfinanciamento é a maior queixa dos Municípios, que precisam da descentralização das decisões, resgatando autonomia deliberativa sobre os recursos com a participação dos profissionais envolvidos com o serviço público que implemente o direito humano.

O desafio democrático da transparência do poder deve seguir investimentos na e-democracia, permitindo que o cidadão participe dos rumos locais e globais. A participação comporta perigos que são solucionados pela democratização da informação, na implantação da governança democrática da informação para facilitada e rápida comunicação entre cidadão (com deficiência ou não) e Administração Pública na implementação de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. *In*: Maria Paula Dallari Bucci. (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 217-246.

\_\_\_\_\_. **A Regulação dos Serviços de Saúde Mental no Brasil: Inserção da Psicologia no Sistema Único de Saúde e na Saúde Suplementar**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, julho/2013. Disponível em [www.cfp.org.br](http://www.cfp.org.br) e

[www.crepop.pol.org.br](http://www.crepop.pol.org.br).

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito Sanitário**. Biblioteca de Teses da USP: 2006.

AVRITZER, Leonardo. **Democratization and Citizenship**. In Latin America: The Emergence of Institutional Forms of Participation.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **Em Defesa da República e da Democracia**. In: Direitos Humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato. Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Claudineu de Melo (org.). São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 723-742.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. In: *Norberto Bobbio: o filósofo e a política*, antologia/ organização e apresentação de José Fernandes Santillán, Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 300-313.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. **A Liberdade no Mundo Antigo. In Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano**. Vivian de Almeida Gregori Torres; Álvaro Theodor Herman Salem Caggiano. São Paulo: IELD, 2014. p. 163-177.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **O conceito de política pública em direito**. In: Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. **A compaixão**. In *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2002.

COUTINHO, Diogo R. **Direito, Desigualdade e Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr/jun. 1998. p. 39-48.

\_\_\_\_\_. **“O abuso nas patentes de medicamentos”**. In: *Rumo à justiça*, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110-130.

DRAIBE, Sônia M. **Estado de Bem-Estar, Desenvolvimento Econômico e Cidadania: algumas lições da literatura contemporânea.** In Políticas públicas no Brasil. Gilberto Hochman, Marta Aretche e Eduardo Marques (org.). São Paulo: Editora Fiocruz, 2011. p. 27-63.

DUARTE, Clarice Seixas. **Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais.** São Paulo em Perspectiva, 18 (2): 113-118, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.** In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 2, n. 8, out. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29053>>.

KIM, Richard Pae; PEREZ, José Roberto Rus. **Responsabilidades públicas, controles e exigibilidade do direito a uma Educação de qualidade.** in Justiça pela Qualidade na Educação. ABMP, Todos pela educação (Organização). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 711-791.

MARQUES, Eduardo. **As Políticas Públicas na Ciência Política.** In: *A Política Pública no Campo Multidisciplinar.* Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (Orgs.). São Paulo: Editora UNESP; Editora FIOCRUZ, 2013.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. **Dimensão jurídica das políticas públicas.** In: Maria Paula Dallari Bucci. (Org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51-74.

MAURANO, Adriana. **Democracia e Internet.** In Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano. Vivian de Almeida Gregori Torres; Álvaro Theodor Herman Salem Caggiano. São Paulo: IELD, 2014. p. 23-39.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Monitoramento da Lei de Acesso à Informação Pública em 2013. Article 19. Publicação financiada pela Open Society Foundations. 2014. Disponível em <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2014/05/Relat%C3%B3rio-monitoramento-LAI-2013.pdf>. Acesso aos 20 de maio de 2014.

NARVAI, Paulo Capel. **A saúde do sistema único.** Ano 10. N. 76. Curitiba: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada/Virtual Publicidade, 2013. p. 46-53. Disponível em [www.desafios.ipea.gov.br](http://www.desafios.ipea.gov.br).

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **O alto custo do lobby.** Ano XVIII. N. 762. 21 de agosto de 2013. São Paulo: Carta Capital/Editora Confiança, p. 28-30. Disponível em [www.cartacapital.com.br](http://www.cartacapital.com.br).

\_\_\_\_\_. **A saúde do sistema único.** Ano 10. N. 76. Curitiba: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada/Virtual Publicidade, 2013. p. 46-53. Disponível em [www.desafios.ipea.gov.br](http://www.desafios.ipea.gov.br).

PEREZ, Marcos Augusto. **A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas.** In: Maria Paula Dallari Bucci. (Org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2007. p. 163-176.

POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **A qualidade da democracia. Considerações teóricas.** In Estudos de Direito Constitucional: homenagem à Professora Monica Herman Salem Caggiano. Vivian de Almeida Gregori Torres; Álvaro Theodor Herman Salem Caggiano (org.). São Paulo: IELD, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à sociologia da administração da justiça.** In José Eduardo Faria (org.). *Direito e Justiça – a função social do Judiciário.* 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

SAVIANI, Dermeval. **PDE – Plano de Desenvolvimento da Educação: análise crítica da política do MEC.** Campinas, SP: Autores Associados, 2009.

\_\_\_\_\_. **A nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas.** 12. ed. revista. Campinas, SP: Autores Associados, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais.** In Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Direito Internacional Sanitário.** In Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e Magistratura Federal. Brasília: UnB, 2002. p. 479-496. Disponível em [www.estig.ipbeja.pt/ãc\\_direito/a22.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/ãc_direito/a22.pdf). Acesso aos 02/06/2014.

WOUTERS, Jan; DE MEESTER, Bart & RYNGAERT. **Democracy and International Law. Leuven Interdisciplinary Research Group on International Agreements and Development.** Working Paper n. 5. June, 2004. LIRGIAD, K. U.: Leuven, 2004.

# OS REFUGIADOS AMBIENTAIS E A TUTELA DE SEUS DIREITOS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA ACERCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ESTATAIS EM VISTA DOS RECENTES ACONTECIMENTOS NO BRASIL E NEPAL

*Ana Luiza Godoy PULCINELLI*<sup>82</sup>

*Lucyellen Roberta Dias GARCIA*<sup>83</sup>

## RESUMO

As migrações humanas motivadas por catástrofes e outros fenômenos naturais têm sido consideradas uma constante na história da humanidade, o que se dá em razão não somente da variabilidade climática, como também por outros fatores decorrentes da ação irresponsável do ser humano no tocante à preservação da biodiversidade natural. A pesquisa tem por objetivo relacionar as diversas manifestações da natureza ao aumento do fluxo mundial de refugiados ambientais, conferindo-se enfoque especial à situação do deslocados enquanto migrantes internacionais (com análise da catástrofe no Nepal) e aos deslocados internos (em Santa Catarina); analisa-se aqui as dificuldades encontradas pelos grupos que se veem forçados a enfrentar uma migração ambientalmente forçada. Especial atenção será conferida à vulnerabilidade socioambiental de Santa Catarina que anualmente sofre com os efeitos devastadores da natureza em resposta às variações climáticas fruto da ausência de políticas públicas a que se comprometem os países através de Convenções internacionais, produzindo fluxos consideráveis de deslocados internos; busca-se enfoque, ainda, no aumento do fluxo de refugiados ambientais do Nepal, os quais sofreram com recentes abalos sísmicos, mas que de igual forma se apresentam tão devastadores a ponto de ceifar inúmeras vidas humanas, desestabilizando a economia e estrutura interna do país, colocando em risco a segurança da própria dignidade humana dos grupos atingidos. O que se infere da análise da problemática apresentada é que governança ambiental global não dispõe de mecanismos específicos para tratar do tema dos refugiados ambientais. Por outro lado, percebe-se um descompasso no plano político internacional.

279

**PALAVRAS-CHAVE:** Refugiados Ambientais; Estatuto dos Refugiados; políticas públicas.

## ABSTRACT

The human migrations motivated by disasters and other natural phenomena have been considered a constant in the human history, which occurs as a result not only of climate variability, but also by other factors deriving from the irresponsible human actions regarding to the preservation of natural biodiversity. The research aims to

---

82      Docente da UENP.

83      Mestra em Ciência Jurídica e Docente da UENP.



relate the different manifestations of nature to the increasing of global flow environmental refugees, giving special attention to the situation of the dislocated people while international migrants (with analysis of the catastrophe in Nepal) and internally dislocated (Santa Catarina); it is analyzed the challenges encountered by groups that find themselves forced to face an environmentally forced migration. Special attention will be given to the environmental vulnerability of Santa Catarina, that annually suffers from the devastating effects of nature in response to climate variations, resulted from the absence of public policies that commit countries through international conventions, producing significant flows of internally dislocated citizens; the goal is also to seek a focus on the increasing flow of environmental refugees in Nepal, whom suffered from recent earthquakes which alike present themselves so devastating that are able to take countless human lives, destabilizing the economy and the country's internal structure , risking the security of the human dignity of the affected groups. What is inferred from the presented problem analysis is that global environmental administration does not have specific mechanisms to deal with the issue of environmental refugees. On the other hand, it seems to have a gap in the international political level.

**KEYWORDS:** Environmental Refugees; Statute of Refugees; public policy.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata-se de uma contribuição prestada ao artigo intitulado “Refugiados Ambientais: Uma Análise acerca da Responsabilidade do Estado frente às garantias constitucionais de direitos”, apresentado ao III Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (UENP), Grupo de Trabalho: Responsabilidade do Estado, no ano de 2013, em que se analisa a problemática dos refugiados ambientais, em especial aqueles que se deslocam do no âmbito interno e os estrangeiros (no caso, de NEPAL), em vista dos últimos acontecimentos que tem determinado um aumento considerável do fluxo desta categoria de migrantes ao redor do mundo e da necessidade de uma tutela mais efetiva para sua proteção, seja na esfera da governança global, como também no direito interno.

Recentes desastres naturais no Brasil e no mundo revelaram um aumento do fluxo de uma não tão recente categoria de grupos vulneráveis conhecidos como refugiados ambientais, fazendo com que os Estados e organismos internacionais se movimentassem em torno dos acontecimentos com a finalidade de tutelar e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e conseqüentemente motivando a continuação do estudo e a busca de soluções pacificadoras que apresentem caminhos munidos de



contornos constitucionais com a preservação da dignidade humana como vetor de todo este processo.

Há uma necessidade de expandir significativamente o conceito de refugiado para incluir a categoria dos refugiados ambientais. Neste sentido, as questões ambientais não podem ser dissociadas dos fluxos de movimento em massa para outro território, que causam, em consequência, um grande impacto sobre o meio ambiente da área de acolhimento, o que nem sempre tem os meios e a capacidade de manter estas populações migrantes.

Este crescente fenômeno da migração causada por desastres naturais ou ecológicos motiva uma criticidade maior em torno de atual sistema de proteção nacional e internacional que visa o resgate da dignidade do ser humano, em especial no que toca aos mecanismos de proteção ao refugiado político (e a abrangência de seu conceito) que ora interessa à presente pesquisa, bem como uma análise apurada acerca do fatores que forçam as pessoas a se moverem em busca de novos horizontes (SUHRKE, 1993).

A pesquisa científica que ora se propõe, neste contexto, verte-se a demonstrar, considerando os recentes acontecimentos ambientais sucedidos no Brasil e no Nepal, a necessidade de se proteger a integridade dos refugiados/deslocados ambientais, aplicando-se os instrumentos de direitos humanos existentes, ou criando-se um regime jurídico específico de eixo internacional que vincule os Estados soberanos e determine o seu comprometimento para com a implantação de políticas públicas que estabeleçam a colaboração da comunidade local, ONG's, governo e iniciativa privada para atingir a plena integração dos deslocados ambientais forçados.

O ponto de partida, portanto, do trabalho *sub examine*, é estabelecer um panorama acerca da regulamentação jurídica envolvendo os refugiados ambientais, seja no âmbito internacional, como no nacional, e o atual cenário de riscos e ameaças a que está exposto esse contingente de pessoas, comprometendo o sistema de garantias constitucionais.

A abordagem ainda se mostra atual e desperta o interesse da pesquisa científica, considerando que o termo “refugiados ambientais” não se encontra categorizado em Estatuto específico, muito menos nos instrumentos internacionais de

proteção aos refugiado convencionais ou outros grupos migratórios abarcados por convenções ou tratados internacionais.

Por outro lado, busca demonstrar que de forma transversal outros instrumentos (como, por exemplo, o Protocolo de Kyoto e Convenção-Quadro) criados por mecanismos internacionais que em razão da falta de comprometimento dos países, em especial aqueles que mais poluem, permanecem como letra morta em total descompasso às manifestações catastróficas geradas em razão da alteração climática global.

Com o fito de contribuir com a pesquisa precedente, este trabalho seguirá uma abordagem mais específica e individualizada de dois grupos de refugiados ambientais e analisará a tutela de direitos e a criação de políticas públicas em favor da categoria de refugiados ambientais que segundo El-Hinnawi e Pentinat (1985; 2006, p. 95) foram temporariamente deslocadas devido às pressões ambientais, como um terremoto ou um ciclone e que são susceptíveis de regressar ao seu habitat original, categoria que se enquadra nos eventos naturais que serão citados na presente obra.

No primeiro capítulo busca-se estabelecer o conceito de refugiado ambiental, o surgimento do termo e a sua aplicação no campo do direito ambiental. A abordagem conceitual e histórica se faz necessária para a compreensão dos fatores responsáveis por determinar o surgimento de novos grupos merecedores da tutela Estatal e como suas necessidades se encaixam no plano de direitos ofertados pelas Constituições de cada pátria.

No segundo capítulo foi realizada uma explanação acerca dos fenômenos naturais que destruíram cidades do Estado de Santa Catarina, no Brasil em maio do corrente ano e de que forma esses acontecimentos interferiram na distribuição equitativa dos direitos fundamentais a todos os cidadãos atingidos pela catástrofe ambiental.

Paralelamente, no terceiro capítulo, será procedida uma abordagem acerca dos terremotos que se sucederam nos meses de abril e maio do corrente ano no Nepal e que de igual forma, motivaram um deslocamento forçado por parte de inúmeros de seus patriotas em busca de condições dignas e de sua própria sobrevivência.

Por fim, no quarto capítulo buscou-se concatenar a problemática dos

refugiados ambientais, em especial do Brasil (Santa Catarina) e Nepal, assolados pelas recentes catástrofes que reacenderam a discussão em torno das ações governamentais empreendidas no sentido de oferecer amparo meramente paliativo, com a questão da ausência de um corpo normativo baseado em um senso humanitário das nações que muitas vezes deixam de agir por conta da falta de imposição legal.

Neste contexto, baseado nas diversas concepções que a problemática trazida pela pesquisa impõe, a metodologia utilizada foi a dedutiva, na medida em que foram exploradas premissas gerais, auto-evidentes, calcadas em fatos sociais de relevância para a pesquisa, leis e proposições fenomenológicas para que se pudesse concluir um raciocínio lógico à solução do problema proposto.

Também se utilizou do método ecológico, o qual objetiva o estudo das relações existentes entre o homem e o meio em que vive e a interação entre os fatos sociais e os elementos da natureza.

Por fim, baseou-se o presente estudo em pesquisas bibliográficas e documentais, buscando explorar ao máximo a doutrina pátria, bem como a legislação internacional e nacional, enfatizando a sua correlação com os fatos sociais que imprimem consequências alarmantes no processo de formação da identidade social do ser humano.

A temática abordada é relativamente nova, e vem despertando a atenção da comunidade internacional acerca da necessidade de estabelecer medidas protetivas que estejam em consonância com as normas de direito ambiental, cuja abordagem se encontra mais adiantada e abarcada por instrumentos normativos, de modo a possibilitar uma igualdade plena de direitos entre todos os cidadãos, mediante uma ação conjunta entre todos os entes responsáveis por estas garantias, seguindo-se o vetor da solidariedade, cooperação e dignidade da pessoa humana.

## **REFUGIADOS AMBIENTAIS: EM DE BUSCA DE UM CONCEITO E DO RECONHECIMENTO JURÍDICO**

É cada vez mais crescente em todas as partes do planeta o número de pessoas que são forçadas a migrar das zonas que habitam em razão de alterações climáticas e fenômenos naturais, dentro do seu país ou mesmo para outro. A essas pessoas atribuiu-se o nome de refugiados ambientais ou climáticos.

A noção do significado da terminologia “ambiental” é de salutar importância para a compreensão da pesquisa que ora se propõe, sendo, pois, o termo extraído da expressão “meio ambiente” que segundo De Plácido e Silva (2003, p.527), vem a ser o conjunto “de condições naturais em determinada região, ou, globalmente, em todo o planeta, e da influência delas decorrentes que, atuando sobre os organismos vivos e os seres humanos, condicionam sua preservação, saúde e bem-estar.”

A preocupação inicial com a problemática ambiental surgiu em 1972 na cidade de Estocolmo, Suécia, através da realização da I Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, também chamada de Confer a qual produziu a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano e criou o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA), com o objetivo de monitorar o avanço dos problemas ambientais do mundo.

No documento que aprovou a criação do PNUMA, foi introduzida a expressão *Environmental Refugees* – Refugiados Ambientais, a qual representa todo aquele grupo de “pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência desses indivíduos torna-se perigosa”.(LISER)

Apesar disso, a figura jurídica do refugiado ambiental ainda não é reconhecida pela Organização das Nações Unidas.

O ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados) órgão ligado a ONU (Organização das Nações Unidas) não reconhece de forma jurídica este grupo específico de refugiado, o que implica na afirmação de que, juridicamente, aos refugiados ambientais não são deferidos os mesmos direitos que o refugiado político.

Em resumo, os refugiados ambientais não possuem existência reconhecida no plano legal, recebendo como apoio diante das catástrofes que assolam seu território medidas mais voltadas à solidariedade e ao assistencialismo, o que poderia ser diferente se houvesse a adoção de ações respaldadas por legislações que amparassem as vítimas das tragédias preanunciadas, possibilitando-as seguir suas vidas com a necessária e merecida dignidade.

Se por um lado os refugiados ambientais não encontram proteção na esfera

internacional, o mesmo não se pode afirmar de uma outra categoria similar (ao menos no que se refere à terminologia), qual seja, o refugiado político. No ano de 1954 entrou em vigor a Convenção de 1951, também conhecida como Estatuto do Refugiado, o qual passou a tutelar os direitos dos refugiados, conferindo-lhe, ainda, a seguinte definição:

[...] em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontre fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.” (Convenção de 1951, ONU).

Acerca do tema, Cournil (2008) recomenda cautela ao interpretar o sentido atribuído ao texto da Convenção para benefício de uma categoria de refugiados que não se encontra inserta no texto normativo; no caso, os refugiados ambientais.

285

Daí, porque, entende que:

[...] o conceito de "perseguição" será difícil de defender no âmbito da Convenção de Genebra, exceto, talvez, para as vítimas da degradação ambiental causada por conflitos armados ou que resultam de "uma opção de desenvolvimento" das autoridades do Estado (a construção de uma barragem de grandes dimensões sem o realojamento das populações). O caráter individual do reconhecimento do estatuto de refugiado impede as ameaças de perseguição geral, apenas o medo de perseguição pessoal pode ser aceito. Certamente será difícil provar o caráter pessoal da "violência" devido a catástrofes ambientais, que não entram no "espírito" do texto da Convenção de Genebra.

Beth e Marques (2010) analisam as consequências que a ausência de respaldo legal ocasiona no âmbito interno dos países vitimados pelas alterações climáticas, ressaltando a importância de uma atuação mais ostensiva da ONU quanto à solução da problemática que interfere veementemente no reconhecimento da dignidade humana:

A falta de proteção material, jurídica gera instabilidade nos países por não saberem o que fazer com os vitimados pela alteração climática, pois por mais boa vontade que esses países possuam em contornar seus problemas,

encontram resistência política e financeira, internacional, e, também, em seus próprios ordenamentos internos, que muitas vezes são carentes de medidas que amparem o vitimado pelas catástrofes ambientais. Faz-se portanto necessário atrelar a situação de refugiado com os Direitos Humanos, que têm por finalidade a proteção da pessoa humana e a defesa de sua dignidade.

No mesmo sentido, Barros (2011, p. 61):

A degradação ambiental, sobretudo a emissão cada vez maior do dióxido de carbono, o aumento da acidez dos oceanos, a intensificação do processo de desertificação e o conseqüente aquecimento global, tem sido a causa do deslocamento de um grande número de pessoas em todas as regiões do planeta. Todavia, este grupo de pessoas deslocadas permanece irreconhecido legalmente. Por esse motivo, o problema na mudança da natureza jurídica de refugiado ora vigente dever ser refletido sob bases legais e, sobretudo, em atenção aos direitos humanos.

Embora as estimativas variem muito, avalia-se que vinte e cinco milhões de pessoas encontram-se deslocadas atualmente. Os estudos a respeito de população, demografia e movimento de pessoas normalmente incluem o movimento de migrantes econômicos, refugiados e pessoas deslocadas no amplo conceito de migração, sendo esta analisada como um processo.

Todavia, tal inclusão não tem sido aplicada, na prática, ao termo 'migrante', que não é entendido como um termo genérico, abrangendo várias categorias, tais como os refugiados, os deslocados e os migrantes econômicos. Um migrante é, em geral, considerado como um migrante econômico ou um trabalhador migrante e se diferencia de um refugiado ou outras.

Em suma, percebe-se a amplitude da discussão e o conseqüente descompasso se considerar a ausência de um consenso global sobre a temática dos refugiados ambientais. Evidente que a causa ambiental não se apresenta isolada como motivo justificador do deslocamento dos indivíduos de seu país de origem ou mesmo internamente.

Neste aspecto, a ideia de sustentabilidade e garantia do meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações deve ser revisitada, lançando-se, pois, um novo olhar sobre a questão, de modo a ampliar o modo de enxergar a problemática sob diversas matizes que interferem na relação homem-meio ambiente.

## **OS TORNADOS DE SANTA CATARINA: AUMENTO DO FLUXO DE DESLOCADOS INTERNOS**

Em 20 de abril de 2015 dois tornados atingiram o oeste do estado de Santa Catarina, na região sul do Brasil, sendo que pelo menos três cidades foram atingidas diretamente, quais sejam, Passos Maia, Ponte Serrada e Xanxerê.

Segundo o INMET (Instituto Nacional de Meteorologia), os ventos podem ter variado de 100km/h até 330km/h no horário do fenômeno. A escala de classificação de tornados começa em 65 km/h e chega a mais de 500 km/h. O F0 é o mais fraco e o F5 é considerado o mais forte. Os tornados que atingiram Santa Catarina neste ano ficaram classificados entre F2 e F3. (INMET, 2015)

Com os acontecimentos, cerca de 800 mil pessoas foram atingidas, sendo que dentre duas vieram a óbito. Ainda segundo números da defesa civil de Santa Catarina, havia pelo menos 4.275 mil desalojados na cidade e 539 desabrigados. (DEFESA CIVIL SC, 2015)

Os dados mais atualizados da Defesa Civil de Santa Catarina sobre prejuízos nas cidades dão conta de danos no valor de R\$ 100 milhões, os quais foram orçados para Xanxerê e R\$ 9 milhões em Ponte Serrada.

Em Xanxerê foram 2.178 casas atingidas, sendo 1.583 com danos apenas nos telhados, 360 parcialmente danificadas e 235 totalmente destruídas. Já em Ponte Serrada foram 180 casas com danos nos telhados, 148 parcialmente danificadas e 24 totalmente destruídas.

A fim de auxiliar na recuperação e na reconstrução dos bairros atingidos em Xanxerê, a cidade mais atingida, o Governo Federal enviou o Exército buscando resguardar a ordem interna e garantir proteção às vítimas de uma tragédia já anunciada alhures.

A afirmação de uma tragédia anunciada carrega em si inúmeros dados dignos de preocupação. Os desastres que se sucedem há anos nesta região tem destruído vidas e economias, deixando a população local vulnerável e sem perspectiva de mudanças. Isso se deve à inoperância do Estado que não obstante as reiteradas manifestações catastróficas da natureza, que na maioria das vezes ceifam vidas, colocando tantas outras em perigo extremo, não se valem de políticas públicas preventivas e muito

menos reparatórias voltadas ao acolhimento dos grupos atingidos.

Denota-se, em suma, que os reiterados fenômenos climáticos que assolam os Estados Brasileiros, em especial o de Santa Catarina revelam o quão deficiente se apresenta o *Welfare State* do Brasil (Estado Assistencial ou estado-providência), já que as ações reparatórias empreendidas após os desastres são eminentemente assistencialistas e paliativas, advindas de doações e caridades que na realidade complementam a perda sofrida a curto prazo, trazendo, por outro lado, incertezas devastadoras quanto à reconstrução de identidades perdidas.

Em nenhum momento se perquire, por exemplo, acerca de políticas públicas voltadas às causas determinantes dos fenômenos climáticos que açoitam vidas por conta de sua intensidades. Válidas seriam políticas que perscrutassem a problemática da migração e êxodo, estudos de solo, reconstrução de casas equipadas, de preferência com tecnologia sustentável para futuros desastres como colheita pluvial que reutiliza a água da chuva para os banheiros, chuveiros que reduzem o uso de água potável além de árvores em todas as casas que absorvem uma grande quantidade de água da chuva e galhos secos que servem de adubo orgânico.

288

## **OS TERREMOTOS NO NEPAL: A BUSCA DE UMA NOVA IDENTIDADE ALÉM DAS FRONTEIRAS DO PAÍS DE ORIGEM**

Localizado na região dos montes Himalaia, fazendo fronteira com a China e a Índia, o Nepal tem como capital a cidade de Catmandu. Neste país do continente asiático é que nos meses de abril e maio do presente ano ocorreram duas das tragédias naturais mais devastadoras da história dos abalos sísmicos.

O primeiro terremoto ocorreu em 25 de abril de 2015 alcançando 7,8 graus na escala Richter matando mais de 8 mil pessoas e ferindo cerca de 17.800 por todo o país.

Em meio à tamanha destruição, no dia 12 de maio, menos de 20 dias do acontecimento acima relatado, mais um sismo ocorreu no Nepal, desta vez atingindo 7,3 graus na escala Richter deixando 41 mortos e ferindo 1.066 pessoas.

A destruição foi tamanha, alterando toda a extensão geográfica do referido país. Outrossim, a localização em região montanhosa, dificultou a chegada de ajuda até os locais atingidos. A questão do desalojamento também foi gritante, uma vez que



diversos prédios foram destruídos, não havendo locais suficientes para alojar milhares de pessoas que tiveram seus lares destruídos. Com os hospitais também destruídos, o país viveu e ainda vive um cenário de guerra.

Nas semanas seguintes aos tremores, dezenas de agências internacionais e governos estrangeiros se apressaram em enviar equipes de busca e resgate, médicos e materiais de apoio ao Nepal.

A ONU solicitou US\$ 423 milhões para viabilizar o fornecimento de ajuda básica, como tendas ou lonas impermeáveis, rações secas, água potável e banheiros, a mais de dois milhões de sobreviventes durante os próximos três meses.

Outro problema gerado por conta da ausência de políticas públicas posteriormente ao fenômeno ambiental no Nepal que ceifou inúmeras vidas, deixando outros tantos feridos é a migração dos indianos que viviam no Nepal e buscam refúgio na fronteira.

Os deslocamentos humanos justificados pelos fenômenos naturais agravam uma crise já anunciada do Estado, determinando o estremecimento da organização da vida das comunidades locais e das possibilidades de uma vida futura digna.

289

### **A TUTELA DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS COMO EMERGÊNCIA DO SÉCULO XXI: ANÁLISE DAS MIGRAÇÕES ASSOCIADAS AO MEIO AMBIENTE**

Os casos concretos acima relatados se enquadram na primeira das três categorias de refugiados ambientais descritas por El-Hinnawi e Pentinat (1985; 2006, p. 95): (i) aqueles que foram temporariamente deslocadas devido às pressões ambientais, como um terremoto ou um ciclone e que são susceptíveis de regressar ao seu habitat original, (ii) aqueles que foram deslocados permanentemente devido a mudanças permanentes de habitat, tais como represas ou lagos, e (iii) aqueles que mudaram permanentemente em busca uma melhor qualidade de vida, porque o seu habitat original é incapaz de prover suas necessidades básicas devido à degradação progressiva do recursos naturais básicos.

Sabe-se que tanto no caso de Santa Catarina, quanto do Nepal os desabrigados e desalojados foram temporariamente deslocados de seus lares em razão de perigo físico, mas são susceptíveis de regressar ao seu habitat original, desde que existam

políticas públicas eficientes voltadas ao acolhimento deste fluxo de pessoas.

Este movimento involuntário de seres humanos merece a tutela de seu Estado e muitas vezes de organismos internacionais e governos estrangeiros que ratificam sua participação em convenções criadas por estes mesmos organismos.

O que se vê, não só apenas nos episódios que ocorreram esse ano, mas em quase todos os outros deste gênero, é que tantos os Estados como os organismos internacionais fornecem apenas ajuda humanitária e emergencial aos atingidos pelos desastres naturais.

Não há um propósito para a implementação de políticas públicas que visem tutelar os direitos desses seres humanos que, ainda que de forma provisória, estão ao relento.

Com a ausência de comando de lei específico para o caso dos refugiados deve se aplicar o princípio da fraternidade identificado com a solidariedade horizontal, uma vez que surge do socorro mútuo prestado entre as pessoas- e o princípio da solidariedade propriamente dito chamado vertical como vetores da aplicabilidade do Direito Ambiental.

Sabe-se que este princípio deve ser encarado como direito de terceira geração que se caracterizam pela titularidade difusa ou coletiva, ou seja, o titular desses direitos não é o homem isoladamente, mas a coletividade, os grupos sociais, ao lado dos tradicionais direitos individuais e sociais.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 661) “cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.”

Reforçando a ideia de proteção que se busca impingir à novel categoria de refugiados, Hannah Arendt defendeu que os refugiados e apátridas têm o “direito a ter direitos”, pois esta seria a essência dos direitos humanos (ARENDR, 1968). Se considerar que o meio ambiente é um direito difuso, de terceira dimensão e regado pela fraternidade humana, evidente que a argumentação defendida por Arendt também se estende atualmente aos refugiados ambientais e aos apátridas enquanto destituídos

do seu território e da sua nacionalidade.

Identificado o comando constitucional para a proteção de refugiados, cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, o que importa em uma nova concepção dos fundamentos da organização econômica, do exercício da atividade econômica e das funções do Estado, e a ruptura do constitucionalismo liberal.

Desta forma, houve um reposicionamento no campo econômico que informa a implementação das políticas públicas voltadas à concretização da Constituição (HORTA, 2003, p. 260-261)

Posto isso, importante estabelecer uma correta definição de políticas públicas, demonstrando sua essencialidade como instrumento de atuação do ente Estatal, e seu necessário direcionamento à concretização dos direitos fundamentais reconhecidos por todas as gerações.

## **POLÍTICAS PÚBLICAS: ALTERNATIVAS E DISCUSSÕES INTERNACIONAIS**

291

Segundo Eros Roberto Grau (apud GONÇALVES, 2009, p. 185)

A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública”

Valter Foletto Santin, por sua vez, (2004. p. 33-34) conceitua políticas públicas como “execuções das normas legais e constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um *law enforcement* (reforço para execução da lei).”

Para o autor, políticas públicas não se limitam a atos meramente políticos, de governo, atos de gestão, antes, configurando meios de planejamento para a execução dos serviços públicos ou desempenho das atividades estatais. Acrescenta que, enquanto programa, obrigam o Estado às prestações positivas que podem ser vindicados pelo cidadão (SANTIN, 2004. p. 33-34).

Já acerca dos fundamentos das políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci

(1997) os divide em mediato e imediato, sustentando que “o fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado”. O fundamento imediato das políticas públicas, por outro lado, não se encontra nos direitos sociais e sim no o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social (BOBBIO, 1991).

Iniciando os estudos acerca das fases do processo das políticas públicas nas décadas de 30 e 40, Harold Lasswell, cientista político de reconhecido prestígio mundial, em livro coeditado com Daniel Lerner (*The Policy Sciences*) propôs uma simplificação e divisão do processo de construção e desenvolvimento da política pública em sete estágios, relativos ao âmbito governamental, quais sejam: informação, promoção, prescrição, invocação, aplicação, término e avaliação (BAPTISTA; REZENDE, 2011, ps.138-172).

Avançando para a década de 1990, Howlett e Ramesh condensaram as fases do processo da política pública em cinco etapas, sendo elas, 1) montagem da agenda, 2) formulação da política, 3) tomada de decisão, 4) implementação e 5) avaliação, que denominaram “Improved model”, no qual prevalece a ideia de que uma política se inicia a partir da percepção de problemas, passa por um processo de formulação de propostas e decisão, segue sendo implementada, para enfim ser avaliada e dar início a um novo processo de reconhecimento de problemas e formulação de política. Esta é a ideia de ciclo da política que até os dias atuais é bastante divulgada e trabalhada nos estudos de política (BAPTISTA; REZENDE, 2011, ps.138-172).

Com isso, a atividade administrativa exprime não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas escolhas politicamente informadas, o que contribuem para a *redução do déficit democrático* e a maximização da probabilidade de adoção de ações eficientes.

Portanto a questão dos refugiados ambientais deveria ser uma escolha dos chefes de Estados e dos organismos internacionais a fim de efetivar os direitos fundamentais de cada ser humano enquanto “valor-fonte da ordem da vida em sociedade (LAFER, 1997).

O que se vê é que sequer existe um regime legal que proteja os refugiados

ambientais internacionalmente, o que contrasta com o aumento considerável de pessoas que se deslocam forçosamente do seu habitat natural por conta de fatores ocasionados pela degradação ambiental.

Segundo os ensinamentos de Raiol (2010, p. 213):

O que se busca ao utilizar a expressão refugiado ambiental é uma garantia mais firme e concreta de que os milhões de seres humanos, colocados em mobilidade compulsória, receberão o cuidado e assistência da comunidade das nações, para a salvaguarda dos interesses mais básicos, tais como alimentação, habitação, saúde, educação, segurança e, sobretudo o respeito à dignidade da pessoa humana do refugiado.

Sparemberger e Bühring (2010, p. 106-107) defendem que a figura do deslocado ambiental “necessita, além de acordos internacionais firmados em base dos princípios de direitos humanos internacionais, também de um direito interno, principalmente nos chamados países receptores.” Ressalta, ainda, a importância de políticas sociais que possibilitem “o acesso destes migrantes aos chamados direitos sociais básicos (saúde, alimentação, educação, moradia) e a sua inserção no mercado de trabalho, para conseguirem viver com dignidade.”

No tocante ao regime internacional de acordos firmados em atenção às mudanças climáticas, dois instrumentos são considerados essenciais para uma mudança de postura, quais sejam, a **Convenção-Quadro** e o **Protocolo de Kyoto**, os quais contribuem estabelecendo um quadro de ação e de cooperação para os Estados no tocante às alterações climáticas, e impondo obrigações quantificáveis aos Estados para redução dos seus níveis de emissões de gases de efeito estufa. (RAMOS, 2011, p. 123)

Não obstante, a eficácia material dos mecanismos internacionais que circundam a órbita dos direitos humanos está longe de ser reconhecida. A cooperação global dos países que compõe este complexo emaranhado de Estados é essencial para o sucesso das ações propostas. No caso dos mecanismos sob análise, a negativa dos EUA e China em ratificá-los torna praticamente nulo o objetivo perseguido, já que se tratam dos principais países emissores de gases poluentes.

Até o momento presente, os instrumentos principais (Convenção e Protocolo) e as decisões das COP/MOPs (por exemplo, o Acordo de Copenhague<sup>10</sup> e a Declaração de Cancun<sup>11</sup>) que compõem o atual regime de mudança climática não contemplaram especificamente a questão dos deslocamentos humanos, embora associados ao tema da adaptação. No entanto, a aplicação do regime aos “refugiados ambientais” também esbarra em limitações importantes referentes à própria natureza estrutural da Convenção. (RAMOS, 2011, p. 123).

Por outro lado, os mecanismos internacionais que visam contemplar ações e responsabilidades aos Estados prejudicados pelos fenômenos decorrentes das alterações climáticas, ainda que efetivamente internacionalizados pelos países signatários não seria, por si só, suficiente, para garantir a proteção dos refugiados ambientais, visto que o deslocamento ambiental pode se justificar por outras causas que não necessariamente climáticas.

Alguns autores, aliás, já chegaram a propor a adoção de uma ‘Convenção para as Pessoas Deslocadas pela Mudança Climática’. Tal Convenção teria como principal objetivo superar as lacunas existentes nos atuais sistemas de proteção de direitos humanos, e abrangeria os deslocados internos e externos, partilhando-se as obrigações de proteção e assistência entre os Estados de origem e a comunidade internacional ou entre esta e os Estados de acolhimento, com base no princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas. (RAMOS, 2011, p. 124)

Ainda assim, diante da ausência de mecanismos efetivos de proteção aos refugiados ambientais, qualquer tentativa que busca clarear novas possibilidades de mudanças, ainda que de forma tímida é considerada válida.

Apesar de não haver até o momento um esboço do texto de Convenção, dificultando possíveis críticas, não se pode deixar de reconhecer a importância da essência dessa proposta, que claramente procura integrar elementos e mecanismos dos vários sistemas internacionais de modo a contemplar especificamente a dimensão humana da mudança climática. No entanto, em nosso sentir, tal sistema já nasceria limitado em sua aplicação, posto que alcançaria apenas pessoas e grupos atingidos pelas mudanças ambientais

causadas por fatores exclusivamente climáticos. Nesse sentido, não parece justificável, do ponto de vista da proteção dos direitos humanos, a construção de um sistema internacional de proteção unicamente para a categoria dos “refugiados climáticos” (climate refugees), uma vez que o alcance ficaria restrito à designação das populações e comunidades afetadas por causas ambientais decorrentes da mudança do clima, excluindo todos aqueles afetados por desastres ambientais causados por fatores não climáticos e que necessitam de idêntica proteção. (RAMOS, 2011, p.124-125)

De qualquer forma, não se pode perder de vista que as políticas públicas a serem desenvolvidas no âmbito em discussão, ou seja, voltadas a mitigar o crescente fluxo de migrantes ambientais devem estar associadas a ideia de precaução.

O princípio da precaução corresponde essencialmente à “ação antecipada diante do risco ou perigo” (MACHADO, 2008, p. 67). De acordo com Moraes (2011, p. 9):

O propósito do princípio da precaução é evitar danos irreversíveis ao meio ambiente e à saúde humana ao permitir a ação preventiva, mesmo na ausência de certeza científica sobre as causas ou consequências de determinada atividade. A precaução é uma resposta às novas tecnologias e aos fenômenos que podem provocar impactos irreparáveis e incomensuráveis e que, portanto, precisam ser revistos pela comunidade internacional, Estados e indivíduos. Significa, também, envolver a participação popular nas decisões sobre quais riscos são aceitáveis em determinada sociedade e quais devem ser evitados.

295

O princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro<sup>74</sup>, aprovada por ocasião da Rio-92, desenha:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

A inserção da ideia de precaução na discussão empreendida na pesquisa científica ultrapassa a mera análise jurídica do termo, passando a investigar outros fatores que influenciam na problemática construída como, por exemplo, as vulnerabilidades socioambientais e interferência humana (ou omissão) como ponto

fundamental para o ensejo de mudanças futuras.

Neste contexto é que a precaução deve ser tomada como peça chave nas políticas públicas de cunho doméstico e internacional a respeito do meio ambiente, dentro ou fora do contexto das mudanças do clima.

Quando se vincula o princípio em epígrafe ao contexto dos refugiados ambientais, há que se levar em conta outros de igual importância no processo de reconhecimento do grupo e que exprimem a própria essencial difusa atribuída ao meio ambiente, como um bem que pertence a todos de forma indistinta, quais seja, os princípios da solidariedade e da responsabilidade.

Os dois postulados retratam a necessidade de um tratamento digno direcionado aos refugiados ambientais e a ideia de solidariedade dos povos para com o drama vivenciado por milhões de pessoas que se encontram no abismo e próximos a perder sua dignidade.

O princípio da responsabilidade, muito mais do que envolver a figura do Estado, vincula a sociedade civil como um todo que se manteve inerte e em sua zona de conforto quando então deveria tomar providências para evitar a catástrofe ambiental.

A doutrina, por si só, não é suficientemente rigorosa para forçar as nações a tomarem providências reparatórias, cabendo, pois, ao direito positivo cumprir tal mister.

Para Bueno (2012, p. 20), a função do Estado Regulador é contribuir, no sentido de construir uma estrutura “que ofereça proteção, mecanismos ou medidas que minimizem os efeitos dos deslocamentos e que possa garantir aos ‘refugiados’ tratamento em conformidade com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.”

Complementando, Bueno (2012, p. 20), defende que a proposição de alternativas e eventuais soluções deve ser alicerçada “em técnicas como a ponderação ou harmonização de valores e princípios como o da Solidariedade e devem reger os relacionamentos entre os Estados, e entre os particulares.”

Propõe o autor, nesta toada, que os “princípios como da proporcionalidade deve orientar a elaboração de medidas que possam responsabilizar os Estados.”



## CONCLUSÃO

O ponto fulcral da presente pesquisa científica concentra-se na criticidade em torno da ausência de um sistema normativo global que possibilite o reconhecimento dos refugiados ambientais como sujeitos de direitos aptos a receber a proteção humanitária de que necessitam para enfrentar as catástrofes decorrentes de fenômenos naturais.

A primeira mudança apontada como necessária para a reversão do quadro de abandono em que se encontram os grupos vulneráveis de países atingidos pelos acontecimentos ambientais seria a alteração da Convenção de Genebra de 1951 para nela incluir a questão ambiental no contexto dos refugiados.

Sob essa ótica é que deve haver um esforço por parte da comunidade internacional no sentido de inicialmente reconhecer esta categoria de pessoas (refugiados ambientais) como agentes portadores de necessidades, para num momento posterior almejar que os países ratifiquem ou compactuem com uma nova normativa internacional de proteção a tais atores.

O processo de mobilização dos países quanto a adesão de pactos envolvendo o abrigo de deslocados ambientais e ações contundentes que promovam o resgate de sua cidadania deve vir precedida de uma ampla conscientização acerca dos aspectos ético e moral, que envolve a percepção dos princípios da responsabilidade e solidariedade.

A garantia de uma vida digna implica no reconhecimento de condições mínimas de sobrevivência, e para tanto não se faz obrigatória qualquer normativa apta a promover tais condições.

A despeito de se discutir veementemente no presente artigo acerca da importância de uma normativa internacional voltada à proteção do refugiado ambiental, não se pode perder de vista que as nações têm a obrigação ético-moral de compactuar com a problemática e permitir o reconhecimento de tais atores.

Aliás, denota-se que o refugiado ambiental não deixa de ser um refugiado econômico, já que na maioria das situações tais dimensões caminham paralelamente, ou seja, uma causa desencadeia outras resultando todas na supressão de direitos fundamentais, os quais são reconhecidamente universais.

O auxílio prestado em especial pelas nações mais ricas aos países devastados pelas grandes catástrofes ambientais, tal qual se observou com ênfase nos fenômenos que se sucederam no Brasil e Nepal, inserem-se no contexto da ajuda humanitária, ou seja, com o envio temporário de suprimentos, medicamentos ou mesmo operacional civil ou militar para as regiões devastadas.

Não se observa, outrossim, qualquer outro plano de ação, que não paliativo, como a abertura de fronteiras para receber populações devastadas pela fome e dor decorrente da perda de seus familiares. Neste quadro, a ideia de humanidade fica mascarado por uma desumanidade necessária ou, ainda, por uma humanidade de aparência.

Em suma, as políticas públicas de proteção ao refugiado ambiental necessitam sair do papel e, em especial, do senso humanitário dos governantes e representantes no momento de discutir e decidir sobre a questão, além de investimento econômico.

O que se mostra inaceitável é a presença maciça e cada vez mais frequente de um fluxo de pessoas desesperados por não ter garantido o mínimo existencial e existência de normativas internacionais vazias que por sua característica violam os direitos humanos ao ignorar a conotação social e ambiental que envolve a problemática dos refugiados ambientais.

298

## REFERÊNCIAS

ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/amissao-do-acnur/>>. Acesso em 22/06/2015.

ALMEIDA, Angela Maria de Oliveira et. al. **Violência, exclusão social e desenvolvimento humano: estudos em representações sociais**. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado** – 5.<sup>a</sup> ed. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lunen Juris Editora, 2008.

ANTUNES. Paulo de Bessa. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. 1 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002

ARENDRT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**. New York: Harvest, 1968.

BAPTISTA, T. W. F.; REZENDE, M. **A ideia de ciclo na análise de políticas públicas**. In

MATTOS, R. A.; BAPTISTA, T. W. F. **Caminhos para análise das políticas de saúde**, 2011.

p.138-172. Disponível em [www.ims.uerj.br/ccaps](http://www.ims.uerj.br/ccaps). Acesso em 15 jun. 2015.

BARROS, Wellington Pacheco, **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008,

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11 ed. rev. Atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORRAS PENTINAT, Susana. **Refugiados ambientales**: El nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente. *Rev. derecho (Valdivia)*, Valdivia, v. 19, n. 2, dic. 2006. Disponível em [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso). Acesso em 25 jun. 2015.

299

BRASIL, **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Promulgada pelo Decreto 50.215 de 18 de janeiro de 1961. Disponível em [www.mre.gov.br/dai/refugiados](http://www.mre.gov.br/dai/refugiados), acesso em 05 de jun. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Claudia da Silva. **Refugiados Ambientais: em busca de um amparo jurídico efetivo**. Disponível em [www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/.../tcc/.../claudia\\_bueno.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/.../tcc/.../claudia_bueno.pdf). Acesso em 20 de jun. de 2015.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente e direitos humanos**. 1 ed., 6 reimp., Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DE PLÁCIDO; SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

EL-HINNAWI, E., **Refugiados Ambientais, Programa das Nações Unidas para o Ambiente**, 1985 e Jacobson, J., **Refugiados Ambientais: um critério de habitabilidade**, Worldwatch Paper No. 86, World Watch Institute, Washington, DC

\_\_\_\_\_. **Complementary protection and Beyond: how States deal with human**

**rights protection.** United Nations High Commissioner for Refugees. Working Paper n. 118, 2005. Disponível em <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c39e1.pdf> , acesso em 25 de jun. 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Evelin Naiara; GONÇALVES, Allyson Julio. **Refugiados ambientais: um desafio internacional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2374, 31 dez. 2009 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14128>>. Acesso em: 22 de jun. 2015.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. OS. **A necessidade de Proteção internacional no âmbito da migração.** Rev. Direito GV , São Paulo, v 6, n. 1, junho de 2010. Disponível a partir do <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S180824322010000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322010000100013&lng=en&nrm=iso)>. acesso em 29 de julho de 2013.

\_\_\_\_\_. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

300

LISER – Living Space for Environmental Refugees. Disponível em [www.liser.org](http://www.liser.org), acesso em 15/06/2015.

LOPEZ, Aurelie. **The protection of environmentally-displaced persons in International Law**, v. 37, p. 365-409, 2007. Disponível em: <[http://www.lclark.edu/org/envtl/objects/37-4\\_Volume\\_Index.pdf](http://www.lclark.edu/org/envtl/objects/37-4_Volume_Index.pdf)>. Acesso em 16 jun. 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 11ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário.** 4 ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MYERS, N.. **Deslocamentos ambientalmente induzidas: o estado da arte, em: População ambientalmente induzido, deslocamentos e impactos ambientais decorrentes da migração em massa.** Organização Internacional para as Migrações com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e Grupo de protecção dos refugiados, Simpósio Internacional, 21-24 de Abril de 1996 Genebra, p. 72-73.

MORAES, Gabriela Bueno de Almeida. **O Princípio da Precaução no Direito Internacional do Meio Ambiente.** (Dissertação de Mestrado), São Paulo: USP, 2011.

OLIVEIRA, M.J.G.S. **Refugiados ambientais: uma nova categoria de pessoas na ordem jurídica internacional.** Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 7, p. 123-132, junho 2010. Disponível em <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000177-11-maria.pdf>> acesso em 13 jun. 2015.

PEREIRA, Luciana Durães Diniz. **O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito de refugiado ambiental.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PENTINAT, Susana B. **Refugiados ambientales: El nuevo desafío del derecho internacional del médio ambiente,** Revista de Derecho, p. 95, v. 19, n. 2, dezembro de 2006. Disponível em <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso)> Acesso em 21 jun. 2015.

POCHMANN, Marcio et al. **Atlas da exclusão social no Brasil,** volume 2: dinâmica e manifestação territorial. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2004.

RAIOL, Ivanilson Paulo Correia. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 213. 1075

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional.** Tese (Doutorado em Direito Internacional). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. Acesso em 25 de junho de 2015.

301

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente. Serie entender o mundo.** Vol. 2, Barueri: Manole, 2003, p. 173.

MATTAR, Marina Rocchi Martins. **Deslocamentos Ambientais: o caso dos pequenos países insulares.** p. 13. Disponível em <http://www.proceedings.scielo.br/pdf/enabri/n3v3/a23.pdf>. Acesso em 22 de jun. 2015.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; BÜHRING, Marcia Andrea. **A problemática dos refugiados/deslocados ambientais e a demanda por direitos sociais: desafios de ontem e perspectivas para o amanhã.** Direitos Fundamentais & Justiça. n. 13. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, out.-dez. 2010.

SUHRK. A., **Pontos de Pressão: Degradação Ambiental, Migração e Conflito, papel ocasional de Projeto sobre Mudança Ambiental e Conflito Agudo,** Academia Americana de Artes e Ciências, em Washington, DC, 1993.

TRINDADE, Antonio A. C. **O direito internacional em um mundo de transformações.** Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

TROLLADEN JM, Birkeland, N., Borgen, J. Scott, P. T. **Refugiados Ambientais: um documento de reflexão, a Fundação Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento e pelo Conselho Norueguês para os Refugiados, Oslo, 1992 e Fornos, W., *Departures Desperate: O vôo de refugiados ambientais*, Instituto da População, Washington, DC, 1992.**

## TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DA ESTRATÉGIA SAÚDE DA FAMÍLIA (ESF) – ASPECTOS RELEVANTES

*Leonardo Fregonesi de MORAES<sup>84</sup>*

### RESUMO

O artigo tem como objetivo tecer considerações acerca da ilegalidade cometida por inúmeros Municípios, consistente na terceirização da Estratégia Saúde da Família (ESF) por meio de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). Além de configurar terceirização indevida de mão-de-obra, a contratação dos trabalhadores por meio de OSCIPs burla o princípio constitucional do concurso público e o limite de gasto com pessoal imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Somado a isto, verifica-se não ser incomum a contratação superfaturada por OSCIPs de empresas ligadas a dirigentes da entidades. Tais irregularidades ocorrem amiúde e conforme levantamento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, referente aos anos de 2013 e 2014, os Municípios paranaenses já contabilizaram um prejuízo de mais de R\$ 50 milhões de reais, razão pela qual a atenção sob o tema se mostra de relevância ímpar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estratégia Saúde da Família (ESF). OSCIP. Terceirização. Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

303

### ABSTRACT

The article aims to make considerations about the illegality committed by numerous Municipalities, consisting of members of outsourcing workers of the Family Health Strategy (FHS) through the Organizations of Civil Society of Public Interest (OSCIPs). In addition to setting undue outsourcing of hand labor, hiring workers through fraud OSCIPs the constitutional principle of the public tender and the spending limit personnel imposed by the Fiscal Responsibility Law (FRL). Added to this, there is not unusual to overpriced OSCIPs hiring by companies linked to directors of entities. Such irregularities occur frequently and according to a survey conducted by the Paraná State Court of Auditors, for the years 2013 and 2014, the Paraná Municipalities already accounted for a loss of more than R\$ 50 million, which is why the attention on the topic shown odd relevance.

**KEYWORDS:** Family Health Strategy (FHS). OSCIP. Outsourcing. Fiscal Responsibility Law (FRL).

### INTRODUÇÃO

O artigo tem como proposta nevrálgica expor a ilegalidade da conduta

praticada por inúmeras Administrações Públicas municipais, consistente na terceirização da Estratégia Saúde da Família (ESF) por meio de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip).

Embora o tema da terceirização tenha estreita ligação com o Direito do Trabalho e seja comum a figura do ente municipal no polo passivo de reclamações trabalhistas ajuizadas por profissionais contratados por entidades privadas que prestam serviço para a Administração Pública, tema não menos relevante, objetivou-se enfatizar no presente artigo irregularidades de cunho constitucional e orçamentário, tais como a burla ao princípio constitucional do concurso público (art. 37, II) e a violação aos limites de gasto com pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 19, III).

De início, foram tecidas considerações acerca do direito à saúde e das consequências legais da evolução da política pública da Saúde da Família de *programa* para *estratégia*. Na sequência, foi destacada a relação existente entre a figura da terceirização e a Administração Pública de modelo gerencial para justificar, apenas em tese, o aumento da utilização da terceirização pelo poder público, donde se inclui a utilização de Oscips. Por fim, foram elencados alguns efeitos deletérios decorrentes da terceirização da ESF por meio de Oscips, mormente quanto à burla ao princípio constitucional do concurso público e aos limites de gasto com pessoal impostos pela LRF, bem como quanto à violação dos direitos trabalhistas dos profissionais que atuam na ESF e a constante condenação dos Municípios pela Justiça do Trabalho em decorrência da responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas destes profissionais.

O tema é delicado e envolve questões que pululam cotidianamente na sociedade, tais como terceirização, política (*politics*), políticas públicas (*policy*) e saúde pública, de forma que o presente artigo não possui a finalidade de esgotar o assunto e tampouco de apresentar qual a melhor opção política a ser adotada pelos gestores públicos municipais em termos de promoção de saúde pública. Busca-se, por ora, descortinar as facetas da ilicitude da terceirização da Estratégia Saúde da Família (ESF) e demonstrar as consequências deletérias para a sociedade e para o próprio Poder Público, fazendo-se necessário, para tanto, revelar as artimanhas que embasam a



dinâmica utilizada por muitos dos gestores públicos municipais.

### **ESTRATÉGIA SAÚDE DA FAMÍLIA (ESF)**

A Constituição Federal preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), elevando-a ao *status* de direito social fundamental (art. 6º), razão pela qual institui as ações e serviços de saúde como de relevância pública. Nesta orientação, destaca que estas ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, o qual deve ser organizado de forma descentralizada a fim de proporcionar atendimento integral e com a participação da comunidade (art. 198). Em vista da relevância, também autoriza que instituições privadas participem desse sistema único, de forma complementar (art. 199, §1º).

Importante destacar o caráter descentralizado e hierarquizado da rede de ações e serviços de saúde. Descentralizado, porque possibilita a gestão da saúde em âmbito regional e local, adequando a gestão da saúde às peculiaridades locais; hierarquizado, porque as ações e serviços de saúde, ainda que observadas as peculiaridades locais, devem atender a um planejamento superior, ou seja, devem atender às diretrizes traçadas pelos entes federados hierarquicamente superiores, restando limitada, portanto, a autonomia dos entes subalternos.

Válido, ainda, destacar o caráter de complementariedade da participação privada, posto ser impossível substituir a responsabilidade do Estado pela da iniciativa privada.

Atendendo às disposições constitucionais e observando as diretrizes traçadas sobre o direito à saúde, a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), que se constitui, nos termos do artigo 4º da referida lei, “no 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”. Citada lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011, que dispõe acerca da organização do SUS, do planejamento da saúde e da articulação interfederativa.

Pois bem.

O Programa Saúde da Família (PSF) foi apresentado pelo Ministério da Saúde, em 1994, como mecanismo capaz de assegurar o melhoramento e a continuidade da promoção da saúde. Ele representou um marco na reorganização do modelo assistencial, porque abandonou o caráter abstrato da saúde e elegeu como ponto central o estabelecimento de vínculo e criação de laços entre os profissionais da saúde e a população de determinada extensão geográfica (BRASIL, 1997).

Implementado nos exatos termos de sua base axiológica, sem conspirações políticas, o Programa Saúde da Família (PSF) representa um avanço ímpar na promoção da saúde e no atendimento primário da atenção básica.

Para proporcionar atendimento mais humanizado à população, a Saúde da Família destacou equipes multiprofissionais para atender determinada região geográfica habitada por determinado número de pessoas. Com isto, estreitaram-se os vínculos entre os carecedores de atendimento e os profissionais que realizam o atendimento primário em determinada localidade, valorizando-se o cuidado da saúde sem, todavia, olvidar a busca pela cura da doença.

Em vista da expansão e dos resultados satisfatórios, as diretrizes do PSF foram reorganizadas pela Portaria nº 2.488/2011 do Ministério da Saúde e a Saúde da Família foi elevada como estratégia prioritária para a reorganização da atenção básica no Brasil. A Saúde da Família deixa de ser um programa para se tornar uma estratégia e o PSF transforma-se, então, em ESF.

Nessa toada, é importante observar que um *programa* pressupõe o desenvolvimento de uma atividade concatenada em estágios modulados e com a existência de um termo final, ou seja, ordenada racionalmente com começo, meio e fim. A *estratégia*, por sua vez, contempla a realização de atividades que não possuem previsão para seu desfecho, ou seja, é voltada para o futuro e não possui termo final estabelecido de antemão.

Segundo Morin (1996): “um programa é uma seqüência de atos decididos a priori e que devem começar e funcionar um após o outro, sem variar. Certamente, um programa funciona muito bem quando as condições circundantes não se modificam e, sobretudo, quando não são perturbadas”.

Para Chiavenato (2005): “a estratégia é definida como um plano amplo e

genérico desenvolvido para conduzir a organização ao alcance dos seus objetivos no longo prazo”.

No que concerne ao tema do presente artigo, e como observado brevemente nas linhas acima, a readequação da Saúde da Família de programa para estratégia foi além do aspecto terminológico, haja vista que a readequação assentou definitivamente o entendimento de que a Saúde da Família apresenta um caráter permanente, e não temporário.

Embora não seja o ponto nevrálgico do presente estudo, a exposição das considerações acima sobre o direito à saúde, ainda que de forma perfunctória, é tarefa que não deve ser ignorada. A razão é simples. O direito social à saúde ostenta multifuncionalidade, ou seja, pode ser aventado tanto como direito de defesa (negativo) como de prestação (positivo) (AGRA, 2009).

Nesses termos, pode-se afirmar que o direito à saúde exige do Estado, de um lado, uma atuação positiva, no sentido de fomentar e promover a saúde nos aspectos preventivo e assistencial (daí a justificativa para a instituição de um sistema único de saúde); de outro, exige uma prestação negativa, como expõe Lenza (2009), no sentido de coibir “a prática de atos que prejudiquem terceiros” (esta prestação negativa pode ser traduzida, *v.g.*, na edição de normas relativas à proteção da saúde e segurança do trabalhador).

Carvalho (2010) observa de forma lúcida que o direito à saúde de que trata a Constituição Federal não se restringe ao oferecimento da medicina curativa e preventiva, mas também ao direito a criação de políticas públicas sociais e econômicas viáveis e adequadas para a manutenção do sistema.

Sob tais premissas, o presente artigo busca demonstrar que a expansão da promoção da saúde por meio da Saúde da Família (caráter positivo) não deve sobrepor-se às normas fiscais e orçamentárias e tampouco às normas atinentes à saúde e segurança dos profissionais que integram a equipe da Estratégia Saúde da Família (caráter negativo).

## **TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EVOLUÇÃO DO MODELO DE GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

De forma simplificada, a Administração Pública, como mostra Di Pietro

(2010), pode ser entendida sob dois aspectos. Por um lado, em sentido subjetivo, ela designa os entes que exercem atividade administrativa, compreendendo pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos. Por outro lado, em sentido objetivo, ela designa a natureza das atividades exercidas pelos referidos entes, ou seja, se traduz na própria função administrativa.

Para bem desempenhar seu mister, que abrange atividades de fomento, polícia administrativa e serviço público, sobretudo em virtude dos avanços tecnológicos, da globalização e da crescente demanda por melhorias nos serviços públicos, a Administração Pública teve que focar sua atuação na obtenção de resultados satisfatórios e não apenas no controle burocrático. Com base nisso os gestores públicos começaram a buscar práticas modernas já utilizadas na administração de empresas privadas e que pudessem ser adaptadas à gestão pública.

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL, 1995) apresentou a evolução dos modelos de gestão da Administração Pública ao longo da história, embora seja certo que características de todos eles ainda são encontradas na atualidade, em graus de incidência distintos: patrimonialista, burocrática e gerencial.

No modelo patrimonialista, decorrente de governos absolutistas, não há distinções entre o governante e o Estado. Este modelo, que vigeu no Brasil entre o período colonial e o início da década de 1930, favorece a prática de nepotismo e de corrupção. Embora ainda seja possível verificar seus traços em muitas organizações públicas, ele vem se tornando cada vez mais inaceitável em virtude do crescimento e do fortalecimento da democracia.

O modelo burocrático pressupõe uma maior racionalidade na condução da Administração Pública. No Brasil, foi implementado durante o primeiro governo de Getúlio Vargas. Por caracterizar uma ruptura do modelo patrimonialista, o modelo burocrático enfatiza o formalismo, a impessoalidade, a hierarquia e a profissionalização, porém, todos em excesso.

O modelo gerencial, por seu turno, é caracterizado pela agilidade de suas ações e pela flexibilidade de gestão. Suas características mais marcantes são a descentralização, a flexibilização, a competição e a criatividade. Embora comumente seja apresentado como um modelo novo, sobretudo em vista da reforma administrativa

que vem se operando desde a década de 1990 e da inclusão do princípio da eficiência no rol de princípios constitucionais da Administração Pública previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, é imperioso destacar que o modelo gerencial já vinha se apresentando no Brasil, timidamente, desde a década de 1960, com destaques para a promulgação da Lei nº 4.320/64, que trata das normas gerais para a elaboração do orçamento público e obriga a análise da eficiência e dos resultados das ações, e para a edição do Decreto-Lei nº 200/67, que trata da criação da Administração Pública indireta, visando conferir maior autonomia ao poder público.

Como visto, a evolução dos modelos de gestão da Administração Pública está, de certo modo, relacionado com a evolução do contexto histórico, econômico e social em que a Administração Pública e a sociedade estejam inseridas.

### **TERCEIRIZAÇÃO**

Para compreender a terceirização, além de compreender os modelos de gestão da Administração Pública que justificam sua utilização, é importante também compreender o contexto em que ela eclodiu, quer na seara privada, quer no campo público.

Conforme aduzido anteriormente, muito embora o cenário econômico nacional e internacional da década de 1990 tenha sido a mola propulsora da disseminação da terceirização, este fenômeno descentralizador já era objeto de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que remotamente, desde as décadas de 1960 e 1970.

No plano privado, embora a Consolidação das Leis do Trabalho não tenha tratado especificamente da terceirização quando da sua promulgação, no início da década de 1940, vez que esta técnica empresarial ainda não se encaixava naquela fase da industrialização nacional, notadamente marcada pelo modelo toyotista (GIRAUDEAU, 2010), em seu artigo 455 ela fez menção ao contrato de subempreitada, o qual, na essência, apresenta características do modelo descentralizador inerente à terceirização, vez que institui uma relação trilateral mantida entre empreiteiro, subempreiteiro e trabalhador.

Essa relação trilateral também foi prevista na Lei nº 6.019/74, que dispõe sobre

o trabalho temporário, com a ressalva, porém, da obrigatoriedade do caráter transitório das contratações. Ainda, no que concerne à terceirização propriamente dita, de forma permanente, a Lei nº 7.102/83 tratou da atividade de vigilância e transporte de valores e dispôs sobre a possibilidade da terceirização destas atividades, mas limitada aos estabelecimentos financeiros. Com o advento da Lei nº 8.863/94, esta possibilidade de terceirização permanente se estendeu a todas instituições e estabelecimentos, públicos ou privados, além de segurança de pessoas físicas e de transporte de qualquer tipo de carga (GIRAUDEAU, 2010).

Mais adiante, em virtude da forte retração da economia entre a transição das décadas de 1980 e 1990, o governo brasileiro incentivou a modernização das empresas por meio do Programa Brasileiro da Qualidade e Competitividade (PBQC). Dentre as medidas adotadas, ressaltam-se a reestruturação produtiva; a privatização de empresas públicas; a edição de normas antitruste e da legislação consumerista; a liberalização comercial; a modernização empresarial, entre outras. Todas estas medidas implicaram a imposição de agilidade no processo produtivo de bens e serviços, além da adoção de inovações tecnológicas e organizacionais pelas empresas em busca de maior competitividade no mercado interno e internacional. E uma das estratégias empresariais, embora já conhecida desde a década de 1970, mas ainda tímida, encontrou neste cenário campo fértil para sua proliferação: a terceirização.

Essa modernização gerencial também foi verificada no campo da Administração Pública.

No âmbito da Administração Pública federal, citem-se o Decreto-lei nº 200/67, já mencionado anteriormente, e a Lei n 5.645/70. O primeiro dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, preconizando em seu artigo 10 que a execução das atividades da Administração Federal deve ser amplamente descentralizada. A segunda estabelece as diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, apontando no artigo 3º que as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas seriam, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato.

A mudança de foco da Administração Pública foi chancelada com a edição do

Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAP), na década de 1990, o qual pretendeu implementar o modelo de administração gerencial nas áreas-fim e manter o modelo burocrático para carreiras típicas do Estado. Embora o plano não tenha sido levado a efeito quando da sua apresentação, em certa parte por resistência da oposição e de parcela dos servidores, muito de sua essência foi absorvida e proporcionou o início de uma mudança cultural em inúmeras instituições do setor público (LEITE JÚNIOR, 2009), cujo fenômeno, atualmente, vem sendo apresentado como Nova Administração Pública (BERGUE, 2012), com ênfase na adoção de convênios, parcerias e terceirizações.

Mas, afinal, o que se entende por terceirização?

No plano da administração de empresas, a terceirização é entendida como sendo as ações do tomador de serviços que vê no fornecedor capaz de lhe vender serviços especializados uma possibilidade de suprir suas necessidades próprias. Nessa perspectiva, a empresa fornecedora dos serviços adota uma postura figurativa de sócio independente em relação à tomadora dos serviços. (QUEIROZ, 1998).

Na seara justabalhista, por seu turno, a terceirização é compreendida como sendo “uma técnica de organização do processo produtivo”. Martinez (2012) enfatiza que com a adoção desta técnica, uma empresa pode concentrar seus esforços em sua atividade-fim e contratar outra empresa, qualificada como periférica, para a prestação de serviços tidos como meramente instrumentais, como segurança, limpeza e transporte.

Como se vê, a terceirização é uma estratégia empresarial, ou seja, todas as melhorias que ela persegue tem como finalidade última o aumento do capital da empresa. Em contornos lídimos, é uma modernização da técnica organizacional de produção, que visa a melhoria da qualidade dos serviços e produtos oferecidos e a redução de custos do produto final. Nesta perspectiva, a implementação desta técnica organizacional na Administração Pública deve ser a mais restrita possível, vez que a Administração Pública, salvo casos excepcionais, não visa o lucro, mas sim qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos.

A esse respeito, Maior (2006) assevera que o Estado, a quem é dado o dever de organizar e defender a sociedade, não deve ser visto como produtor de riquezas a partir

do trabalho alheio, no caso, o trabalhador terceirizado, razão pela qual a terceirização não se encaixa no setor público. Para o autor os defensores da terceirização ou desconhecem a racionalidade da terceirização no contexto da produção capitalista, ou, conhecendo, assumem o risco para a inserção desta perversidade na Administração Pública. No mesmo sentido, aos que advogam que a terceirização não implica prejuízos aos trabalhadores, ele também adverte que quem assim o faz desconhece a realidade ou não quer enxergá-la, por desinteresse ou comprometimento.

Martins (2007), em sentido diverso, entende que a terceirização na Administração Pública é válida, seja porque há previsão legal neste sentido, ainda que lacônica, seja porque ela pode ser adequada aos moldes públicos, como, por exemplo, a terceirização de coleta de lixo, transporte público, dentre outros serviços.

Sobre sua compatibilidade com a Administração Pública, a administrativista Di Pietro (2010) assevera que o conceito de terceirização utilizado pela doutrina trabalhista se aplica também no âmbito do direito administrativo, ressaltando que ela pode assumir diferentes formas, tais como a empreitada, a locação de serviços e o fornecimento e que, “cada vez que a Administração Pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesmo pode executar, ela está terceirizando”.

Em que pese a importância do assunto no atual cenário socioeconômico, há omissão legislativa específica sobre o tema, no sentido de estabelecer requisitos e limitações na utilização deste mecanismo de gestão empresarial, a terceirização.

Abdala (2008) leciona que a terceirização é uma realidade inexorável e que não vai ser extinta. Aduz que, muito embora menos de dez por cento dos processos atinjam a instância da mais elevada Corte Trabalhista, o certo é que em meados de 2008 o Tribunal Superior do Trabalho já contava com mais de nove mil processos nos quais os trabalhadores reclamavam do tomador de serviços os direitos trabalhistas que não foram cumpridos pela prestadora. Para ele:

Todos sofrem as conseqüências da total ausência de normatização no campo dos serviços terceirizados: os trabalhadores, porque vítimas das fraudes por parte de prestadoras de serviço inidôneas; as prestadoras de serviços idôneas, pelas conseqüências à imagem negativa da sua atividade e, ainda, pela concorrência predatória; as tomadoras de serviços de boa-fé, pela indefinição e insegurança jurídicas; e, por fim, o próprio Estado, vítima não só como tomador



de serviços, mas, também, como arrecadador do que lhe é devido por contribuições fiscais e previdenciárias. Some-se a isso a questão grave relativa à saúde e à segurança na prestação de serviços terceirizados (ABDALA, 2008).

Considerando que não é dado ao Poder Judiciário se esquivar da apreciação de lesão ou ameaça a direito algum (CRFB, artigo 5º, inciso XXXV), o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 331 para orientar a matéria e conter as abusidades cometidas contra os trabalhadores até que o legislador o faça, a qual conta atualmente com a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Da rápida leitura da Súmula nº 331 do TST é possível verificar que foram traçados apenas os contornos gerais sobre a terceirização, inclusive em relação à

Administração Pública. Isto, porém, não ofusca o destaque dado à distinção da terceirização de *trabalhadores* da terceirização de *serviços*. Esta distinção, conjugada com as disposições constitucionais acerca do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, evita a mera contratação de mão-de-obra e consequente equiparação da força de trabalho à simples mercadoria.

## **ORGANIZAÇÃO SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO**

Com a Reforma do Estado surgiu a figura do terceiro setor, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil sem fins lucrativos (DI PIETRO, 2010). Neste contexto, as Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) foram instituídas pela Lei nº 9.790/99, ou seja, em plena época de implementação de técnicas gerenciais no âmbito da Administração Pública.

Consoante Di Pietro (2010), Oscips são entidades, em tese, mais bem estruturadas que as demais organizações sociais. Com elas o Estado não se abstém de suas próprias responsabilidades, mas coopera (colabora) no sentido de fomentar as áreas legalmente autorizadas à serem geridas por particulares. Esta cooperação entre o Estado e o terceiro setor remete à figura da *governança*, entendida como o fenômeno em que o foco da Administração Pública deixa de ser a capacidade interventora e indutora do Estado e passa a concentrar no seu papel de coordenador dos diversos esforços – públicos e coletivos – para produzir benefícios coletivos) (COELHO, 2012).

Nos termos da referida Lei 9.790/90, podem ser qualificadas como Oscips as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos nela instituídos.

Considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

No mesmo norte, é importante ressaltar que a entidade deve ser habilitada

perante o Ministério da Justiça para obter a qualificação de Oscip.

Ainda, a entidade deve atuar em pelo menos uma das inúmeras áreas de atuação apresentadas pela Lei nº 9.970/90, dentre as quais se inserem a saúde, a assistência social e a educação.

O vínculo entre estas entidades e a Administração Pública é formalizado por meio de um Termo de Parceria, no qual devem ser especificados, dentre outros, o objeto, o programa de trabalho, as metas, os resultados, prazos de execução, formas de avaliação de desempenho mediante indicadores de resultados, previsão de receitas e despesas com detalhamento da remuneração e gasto com pessoal, apresentação de relatório anual e prestação de contas.

Assim, com fulcro nas disposições constitucionais que regem o direito social à saúde, notadamente quanto a descentralização, com o advento da Lei das Oscip os Municípios iniciaram uma busca aventurada por instituição de parcerias, mediante convênio, sem contudo, possuírem condição técnica e financeira para tal mister.

Embora referidas organizações sociais tenham sido idealizadas pelo legislador para incentivar o setor privado no fomento às atividades de interesse público arroladas no artigo 3º da Lei nº 9.790/99, o que se verifica na prática é a conspurcação dos objetivos do legislador e uma profusão de entidades desestruturadas, física e economicamente, funcionando apenas como fornecedoras de mão-de-obra profissional aos municípios.

315

### **EFEITOS DA TERCEIRIZAÇÃO DA ESF**

Ao tecer considerações sobre o tema, Ferrari (2012) aduz que “a municipalização da saúde pressupõe o fortalecimento do poder local, tanto sob ponto de vista financeiro como institucional”. E a citada autora também ressalta a importância dos Municípios na busca da efetivação dos objetivos traçados pela Estratégia Saúde da Família (ESF), vez que o Município é o ente mais próximo da população cuja necessidade deva ser atendida, mostrando-se o mais indicado para conhecer as necessidades e executar as atividades adequadas ao pronto atendimento. Dessarte, determinado Município pode eleger quais ações e serviços de saúde são mais adequados dentro de sua extensão territorial, de modo a adequar a promoção da saúde

às peculiaridades locais de forma racionalizada.

Contudo, a prática revela que, interessados no repasse de verba pelo Governo Federal, muitos municípios implementam a Saúde da Família sem qualquer planejamento e sem o devido cumprimento dos preceitos legais que regem o tema e das diretrizes básicas da Estratégia Saúde da Família (ESF). E mais, a situação se agrava ante a possibilidade de municípios diminutos - maioria no Brasil -, sonegarem paulatinamente suas responsabilidades próprias de promoção da saúde para depender unicamente de verbas do Estratégia Saúde da Família (ESF), resultando, com isto, em um desaparelhamento político-institucional de difícil reversão. Nesta toada, a malversação que gravita em torno da implementação da ESF acaba por tolher a saúde (tanto na perspectiva positiva como negativa) ao invés de expandi-la.

Sobre essa questão, Dantas (2007) pontua que:

não obstante esses fatores, que demonstram que a ideologia do Programa é muito interessante e positiva, bem como que este tem gerado resultados satisfatórios, a implementação e execução do PSF em alguns municípios tem sido feita à margem da lei, contrariando princípios constitucionais da administração pública, princípios do direito do trabalho e, também, normas constitucionais e legais, trazendo prejuízos ao erário público e aos trabalhadores.

316

Os Estados e Municípios, interessados nas vultosas quantias destinadas ao PSF pelo Governo Federal, firmaram convênios com o Ministério da Saúde e com a FUNASA para fins de implantação deste Programa. Entretanto, alguns Municípios, por carecerem de condições para a execução do PSF, têm optado pela "terceirização" do mesmo, o que constitui uma prática ilegal e ilegítima.

Ademais, cai por terra a justificativa apresentada por inúmeros Municípios no sentido de que somente terceirizam os profissionais da ESF, por meio de Oscips, porque, tratando-se de um *programa*, de caráter temporário, as verbas repassadas pelo Governo Federal poderiam ser cessadas a qualquer momento e a Administração Municipal não teria condições financeiras para arcar por conta própria com a contratação direta desses profissionais. Apresentada, agora, como *estratégia*, a Saúde da Família teve assentado seu caráter permanente.

Para Di Pietro (1999):

A Lei nº 8.080, de 19.9.90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS 'forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área', hipótese em que a participação complementar deve 'ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público' (entenda-se, especialmente, a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos). Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio.

No mesmo sentido, Weichert (2004):

Reconhecendo que a estrutura pública não seria suficiente para dar plena assistência a toda a população (especialmente pela herança de contratação de serviços privados no modelo do então INAMPS), a Constituição Federal permitiu a participação de entidades particulares no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público

Em tendência diametralmente oposta ao vetor constitucional, porém, algumas administrações públicas têm investido na terceirização ao setor privado dos seus próprios serviços. Ou seja, o Estado não só deixa de investir na ampliação da rede própria, como se demite do serviço que já vinha executando. Dupla inconstitucionalidade.

As Oscips, como visto, devem atuar de forma a complementar a promoção da saúde, e não meramente substituir o Estado deste mister.

A prática implica, ainda, nítida violação ao princípio constitucional do concurso público, sobretudo porque, para implementar a ESF, o Município é quem deveria contratar, diretamente, os profissionais da saúde. Assim dispõe a Política Nacional de Atenção Básica, instituída pela Portaria nº 2.488 de 21 de outubro de

2011 do Ministério da Saúde:

Compete às Secretarias Municipais de Saúde e ao Distrito Federal:

IX - selecionar, contratar e remunerar os profissionais que compõem as equipes multiprofissionais de Atenção Básica, em conformidade com a legislação vigente;

X - garantir a estrutura física necessária para o funcionamento das Unidades Básicas de Saúde e para a execução do conjunto de ações propostas, podendo contar com apoio técnico e/ou financeiro das Secretarias de Estado da Saúde e do Ministério da Saúde;

XVI - assegurar o cumprimento da carga horária integral de todos os profissionais que compõem as equipes de atenção básica, de acordo com as jornadas de trabalho especificadas no SCNES e a modalidade de atenção.

Utilizadas como são atualmente, as parcerias estão desvirtuando a finalidade tanto da ESF quanto das OSCIPs, vez que ao invés de proporcionar o fomento da participação privada na promoção da saúde, grassa, na verdade, o mero fornecimento de mão-de-obra por meio das entidades qualificadas como OSCIPs, quando na verdade, estas deveria atual paralelamente ao Estado, não substituindo seu pessoal (DI PIETRO, 2010).

Ademais, a responsabilização da Administração Pública, em decorrência do inadimplimento das obrigações trabalhistas dos profissionais contratados por Oscips, será sempre subsidiária e dependente de culpa no cumprimento das obrigações contidas na Lei nº 8.666/93, notadamente no que se refere aos artigos 58, 67 e 71 da mencionada Lei de Licitações. A esse respeito, bem acentua Abdala (2008):

Mas há mais. O art. 58 deste mesmo diploma legal outorga à Administração Pública a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato, e o art. 67 seguinte estabelece que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração.

Então, pode e deve a Administração fiscalizar continuamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, por intermédio de exame de recibos de pagamento, comprovantes de recolhimentos de depósitos de FGTS, de obrigações fiscais, etc.

Aqui, pontifica-se a culpa in vigilando da Administração Pública ao omitir-se nesta fiscalização. Isso tanto mais se agrava, quanto se considere o elevado número de ações trabalhistas contra empresas de prestação de serviços e de execuções frustradas, porque nem pagam espontaneamente nem são encontrados bens delas capazes de satisfazer o valor da condenação.

Essas empresas, muitas vezes, se constituem e desaparecem como por milagre, sem deixar rastros. É que para a constituição de uma empresa de prestação de serviços basta a elaboração de um contrato social, muitas vezes tendo como sócios meros “testas-de-ferro”, sem nenhum bem material a compô-la e com capital social irrisório.

Dessarte, já não bastasse a dificuldade em distinguir atividade-meio e atividade-fim, adequando esta distinção no âmbito do Poder Público, agora, há que ser verificada a regularidade da fiscalização exercida pela Administração Pública no tocante às empresas por ela terceirizadas. No entanto, isso não é de difícil verificação, vez que o artigo 67 da Lei nº 8.666/93 já destacava que a Administração Pública deveria indicar um representante para anotar em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

A razão para tamanho desvirtuamento é que os Municípios enxergam nas OSCIPs não instrumentos de promoção da saúde, mas, sim, mecanismo de burla da Legislação Fiscal.

Conforme dispõe o art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000, a despesa total com pessoal em cada período de apuração não poderá exceder, nos Municípios, 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida.

Martins (2007) sintetiza bem este fenômeno:

Para o Estado é muito mais fácil contratar empresas terceirizadas do que empregados, pois não precisa limitar seus gastos com funcionários a 60% da receita.

O § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 4-5-2000, admite a terceirização no serviço público, pois menciona que “os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’”. Isso mostra que a lei permite a terceirização.

Não há dúvida de que a terceirização de serviços pode ser feita na Administração Pública. Entretanto, não se pode fazer a terceirização de mão-de-obra na Administração Pública, pois favorece o nepotismo e as nomeações políticas, ferindo a exigência do concurso público.

O governo gasta com o terceirizado mais do que com o servidor público. Às vezes, o dobro.

O terceirizado não tem o mesmo comprometimento que o funcionário público tem com o serviço público.

Assim sendo, por meio destas entidades privadas, os Municípios extrapolam os limites da LRF com gasto de pessoal no plano fático e, no plano formal, em termos tributários, se mantêm escorreitos, vilipendiando, com isto, o erário e a justiça social.

## CONCLUSÃO

Muito embora o significado e a conceituação da terceirização sejam razoavelmente semelhantes e aceitáveis de maneira geral, há uma cizânia teleológica significativa acerca dos seus efeitos e de suas finalidades. Nesta perspectiva as opiniões já não são consensuais. A título de exemplo, Faria (2002) apregoa que a legislação nacional deve ser revista para sua adequação à internacionalização de capitais e aduz que o Brasil necessita amainar o princípio da universalização dos direitos sociais para implementar o princípio da focalização. De outro lado, Maior (2008) obtempera que não é a economia que deve orientar o foco dado aos direitos sociais, mas estes é que devem servir de norte para orientar a economia. Some-se a esta discussão a questão do Estado Social e a proibição do retrocesso apontada por Sarlet (2001).

Se, de um lado, o cenário nacional e internacional da década de 1990 estimulou a competitividade da iniciativa privada para fomentar a economia e estimulou a adoção de técnicas empresariais voltadas para a Administração Pública, de outro, deu azo para romper a sintonia que deveria existir entre a ordem econômica e a ordem social trazidas com a promulgação da Constituição Federal em 1988, notadamente no que se refere às formas de promoção e fomento dos direitos sociais.

Sobre esta ruptura da equalização entre interesse econômico e interesse social, que inviabiliza, por ilação, a busca pelo desenvolvimento sustentável, entendido, aqui, como aquele economicamente viável e socialmente aceitável, bem aplicada a lição Barroso (2001):

A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o



discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros.

A terceirização, em contornos lídimos, é uma modernização da técnica organizacional de produção, que visa a melhoria da qualidade dos serviços e produtos oferecidos e ainda impende a redução de custos do produto final. Entretanto, como se vê, ela é uma estratégia empresarial, ou seja, todas as melhorias que ela persegue tem como finalidade última o aumento do capital da empresa. Nesta perspectiva, a implementação desta técnica organizacional na Administração Pública deve ser a mais restrita possível.

As ações e serviços de saúde caracterizam atividades finalísticas do Poder Público, razão pela qual sua terceirização não é válida. O presente artigo buscou demonstrar que a terceirização da ESF deve ser elidida não só pelos aspectos técnicos e administrativos que permeiam sua implementação e manutenção nos Municípios, mas principalmente em virtude da proteção da probidade administrativa, do erário e de condições justas e favoráveis de trabalho aos profissionais da ESF.

Na prática, porém, grassa o aviltamento à legislação de toda ordem. Há burla de concursos públicos. Há apadrinhamento político. Há superfaturamento. Há violação à LRF e ao erário como um todo. Há precarização do trabalho dos profissionais da ESF. Há desaparelhamento do Estado e retrocesso social da saúde.

O problema não é a terceirização em si. O problema, sim, é sua subversão. Aplicada sem subversões, em áreas e condições específicas, por certo não implicaria tantos prejuízos às finanças públicas, aos trabalhadores e tampouco à sociedade.

A terceirização ilícita sobre a qual aqui se esboçou consiste, em apertada síntese, na seguinte dinâmica: a) criação de uma entidade e habilitação da mesma no Ministério da Justiça; b) celebração de um Termo de Parceria entre um Município (geralmente de pequeno porte) e uma entidade privada qualificada como Oscip para que esta atue na promoção da saúde; c) formalizada a “parceria”, o Município solicita verba ao Governo Federal para a implementação do Estratégia Saúde da Família (ESF) em sua extensão territorial; d) considerando que a verba repassada pelo Governo Federal não pode ser utilizada para custeio de pessoal do quadro do Município, o município ardilosamente repassa os respectivos valores à entidade parceira; e) a Oscip

parceira, que muitas das vezes não possui nada além de uma linha telefônica e uma sala alugada, utiliza o dinheiro repassado pelo Município apenas para contratar, em seu nome, os profissionais que atuarão na ESF, burlando os limites de gasto com pessoal impostos pela LRF; f) as contratações realizadas pela entidade, não raras vezes, não são precedidas de concurso público ou processo seletivo, favorecendo, com isto, o apadrinhamento político e a contratação de profissionais do ciclo de amizade dos gestores públicos (parentes, inclusive); g) a verba repassada pelo Município e que deveria ser investida na saúde, acaba, indiretamente, sendo utilizada para pagamento de mão-de-obra; h) em razão da precariedade das finanças da Oscip, geralmente as mesmas não dispõem de verba para o cumprimento integral das obrigações trabalhistas do pessoal por ela contratado, e esses profissionais, em larga escala, interpelam judicialmente tanto a Oscip como o ente público, o qual, muitas das vezes, é condenado ao pagamento das verbas trabalhistas daqueles profissionais, especialmente quanto ao pagamento de verbas destinadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; i) ainda, inúmeras Oscips realizam gastos sem a devida comprovação e realizam contratações superfaturadas de empresas ligadas aos dirigentes das entidades.

322

Os prejuízos são significativos. A título de informação, cite-se o levantamento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, relativo aos anos de 2013 e 2014, que determinou a devolução de mais de 50 milhões de reais decorrentes de gastos e de transferências realizadas por Municípios paranaenses a Oscips.

O mais alarmante é que este desvio de foco na aplicação dos recursos provenientes da ESF pode redundar em prejuízos incontornáveis. Ao invés de utilizar a verba do ESF como um *plus* na gestão da saúde, muitos Municípios a utilizam como substitutiva dos gastos próprios e ordinários com pessoal, instalações físicas e equipamentos, implicando, com isto, verdadeiro desaparelhamento estatal e sucateamento da gestão da saúde.

Em suma, a humanização da saúde proposta pelo Governo Federal, quando realizada pelos Municípios nos moldes aqui revelados, se apresenta *humana, demasiadamente humana*.

## REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. Terceirização: normatização - questionamentos. **Revista do TST**.

Brasília, v. 74, n. 4, p. 17-25, out/dez 2008.

AGRA, Walber de Mura. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. 1, n. 6, set 2001.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde da Família: uma estratégia para a reorientação do modelo assistencial**. Brasília: Ministério da Saúde, 1997.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: MPOG, 1995.

BERGUE, Sandro Trescastro. **Cultura e mudança organizacional**. Florianópolis: UFSC/CAPES/UAB, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COELHO, Ricardo Corrêa. **Estado, governo e mercado**. Florianópolis: UFSC/CAPES/UAB, 2012.

DANTAS, Adriano Mesquita. A terceirização do Programa Saúde da Família: prática ilegal. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 12, n. 1399, maio 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9825>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GIRAUDEAU, Michel Oliver. **Terceirização e Responsabilidade do Tomador de Serviços**. São Paulo: LTr, 2010.

LEITE JÚNIOR, Alcides Domingues. **Desenvolvimento e mudança no Estado brasileiro**. Florianópolis: UFSC/CAPES/UAB, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O que é direito social?. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de Direito do Trabalho**, vol. 1: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p. 13-40.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. **Revista LTr**. São Paulo, v. 70, n. 11, p. 1307-1317, Nov 2006.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORIN, E. Epistemologia da complexidade. **Novos Paradigmas, Cultura e Subjetividade**. Porto Alegre, Artes Médicas, p. 274-289, 1996.

QUEIROZ, Carlos Alberto Ramos Soares de. **Como Implantar a Terceirização**: manual prático do comportamento e da postura jurídica e operacionalmente segura para a obtenção de resultados eficazes. São Paulo: Editora STS, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Diálogo Jurídico. Salvador**, v. 1, n. 4, jul 2001.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

## RESPONSABILIDADE DO ESTADO E LICENCIAMENTO AMBIENTAL: OS LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO À LUZ DO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES

*Claudia Karina Ladeia BATISTA*<sup>85</sup>

*Mário Lúcio Garcez CALIL*<sup>86</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por intuito o estudo da legitimidade e limites de revisão pelo Poder Judiciário do ato administrativo de concessão de licenciamento ambiental. Para tanto propõe a análise da natureza de tal ato administrativo e os limites de atuação do Poder Judiciário segundo o princípio da separação de poderes. Não se pode, porém, sem prejuízo do resultado final do presente estudo, afastar da discussão outro princípio diretamente relacionado à atuação do judiciário: a inafastabilidade da jurisdição. Espera-se por meio da pesquisa bibliográfica demonstrar que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser preservado tanto pelos agentes do Poder Executivo, a quem incumbe a análise técnica acerca da concessão de licença ambiental, quanto pelo Poder Judiciário, a quem, por força da Constituição Federal, incumbe analisar toda espécie de lesão ou ameaça a direito. Espera-se demonstrar que a ponderação deve ser utilizada criteriosamente para que, na defesa do direito constitucionalmente assegurado a um meio ambiente equilibrado, não se cometa violações a outros dispositivos ou princípios constitucionais.

325

**PALAVRAS-CHAVE:** Licenciamento Ambiental; Revisão Judicial do Ato Administrativo; Separação de Poderes; Inafastabilidade da Jurisdição; Ponderação

**ABSTRACT:** The aim of this work is to study the legitimacy and limits of the Judiciary Power review on the administrative action of environmental licensing concession. In order to that, it proposes an analysis of the administrative action nature and the Judiciary Power limitations, concerning the power separation principle. Nevertheless, it is impossible not to take into account other principle directly related to the judiciary action: the jurisdiction ineluctability. A bibliographical research

---

85      Docente na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

86      Docente na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

demonstrates that the right to an ecologically balanced environment is supposed to be preserved by both the Executive Power – which is responsible for the technical analysis concerning the concession of environmental licensing – and the Judiciary Power – which, according to the Federal Constitution, is supposed to analyze any and all threat to the right. This work intends to demonstrate that a deliberation with regard to the defense of the balanced environment right – which is assured by the Constitution - should be wisely carried out in order to avoid violations to other constitutional laws or principles.

**KEY-WORDS:** Environmental Licensing; Judicial Review of Administrative Action; Separation of Powers; Jurisdictional Ineluctability; Deliberation.

## INTRODUÇÃO

O conhecimento científico nas mais diversas áreas possibilitou à humanidade a ida ao espaço, a cura de doenças, locomoção rápida e segura, produção agrícola e industrial abundante e em qualidade, entre outros avanços. O progresso científico possibilitou ainda maior longevidade e qualidade de vida à considerável parte da população mundial. Entretanto a explosão demográfica, associada a outros fatores, notadamente ao aumento da produção e do consumo, acabou por provocar degradação ambiental cada vez mais vasta e freqüente.

A prevalência dos interesses econômicos sobre os sociais e humanitários, associada à errônea idéia de inesgotabilidade dos recursos naturais, fez com que as discussões sobre proteção ambiental só ganhassem repercussão mundial na segunda metade do século XX.

Um dos grandes dilemas da humanidade está em ponderar sobre os interesses no incremento da economia e da produção industrial e a necessidade de preservação do meio ambiente. A produção massificada como resultado da Revolução Industrial ainda é hoje responsável pelas justificativas dos países industrializados para a manutenção do desrespeito ao meio ambiente – a degradação ambiental em nome do progresso. Perdura, ainda hoje, a idéia de desenvolvimento econômico e aumento da produção à custa do sacrifício ambiental. O desenvolvimento sustentável ganhou relevo no cenário jurídico nacional após a Constituição Federal de 1988, que

condicionou em seu artigo 170 a ordem econômica à defesa do meio ambiente, instituindo ainda possibilidade de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços desenvolvidos.

Nesse contexto o licenciamento ambiental adquire enorme importância na preservação do meio ambiente, razão pela qual o ato administrativo que concede a licença ambiental deve ser revestido de rigor normativo e de forma, além de atendimento da finalidade a que se destina.

Antes, porém de proceder à análise da natureza jurídica e importância do licenciamento ambiental, cumpre tecer algumas considerações relevantes sobre o direito ambiental e seu objeto de estudo.

A expressão “meio ambiente”, tão difundida no meio jurídico e social, designa “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2007, p. 22). O meio ambiente não se resume, portanto, à mera idéia já arraigada de recursos naturais finitos. Compreende, mais amplamente, o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, turístico, arqueológico e urbanístico, além do meio ambiente de trabalho.

Identifica-se ainda o meio ambiente por suas características peculiares: universalidade, humanismo e complexidade. Universal posto que decorrente de uma preocupação globalizada que encontra raízes na própria condição de bem jurídico cuja degradação não reconhece fronteiras políticas ou geográficas. Universal ainda por ser de interesse de todos os seres humanos. Por se tratar de direito inerente à própria natureza humana e dela indissociável, bem essencial ao desenvolvimento digno do homem, não se pode negar-lhe o caráter humanista. A complexidade decorre da diversidade de bens (culturais, artificiais e naturais) que o compõe (CANOTILHO, 2008, p. 178).

Em sua definição de Direito Ambiental, MACHADO aborda a sistematização e a interdependência da matéria, evitando que se considere isoladamente os elementos que integram o meio ambiente, não ignorando, porém, as especificidades da água, da atmosfera e da fauna, por exemplo, mas buscando a integração destes elementos sob a

égide do Direito Ambiental (2005, p.126).

A imprescindibilidade de apresentação dos conceitos acima encontra respaldo no pensamento do jurista alemão Robert Alexy, segundo o qual, quanto maior a clareza analítico-conceitual, maior a racionalidade da ciência. Tal consideração se mostra ainda mais importante nas disciplinas diretamente relacionadas ou sujeitas a experiências empíricas (1997, p.30).

Apresentado o conceito de meio ambiente e suas delimitações, faz-se necessário conceituar o dano ambiental. Rubens Morato Leite o define como “uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamado meio ambiente [...] O dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses”(2003, p.34).

No decorrer do trabalho será utilizada a expressão meio ambiente, já consagrada no meio social e jurídico, a despeito das críticas de pleonismo,<sup>87</sup> a fim de manter a fidelidade aos termos empregados pela maioria dos legisladores, sobretudo o legislador constitucional.

O direito ambiental revela-se, pois, como um conjunto de normas destinadas a disciplinar a ação do homem no trato com o meio ambiente. Trata-se da proteção de um direito subjetivo a um ambiente equilibrado, tutelado objetivamente pelas as normas que o regulamentam e asseguram. Um dos mecanismos instituídos legalmente para o controle de determinadas atividades que impliquem em dano efetivo ou potencial ao meio ambiente é a licença ambiental. Este é, pois, o ponto de partida do presente estudo.

---

87 Nesse sentido, Ramón Martim Mateo, citado por José Afonso da Silva reitera que “se utiliza decididamente *Derecho Ambiental* em vez de *Derecho del Medio Ambiente*”



## 1. ATO DISCRICIONÁRIO OU VINCULADO? UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

No cumprimento do dever de zelar pela preservação ambiental o Estado desenvolveu mecanismos destinados a assegurar o exercício das atividades econômicas de interesse da humanidade com o menor sacrifício ambiental possível. No exercício de tal fiscalização, cumpre ao Poder Executivo, segundo a obediência aos critérios técnicos e disposições legais, apreciar o pedido de licença ambiental feito por quem pretende explorar atividade que implique em risco de dano ambiental efetivo ou potencial.

Antes, porém, de se passar à análise do ato administrativo e sua natureza jurídica, é imprescindível conceituar o licenciamento ambiental, assim definido pelo CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) no artigo 1º, inciso I da Resolução nº 237 de 19 de dezembro de 1997<sup>88</sup>:

329

I – Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

O inciso II da mesma resolução conceitua licença ambiental:

II - Licença ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar,

---

88 Antes definido no artigo 10 da Lei 6938/81 que inspirou a redação do artigo 1º, inciso I, alterada apenas com a inserção da palavra “localização”.

instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais e consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental

Para a compreensão e estudo dos limites de atuação do judiciário na revisão dos critérios técnicos adotados pelo administrador quando da decisão do pedido de licença ambiental, há que se compreender conceitos doutrinários tradicionais e elementares que classificam o ato administrativo em vinculado e discricionário.

A apresentação de conceitos estanques de ato administrativo em discricionários ou vinculados, conforme os estudos de graduação, não corresponde à melhor exposição conceitual do tema, haja vista que como bem salientou Victor Nunes Leal trata-se de “um terreno melindroso, onde a doutrina tem de utilizar instrumento de precisão, para não vestir um santo com a roupa de outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário”(1997, p.319).

330

A despeito da notável lição do autor, passa-se a apresentar noções de atos administrativos vinculados e discricionários, destinadas tão somente a reavivar no leitor os conhecimentos elementares e imprescindíveis ao estudo do tema proposto.

O ato administrativo tido por vinculado há de ser executado nos estreitos limites do que assim permite a lei, que estabelece os requisitos para sua realização. Tecendo comentários sobre a limitação do administrador aos ditames legais no ato administrativo vinculado, Hely Lopes Meirelles (2004, p.164) preceitua com propriedade ímpar que “as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa”.A atuação do administrador há de obedecer aos estritos limites legais, devendo o ato ser motivado e tais motivos serem consoantes com a legalidade, como pressuposto de existência e validade do ato administrativo. Ao Poder Judiciário é permitido analisar o ato sob todos os seus aspectos.

Quando o ato administrativo é discricionário a administração conta com uma maior margem de liberdade, devendo o ato, ainda assim, obediência aos limites legais, sob pena da discricionariedade converter-se em arbitrariedade. Quanto a tais atos, há em regra impossibilidade de controle judicial meritório, diante da liberdade de atuação do administrador segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentro dos fins instituídos por lei. Nesse sentido bem explanou Hely Lopes Meirelles:

Discricionários, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar, nunca os fins a atingir. Em tema de fins, não existe jamais para a administração um poder discricionário. Porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar. O fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explícita, seja implicitamente(2004,p. 169).

331

A discricionariedade do administrador não se confunde, pois, com zona livre e não delimitada pelo legislador. Os fins do Estado (e do próprio ato administrativo) não de ser sempre respeitados. Ainda que não haja lei que estabeleça a finalidade do ato, não pode este ser praticado senão para atender ao interesse público, sob pena de configurar desvio de finalidade. Nesse sentido é que Victor Nunes Leal, revendo seu posicionamento após análise do voto do então Desembargador Seabra Nunes na Apelação Cível 1422 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, atenta para a inexistência de ato administrativo puramente discricionário:

No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. Quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei; por isso mesmo o fim legal que é necessariamente um fim de interesse público também constitui aspecto vinculado dos atos discricionários, suscetíveis, portanto, de apreciação jurisdicional. (1997, p. 321)

E prossegue o autor:

Quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do Poder Judiciário, o que se quer dizer é que o poder discricionário está imune da revisão jurisdicional. A imprecisão terminológica – em que já temos incidido – torna-se patente, quando se considera que não existe ato algum da administração que esteja totalmente isento do controle judiciário. Na pior das hipóteses, a competência da autoridade que o praticou é assunto da alçada do judiciário, cabível no exame de qualquer ato administrativo. O estado de sítio pode servir de exemplo: se foi decretado por um ministro de Estado, é intuitivo que não produz qualquer efeito, por incompetência do agente, e o Judiciário tem autoridade para o declarar. Por conseguinte, se nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, em sua integridade, não existe ato discricionário. O que acima se disse da competência, também se pode dizer da forma e da finalidade, que são limitações legais (expressas ou implícitas) dos atos administrativos. Se o ato é viciado no que entende com a competência, a forma ou a finalidade, abre-se ensejo ao pronunciamento jurisdicional (1997, p.323)

332

Feitas as considerações preliminares, passa-se a discutir a natureza jurídica do ato administrativo que analisa o pedido de concessão de licença ambiental.

O licenciamento ambiental corresponde a uma sucessão de atos colimados a identificar a adequação da atividade exercida pelo pretendente à licença aos rigores da legislação ambiental. Uma vez identificada tal adequação, notadamente através do estudo de impacto ambiental (EIA) e relatório de impacto ambiental (RIMA)<sup>89</sup>

---

89 A Resolução nº 1 de 1986 estabelecia um rol das atividades sujeitas à apresentação de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ambiental como requisitos para a concessão da licença. A Constituição Federal de 1988, no art. 225, §1º, IV determinou a exigência, na forma da lei, de estudo

compete ao órgão responsável do Poder Executivo conceder a licença. Isso porque a licença é ato administrativo vinculado, não podendo o agente negá-la se o empreendimento atender a todas as disposições legais. Sendo ato vinculado, a licença é passível de anulação se concedida em desacordo os com as determinações legais.

A legislação ambiental é notadamente composta por normas conceituais, destinadas a modelar as condutas e estabelecer limites de atuação tanto para os indivíduos em geral, quanto para as empresas, administração pública e o próprio Poder Judiciário.

A celeuma encerra-se no fato de que o licenciamento ambiental é feito segundo critérios técnicos estabelecidos normalmente pelos próprios órgãos de proteção ambiental. Nesse sentido o ato administrativo que concede a licença ambiental pretendida é ato vinculado e não discricionário, sujeito, portanto, à apreciação pelo Judiciário (KRELL, 2004, p. 37). O ato que concede ou nega o licenciamento há de motivado, não só por atendimento ao princípio da moralidade administrativa, através da transparência da decisão, como também para possibilitar o direito de defesa ou contestação por parte do interessado.

Entretanto, mesmo diante da existência de diretrizes que orientam o agente do executivo, a própria norma ambiental é em grande parte dotada de conceitos jurídicos indeterminados, cuja interpretação feita pelo agente pode ensejar moderada discricionariedade. A dificuldade reside em se estabelecer critérios para delimitar o trabalho de hermenêutica quanto aos conceitos indeterminados e a discricionariedade<sup>90</sup>.

---

prévio de impacto ambiental para a instalação de qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Os que defendem o meio ambiente sustentam que a Carta Magna ampliou a extensão da proteção ambiental, não a sujeitando simplesmente ao rol da Resolução nº 1 de 1986. Os que defendem a proteção mínima, com fundamento na teoria antropocêntrica da proteção ambiental, argumentam que a apresentação do estudo estaria restrita às atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental, estando automaticamente dispensada a apresentação do estudo para atividades em que a degradação não fosse “tão significativa”. Esta não parece, porém, ser a solução mais acertada, mormente se considerando a proibição de retrocesso implicitamente assegurada constitucionalmente.

90 Maria Sylvia Zanela de Pietro retrata na obra *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988* a dificuldade em se estabelecer a natureza do ato administrativo (se vinculado ou

O cerne da discussão no presente trabalho é a delimitação dos limites de intervenção do Judiciário no exame do ato administrativo que concede a licença ambiental pretendida. Ocorre que a tradicional definição do ato administrativo em discricionário e vinculado já não contempla a problemática questão dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido expõe com propriedade Andreas Krell:

Parece equivocada também a distinção rígida do tratamento do controle dos conceitos jurídicos indeterminados – que exigem interpretação, sendo o seu pleno controle judicial a regra – e, por outro lado, dos atos discricionários como decisões baseadas na conveniência e oportunidade, sindicáveis somente em casos de graves erros de avaliação ou arbitrariedade. Muitas vezes, a questão não passa de uma contingência na formulação do próprio texto legal (2004, p. 33).

334

Para o autor “é essencial que essa situação problemática seja levada em consideração na busca de uma definição racional dos limites do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil”(2004, p. 49)

Estando o agente administrativo vinculado à própria lei, sua decisão goza, em regra, de pouca margem de liberdade. Tal lei, contudo, quando apresenta conceitos cuja determinação é imprecisa, possibilita espaços de livre interpretação administrativa, não raramente confundida ou utilizada como critério de discricionariedade, fato este que afastaria o judiciário da análise do ato mérito. Tal dificuldade é identificada no próprio conceito de licenciamento ambiental, cuja indeterminação fornece ao agente elástica interpretação do que seria “atividade efetiva ou potencialmente poluidora”.

---

discricionário) nos casos de conceitos jurídicos indeterminados sujeitos à interpretação pelo agente administrativo. Segundo a autora a própria atividade hermenêutica, dada a imprecisão do conceito, pode ensejar discricionariedade.

Outro exemplo que demonstra a dificuldade de se estabelecer, em concreto, limites para a atuação do administrador na concessão ou não da licença ambiental advém de termos lacunosos e não regulamentados do conceito de poluição, tratado no artigo 3º da Lei nº 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 3º: 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 matéria ou energia em desacordo com os padrões estabelecidos.

À exceção da alínea “e” apresentada, pela qual a própria norma requer regulamentação técnica, não há nas demais uma unidade de conduta exigida do Poder Executivo quando da análise da licença. Afinal, como analisar, no caso concreto, o efetivo prejuízo à saúde, à segurança e ao bem estar da população? O que é efetivamente prejuízo à saúde? O que vem a ser esta afetação desfavorável da biota? É evidente que em geral Resoluções do CONAMA e outros órgãos objetivam reduzir a larga margem de interpretação. Entretanto, como mencionado anteriormente, nem sempre a legislação consegue acompanhar a evolução da sociedade, dos meios de exploração de atividades e da constante necessidade de intensificação das formas de preservação ambiental. Por tal razão, na inexistência de limites legalmente estabelecidos para guiar a decisão do agente administrativo, a decisão que concede a licença há de ser pautada mais no atendimento da finalidade do ato e no interesse público que propriamente na vinculação à lei. Mesmo na inexistência de limites legais não há, pois, como mencionar que o ato é puramente discricionário, posto que a finalidade e o interesse público hão de ser observados pelo Poder Executivo quando da concessão da licença.

Na Alemanha, porém, em virtude dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, a identificação da licença ambiental como ato administrativo vinculado não exime o agente do executivo de certa escolha (relativamente discricionária, posto que motivada) , porém não relacionada com o atendimento aos padrões estabelecidos em lei (inexistentes em muitos casos por ausência de regulamentação). Sob este prisma o ato que concede a licença seria discricionário e, portanto, insuscetível de apreciação meritória pelo Judiciário.

Verifica-se, pois, nestes casos específicos, que se empregando o rigor da classificação doutrinária tradicional do ato administrativo em vinculado ou discricionário, bem como a fórmula simplista do positivismo jurídico, não se teria por legítima a revisão da decisão administrativa pelo Judiciário, sob pena de caracterização de quebra de independência e harmonia constitucionalmente previstas na Constituição Federal de 1988<sup>91</sup>. Assim, sendo tal divisão estanque dos atos em vinculados e discricionários, na ausência de critérios técnicos estabelecidos em lei quanto aos últimos, a escolha do agente no exercício de sua função não merece ser questionada quanto ao mérito. Esta não parece, porém, conclusão que se coaduna com a Carta Magna, notadamente em razão do princípio da inafastabilidade de jurisdição.

No caso acima, a falta de regulamentação implicará em possibilidade de escolhas ao agente. Tais escolhas, porém, não de estar adstritas ao atendimento da finalidade legal e do interesse público e, passíveis de revisão judicial em tais aspectos. Entretanto, como bem salienta José Eduardo Faria discorrendo sobre a timidez da atuação do Judiciário, “é cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para lidar com o que é inédito (...) e de que não foram treinados para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados (1998, p. 60). No mesmo sentido Di Pietro relata que “em geral os juízes têm, até por comodismo, se detido diante do mal definido “mérito da atuação administrativa” permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo”(1998, p.28).

---

91 Art. 2º CF/88. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.



## 2. OS LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO ANTE A SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO

A evolução do Estado Absoluto ao Estado de Direito mantém estreita ligação com a teoria de separação entre os poderes consolidada por Montesquieu, para quem a atuação do Estado estava imprescindivelmente relacionada à limitação do exercício da autoridade do monarca. Para o autor, a divisão do Estado em “Poderes” na verdade não constitui seu enfraquecimento, visto que o Poder é uno e exercido pelo povo que não o divide. O que se tem dividido entre órgãos distintos são as atividades inerentes às finalidades do Estado, a que se denominou Poderes. Importantes considerações foram feitas por Celso Ribeiro Bastos acerca da obra “Do Espírito das Leis”:

Montesquieu foi aquele que, por primeiro de forma translúcida, afirmou que a tais funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos. Em outras palavras, para Montesquieu, à divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõe de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum deles pode estar encarregado de decidir as controvérsias. Há que existir um órgão (usualmente denominado Poder) incumbido do desempenho e cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá haver qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome (2002, p. 300).

337

A fragmentação de funções defendida por Montesquieu contrasta com a visão de Estado Unitário de Rousseau, retratada por BONAVIDES (1990, p. 185) para quem “Rousseau não se preocupa com os preceitos de repressão ao poder, de defesa do homem contra o Estado”. Aliás, para o autor, a autoridade advém do Contrato Social firmado entre os indivíduos e o Estado, pelo qual os primeiros tendem a renunciar a

parte de sua liberdade de atuação em favor do Estado, a quem incumbe criar leis, administrar os recursos e solucionar os conflitos.

Alertando acerca da importância da independência da administração pública e igualmente da existência de controle judicial dos atos administrativos expõe com propriedade Andreas Krell:

No Estado moderno seria inviável imaginar uma Administração desprovida de uma margem de decisão independente, sendo um importante valor um Estado de Direito possuir uma administração desprovida de uma margem de decisão independente, sendo um importante valor um Estado de Direito possuir uma administração autônoma. No entanto, o exercício dessa liberdade está intimamente adstrito ao dever de motivação dos atos administrativos. (2004, p. 40).

338

Rechaçar a atuação do judiciário na revisão do ato administrativo que concede licença ambiental não é guardar obediência às disposições constitucionais que preconizam que os Poderes são independentes e harmônicos entre si. Aparenta sim ser o distanciamento já exposto por DI PIETRO e FARIA, ante a falta de preparo do Judiciário para dirimir questões de tamanha complexidade. O receio de enfrentar o problema acaba acobertado sob o manto de “respeito ao princípio de separação de Poderes do Estado”, em uma manifesta supervalorização de tal princípio, a despeito de colidir frontalmente com outro, igualmente importante que é a inafastabilidade da jurisdição.

A atribuição de peso excessivo ao rigorismo legislativo acaba por estabelecer a primazia da forma em detrimento do conteúdo, ou do atendimento cego à lei, qualquer que seja, por simplesmente ser a lei. Nesse sentido é a lição de Clèmerson Merlin Clève, ao tecer críticas do apego excessivo à norma e à forma em detrimento do conteúdo:

A tal ponto chegaram as formulações jurídicas produzidas já no presente século, mas como decorrência normal da concepção clássica do direito, que toda uma escola jurídica chegou a defender a tese segundo a qual a preocupação do jurista deve-se restringir à norma<sup>92</sup>. Por isso que a preocupação com a justiça ou com a crítica do direito soam alheias à função do jurista. O jurista enquanto tal há de e preocupar apenas com a norma, porque a norma, afinal, constitui o objeto da ciência jurídica(1993, p.47)

Um questionamento faz-se imprescindível: se existem normas em branco e conceitos jurídicos indeterminados; e se o legislativo e os próprios órgãos do executivo não conseguem aclarar todos os conceitos a fim de nortear o agir do agente público na concessão da licença, é possível ter-se por discricionários tais atos, permitindo o controle judicial tão somente quanto à adequação da finalidade e motivação?

A questão se mostra relevante posto que a legislação ambiental brasileira, embora seja referência para diversos países, não consegue acompanhar o dinamismo das alterações nos meios de produção, razão pela qual, muitas normas em branco, ou apresentam conceitos jurídicos indeterminados passam anos sem serem regulamentadas. Nesse ínterim, o Poder Executivo nem sempre dispõe de parâmetros ou critérios técnicos estabelecidos em lei. Nesse sentido é que se verifica a relativa “discricionarietà”.<sup>93</sup>

A aclamação do senso comum pela edição de leis apresenta a expectativa (ainda que falsa) de maior segurança jurídica. Entretanto a voraz necessidade de leis positivadas com o objetivo, entre outros, de limitar a esfera de atuação discricionária do agente, faz do Poder Executivo, pelo menos no que concerne ao licenciamento

---

92 Quando o autor menciona a existência de toda uma escola jurídica defendendo a tese de que o jurista deve estar adstrito à norma faz referência a Hans Kelsen e sua obra Teoria Pura do Direito, ícone do positivismo jurídico.

93 Menciona-se discricionarietà entre aspas por não se tratar propriamente de juízo de conveniência e oportunidade, mas sim necessidade do agente do Poder Executivo suprir a ausência de regulamentação com segundo o interesse social e o bem comum, mas sem elementos orientadores advindos de lei.

ambiental, refém da regulamentação incessante e insana a ser realizada por seus próprios órgãos. Tecendo críticas ao crescente aumento da produção legislativa (genericamente considerando), apresenta CLÈVE sua preocupação:

A multiplicação da atividade legislativa do Estado foi severamente criticada. A um porque esse processo de interpenetração entre o direito e a economia, entre o jurídico e o social, conduziu à juridicização de tudo, com os mais graves inconvenientes. A dois, porque esse processo banalizou o direito, retirando dela o seu caráter sagrado. Depois, porque a inflação legislativa<sup>94</sup> corrompeu um princípio caro ao direito: a presunção de que todos conhecem a lei. Afinal, o sistema jurídico sustenta sua funcionalidade na suposição de que a norma jurídica é conhecida. Quem conhece o direito quando ele entra em minúcias, quando se altera constantemente, quando se encontra veiculado por milhares de atos legislativos? (1993, p.54)

340

Quando uma determinada lei (em sentido amplo) passa a regulamentar, por exemplo, a classificação das atividades consideradas poluentes, estabelecendo eventuais percentuais de tolerância para suas emissões, restringe-se significativamente a atuação do agente público. Isso porque, havendo parâmetros de exigências para as adequações técnicas, não pode a concessão da licença depender do juízo valorativo do agente do executivo.

Tecendo comentários acerca das críticas da doutrina alemã à exagerada intervenção do Judiciário nos atos administrativos, Andreas Krell atribui tal intervenção ao emprego dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados, que se referem ao nível atual da ciência e da tecnologia; o emprego desses termos transfere para uma avaliação técnico-científica a decisão sobre a aprovação de empreendimentos”(2004, p. 46).

---

94 A expressão “inflação legislativa” consagrada no Brasil através de Eros Grau e Luiz Roberto Barroso é de Camelutti.

Quando a própria lei estabelece critérios técnicos a serem observados pelos pretendentes à concessão de licença ambiental, a negativa desta só deverá ser realizada quando, no caso concreto, o parecer técnico demonstrar ser inviável sua concessão. Porém a existência de lei não é segurança da efetividade de proteção ambiental em seu conteúdo, mormente porque no campo do Direito Ambiental o próprio Estado responsável pela edição de leis acaba por ser um dos maiores infratores. Assim relata CLÉVE ao tecer comentários sobre a obra *O Declínio do Direito* de Georges Ripert, que pela clareza da exposição passa-se a transcrever:

No Estado contemporâneo – sua obra (de Ripert) é de 1949 - tudo se transforma em Direito Público em face de agigantada ação do Estado. Ademais a lei trata de questões que ordinariamente eram deixadas sem regulamentação. E, por outro lado, normas técnicas de padronização de produtos, de alimentos, inclusive de sua denominação, transformam-se, em face da vontade do Estado, em normas jurídicas. Há uma interpenetração entre a técnica e o direito. De tal modo isso ocorre que a inadapta formação do jurista o afasta da elaboração destas regras cada vez mais produzidas pelos tecnocratas e especialistas. O Poder Público, neste caso, elabora uma regra cujo conteúdo não domina.

341

Prosseguindo sua análise acerta da obra de Ripert, passa o autor a explanar sobre as conseqüências da proliferação indiscriminada de normas puramente técnicas:

Primeiro, o nascimento de um espírito de desobediência. A lei não é obedecida porque nada diz ao senso comum. Porque muitas vezes é inútil. Porque, ademais, nem sempre é justa e, inclusive, porque não poucas vezes também o Estado deixa de cumpri-la. Depois esse processo conduz à descontinuidade do direito [...] E, finalmente, esse processo conduz à insegurança

jurídica, violando, com isso, o desejo de segurança que todo homem civilizado possui.

#### 4. UMA TENTATIVA DE COMPOSIÇÃO

Ao Poder Executivo não é dado atuar segundo juízo de conveniência e oportunidade em matéria de licença ambiental, ato vinculado por natureza. Porém o presente estudo apresentou as dificuldades em se fazer uma divisão estanque dos atos administrativos em discricionários ou vinculados. Mesmo a licença, exemplo típico de ato vinculado, pode gozar de moderada discricionariedade quando da ausência de norma regulamentadora ou na existência de conceitos jurídicos indeterminados.

Da mesma forma, os atos discricionários não estão sujeitos ao arbítrio do administrador, encontrando sua parcela de vinculação na finalidade e nos princípios que regem o Direito Administrativo.

Compete ao órgão responsável pela análise do pedido de licença ambiental<sup>95</sup> verificar a adequação da atividade que se pretende explorar aos estreitos limites da legislação. Em caso de atividade potencialmente degradadora é obrigação exigir do pretendente à licença prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e conseqüente Relatório de Impacto ambiental (RIMA).

Considerando que os estudos técnicos segundo os parâmetros estabelecidos na própria lei colimem para um parecer favorável à concessão da licença, entende-se não ser cabível ao Poder Judiciário proceder à revisão do ato, haja vista que o mesmo foi praticado em consonância com os ditames legais. A atuação do Poder Judiciário no sentido de ser anulada a licença, por exemplo, só é possível mediante a demonstração de que no caso concreto o laudo foi falho, ou seja, que não relatou as reais condições de implantação ou exploração da atividade cuja licença se pretendia.

---

95 Menciona-se órgão no sentido genérico, haja vista não ser interesse deste estudo a análise da competência administrativa para o licenciamento.

A despeito da inafastabilidade de jurisdição, princípio constitucional explicitado no artigo 5º, inciso XXXV, não é dado ao judiciário rever os critérios técnicos seguidos pelo executivo na concessão da licença senão quando o laudo contiver erro que, se identificado, seria determinante para a negativa da licença.

Quando se trata de matéria regulamentada em lei em sentido amplo e havendo plena adequação do caso concreto (atividade a licenciar) aos preceitos legais, ousa-se posicionar contrariamente à revisão judicial do ato administrativo que concede a licença. Isso porque não compete ao Poder Judiciário, ainda que com a louvável finalidade de apreciar lesão ou ameaça de direito, atacar os critérios adotados pelo legislador e substituí-los pelos seus próprios critérios, sob pena de usurpação de funções. Nesse sentido cristalina é a lição de Andreas Krell:

Na área emblemática da proteção ambiental prevalecem conceitos de experiência, de valoração e de prognose, que deixam uma margem de apreciação para a Administração, que não deve ser simplesmente substituída por uma decisão judicial. A questão, por exemplo, se um produto deve ser considerado “poluente” ou se uma construção “se insere na estética da paisagem”, deve ser respondida, em tese, mediante perícia de técnicos especialistas ou órgãos colegiados, e não pelo entendimento pessoal do juiz (2004, p. 2)

343

Pelo princípio da inafastabilidade de jurisdição, não pode o Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça de direito que lhe tenha sido submetida. É evidente que o exame da legalidade não pode em hipótese alguma ser privado da apreciação do Judiciário. Porém neste caso sua atuação estaria cindida à verificação da adequação do ato aos critérios legais.

Pode, porém, o Poder Judiciário, fazer a análise da constitucionalidade e da própria legalidade da legislação ambiental. Uma vez declarada ilegal ou inconstitucional a norma sobre a qual se sustentava um ato administrativo de

concessão de licença, esta não subsistirá. Não se trata, porém, neste caso, de interferência de um Poder na esfera de atuação de outro. Isso porque, ao assim proceder, o Judiciário estaria exercendo função típica e não substituindo os critérios do legislador pelos seus.

Quando o judiciário ataca o ato administrativo que concedeu licença ambiental que entende ser indevida, os argumentos devem cingir-se ao desacordo entre as condições verificadas tecnicamente em concreto e sua adequação com os ditames legais. Para a impugnação exatidão dos critérios técnicos verificados em concreto pelo Poder Executivo quando da concessão da licença, deve o autor da ação apresentar outro laudo técnico que melhor tutele o bem ambiental e demonstre a irregularidade da concessão da licença.

Cumpre salientar, porém, que o laudo técnico apresentado em processo judicial deve ter os mesmos elementos previstos em lei e analisados pelo agente público quando da concessão da licença. Não pode o Judiciário posicionar-se no sentido de apreciar questionamento fundado na própria legislação, sob pena de ele (Judiciário) não dotado de aparato técnico suficiente para dirimir a questão, sobrepor-se ao órgão ambiental que editou determinada resolução ou até mesmo sobrepor-se ao legislador, que em primeiro lugar elegeu os parâmetros a serem observados. Assim explana Andreas Krell:

Existe uma maior e melhor preparação técnica do órgão administrativo competente para realizar juízos prospectivos de caráter técnico complexo. Especialmente na área da proteção do meio ambiente, os atos administrativos costumam ser adotados na base de um conhecimento ou uma perícia técnica que se presume próprio da Administração e alheios à idoneidade do órgão jurisdicional, o que faz crescer a margem discricionária da decisão. Assim a jurisprudência administrativa portuguesa somente aceita um controle parcial dos atos administrativos que envolvem discricionariedade técnica (2004, p.47)



O judiciário não pode atacar a escolha do legislador, tampouco a concessão da licença de atividade que atende aos critérios técnicos previstos em lei. A análise do judiciário estaria limitada ao vício do ato administrativo que concede licença quando da inadequação do laudo técnico (EIA e RIMA) à lei ou à realidade. Sendo a licença concedida conforme critérios técnicos legalmente estabelecidos (e comprovados em concreto pelo EIA e RIMA), não poderá o judiciário rever a licença.

Evidenciando magistralmente a necessidade de estabelecer limites à revisão judicial do ato administrativo que concede licença ambiental, Victor Leal Nunes salienta que o ato discricionário encontra limite na finalidade que lhe é imposta por lei e sem a qual se configura extralimitação, também identificada como ato ilícito. Nesse sentido prossegue o autor:

Cabe sempre ao judiciário dizer a última palavra, dado o seu papel de intérprete final e conclusivo do direito. Tratando-se, porém, de violação das limitações internas (desvio ou negação do fim legal do ato), impõem-se precauções severas para que se não incida no erro de substituir o critério de conveniência do administrador pelo critério de conveniência do juiz. E este assunto tem de ser tratado, entre nós, muito mais à luz da nossa tradição jurídica, do que com base em lições de autores alienígenas, que escreveram em função de sistemas diferentes.(1997, p.319).

Não se pode tolher o agente público de seu dever de proteção ambiental, simplesmente porque a lei não regulamentou a contento determinada matéria, impondo-lhe um ou outro modo de agir. Igualmente não se pode fazer do Judiciário campo de discussão de todo e qualquer ato administrativo pelo simples fato de que o agente não teve a conduta exaustivamente regradada. Há que se utilizar da ponderação, a fim de que se verifique *in casu* se a ação, ainda que não prevista ou regulamentada legalmente, atingiu a finalidade esperada pelo interesse público.

Segundo Robert Alexy, as escolhas não de ser norteadas pelo princípio da proporcionalidade, segundo o qual o intérprete há de vislumbrar se a medida é adequada, necessária e proporcional ao fim almejado. Ao analisar a adequação, cabe ao interprete escolher a medida mais eficaz entre as várias possibilidades fáticas existentes; há de escolher ainda o meio menos gravoso de se alcançar o fim almejado; por fim, ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito, há de fazer a ponderação ou sopesamento propriamente dito – mandamento de otimização ante as possibilidades jurídicas existentes. Segundo o autor: “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas” (2008, p.117).

Sustenta-se a revisão dos critérios técnicos do agente do Poder Executivo na concessão de licença ambiental é passível nos casos já elenados, mas que o Judiciário deve, em princípio, obediência a tais critérios, ora decorrentes de escolha Parlamentar, ora da própria atividade regulamentadora do Poder Executivo. Tal obediência não implica, por óbvio, na omissão ou conivência do Poder Judiciário quando tais critérios conflitam com a ordem normativa ou a Carta Constitucional. Para tais casos a revisão sempre será possível. Nesse sentido Oscar Vilhena Vieira aponta dois caminhos: o alto grau de deferência à escolha parlamentar, ou seja, a escolha do legislador deve ser respeitada posto que proveniente do legislativo democrático; a outra (mais compatível com o constitucionalismo), supõe a fiscalização do legislativo pelo judiciário, de maneira que: “nesse segundo caso o juiz irá verificar se a escolha do legislativo é adequada, no sentido de preservar o conteúdo de ambos os direitos em colisão, o que se deve fazer por intermédio de um processo de ponderação”. (2006, p.48).

346

## CONCLUSÃO

A proteção do meio ambiente é deveras importante para que o direito a ser protegido perca-se nos infindáveis caminhos que regulamentam a legislação ambiental.

O presente estudo permitiu concluir que segundo a divisão tradicional do ato administrativo, a despeito de não ser a melhor forma de abordagem doutrinária, o ato que concede licença ambiental pode ser classificado como ato vinculado. Entretanto a ausência de regulamentação e a existência de conceitos jurídicos indeterminados não devem ser consideradas determinantes de decisão equivocada ou inapropriada por parte do agente que analisa a concessão da licença.

Não se pode considerar como passível de revisão qualquer ato administrativo pelo simples fato da interpretação legal apontar mais de um caminho ao agente do executivo. Isso porque, não obstante tenha ele a possibilidade de escolha, esta não precisa necessariamente estar equivocada e, portanto, passível de revisão. O agente por si, atuando segundo os princípios norteadores da administração pública e com a finalidade de atender ao interesse público tem condições de se posicionar de forma correta diante de questões abstratas tal como “considerável poluição”, “atividade potencialmente danosa”, “alteração relevante na biota”, entre outras.

347

Não se pode afastar da mente a idéia de que o licenciamento ambiental é um mecanismo destinado a autorizar a localização, implantação e exploração de determinadas atividades e que, como tal, deve primar pela ponderação entre os benefícios da exploração da atividade e a conseqüente gama de benefícios e transtornos. Deve, sobretudo, proteger o meio ambiente, assegurando que a geração de tais benefícios, se possível e viável, se dê sem sacrifício ambiental ou com o menor sacrifício possível. Nesse sentido, o estudo permite concluir que pesa mais em favor do meio ambiente a ponderação e o bom senso que a existência de uma gama de atos normativos regulamentando o exercício da atividade que se pretende licenciar.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de los Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense. 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Separação de Poderes e produção da lei *in* **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais, *in* **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

KRELL, Andreas. **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Poder discricionário e ação arbitrária da administração**. In: \_\_\_\_\_. Problemas de direito público e outros problemas. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.p.319-328. Disponível in:<  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_35/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/panteao.htm)>. Acesso em 05 de abril de 2009.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Relatividade da Competência Discricionária**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia., n 5, janeiro/fevereiro/março 2006. Disponível in <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 12 de abril de 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 5.ed. São Paulo: RT, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito ambiental constitucional**. 6.ed. São Paulo:Malheiros, 2007.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental – As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993).

**SUSTENTABILIDADE, AUSTERIDADE E A  
CONTRATUALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS  
NOS TERMOS DA LEI 13019/2014**

**SUSTAINABILITY, AUSTERITY AND THE  
CONTRACTUALIZATION OF PUBLIC SOCIAL POLICIES  
UNDER THE LAW 13019/2014**

*Winnicius Pereira de GÓES<sup>96</sup>*

*Thadeu Augimeri de Goes LIMA<sup>97</sup>*

**RESUMO:** O artigo examina a sustentabilidade enquanto princípio de dignidade constitucional e de ética humanística, vinculante das ações estaduais, para direcioná-las aos direitos fundamentais sociais e ao bem-estar (de justiça) intergeracional. Além disso, analisa a influência das medidas de austeridade dos tempos de crise, justificadas em discursos de sustentabilidade econômico-financeira, sobre as políticas públicas sociais que, ao final, reduzem as possibilidades de realização do patamar mínimo de direitos fundamentais sociais em benefício do bem-estar dignificante da pessoa humana. Por fim, apresenta-se como meio de superação da crise e das medidas de austeridade o compartilhamento contratualizado de responsabilidades sociais do Estado com a sociedade civil, permissividade estabelecida na novel Lei 13019/2014.

350

**PLAVRAS-CHAVE:** Sustentabilidade. Austeridade. Direitos fundamentais sociais. Contratualização. Sociedade Civil.

**ABSTRACT:** The article examines the sustainability as a principle of constitutional dignity and humanistic ethics, binding of state actions to direct them to social fundamental rights and the (justice) intergenerational welfare. It analyzes the influence of the austerity measures of the times of crisis, justified in speeches of economic and financial sustainability of the social policies that, ultimately, reduce the possibilities of achievement of the minimum level of fundamental social rights in the public good - being dignifying the human person. Finally, it presents itself as a means of

---

96 Estudante de Pós-graduação - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

97 Estudante de Pós-graduação - Universidade de São Paulo (USP).

overcoming the crisis and the austerity measures the contracted share of state social responsibilities with civil society, established permissive novel Law 13019/2014.

**KEYWORDS:** Sustainability. Austerity. Fundamental social rights. Contractualization. Civil Society.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o princípio da sustentabilidade, sua ética humanística que preza pela realização material dos direitos fundamentais sociais e os efeitos das medidas de austeridade sobre a sustentabilidade das políticas públicas sociais promovedoras do bem-estar e da justiça intergeracional para, ao final, apresentar a contratualização e o compartilhamento de responsabilidades, formalizadas nos termos da Lei 13019/2014, como meio de subjugar a crise e a escassez de recursos públicos.

Deste modo, a primeira seção examina a sustentabilidade enquanto princípio vinculante e de eticidade humanística, que ultrapassa a abordagem do antropocentrismo estrito, para direcionar as práticas político-administrativas estaduais à promoção e materialização dos direitos fundamentais sociais, do bem-estar dignificante da pessoa humana e da prevalência do ideal de justiça intergeracional.

Em seguida, é abordada a violência das medidas de austeridade, mediante o corte de gastos públicos em benefício da sustentabilidade econômico-financeira dos Estados, sobretudo daqueles gastos relacionados às políticas públicas sociais voltadas à materialização de direitos fundamentais sociais. Prossegue-se com a exposição crítica do conflito entre as medidas de austeridade e a dimensão social da sustentabilidade combinada à eticidade humanística que substancia o princípio da sustentabilidade.

Por fim, na última seção, apresenta-se a contratualização de políticas públicas estaduais como meio de superação da crise e da escassez de recursos públicos, assim como instrumento de materialização de direitos fundamentais sociais através do compartilhamento de responsabilidades entre o Estado e a sociedade civil, permissividade disposta na Lei 13019/2014. Ao final, as conclusões.

## 1 A SUSTENTABILIDADE: ETICIDADE, ECONOMIA E INCLUSÃO SOCIAL

A sustentabilidade e o desenvolvimento conceitual que a designa tem suas origens nas cimeiras organizadas pela Organização das Nações Unidas (MACHADO, 2006, p. 254-256; MAZZUOLLI, 2009, p. 562-564), primeiramente com o Clube de Roma, sendo intensificados os trabalhos ao redor deste tema a partir dos anos de 1970, na tentativa de estabelecer linhas para uma governação global sustentável (MACHADO, 2006, p. 541-543; MAZZUOLLI, 2009, p. 860-862 e 870-874; BOFF, 2014, 34). Nesta quadra da história, em razão da crise econômico-financeira que assolara Estado de Bem-Estar Social, se tomou consciência de que o crescimento tem limites (BOFF, 2014, p. 31-33), e que o desenvolvimento da economia e da produção de modo irrefreado e agressiva colocaria em risco não somente os ecossistemas mas, sobretudo, a própria existência de toda a humanidade.

Sob o comando da Organização das Nações Unidas, desenvolve-se sob a ótica do ecologismo uma nova corrente, que invade as esferas nacionais de poder com a noção de sustentabilidade estruturada no ideário de racionalidade *pro futuro* da humanidade. Assim, gradualmente a sustentabilidade se firma como princípio de vestes humanísticas e de direitos fundamentais, ao expressar a necessidade de direcionar a conduta humana e dos Estados sobre a linha da conservação equilibrada da natureza, com o objetivo de possibilitar a manutenção estável dos ecossistemas e da sociedade global, particularmente por meio da racionalização estratégica dos recursos disponíveis, como se por meio desse compromisso se estivesse a estabelecer um novo contrato social, composto por obrigações firmadas entre aqueles que vivem o presente e os que ainda virão, revelando, nesta via, a essência da justiça intergeracional universalizada por uma, também, nova ética futurista, contratualizada na reciprocidade e na relativização do fator tempo (BOFF, 2014, p. 32; INNERARITY, 2009, p. 26; DOUZINAS, 2009, p. 98).

A sustentabilidade toma conta da agenda internacional, ao ponto de tornar-se uma questão de humanidade (INNERARITY, 2009, p. 27), em torno de discussões relacionadas ao planejamento em longo prazo, razoável e responsável,



estrategicamente racionalizado para alicerçar as tomadas de decisões (VIEIRA, 2014, p. 19) políticas, administrativas, econômicas e jurídicas (INNERARITY, 2009, p. 30; FREITAS, 2012, p. 34) em atendimento aos interesses sociais.

Neste passo, chega-se ao expressivo relatório desenvolvido pela Comissão sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, constituído em 1984, no âmbito Organização das Nações Unidas. Esta comissão notabilizou-se mundialmente por meio da elaboração do Relatório Brundtland, publicado no ano de 1987, cujo texto foi publicado sob o título “*Nosso Futuro Comum*”, pois definiu os contornos da sustentabilidade, ao predizer que desenvolvimento sustentável é aquele que “*atende as necessidades do presente, sem comprometer a capacidade de as gerações futuras também atenderem às suas*”, orientado em um processo reformador de longo prazo e estrategicamente definido, envolvido na alteração comportamental da própria humanidade. Fita-se, portanto, a ideia da “*mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras*” (BOFF, 2014, p. 34; FREITAS, 2012, p. 46; VALE, 2014, p. 204; COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 9-10).

353

Percebe-se, por conseguinte, que a sustentabilidade estabelece um elo dialético de fraternidade entre o presente e o futuro, ao preconizar que a geração do presente reconheça a geração vindoura em si, como se fosse o retorno da “humanidade do presente”, que reconhece a si mesma na “humanidade do futuro”. Isto em uma ação na qual o presente “se conhece em si e se põe para si” por meio da “humanidade do futuro”, sendo esta última outro sujeito de “ação de autoconhecimento e reconhecimento, cujo movimento de exteriorização-interiorização transforma o homem em ser humano” e a “humanidade do presente” em “humanidade sustentável” (ANDRADE, 2010, p. 100-106).

A partir destas inferências, nota-se que a sustentabilidade, embebida da pretensão multifacetada de justiça intergeracional, foi alavancada à condição de princípio orientador da conduta estadual, do homem enquanto indivíduo sujeito de direitos e deveres no plano nacional e supranacional, dos particulares que participam

do jogo do mercado especulativo-financeiro ou daqueles que exploram a força de trabalho humano e/ou os recursos naturais.

Em resumo, a sustentabilidade (BOFF, 2012, p. 107; SACHS, 2008, p. 47; LOUREIRO, 2010, p. 128) chama a si o caráter de princípio de raízes humanísticas e de dignidade constitucional nos Estados Constitucionais Democráticos de Direito, sendo que, nesta *ultima ratio*, tem eficácia direta e imediata, ao dirigir ao Estado, tanto no plano interno, quanto internacional, em indícios de mundialização axiomática (SACHS, 2008, p. 47), juntamente com a sociedade, o dever fundamental de solidariamente cooperar, no sentido de fomentar o “*desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar*” (FREITAS, 2012, p. 41).

Da conceituação de sustentabilidade apresentada retira-se que o princípio ora analisado alcança o status axiológico de princípio vinculante (FREITAS, 2012, p. 39), idealizador e norteador da conduta desenvolvimentista estadual, pois irradia deveres (responsabilidades) fundamentalmente éticos, sociais, econômicos, ambientais, jurídico-políticos, reveladores do caráter multidimensional e humanístico, ligado a direitos fundamentais que, ao fim e ao cabo, substanciam o princípio em análise e, ainda, denota a sua inegável predestinação convergente à maximização do bem-estar e da dignidade da pessoa humana em alto grau de intergeracionalidade, fins que devem, inexoravelmente, ser pretendidos nas ações daqueles que invocam este princípio.

Inobstante o caráter multidimensional (FREITAS, 2012, p. 39) da sustentabilidade esteja alinhado ao entrelaçamento (FREITAS, 2012, p. 71-73; SACHS, 2004, P. 37) das dimensões social, ambiental, econômica, jurídico-política, o recorte jurídico-literário será limitado ao exame da dimensão ética.

Com efeito, a eticidade sustentável planeia um mundo em que todos os seres vivos possuem naturalmente nexos intersubjetivos, de onde surge a cooperação solidária que intenta deixar um legado para o futuro (FREITAS, 2012, p. 60). Trata-se do dever ético que foge da ideia de antropocentrismo estrito (BOFF, 2014, p. 69), para

firmar uma eticidade diferente, mas ainda humanizada, em um contexto que insere a pessoa humana dotada de dignidade no mundo dos seres vivos que vivem numa comunidade ecológica, carregada de mutualidades, dependências e carências de solidariedade (CAPRA, 1997).

Dito de outro modo, a dimensão ética da sustentabilidade traz consigo o espírito o humanismo avesso ao transcendentalismo antropocêntrico que marca os direitos humanos e fundamentais, haja vista que tem em conta a interdependência da comunidade do local para o global, abarcada num complexo arcabouço de eticidade “*universal concretizável, com o pleno reconhecimento da dignidade intrínseca dos seres vivos em geral*” (FREITAS, 2012, p. 63; ROCHA LOURES, 2009, p. 71).

Do exposto retira-se que sustentabilidade se afasta do pensamento assentado no antropocentrismo estrito, porém, isto não quer dizer que a sustentabilidade enquanto princípio de dignidade constitucional diminua a importância ou abra mão da composição de sua essência humanística. A sustentabilidade, ao teorizar novas conjecturas que visam a proteção não apenas da pessoa humana, mas também de todo o ecossistema, alarga seu campo conceitual-dimensional e de atuação para outras searas. Desse modo, vai justamente ao encontro de todo o amálgama humanístico, pois, decerto, tem desde o início impresso em seu *código genético* as bases sequenciais correspondentes ao bem-estar e à dignidade da pessoa humana.

Por isso, pode-se dizer que a eticidade sustentável em suas relações entrelaçadas com as outras dimensionalidades, dente elas de espécie econômica e social, tem em seu veio moral elementos que determinam a responsabilidade estadual pelo planejamento, implementação e a ampliação de políticas públicas sociais a serem suportadas pelas finanças estaduais destinadas à materialização de direitos fundamentais sociais (correspondentes a direitos humanos de segunda geração) (MACHADO, 2006, p. 372-375; MAZZUOLI, 2009, p. 740-741) e a promoção do bem-estar dignificante (DOUZINAS, 2009, p. 127; MAZZUOLI, 2009, p. 801-806).

É patente que em tempos de crise econômico-financeira, a perseguição dos fins humanísticos de bem-estar individual e coletivo intergeracional se torna

difícultosa. Neste cenário, o sentido da humanização calcada na socialidade perde espaço para o sentido ético econômico-financeiro da sustentabilidade fiscal do Estado. Afinal, não se pode olvidar que em tempos de crise a tendência é a de que a hegemonia de sustentabilidade sob a perspectiva econômica prevaleça (VALE, 2014, p. 206), por intermédio de austeridade amparadas no sacrifício da sociedade e nos cortes de gastos públicos com políticas sociais, ações correntemente confundidas com políticas públicas sustentáveis.

Não há dúvida de que, quando se trata de políticas públicas sociais e a depender das justificativas e do comportamento da administração pública-estadual que se veste do véu da austeridade, a confusão entre a austeridade e a sustentabilidade econômico-financeira, em detrimento da sustentabilidade social, tem como resultado o abandono do ideal de bem-estar intra e intergeracional e da ética humanística de sustentabilidade, bem como faz dos direitos humanos sociais o objeto apenas de um discurso (DOUZINAS, 2009, p. 110), de *habitus principiorum*, pois estes direitos, enquanto primados invocados como elemento de legitimação da mudança social, concomitantemente são reconhecidos e vulnerabilizados pelas discrepantes práticas políticas que os violam ou toleram violações (SANTOS, 2013, p. 76-77). Este é o tema a ser analisado criticamente nas seções seguintes.

356

## **2 SUSTENTABILIDADE E AUSTRIDADE (PARA QUEM?)**

Atualmente, a sistematização violadora de direitos fundamentais assume nova roupagem nas medidas de austeridade em benefício da sustentabilidade econômico-financeira dos Estados. Trata-se de tentativa de superação da crise econômico-financeira globalizada, que tanto abala as finanças públicas estaduais e tem como consequência direta tornar difícil a implementação, a execução, a manutenção e a ampliação de políticas públicas sociais de interesse público, que prezam pela materialização de valores essencialmente humanísticos e de direitos fundamentais (MOREIRA NETO, 2008, p. 24) consignados nas constituições dos Estados Democráticos de Direito que pretendem ser Estados de Solidariedade e Reciprocidade Social.

A crise econômico-financeira, ao afetar os orçamentos dos Estados, certamente reduz a sua capacidade de ser sustentável no cumprimento do programa constitucional que dimensiona a ação governamental em diretrizes voltadas à dignificação da pessoa humana e ao bem-estar social. Neste contexto, são embaraçados o bem-estar coletivo e individual no presente e no futuro, principalmente em áreas que dependem de prestações positivas estaduais pela via direta ou indireta, como acontece nas áreas da saúde, educação e assistência social.

A problematização em torno da violência das medidas de austeridade em face aos direitos fundamentais sociais estreita-se quando se tem em vista o desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade, pois esta, enquanto princípio de ética e dignidade constitucional vinculante humanística, não se limita ao viés econômico-financeiro, pois também pugna pela observância de suas outras dimensionalidades, dentre elas, a do aspecto social.

Com efeito, além da ética da sustentabilidade de vestes humanísticas, a questão das políticas públicas sociais coloca de um lado a dimensionalidade econômico-financeira (FREITAS, 2012, p. 64-65; NABAIS, 2014, p. 49-50; ROCHA LOURES, 2009, P. 70) da sustentabilidade, a qual exige a modificação (responsável) do comportamento do Estado, na redução de custos das políticas públicas sociais, através da reformulação de práticas de aplicação dos escassos recursos públicos, mediante organização de sistemas de planejamento e avaliações, tanto em longo quanto em curto prazo, assim como da fiscalização e controle transparente dos gastos públicos. Prega-se a reforma administrativa estadual, que tem como desígnio a adoção de uma nova gestão pública, marcada em traços de economicidade, de eficiência socioeconômica em benefício de resultados sociais satisfatórios (MOREIRA NETO, 2008, p. 103) e de eficácia em suas atividades prestacionais, sem desperdícios, para fortalecer os ideais de sustentabilidade e de justiça intergeracional.

No entanto, o que se vê são medidas governamentais direcionadas à máxima redução de custos que, de imediato, impactam a sociedade negativamente, por estarem consubstanciadas em cortes orçamentários em programas sociais, na redução do valor das aposentações, das pensões por morte, por desemprego ou a complicação de sua

obtenção, bem como ainda, na precarização dos sistemas de saúde, educacional e de assistência social em decorrência dos baixos investimentos nessas áreas.

Do outro lado, encontra-se a dimensão social da sustentabilidade. Nesta dimensionalidade o desenvolvimento sustentável digno de toda a sociedade deve considerá-la como um todo, não se admitindo o desenvolvimento social excludente e iníquo. Isto quer dizer, que a sustentabilidade social revela que a sociedade que tem como característica a desigualdade, é designada pela presença de diferenças de níveis de bem-estar, em que determinados grupos vivem com muito enquanto outros vivem com pouco ou com apenas o suficiente para sobreviver, sem possibilidade de conceber a autodeterminação individual e/ou coletiva (BOFF, 2014, p. 125-128; FREITAS, 2012, p. 58-59; NABAIS, 2014, p. 48-49; ROCHA LOURES, 2009, P. 70).

Portanto, considerando-se o delineamento da sustentabilidade e as condições materiais que este princípio agrega para a sua consagração, tem-se que a sua promoção sob a perspectiva social está intimamente vinculada à dignificação da pessoa humana por meio do alinhamento governamental a um modelo administrativo que priorize a responsabilidade social do Estado, traçada na missão consolidada em direitos fundamentais característica dos Estados Democráticos de Direito de Solidariedade e de Reciprocidade Social, consistente em viabilizar e edificar políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais sociais de maneira eficiente e eficaz, universal e equitativa para, assim, atingir o bem-estar coletivo intra e intergeracional.

A título de exemplo surgem as medidas de austeridade defendida pela Troika (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) impostas aos países-membros da União Europeia. As planificações econômicas da Troika exigem a redução de gastos públicos como condicionante de empréstimos, o que certamente tem como efeito a redução das parcelas dos orçamentos estaduais endereçados às políticas públicas sociais, noutro rumo caminha a socialidade sustentável, pois esta pugna e apoia-se no estabelecimento e/ou fortalecimento de “*condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas*” de modo universal e igualitário, engajado no “*desenvolvimento que perdura*”

[...] *a longo prazo*” com dignidade (FREITAS, 2012, p. 60), sombreada pelos direitos humanos.

O embate axiológico interno entre as dimensões da sustentabilidade é claro e, as medidas de austeridade, pautadas em pretensões de sustentabilidade, ocupam o cerne da polêmica envolvida nas pretensões estaduais humanísticas. A palavra “austeridade” muito utilizada para designar medidas econômicas de sustentabilidade fiscal do Estado, tem origem grega e originalmente foi utilizada para designar a expressão “secura na língua” ou para se referir a condições duras, difíceis de serem suportadas (SCHUI, 2015, p. 19). Esta significação ainda é a mesma, sendo utilizada para designar a dureza, a rigorosidade, a abstenção de luxo para vencer situações econômicas de crise.

Quando se trata do choque entre as mencionadas dimensões da envolvidas pela austeridade (higidez fiscal (econômico-financeira) estadual em face da materialização de direitos fundamentais sociais por meio de políticas públicas estaduais financeiramente suportadas pelo erário), as questões que se colocam são: a sustentabilidade em todas as suas dimensões, enquanto valor constitucional pode ser conformada na acepção de austeridade amparada no sacrifício das camadas sociais mais pobres (JUDT, 2011, p. 31-38; SCHUI, 2015, P. 65-66) e de políticas públicas sociais? Em tempos de crise, a escassez de recursos econômico-financeiros estaduais justificam as deficiências no que se refere ao oferecimento de serviços públicos sociais orientados a promover a inclusão social, o bem-estar e a dignidade da pessoa humana? Quais são os verdadeiros beneficiários da implementação de medidas político-econômicas de austeridade? Isto é, as privações da austeridade estão para quais (des)afortunados?

O exame apressado de todas essas problematizações pode levar à conclusão de que do ponto de vista do Estado que pretende ser de Solidariedade e Reciprocidade Social, consubstanciado em direitos fundamentais, a solução está longe de ser encontrada, pois se trata da equalização de posições inconciliáveis.

Nada obstante, embora todo o cenário esteja emoldurado sob jugo constitucional e de direitos fundamentais, os apontamentos em resposta aos questionamentos da problematização ora discutida, não podem ser resumidas de modo simplista, por meio de ponderações que resultam em receituários econômico-financeiros de caráter inventivo e milagroso digno dos economicistas e dos gestores (VALE, 2014, p. 227), sobretudo voltado à estrita prática da austeridade que, para alcançar o equilíbrio econômico-financeiro e sanar a fiscalidade estadual, “expurga” da memória as diretrizes de direitos fundamentais sociais firmadas no texto constitucional.

O exemplo europeu de violência aos direitos fundamentais sociais por meio de políticas de austeridade talvez seja o mais representativo. Causa surpresa o fato de que os mesmos governantes que submetem à votação pacotes de medidas austeras (BECK, 2013, p. 15-16), planeadas em cortes de despesas em diversos setores de atuação da administração pública, com reflexos, principalmente, sobre as políticas públicas sociais, autorizam a injeção de recursos financeiros em instituições financeiras para salvar o *Euro*. Assim, em sentido contrário ao legítimo interesse público humanizado em direitos fundamentais sociais, o propósito da responsabilidade e da solidariedade estadual tem seu foco matematicamente reajustado para a política da resolução de crise em curto prazo, a partir da redistribuição de recursos “de baixo para cima”, estruturado em um paradigma governativo no qual “o *socialismo de Estado*” está “*para os ricos e os bancos*”, enquanto que o neoliberalismo está apenas “*para a classe média e os pobres.*” (BECK, 2013, p. 26-27)

Por isso, as medidas de austeridade (impostas) ao privilegiar apenas as metas econômico-financeiras, decerto não consideram todas as dimensões da sustentabilidade, sobretudo as dimensionalidades ética e social assentadas no processo de humanização do direito. O “*socialismo para a classe média e os pobres*” costuma permanecer em segundo plano, justamente em razão da ausência do fator “equilíbrio” nas decisões políticas. Este modo de pensar e solucionar as turbacões provenientes da crise acarreta o desgosto e a desconfiança popular no sistema administrativo (governo) e nas instituições políticas (BELCHIOR, 2015, p. 26-27).



Vale frisar que não se pretende defender o perfilhamento de políticas públicas desmedidas, apoiadas em gastos públicos desmedidos, que coloquem em risco a sustentabilidade (fiscal) econômico-financeira dos estados. Ademais, o ideário de sustentabilidade exige que *“os gastos passem a respeitar a eficácia direta do desenvolvimento durável, de modo a serem efetivamente sopesados os custos e benefícios diretos e indiretos (externalidades), sociais, econômicas”* (FREITAS, 2012, p. 33). Daí que a governação orientada em função da popularidade, para satisfazer as necessidades sociais com objetivos estritamente particulares e eleitoreiros (populistas), não significa que os axiomas humanísticos tenham sido promovidos em benefício do bem-estar dignificante da pessoa humana. Não há dúvida de que em determinados momentos a tomada de decisões impopulares para evitar catástrofes econômico-financeiras são necessárias (BELCHIOR, 2015, p. 30), sob pena de se ver os ideais de sustentabilidade (nas dimensões econômica e social) e de justiça intergeracional mitigados em um processo autofágico sustentado nos próprios direitos humanos e nos direitos fundamentais sociais que dão vida ao Estado que pretende ser Social.

361

É por isso que se assevera: austeridade não se confunde com sustentabilidade; a adoção de políticas austeras não autoriza a violação de direitos fundamentais sociais mediante a mitigação de políticas públicas quando as medidas não importam em “sacrifício” de todos, mas apenas das camadas sociais economicamente fragilizadas e carentes de serviços públicos sociais prestacionais ofertados (direta ou indiretamente) pelo Estado e/ou por este sustentados financeiramente.

Por sua vez, o crivo constitucional da inflexível realização destes direitos não autoriza a autofagia humanística sustentável sob o viés econômico-financeiro dos gastos públicos desarrazoados ante a ausência de racionalização aplicativa dos recursos. O destacamento de qualquer destas linhas levará ao esgotamento dos recursos já escassos ou à perturbação social que veicula a instabilidade político-institucional.

Da exposição analítica a que se propôs, constata-se que a paradoxal relação entre as dimensões de sustentabilidade associada ao conflito entre medidas de austeridade e a realização dos direitos fundamentais sociais por intermédio de políticas

públicas tem como solução a busca pelo equilíbrio das ações estaduais, descontaminada de interesses políticos e econômico-financeiros particulares, pertencentes somente a determinados setores sociais.

Em vista disso e diante da compreensão de que os direitos fundamentais constituem o conjunto de axiomas que norteiam a conduta estadual no plano do quadrinômio político-jurídico-econômico-social, tem-se que estes valores reclamam a consideração existencial e material equilibrado dos princípios colocados neste jogo, para ductilmente (ZAGREBELSKY, 1995, p. 15-17) harmonizá-los em benefício da sustentabilidade em todas as suas dimensões e, sob este viés, não transformar a sua ética substancialmente humana na ética da hipocrisia.

Trilhar este caminho talvez ofereça a possibilidade de ao seu final encontrar como recompensa pelo esforço coletivo e igualitário, a verdadeira justiça intergeracional, consagrada no asseguramento de condições materiais de promoção do bem-estar dignificantes da pessoa humana, tanto para gerações presentes, quanto para gerações futuras e, assim, entrelaçar harmonicamente a ética da sustentabilidade com as dimensões sociais e econômico-financeira. Dentre as saídas está o compartilhamento de responsabilidades com a sociedade civil para materializar direitos fundamentais sociais, agora presente na modelagem contratual alinhada na Lei 13019/2014.

362

### **3 A CONTRATUALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS SOB A MODELAGEM DA LEI 13019/2014**

Em meio à crise e as (in)justificadas políticas de austeridade (para quem?), as dificuldades estaduais em equilibrar as finanças e concretizar direitos fundamentais sociais por intermédio da prestação de serviços públicos impõe a busca de novos meios de efetivação do programa constitucional. Neste contexto é que surge a contratualização de políticas públicas sociais como alternativa estratégica em benefício da utilização mais eficiente dos recursos econômico-financeiros estaduais. Cuida-se da configuração de um novo modo de atuar do poder público (executivo), através do

compartilhamento de responsabilidades com a sociedade civil (SOUSA, 2013, p. 79; CANOTILHO, 2012, p. 116; HESPANHA, 2008, p. 5-6), na qual a (re)privatização de serviços públicos de natureza social serviria como remédio à escassez e mecanismo para alcançar resultados econômico-financeiros e sociais sustentáveis e assinalados pela justiça intergeracional.

O emprego do termo (re)privatização (OTERO, 1999, P. 23; LOPES, 2009, p. 237) orgânica (GONÇALVES, 2008, p. 391-396) se refere à horizontalização administrativa (ALMEIDA, 2011, p. 86), na qual o Estado permanece como garante (CANOTILHO, 2003, p. 353; GONÇALVES, 2008, p. 158 e 166-170; SOUSA, 2013, p. 73-77; LOUREIRO, 2010, p. 378), por meio da devolução ao setor privado do exercício de atividades públicas direcionadas à materialização de direitos fundamentais sociais assumidas diretamente pelo Estado, que por ora são inviabilizados ou debilitados diante da crise e da crescente insustentabilidade econômico-financeira estadual. Desse modo, enquanto a procura por serviços progride exponencialmente, o binômio crise-escassez coloca em risco a sustentabilidade fiscal e orçamentária dos Estados, despontando como solução plausível a “*fuga para o âmbito privado*”, mediante a formalização de contratos/convênios públicos focalizados, sobretudo, na contratualização subvencionada de serviços públicos sociais junto a entidades do terceiro setor, sem fins lucrativos ou econômicos (LOPES, 2009, p. 121; CANOTILHO, 2012, p. 128), marcadamente de índole altruística e de solidariedade social.

Logo, no ambiente jurídico brasileiro, os artigos 199, 202, 204, inciso I, 209, 216, § 1º, 218, § 4º, 225, todos da Constituição Federal, autorizam o compartilhamento de responsabilidades com a sociedade civil, mediante a formalização da participação de entidades privadas em regime de cooperação solidária com o Estado. Nessa esteira, é comum a oferecimento de serviços de assistência social, saúde, educação e desporto por intermédio de entidades privadas de solidariedade social, criadas em torno de fórmulas civilistas que estabelecem requisitos (artigo 40 e seguintes do Código Civil) acerca da constituição de pessoas jurídicas de direito privado, em que se enquadram as organizações da sociedade civil sob os modelos de associações e fundações sem fins

lucrativos, muitas subvencionadas pelo poder público, para desempenhar serviços e colaborar na concretização de serviços sociais não exclusivas do Estado, mas sujeitas aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, assim como ao controle desta e dos tribunais de contas (DI PIETRO, 2011, p. 254; GONÇALVES, 2008, p. 303), o que denota traços de um regime jurídico híbrido sobre o setor de economia solidária (GONÇALVES, 2008, p. 398; MODESTO, 2012, p. 245).

A legislação ordinária brasileira sobre o tema foi renovada na recente lei 13019, de 31 de julho de 2014, que entrará em vigor em 28 de julho de 2015. Esta lei regula as parcerias voluntárias envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e organizações da sociedade civil em regime de cooperação. Para os efeitos da lei, as entidades de solidariedade social são designadas genericamente, logo no artigo 2º, inciso I, como organizações da sociedade civil, constituídas sob as vestes de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, que não remuneram os membros de sua direção e aplicam as sobras ou resultados (LOPES, 2009, p. 118-122) na consecução do objeto social de interesse público a que se propõe realizar (A lei não trata quais são os objetos de natureza social, porém deixa claro no artigo 30, inciso II, que serviços de educação, saúde e assistência social podem ser objeto desse tipo de cooperação, até mesmo por meio de dispensa de Chamamento Público de seleção de organização da sociedade civil).

De acordo com as disposições da Lei 13019/2014, a participação privada em regime cooperativo de solidariedade social com o Estado deve, obrigatoriamente, em benefício da sustentabilidade e transparência, ser pautada pelos princípios constitucionais da legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, eficiência e eficácia, relacionados com: o reconhecimento da participação social como direito do cidadão; a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva; a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável; o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas; a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social; a valorização da diversidade cultural e da educação

para a cidadania ativa; a promoção e a defesa dos direitos humanos; a preservação, a conservação e a proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente; a valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais; a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial.

Nota-se, portanto, que além dos princípios voltados à administração pública, a Lei 13019/2014 estabelece outra série de princípios indutores da cooperação e da solidariedade horizontal, nos quais se percebe o entrelaçamento de dimensões de sustentabilidade, equacionadas na perseguição da gestão pública democrática (GONÇALVES, 2008, p. 141-142), marcada pela “*publicização*” das organizações da sociedade civil beneficiadas por transferências voluntárias de recursos públicos financeiros, para alinhá-las à diretriz fundamental do controle dos resultados (artigo 6º, II, da Lei 13019/2014) associada à eficiência qualitativa (MODESTO, 2000, p. 112-113).

Mas quais seriam os critérios de aferição da eficiência e de controle de resultados a serem obtidos por meio das parcerias entre a esfera pública e privada? Seria o mero atendimento à sustentabilidade econômico-financeira assentadas no menor custo dos serviços promovidos por meio do corte de gastos e/ou contratualizações de serviços público a baixos custos ou plena satisfação da sustentabilidade (necessidades) sociais? Seria a obtenção de menor custo ou de melhor qualidade?

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que a formalização do compartilhamento das responsabilidades entre o Estado e as organizações da sociedade civil se dá por meio de contratos, sendo que, a Lei 13019/2014 aposta nos “*termos de colaboração*” (designados como “*planos de trabalho propostos pela administração pública, em regime de mútua cooperação com organizações da sociedade civil*” - artigo 16), e nos “*termos de fomento*” (“*planos de trabalho propostos pelas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação com a administração pública*” - artigo 17), precedidas de “*chamamento público*” (procedimento de seleção de organização da sociedade civil “*para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento*” que imprescindivelmente deve nortear-

se pelos “*princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos*” - artigo 2º) para a apresentação de propostas elaboradas em planos de trabalho.

A modelagem contratual desenhada no artigo 22 e incisos da Lei 13019/2014, exige que nos planos de trabalho relativos ao compartilhamento de responsabilidades sejam discriminados: o objeto da parceria e as metas; descrição das metas quantitativas e mensuráveis a serem atingidas e as atividades pretendidas; prazo de realização das atividades e cumprimento das metas; os indicadores qualitativos e quantitativos para a aferição do cumprimento de metas; elementos que demonstrem a compatibilidade de custos com os preços de mercados ou utilizados em outras parcerias de mesma natureza; plano de aplicação de recursos públicos; estimativa de gastos com encargos trabalhistas e previdenciários; cronograma dos valores a serem repassados em cada etapa das atividades; periodicidade da prestação de contas e os prazos de análise a serem realizadas pela administração pública.

366

Sendo assim, os critérios para a aferição de eficiência e resultados estão definidos. Em vista disso, não se trata simplesmente de atribuir a eficiência e avaliar o cumprimento de metas por meio da contratualização de políticas e serviços públicos ao terceiro setor com o objetivo de apenas alcançar o equilíbrio econômico-financeiro. A sustentabilidade das políticas e serviços públicos na concepção da Lei 13019/2014, ultrapassa as restrições orçamentárias dos tempos de crise, para abranger critérios específicos previamente planejados e de racionalização aplicativa dos recursos públicos, que possibilitam ao administrador público proceder a melhor escolha.

Com efeito, a par dos critérios disponibilizados, a modelagem contratual, para atender ao interesse público em ver as políticas e serviços de natureza social eficientemente concretizadas, exige que a gestão dos contratos de parceria entre o Estado e qualquer organização da sociedade civil, seja pautada, desde seus movimentos preparatórios, pela postura do administrador público que busca o melhor custo ao invés do menor custo, em um processo de ponderação entre os custos envolvidos pela melhor qualidade e os menores custos disponíveis quando da

avaliação das propostas (VIEIRA,2014, p. 10-11) e, assim, encontrar a proposta de plano trabalho que atenda, sustentavelmente, ao interesses público social em ver a dignidade da pessoa humana valorizada em políticas públicas (de direitos fundamentais) sociais que promovam o bem-estar coletivo e individual (SANTO NETO, 2008, p. 406) em determinada realidade. A eficiência do planejamento, portanto, está estritamente atrelada ao bem-estar comum, comportada na qualidade e melhor utilização dos recursos disponíveis, para evitar desperdícios e assegurar sustentáveis proveitos à sociedade (VIEIRA,2014, p. 14). Resumidamente eficiente é a ação estadual idônea (eficaz), otimizada e satisfatória, que privilegia a qualidade (MODESTO, 2000, p. 113).

Quanto aos resultados (VIEIRA, 2014, p. 18), estes devem ser apreendidos mediante a verificação de que se todo o planejamento apontado no plano de trabalho foi concretizado, na presença de três elementos: eficiência, economicidade e legalidade (VIEIRA, 2014, p. 16). Tudo isto sem deixar escapar que nas relações entre particulares e o Estado em regime de cooperação solidária, à caracterização do Estado de Reciprocidade e Solidariedade Social, é imprescindível a afirmação do dever funcional estadual de alcançar resultados concretos por meio da materialização planejada/racionalizada sustentável de políticas e serviços públicos, para fugir da estrita economicidade (redução de custos não é sinônimo de qualidade ou de sustentabilidade, pois pode resultar em precariedade no atendimento ao interesse público), e balizar-se, ao final, nas diretrizes constitucionais que perseveram pela prática da boa administração em atenção aos objetivos traçados no artigo 3º, da Constituição Federal brasileira (MOREIRA NETO, 2008, p. 131-135), tanto para gerações presentes quanto para aquelas que virão.

Por fim, vale mencionar que as parcerias entre o Estado e organizações da sociedade civil não implicam no abandono estadual pela via da (re)privatização de políticas e serviços de natureza social. No plano da legalidade, os termos de colaboração ou de fomento não podem servir de “*instrumento camuflador*” (OTERO, 1999, p. 23) de ingerências administrativas lesivas ao erário e ao controle e fiscalização dos gastos públicos. O processo de transferência de atividades públicas

sociais depende de autorização constitucional e de regulação pela via ordinária, isto quer dizer que a (re)privatização do Estado Social por meio do “*constituir a ação de cooperação solidária*” com o terceiro setor não se traduz na renúncia estadual, nem mesmo em áreas específicas de atuação não exclusiva do Estado, como, por exemplo, a educação, a saúde e a assistência social, pois o Estado tem a sua responsabilidade de garante das políticas públicas sociais relacionadas à materialização do patamar mínimo material de direitos fundamentais sociais. Para que a sustentabilidade e a justiça intergeracional não caiam no profundo abismo de idealismos quiméricos, a posição estadual de responsável garante constitui peça fundamental.

## CONCLUSÃO

As crises econômicas de ordem global e a escassez de recursos que afetam as finanças estaduais, remediadas por paliativas fórmulas “milagrosas” de austeridade econômico-financeira em benefício da sustentabilidade fiscal indubitavelmente não denotam aspirações de materialização de um patamar mínimo de direitos humanos de segunda geração, assim como se afastam da pretendida configuração de políticas públicas estaduais socialmente sustentáveis e dotadas de justa intergeracionalidade.

A problematização em torno da conciliação das dimensões econômico-financeira e social da sustentabilidade, sem deixar de lado a ética humanística que nutre este princípio, passa pela racionalização aplicativa dos recursos públicos. Isto quer dizer que o equilíbrio das ações públicas condiciona o atendimento do interesse público em ter a sustentabilidade econômico-financeira assegurada juntamente com a materialização de direitos humanos sociais de segunda geração tanto no presente, quanto no futuro.

Aliás, não se pode deixar escapar da memória que a idealização de políticas de austeridade não autoriza cortes abruptos de gastos em políticas públicas sociais, assim como não asseguram benefícios econômico-financeiros ao ponto de garantir a manutenção e ampliação de ações estaduais arraigados de socialidade humanística. Por outro lado, gastos desmesurados, irracionalizados e oportunistas aprisionados no



presente não sintetizam a humanização sustentável em qualquer das dimensões tratadas no texto.

Neste contexto a contratualização de políticas públicas sociais, organizada nos termos da Lei 13019/2014 desponta como instrumento de compartilhamento responsável e racionalizado da execução das políticas públicas sociais com a sociedade civil para atender ao interesse público em ver os direitos fundamentais sociais materializados em benefício do bem-estar social dignificante da pessoa humana.

Enquanto as medidas de austeridade priorizam a sustentabilidade econômico-financeira estadual sem se preocupar com aspectos sociais de sustentabilidade, a contratualização de políticas públicas racionalizadas segundo a Lei 13019/2014 denunciam a preocupação em melhor aproveitar os escassos recursos públicos, por meio da contratação junto à sociedade civil de serviços (prospectivamente) definidos em políticas públicas que tenham como característica principal a qualidade (eficiência e eficácia), sem ater-se ao menor custo operacional.

Somente pela via da racionalização aplicativa, vinculada à qualidade, é que as políticas públicas poderão atender ao princípio da sustentabilidade em suas dimensionalidades econômico-financeira e social, sem desprestigiar os direitos fundamentais sociais e a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, revelar a ética humanística imprescindível à configuração da justiça intergeracional. Sem dúvida, políticas de austeridade não oferecem estas possibilidades, ao passo que a contratualização de políticas públicas sociais quando racionalizadas demonstram que a humanização sustentável das ações estaduais ainda se mostra alcançável e não tão fantasiosa.

## **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Vasco. Estado, mercado e terceiro setor: a redefinição das regras do jogo, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 95, 2011, p. 85-105.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental: entre o ser e o dever na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.

BECK, Ulrich. *A Europa Alemã. De Maquiavel a Merkievel: estratégias de poder na crise do euro*. Edições 70, 2013.

BELCHIOR, Ana Maria. *Confiança nas Instituições Políticas*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2015.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade. O que é – que não é*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *“Brançosos” e interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Editora Cultrix, 1997.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DOUZINAS, Costa. *O fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. O exercício dos poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008.

HESPANHA, Antônio Pedro. Políticas sociais: Novas abordagens, novos desafios. *Revista de Ciências Sociais*, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v. 39, n. 1, 2008, p. 5-15.

INNERARITY, Daniel. *O futuro e seus inimigos*. Uma defesa da esperança política. Alfragide: Teorema, 2009.

JUDT, Tony. *O chalet da memória*. Coimbra: Edições 70, 2011.

LOPES, Licínio. *As Instituições Particulares de Solidariedade Social*. Coimbra: Almedina, 2009.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional*. Do paradigma clássico ao pós-11 de setembro. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a aplicação do Direito Público às entidades privadas sem fins lucrativos, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Edição Especial, Rio de Janeiro, 2012, p. 237-259.

\_\_\_\_\_. Notas para um debate sobre o princípio da Eficiência, *Revista de Serviço Público*, ano 51, n. 2, abr./jun., 2000, p. 105-120.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NABAIS, José Casalta. A crise do Estado Fiscal. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Trajectórias de Sustentabilidade, Tributação e Investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 19-59.

OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ROCHA LOURES, Rodrigo C. da. *Sustentabilidade XXI: Educar e inovar sob uma nova ciência*. São Paulo: Editora Gente, 2009

SACHS, Jeffrey. *A riqueza de todos: a construção de uma economia sustentável em um planeta superpovoado, poluído e pobre*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Se Deus fosse um activista do Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2013.

SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos Direitos Humanos Fundamentais no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SCHUI, Florian. *Austeridade*. Breve história de um grande erro. Lisboa: Editorial Presença, 2015.

SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque. Características atuais e transformações ocorridas na compreensão do estado e da administração pública, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Porto, v. 2, n. 2, 2013, p. 68-95.

VALE, Luís Meneses do. Revisitando Mill: Mercado(s) e Meta-mercados(s). In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). *Trajectórias de Sustentabilidade, Tributação e Investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 197-268.

VIEIRA, André Luis. Gestão de Contratos Administrativos, *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, p. 9-32.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho ductil*. Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.