

RESPONSABILIDADE DO ESTADO



IX
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

TIAGO CAPPI JANINI

ANA FLAVIA DE ANDRADE N. CASTILHO

RENAN POSELLA MANDARINO

©2019 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Tiago Cappi Janini, Ana Flavia de Andrade Nogueira Castilho & Renan Posella Mandarin
(Orgs.)

José Eduardo Lourenço dos Santos
(Editor)

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

Comissão Científica do IX SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidad de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP – Ribeirão)
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Responsabilidade do Estado / Tiago Cappi Janini, Ana Flavia de Andrade Nogueira Castilho & Renan Posella Mandarin, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-83-8

1. Responsabilidade do Estado / Tiago Cappi Janini, Ana Flavia de Andrade Nogueira Castilho & Renan Posella Mandarin
CDU-342

Índice para catálogo sistemático

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

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

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO DIANTE DAS TRAGÉDIAS DA EMPRESA VALE: POSSÍVEL CONDENÇÃO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	5
Beatriz Camargo RIBEIRO Isadora Fernanda LATINI	
A CRIAÇÃO DO ESTADO MODERNO: UMA HISTORIA DE SUBORDINADORES E SUBORDINADOS.....	25
Marilda Tregues de Souza SABBATINE	
A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS SOB A ÉGIDE DO PROCEDIMENTO DE CONCESSÃO DE REFÚGIO E ASILO POLÍTICO.....	38
Tomaz Felipe SERRANO	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO CUMPRIMENTO FORÇADO DAS AÇÕES DE MEDICAMENTO.....	60
Evandro Monteiro DOS SANTOS Fabio Dias da SILVA	
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO AO DIREITO DE VIVER E A LISTA DE SCHINDLER.....	76
Francis Pignatti do NASCIMENTO	
A RESPONSABILIZAÇÃO DOS GESTORES PÚBLICOS PELA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FINANCEIROS OU TRIBUTÁRIOS.....	91
Wellington Henrique Rocha de LIMA Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA	
A SAÚDE DOS DIREITOS À SAÚDE: DA EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO – O MÍNIMO EXISTENCIAL, A RESERVA DO POSSÍVEL E O OVO DA SERPENTE.....	113
Antonio Cyro VENTURELLI	
ANÁLISE CRÍTICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO “PACOTE ANTICRIME”.....	126
Renan Posella MANDARINO Ana Flavia de Andrade Nogueira CASTILHO	
ANÁLISE DO CASO ESCHER E SUA CONTEMPORANEIDADE NO USO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.....	140
Aline Albieri FRANCISCO	
CONSÓRCIOS PÚBLICOS: UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE ESTATAL	159
Daniela Lucca ROCHA	

Hellen Luana de SOUZA

DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO: O CONTROLE E O APERFEIÇOAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA COMO DESDOBRAMENTOS DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....177

Gabriela dos Santos PAIXÃO

EDUCAÇÃO COMO MÉTODO UTILIZADO PELO ESTADO PARA COMBATER O RACISMO.....193

Thauane Vitoria Silva Tavares SOUZA

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA.....204

David Guilherme Antonietti FAQUIM

Guilherme Prado Bohac de HARO

LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA: SOBRE UMA PERSPECTIVA SOCIAL E ECONÔMICA NA VIDA DO TRABALHADOR.....219

Gustavo Henrique PASCHOAL

Samara da Silva MACHADO

O “LIXO SOCIAL” E A DEMOCRATIZAÇÃO DAS TERRAS NO BRASIL FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO.....240

Matheus Conde PIRES

Matheus Amancio PIOTTO

O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO UM DEVER DO ESTADO: NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO 254

João Victor Nardo ANDREASSA

Pedro Rodrigues de Freitas LIPPE

O APADRINHAMENTO AFETIVO VISANDO GARANTIR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA LEI Nº 13.509/17.....268

Mariana Delminda Bernardes UTIYAMA

O POSICIONAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO EM RELAÇÃO AOS REFUGIADOS285

Júlia Caroline Xavier dos SANTOS

POLÍTICA FISCAL E AS REFORMAS EM CURSO NO BRASIL: UMA ANÁLISE PARA BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA.....302

Mateus Maran LEITE

Daniela Ramos Marinho GOMES

A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO DIANTE DAS TRAGÉDIAS DA EMPRESA VALE: POSSÍVEL CONDENAÇÃO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Beatriz Camargo RIBEIRO¹
Isadora Fernanda LATINI²

RESUMO

A presente produção científica tem como escopo analisar a responsabilização da Empresa Vale e do Estado brasileiro pelos rompimentos das Barragens de Fundão em Mariana-MG e da mina do Córrego do Feijão em Brumadinho-MG, buscando expor a magnitude do impacto social, ambiental e jurídico das tragédias, o que é resultado de uma fiscalização estatal deficitária e um abuso na gestão empresarial. Para tanto, faz-se uma breve observação histórica de Minas Gerais e do surgimento da empresa Vale. Além disso, será explanado as esferas em que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada no âmbito interno. Ademais, são trazidos dados das consequências dos eventos, bem como as medidas que a empresa e o Estado têm tomado no âmbito interno para restaurar a degradação social e ambiental nas regiões. Nesse sentido, mostra-se a omissão do Estado brasileiro, visto que não fiscaliza o serviço das barragens e não impõe sanções aos fatos já ocorridos. Por fim, é mostrado que a omissão do Estado brasileiro frente a possíveis novas tragédias ocorridas no país, poderá levá-lo a mais uma condenação perante o Tribunal das Américas.

PALAVRAS-CHAVE: Mineração brasileira. Rompimento de barragens. Responsabilidade da Pessoa Jurídica. Responsabilidade do Estado. Tribunal das Américas.

ABSTRACT

The present scientific production aims to analyze the accountability of the Vale Company and the Brazilian State for the disruption of the Fundão Dams in Mariana-MG and the Córrego do Feijão mine in Brumadinho-MG, aiming to expose the magnitude of the social, environmental and legal impact of the tragedies, which is the result of a deficit state control and an abuse in the business management. To do so, a brief historical observation is made of Minas Gerais and the emergence of Vale. In addition, it will be explained the spheres in which the legal person can be held responsible in the internal scope. In addition, data are collected on the consequences of the events, as well as the measures that the company and the State have taken internally to restore social and environmental degradation in the regions. In this sense, it is shown the omission of the Brazilian State, since it does not supervise the service of the dams and does not impose sanctions on the facts that have already occurred. Finally, it is shown that the Brazilian State's omission in the face of possible new tragedies in the country could lead to a further conviction before the Court of the Americas.

KEYWORDS: Brazilian Mining. Breaking of dams. Responsibility of the Legal Entity. Responsibility of the State. Court of the Americas.

INTRODUÇÃO

- 1 Discente do 5º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Membro do Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos. Membro da Equipe da 2ª Competição Acadêmica de Julgamento Simulado da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OAB-SP. E-mail: beatrizcamargo22ribeiro@hotmail.com
- 2 Discente do 5º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Membro do Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Toledo (PICT)- Desigualdade e Expressões Contemporâneas. E-mail: isadora7fl@gmail.com

Diante do grau de repercussão nacional e internacional dos rompimentos das Barragens de Fundão e da mina do Córrego do Feijão, o presente artigo buscou expor as questões levantadas na seara jurídica após as catástrofes ocorridas na cidade de Mariana e Brumadinho, ambas situadas no estado de Minas Gerais. Justifica-se o estudo, pelo fato das recentes tragédias trazerem questionamentos no tocante a responsabilidade do Estado no tocante a supervisão e punição de grandes empresas que atuam no Brasil. Questiona-se a existência de uma possível leniência no poder de punir diante da dependência econômica do Estado perante as grandes empresas e indústrias que atuam no Brasil, visto que são essas as grandes contribuintes em impostos e taxas que são revertidos para a Administração Pública.

Em um primeiro momento, buscou-se fazer uma análise histórica das riquezas minerais do estado de Minas Gerais, bem como da criação da empresa Vale do Rio Doce pelo governo de Getúlio Vargas, que ciente das riquezas minerais da nação resolveu investir na área, sendo que posteriormente, em 06 de maio de 1997, a empresa foi privatizada.

Em seguida, foi feito um breve estudo da responsabilidade da Pessoa Jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, sendo exposto as três esferas pelas quais, esta pode ser responsabilizada, quais sejam: esfera civil, administrativa e penal, esta última restrita a crimes ambientais.

Mais adiante foram trazidas as medidas que vem sendo adotadas, tanto pela Empresa Vale, quanto pelo Estado brasileiro após o rompimento das barragens no tocante a responsabilização dos culpados pelas tragédias, ressarcimento às vítimas e as medidas preventivas adotadas.

Em um último momento expõe-se o risco do Estado brasileiro ser condenado mais uma vez na Corte Interamericana de Direitos Humanos devido à omissão em punir os responsáveis pelas tragédias, bem como no seu dever de aperfeiçoar as exigências na fiscalização das obras para evitar a repetição das catástrofes. Afinal já resultou na repetição de outra tragédia, na segunda vez, em Brumadinho-MG, pois se vislumbra que o sistema regional de proteção utilizado pelas pessoas dos países signatários do Pacto de San José (1969) tem um caráter complementar, mas quando acionado deve ser respeitado.

Por fim, para a construção argumentativa textual do presente artigo foi usado o método indutivo, através da reunião de dados históricos, internacionais, dispositivos legais infraconstitucionais e constitucionais. Como também serão acrescentadas reportagens, dados de órgãos públicos, doutrina e jurisprudência.

2 AS RIQUEZAS MINERAIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS E O SUGIMENTO DA VALE DO RIO DOCE

O nome do estado de Minas Gerais por si só indica uma característica marcante em sua geografia - a presença de minérios. O estado é responsável por 29% de todos os minérios extraídos no Brasil e por mais de 51% da produção brasileira de minério de ferro (MENDONÇA, 2019, *recurso online*).

Desde o século XVI há o conhecimento pela existência de riquezas minerais na região, a busca começou a princípio pelos bandeirantes, depois por imigrantes e hoje por grandes empresas possuidoras de maquinários mais eficazes que as do passado, como explica Cunha Mendes (2007, p. 63):

As descobertas de ouro nos primeiros anos da década de 1690, resultaram de empreitas diversas como a bandeira de Antônio Rodrigues Arzão à Casa da Casca em 1693 ou a de Bartolomeu Bueno Siqueira e outros mais em 1694 em Itaverava. Sendo mesmo 1694 o ano do descobrimento, ao menos formal, dessas minas de ouro achadas sertão adentro, uma vez que é aí que Carlos Pedroso da Silveira comunica formalmente ao governador Castro Caldas.

Diante dessa descoberta, o crescimento populacional e econômico da região foi constante. Com o passar das décadas, jazidas de outros minérios foram encontradas como de ouro, prata, bauxita, cobre, níquel, nióbio. A primeira regulação estatal da extração foi publicada na data de 15 de agosto de 1603, intitulada Regimento das Terras Mineraias. Esse antigo diploma jurídico, assinado pelo rei Felipe II, visava instituir os procedimentos adequados para a extração dos minerais, distribuição de posse das minas, entre outros.

O Estado português, que naquela época era monárquico, se preocupava com as riquezas naturais presente na Colônia de Vera Cruz, e, temendo a extração por outras nações ou particulares, legislou por meio de um Foral quanto à propriedade dos mesmos: “Havendo nas terras da dita capitania, costa, mares, rios e baías dela qualquer sorte de pedrarias, pérolas, ouro, prata, coral, cobre, estanho, chumbo ou qualquer sorte de metal, pagar-se-á a mim o quinto. (REGIMENTO, 1603, *recurso online*)”.

Todos os minérios extraídos deveriam de alguma forma ser fundidos com o símbolo da Coroa, pois, ainda que a propriedade da terra fosse de um particular, um quinto da extração pertencia ao Estado. Conforme impõe o item 55 do supramencionado Regimento:

E nenhuma pessoa de qualquer sorte e condição (...) poderá, fora da Casa de Fundição, vender, trocar, doar ou embarcar, para qualquer outra parte, metal algum de ouro e de prata, que das ditas minas se tirar, sem ser marcado com as ditas minhas armas (...) sob pena de morte e de perda de sua fazenda; as duas partes para minha Câmara Real, e a terceira parte para o acusador. (REGIMENTO, 1603, *recurso online*)

No século XX, o Estado, atencioso aos minérios de sua nação, criou a Sociedade Anônima VALE, antiga Companhia Vale do Rio doce S/A, fundada por Getúlio Vargas em 1942:

No momento em que o presidente Getúlio Vargas empunhou a caneta para assinar o Decreto Lei nº4.352, que criava a Companhia Vale do rio Doce, em 1º de junho de 1942, é possível

que não tenha se dado conta da real importância que este ato teria para a história do Brasil – especificamente para o futuro da mineração. (NOSSA HISTÓRIA-VALE, 2012, p. 41)

A extração de minério é um ramo econômico que exige muito capital de investimento, logo, diante da importância para a indústria pesada, matérias primas e desenvolvimento econômico do país, o Governo decidiu criar a Companhia.

Atualmente, o Estado brasileiro arrecada por meio do ANM (Agência Nacional de Mineração) Royalties dos minerais extraídos em seu solo. Afinal, são considerados patrimônios Naturais do Brasil e, por meio de licitações, o Estado permite que empresas façam o serviço de extração dos mesmos, contudo uma parcela do produto extraído é revertida para o Estado.

Segundo o relatório do IBRAM (Instituto Brasileiro de Mineração) em 2011, 2012 e 2013, Minas Gerais ocupou o 1º lugar em arrecadação da CFEM (Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais), representando 51,07%, 53,18% e 50,74% respectivamente, o que significa que foram revertidos como arrecadação para o governo R\$1.544.749.140,35; R\$1.832.380.844,17 e R\$2.373.783.372,38, respectivamente. Às empresas a arrecadação foi no máximo de R\$1.204.560.292,49, valor atingido em 2013. (IBRAM ORG, 2014)

As principais empresas licenciadas para produção de bens minerais em Minas Gerais, são: Vale, Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), Anglo Gold Ashanti, Samarco, Usiminas, Votorantim, Arcelo Mittal, Kinross, Jaguar Mining, entre outras (IBRAM ORG, 2014).

Dados da Secretaria de Comércio Exterior (Secex) publicados pela Reuters revelam que as riquezas minerais brasileiras, em geral, não são usufruídas pelo Brasil:

A Vale, maior exportadora de minério de ferro do mundo e responsável por grande parte das vendas externas da commodity do Brasil, previu produzir 390 milhões de toneladas em 2018, o que seria um aumento de cerca de 6,5 por cento ante 2017. Praticamente toda a produção da Vale é exportada. Para 2019, a companhia prevê atingir produção de 400 milhões de toneladas. (NOGUEIRA, 2019, s.p.).

Logo, ainda que os minérios em sua grande parte não fiquem no Brasil cabe ao Estado a fiscalização do modo de extração das empresas e a instituição de normas rígidas e sustentáveis a serem seguidas durante a atuação das empresas no solo mineiro.

3. RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA POR DANO AMBIENTAL

Antes de adentrar à questão da responsabilidade da pessoa jurídica, é necessário que se defina o que é dano ambiental, o qual pode ser entendido como:

Toda interferência antrópica infligida ao patrimônio ambiental (Natural, cultural, artificial), capaz de desencadear imediata ou potencialmente, perturbações desfavoráveis (in pejus) ao equilíbrio ecológico, à sadia qualidade de vida, ou a quaisquer outros valores coletivos ou de pessoas (MILARÉ; 2014, P.320).

O causador do dano ambiental, pessoa física ou jurídica, deve responder nas esferas civil,

administrativa penal, tendo em vista o disposto na Constituição Federal³, bem como o que determina a Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), a qual dispõe sobre as sanções derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente⁴:

Por conseguinte, há uma tríplice sanção, ou seja, uma conduta poderá gerar a responsabilidade de pessoas físicas ou jurídicas nas três instancias, as quais serão vistas em separado adiante.

3.1 Responsabilidade Cível

Com relação a Responsabilidade Civil, o Código Civil traz, em seu artigo 927, § único que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Além disso, no seara ambiental a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) trouxe a responsabilidade objetiva, fundamentada no risco da atividade, em seu artigo 14 § 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”.

Nesse sentido, também já decidiu o STJ:

Tratando-se de direito difuso, a reparação civil ambiental assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano (Recurso Especial 1.165.281-MG).

Destarte, fica claro que a responsabilidade objetiva foi agasalhada no seara ambiental. Desde que haja nexos de causalidade entre o dano sofrido e a situação de risco criada pelo agente, há a obrigatoriedade de reparar os danos causados. É vislumbrado que esse rigorismo atende a uma preocupação crescente com o alarmante quadro de degradação ambiental assistido no país e no mundo.

3.2 Responsabilidade Administrativa

A responsabilidade administrativa foi regulada pelo legislador ordinário na Lei 9.605/98, a

3 Art. 225, §3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

4 Art. 3º: As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

qual traz em seu artigo 70 a definição de infração administrativa ambiental, como sendo “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.

Ao contrário da responsabilidade cível, para que haja uma sanção administrativa, pelo cometimento de infração administrativa ambiental, é necessário que haja a caracterização de dolo ou culpa por parte do agente e do nexo de causalidade entre esta e o dano ambiental. Nesse sentido, Frederico Amado explica que: “Para que uma pessoa natural ou jurídica seja penalizada administrativamente, é curial a demonstração da autoria do ilícito, não se admitindo a aplicação da doutrina da responsabilização *propter rem*, restrita à responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente (2019, p. 617)”.

Seguindo o mesmo entendimento, decidiu o STJ:

Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação de danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano (Recurso Especial 1.251.697/PR).

Tendo em vista que a infração administrativa caracteriza uma violação de regras jurídicas, sua consequência é o exercício do *jus puniendi* estatal, ou seja, do poder de polícia conferido à Administração Pública. Se referindo ao poder de polícia ambiental, Paulo Affonso Leme Machado explica que:

É a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza (2014, p. 384).

Portanto, as sanções administrativas, as quais estão elencadas no artigo 72 da Lei 9605/98, são impostas pela Administração Pública e só serão aplicadas se for observada a responsabilidade subjetiva do agente, visto a necessidade de constatação de dolo ou culpa.

3.3 Responsabilidade Penal

Com o desenvolvimento tecnológico, surgiram novas formas de cometer ilícitos dentro de uma empresa. Sendo assim, surge um novo mecanismo de controle, qual seja o Criminal Compliance.

O instituto do Compliance surge, portanto, como um mecanismo de auxílio ao Direito Penal Econômico. Estabelece a adoção de medidas de comprometimento por parte das Empresas, sob pena de responsabilização penal da pessoa jurídica.

O Compliance, em sentido amplo, pode ser definido como prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais (BACIGALUPO, 2012, p. 28).⁵

A responsabilidade penal da pessoa jurídica surge a partir do momento que essa regulamentação jurídica passa a ser desrespeitada. Ela existe em razão da possibilidade da prática de condutas ilícitas na atividade empresarial.

No entanto, a ideia de que a pessoa jurídica possa ter responsabilização criminal é restrita no ordenamento jurídico brasileiro e está condicionada à prática de ilícitos ambientais.

Além disso, a pessoa jurídica pode ser condenada pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção, nesse sentido foi decidido pelo STF:

O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação (Recurso Extraordinário 548181-PR).

Contudo, muitos penalistas brasileiros defendem a impossibilidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica. Dentre os argumentos encontra-se a impossibilidade de imputar culpabilidade à pessoa jurídica; a existência apenas moral do ente, que não tem vontade própria; a desnecessidade da tutela penal, ante a suficiência da administrativa (AMADO; 2019, p. 665).

Apesar disso, tal posição é minoritária, visto que o constituinte originário trouxe a possibilidade de imputação, tanto de pessoas físicas, quanto de pessoas jurídicas pelo cometimento de crimes ambientais.

Como no ordenamento jurídico brasileiro a imputação penal à pessoa jurídica é restrita a crimes ambientais, a Vale não pode ser responsabilizada pelos homicídios e lesões corporais ocasionados pelo desastre. No entanto, essa responsabilidade cabe aos administradores, técnicos e engenheiros da empresa, os quais sabiam do eminente risco, podiam e deveriam ter evitado o desastre e não fizeram porque não quiseram.

4 MEDIDAS ADOTADAS APÓS O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DO FUNDÃO E DO CÓRREGO DO FEIJÃO

A política brasileira, baseada na Constituição de 1988, tem criado diversos dispositivos internos para a sustentabilidade das atividades empresariais, contudo eles têm sido ineficazes na prática.

A recente lei nº 13.186/15 instituiu a Política de educação para o consumo sustentável, com

⁵ Texto original: El cumplimiento, en un sentido amplio, puede ser definido como una prevención de los riesgos de responsabilidad del negocio debido a la falta de reglamentación de los legales.

o intuito de estimular a adoção de práticas de consumo e de técnicas de produção ecologicamente sustentáveis, inserindo como algum dos objetivos:

V - estimular as empresas a incorporarem as dimensões social, cultural e ambiental no processo de produção e gestão;

VI - promover ampla divulgação do ciclo de vida dos produtos, de técnicas adequadas de manejo dos recursos naturais e de produção e gestão empresarial;

O inciso V coloca como objetivo a constante incorporação de métodos atinentes à sustentabilidade durante a escala de produção das empresas. O inciso VI, por sua vez, complementa o objetivo, o qual estimula a divulgação do modo de produção dos produtos confeccionados pela empresa tornando público os métodos e materiais usados no ciclo de produção.

A sociedade anônima VALE, sob uma perspectiva das catástrofes de Mariana e Brumadinho, não aderiu aos objetivos dessa lei, afinal a engenharia das barragens utilizadas para armazenar rejeitos são a do tipo “alçamento a montante”, considerado arcaico, conforme explica Eduardo Marques, professor da Universidade Federal de Viçosa, em reportagem para Fernanda Odilla.

É a forma mais comum porque é mais barata para se construir e mais rápida de se licenciar porque ocupa menos espaço da bacia hidrográfica. Mas é também a mais perigosa e com maior risco. Por isso países com características similares ao do Brasil não usam ou estão proibindo. (ODILLA, 2019, *recurso online*)

É o método mais barato, contudo o menos seguro. A princípio é um feito um dique para segurar a lama gerada no processo de beneficiamento do minério. À medida que o reservatório enche, novas camadas de degraus são construídas nas laterais em cima das anteriores para que a “piscina” de rejeitos fique com uma altura maior. Deste modo, quantos mais degraus são construídos em cima dos anteriores mais profundo fica o reservatório. Ressalta-se que esses degraus são construídos pelo próprio material do rejeito de mineração. (ODILLA, 2019, *recurso online*)

A opção pelo tipo de armazenamento mais barato e menos sustentável acarretou o rompimento das barragens do Fundão, localizada no município de Mariana, Minas Gerais no dia 05 de novembro de 2015 e o Córrego do Feijão, localizado no município de Brumadinho, também Minas Gerais no dia 24 de janeiro de 2019.

Com relação ao desastre no município de Mariana foi criada a Fundação Renova sem fins lucrativos no dia 28 de junho de 2016. A qual é responsável pela mobilização para a reparação dos danos ocasionados pelo rompimento da barragem de Fundão. A Fundação é resultado de um compromisso jurídico chamado Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC). Ele os 42 programas estão sendo implementados nos 670 quilômetros de área impactada ao longo do Rio Doce e arredores. O estatuto define que as ações serão por longo prazo. Os objetivos da fundação encontram-se no artigo 6º do Estatuto:

Artigo 6º - A Fundação tem por objetivo exclusivo gerir e executar medidas previstas nos programas socioeconômicos e socioambientais, incluindo a promoção de assistência social aos impactados, em decorrência do rompimento da barragem de propriedade da Mantenedora Principal, localizada no Complexo de Germano, em Mariana ("Evento") (ESTATUTO DA FUNDAÇÃO RENOVA, 28 jun. 2016)

De acordo com os dados do site da Fundação Renova foram desembolsados 5,88 bilhões de reais para a reparação do evento em Mariana, sendo que compõem o sistema de governança para reparação do sistema mais de 70 entidades (Ibama, Agência Nacional de Águas (ANA), ICMBio, Funai, governos federal e estaduais de Minas Gerais e do Espírito Santo e Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce, entre outras), a fundação possui cerca de 7 mil colaboradores e cerca de 25 universidade e 40 ONGs (tais como Universidades federais de Minas Gerais, Espírito Santo, Viçosa e Ouro Preto, Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE), WWF Brasil, WRI, Instituto Terra e Instituto Elos).

Todavia, em explanação adversa o procurador da República, José Adércio Leite Sampaio, coordenador da força-tarefa montada pelo Ministério Público Federal, com relação ao cumprimento da TTAC alegou em reportagem: "De 42 programas estabelecidos, só um está com o cronograma em dia, que é o de recuperação dos animais" (FUSTINO RAFAEL, Época, 2019). O procurador, na mesma reportagem, crítica que sequer há um diagnóstico preciso de quantas pessoas foram atingidas diretamente e alega que o cronograma do acordo foi benevolente demais com as empresas VALE e Samarco.

Por outro lado, a Fundação Renova explica alguns dos atrasos afirmando que "o cronograma inicial definido pelo Termo de Transação de Ajustamento de Conduta (TTAC) não considerou a complexidade e a extensão do território atingido, já que não havia um conhecimento preciso da dimensão da tragédia." (FAUSTINO, Rafael, 2019, recurso online).

O Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) disse para o jornal rede do brasil Atual (RBA):

O MAB jamais esquecerá dos 19 mortos e do aborto forçado pela lama, 1.600 desalojados logo após o crime e mais 1.200 novos casos ao longo dos três anos. Três municípios sem abastecimento de água (apenas com caminhão pipa há três anos: Resplendor, Itueta e Ipaba).(RBA, 2019, *recurso online*)

O movimento MAB disse na mesma reportagem que dos 43 municípios atingidos, somente quatro deles possuem assessoria técnica para impedir a contaminação por metais pesados, os quais trazem potencial doenças e problemas de saúde para aqueles que ainda residem ao entorno da Bacia do Rio Doce. Afirmam que aproximadamente 300 mil pessoas foram atingidas pelo evento em Mariana, contudo criticam a atuação da fundação Renova a qual está agindo com omissão, pois:

Mais de 1 milhão ficarão sem reconhecimento. 70% das mulheres cadastradas não obtiveram resposta alguma, 17 aldeias, quatro territórios e três povos, um total de 3.540 indígenas atingidos. São oito municípios, totalizando 633.373 habitantes abastecidos com

água contaminada, a pesca está proibida em toda Bacia e em parte do litoral sem previsão de retorno. Milhares de trabalhadores da rede de pesca estão sem trabalho. (RBA, 2019, *recurso online*)

Com relação a recente tragédia em Brumadinho foi criado o Comitê Gestor Pró-Brumadinho por meio do Decreto nº 176 de 26 de fevereiro de 2019, assinado pelo atual governador de Minas Gerais, Romeu Zema. O governo expediu nota dizendo por meio do Portal do Governo Estadual Meio Ambiente:

O objetivo geral da comissão é a coordenação das atividades, sejam elas executadas diretamente ou por terceiros, referentes ao diagnóstico dos impactos e à recuperação socioeconômica e socioambiental de Brumadinho e dos municípios da Bacia do Rio Paraopeba afetados pelo rompimento da barragem da Mina Córrego do Feijão. Cabe também ao comitê a coordenação das atividades voltadas para o fortalecimento das atividades preventivas à ocorrência de desastres com barragens. (MEIO AMBIENTE, 2019, *recurso online*).

Todos esses objetivos lançados por meio do referido decreto visam frear os impactos da tragédia de modo mais proativo. Ainda, garantiu transparência e publicidade dos atos realizados pela Comitê:

Serão elaborados relatórios periódicos de atividades, que serão encaminhados ao governador e ao vice. Sempre que necessário, o comitê pode solicitar a outros órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual o fornecimento de informações, documentos, relatórios, entre outros, de forma a subsidiar seu trabalho. O grupo funcionará durante um ano, podendo este prazo ser renovado sistematicamente. Os participantes não serão remunerados. (MEIO AMBIENTE, 2019, *recurso online*).

Observa-se que o governo estadual de Minas Gerais tem tomado atitudes para conter e reparar as consequências do rompimento das barragens em Brumadinho e Mariana. O Artigo 1º do supramencionado Decreto deixa claro que o governo busca pela reparação de seu erro pela falta de fiscalização:

Art. 1º – Fica instituído o Comitê Gestor Pró-Brumadinho, com a finalidade de planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar e avaliar as ações a serem executadas no âmbito estadual em função da ruptura da Barragem I da Mina do Córrego do Feijão, no Município de Brumadinho, e de suas repercussões na Bacia do Rio Paraopeba. (DECRETO 176, Legislativo Minas Gerais, 2019).

Contudo, há uma falta de efetividade célere, situação que deixa as vítimas desamparadas. Nota-se que os danos ambientais nas duas regiões são gravíssimos, podendo não ser invertíveis. Os danos são imensuráveis, visto que atinge direitos fundamentais como o de um ambiente saudável, saúde, moradia e vida.

Nem o Estado, nem a Empresa Vale aprenderam com os erros, pois continuaram sem tomar medidas preventivas. Francisco Câmpora explica que:

Está claro que não foi promovida manutenção adequada pela Vale nas barragens rompidas. Aliás, o tipo de barragem escolhida pela empresa é a mais barata e perigosa, porque é apenas um aterro de terra que cede com o tempo. É assustador lembrar que só em Minas existem mais de 500 barragens. [...], há soluções seguras e que não armazenam a lama tóxica, a água é tratada antes de voltar ao meio ambiente. É possível a exploração do

minério com baixo impacto ambiental, mas isso requer tecnologia e custos (CÂMPERA, 2019, s.p).

Além de reprovável, é abjeta a conduta dos responsáveis pela empresa, pois movidos por motivo torpe, qual seja, a maximização de lucros, causaram danos ambientais incalculáveis afetando direitos de uma coletividade, direitos metaindividuais, além de ceifar inúmeras vidas humanas. Nota-se uma postura leniente do Estado brasileiro diante dessas tragédias, pois não fiscaliza as barragens e nem incide punição aos fatos já ocorridos.

Por fim, é visível que há abuso perante a fiscalização deficitária. O segundo rompimento de barragem no país é fruto da falta de fiscalização e sanção por parte do Estado brasileiro.

4. RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

Os sentimentos de tristeza, solidariedade às vítimas e indignação são sem dúvida os que afloram na população ao tomar conhecimento de mais um rompimento de barragem no país, a angústia é ainda maior ao saber que várias outras barragens estão ameaçadas por futuros desastres e nada é feito para mudar esse cenário.

Diante da falta de efetivação de medidas para sanar os impactos ocasionados aos moradores da região de Mariana e após o rompimento de mais uma barragem do país, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pertencente à Organização dos Estados Americanos (OEA) veio ao Brasil para realizar observações, principalmente com relação à situação campesina, no dia 31 de janeiro de 2019 para realizar recomendações e relatórios ao Estado brasileiro.

Conforme explana a Comissária Antonia Urrejola, Relatora da CIDH para o Brasil “Os acontecimentos que ocasionaram a tragédia devem ser investigados com celeridade e eficácia, de maneira que se determinem todas as responsabilidades e sanções correspondentes, incluindo aquelas de natureza penal” (CIDH; Comunicado de Imprensa nº19/19, s.p.).

O relatório expedido em 30 de janeiro de 2019 ressalta que com os vários questionamentos à resposta estatal cumulado com as empresas envolvidas na tragédia de Mariana e ocorrida uma nova catástrofe em Brumadinho de magnitude maior que o do primeiro, é extasiante a preocupação pela existência de informações que apontem para uma possível flexibilização na regulação relativa às concessões de licenças no setor da mineração no Brasil.

O REDESCA (Relatório Especial sobre direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais) por meio da CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) apontou que as responsabilidades do Estado no tema abrangem “o dever de prevenção de violações aos direitos humanos, ou seja, aplica-se desde antes de autorizar uma atividade ou de conceder permissões, assim como durante a implementação e no ciclo de vida do projeto analisado, mediante medidas de

supervisão e fiscalização”. (CIDH, Comunicado de Imprensa nº 19/19, s.p.

Sendo assim, observa-se que nas duas tragédias está envolvida a mesma empresa de mineração, qual seja, Vale S.A. Além da necessidade de revisar o modo como se deram as fiscalizações de todas as barragens que a empresa construiu e é responsável, o Estado deverá determinar as responsabilidades e ações para a punibilidade e prevenção, assim como exigir por meio dos instrumentos de justiça a reparação integral às vítimas por parte da empresa.

No entanto, é visível que nenhuma atitude vem sendo tomada no sentido de punir os culpados por tais desastres, seja na esfera civil, administrativa ou penal, ou ainda, para evitar novos desastres, que estão em eminente risco de acontecerem.

Portanto, por mais que haja a criação da Fundação e Comitê, é imprescindível uma análise da efetividade, pelo governo, das medidas adotadas, bem como a constante fiscalização para evitar novos desastres. Por fim, essa omissão do Estado brasileiro pode levá-lo a mais uma condenação internacional.

5 OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Além dos dispositivos internos, há uma série de instrumentos internacionais cujo o objetivo é a proteção do meio ambiente, os quais têm o objetivo de formularem políticas públicas universais para o desenvolvimento sustentável das nações, tendo em vista que danos ambientais tem potencialidade para atingir todo o planeta e aniquilar direitos fundamentais.

O primeiro evento organizado pela Organização das Nações Unidas (ONU) para discutir de maneira global as questões ambientais foi a Conferência de Estocolmo, que ocorreu na Suécia, em 1972 e contou com a participação do Brasil. Sobre esse evento, Frederico Amado explica que:

[...] é um marco mundial para a preservação do meio ambiente, em que a questão ambiental ganhou corpo global e começou a se difundir a linha do desenvolvimento sustentável, uma ponderação entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental, de modo a garantir a sobrevivência das presentes e futuras gerações (2019, p. 838).

Além disso, com a intensificação da discussão sobre a necessidade de conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização de recursos naturais, é realizada em 1992, no Rio de Janeiro, a Conferência as Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, na qual foi aprovada um rol de 27 princípios ambientais.

Frederico Amado explica que tais princípios não tem natureza jurídica de tratado, mas gozam de força ética e política (2019, p. 842). São princípios que trazem recomendações aos Estados.

Mais recentemente, em 2015, durante a realização da Conferência das Partes (COP) 21, em Paris foi firmado o Acordo de Paris, o qual o Brasil aprovou e em 2016 ratificou, cujo objetivo é

limitar o aumento da temperatura da terra em até 1,5°C até 2100.

Por conseguinte, é visível a frequente participação do Brasil em eventos internacionais cujo o objetivo é a preservação ambiental. No entanto, diante do rompimento da barragem de Fundão em Mariana, e da repetição da tragédia em Brumadinho, com o rompimento da barragem do Córrego do Feijão, é visível a falha do Estado, tanto no tocante a fiscalização, quanto em relação à aplicação de sanções pelos eventos já ocorridos, o que pode leva-lo a uma condenação internacional na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5.1 Danos ambientais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Além dos mecanismos supramencionados, um dos instrumentos internacionais utilizados para a prevenção de danos ambientais e eventual punição pelos danos ocorridos e pertencente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, que em seu artigo 11 traz que:

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.
2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

Segundo Mazzuoli e Gomes, a Convenção Americana “é o principal tratado sobre direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano” (2009, p. 18). Foi assinada em San José, na Costa Rica, em 1969, no entanto, só passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro em 1992, após sua ratificação.

O órgão judicial que interpreta e aplica a Convenção Americana de Direitos Humanos é a Corte Interamericana, caracterizando sua função contenciosa. Além disso, tal órgão também possui a função consultiva, a qual, explica Flávia Piovesan que: “No plano consultivo, qualquer membro da OEA — parte ou não da Convenção — pode solicitar o parecer da Corte relativamente à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos aplicável aos Estados americanos” (2018, p. 162).

Como dito anteriormente, danos ambientais podem aniquilar direitos fundamentais. Nesse sentido, já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*:

148. Existe uma relação inegável entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos. As formas em que a degradação ambiental e os efeitos adversos das mudanças climáticas afetam o gozo efetivo dos direitos humanos (tradução livre).⁶

6 Texto original: Existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos.

Ao fazer uso de sua função consultiva, a Corte Interamericana emitiu em 2017 a Opinião Consultiva nº 23, na qual trouxe um parecer sobre a responsabilidade estatal com relação ao meio ambiente.

Neste parecer, a Corte Interamericana entendeu que os Estados tem a obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro e fora de seu território. Para tanto, os Estados devem adotar uma série de medidas, como regularizar e fiscalizar as atividades, requerer e aprovar estudos de impacto ambiental, estabelecer um plano de contingência e mitigar danos ambientais significativos, quando apesar das medidas preventivas, tiverem ocorrido:

174. Para garantir os direitos a vida e integridade, os Estados tem a obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro e fora de seu território [...]. Para cumprir esta obrigação, os Estados devem: (i) regular as atividades que podem causar un dano significativo ao meio ambiente [...]; (ii) supervisionar e fiscalizar actividades sob sua jurisdicción que possam producir un dano significativo ao meio ambiente [...]; (iii) exigir a realização de um estudo de impacto ambiental quando exista riesgo de un dano significativo ao meio ambiente, independentemente da atividade ou projeto ser realizado por um Estado ou pessoas privadas. Estes estudos deber realizar-se de maneira prévia, por entidades independientes sob supervisión do Estado, abarcar o impacto acumulado, respetar as tradições e culturas dos povos indígenas que possam ser afetados e seu conteúdo deve ser determinado e especificado por legislação ou no âmbito do processo de autorización do projeto [...]; (iv) establecer un plano de contingência, para dispor de medidas de seguridad e procedimientos para minimizar a possibilidade de grandes accidentes ambientales [...] e (v) mitigar os danos ambientais significativos, mesmo quando tiverem ocorrido apesar de ações preventivas do Estado, utilizando a melhor tecnologia e ciência disponível [...] (tradução livre).⁷

Além de prevenir, os Estados tem a obrigação de cooperação entre si, ou seja, devem se abster de impedir ou dificultar o cumprimento das obrigações derivadas da Convenção Americana em prol da proteção ao meio ambiente.

⁷ Texto original: “174. A efectos de garantizar los derechos a la vida e integridad, los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, de conformidad con lo expuesto en los párrafos Erro: Origem da referência não encontrada a Erro: Origem da referência não encontrada de esta Opinión. A efectos de cumplir con esta obligación los Estados deben: (i) regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente, con el propósito de disminuir el riesgo a los derechos humanos, de conformidad con lo señalado en los párrafos Erro: Origem da referência não encontrada a Erro: Origem da referência não encontrada de esta Opinión; (ii) supervisar y fiscalizar actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente, para lo cual deben poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas, entre los cuales se incluyan tanto medidas preventivas como medidas de sanción y reparación, de conformidad con lo señalado en los párrafos Erro: Origem da referência não encontrada a Erro: Origem da referência não encontrada de esta Opinión; (iii) exigir la realización de un estudio de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente, independentemente que la actividad o proyecto sea realizado por un Estado o por personas privadas. Estos estudios deben realizarse de manera previa, por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, respetar las tradiciones y cultura de pueblos indígenas que podrían verse afectados y su contenido debe ser determinado y precisado mediante legislación o en el marco del proceso de autorización del proyecto, tomando en cuenta la naturaleza y magnitud del proyecto y la posibilidad de impacto que tendría en el medio ambiente, de conformidad con lo señalado en los párrafos Erro: Origem da referência não encontrada a Erro: Origem da referência não encontrada de esta Opinión; (iv) establecer un plan de contingencia, a efecto de disponer de medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, de conformidad con el párrafo Erro: Origem da referência não encontrada de esta Opinión, y (v) mitigar el daño ambiental significativo, inclusive cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, utilizando la mejor tecnología y ciencia disponible, de conformidad con el párrafo Erro: Origem da referência não encontrada de esta Opinión.

No referido parecer, entendeu a Corte Interamericana que o dever de cooperação incumbe a notificação e negociação aos demais Estados potencialmente afetados:

187. O dever de notificação implica a obrigação de notificar os Estados potencialmente afetados por possíveis danos significativos ao meio ambiente causados por atividades efetuadas sob sua jurisdição. Esta obrigação exige o conhecimento oficial e público das atividades empreendidas na jurisdição nacional para evitar prejuízos sensíveis ao meio ambiente da área vizinha (tradução livre).⁸

197. O dever de consultar e negociar com os Estados potencialmente afetados é uma forma de cooperação para prevenir ou mitigar danos que ultrapassam fronteiras (tradução livre).⁹

Por fim, há o dever de procedimento, o qual abrange o acesso a informação a atividades que podem gerar danos e impactos ambientais, a participação pública das pessoas sob sua jurisdição, para que assim possam questionar e considerar o cumprimento das funções públicas, e o acesso à justiça de todas as pessoas afetadas por danos ambientais:

241. [...] Os estados tem a obrigação de garantir: (i) o direito ao acesso a informação relacionada com possíveis afetações ao meio ambiente, consagrando o artigo 13 da Convenção Americana [...]; (ii) o direito a participação pública das pessoas sob sua jurisdição, consagrando o artigo consagrando o artigo 23.1.a da Convenção Americana, na tomada de decisões e políticas que podem afetar o meio ambiente [...]; (iii) o acesso à justiça, consagrado nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação as obrigações estatais para a proteção do meio ambiente [...] (tradução livre)¹⁰.

É vislumbrado que o Estado brasileiro se omitiu das recomendações dadas pelo Tribunal das Américas, pois não utilizou-se de medidas efetivas no sentido de prevenir o rompimentos das barragens em Minas Gerais, bem como não notificou a população local e os trabalhadores do eminente risco, além do mais se mantém inerte no sentido de punir os responsáveis e promover o ressarcimento às vítimas.

Como trazido pelo Protocolo de San Salvador, todos tem direito a viver em um meio ambiente sadio, devendo tal direito ser entendido como autônomo, pois protege os componentes do meio ambiente, tais como vegetação, rios, mares, lagos, dentre outros. No entanto, este direito está estritamente ligado à proteção de demais direitos, como a vida, integridade pessoal e outros, visto a catástrofe que pode ser ocasionada por danos ambientais.

8 Texto original: 187. El deber de notificación conlleva la obligación de notificar a los Estados potencialmente afectados por posibles daños significativos al medio ambiente causados por actividades llevadas a cabo bajo su jurisdicción. Esta obligación exige el conocimiento oficial y público de actividades emprendidas en la jurisdicción nacional para evitar perjuicios sensibles en el medio ambiente de la zona vecina.

9 Texto original: 197. El deber de consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados es una forma de cooperación para prevenir o mitigar daños transfronterizos.

10 Texto original: 241. [...] los Estados tienen la obligación de garantizar (i) el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, de conformidad con los párrafos Erro: Oríem da referêncía não encontrada a Erro: Oríem da referêncía não encontrada de esta Opinión; (ii) el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 23.1.a de la Convención Americana, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, de conformidad con los párrafos Erro: Oríem da referêncía não encontrada a Erro: Oríem da referêncía não encontrada de esta Opinón, y (iii) el acceso a la justicia, consagrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente que han sido enunciadas previamente en esta Opinión, de conformidad con los párrafos Erro: Oríem da referêncía não encontrada a Erro: Oríem da referêncía não encontrada de esta Opinón.

A Corte Interamericana entende a proteção ao meio ambiente como condição para uma vida digna, conforme definido no caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay: “167. Os efeitos do direito a saúde, e intimamente ligados a ele, o direito a alimentação e o acesso a água potável, impacta fortemente no direito a uma existência digna” (tradução livre)¹¹.

O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece que os Estados Partes “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”. Sendo assim, as violações a direitos humanos consagrados na Convenção Americana pode acarretar responsabilidade de um Estado, sempre e quando a pessoa se encontra sob sua jurisdição.

É certo que muitas pessoas sofreram e ainda sofrem com os danos causados pelo rompimento das Barragens de Fundão em Mariana-MG e da mina do Córrego do Feijão em Brumadinho-MG. Danos imensuráveis, mas que ainda podem ser vistos e sentidos. A fauna e flora da região foram devastadas, rios, plantas e animais mortos. Além da tragédia ambiental, inúmeras vidas humanas foram ceifadas, muitas pessoas viram sua integridade pessoal ameaçada, direitos de uma coletividade foram afetados.

Em que pese fato ignóbil, o Estado brasileiro não vem agindo de maneira efetiva seja no sentido de fiscalizar o serviço das barragens para que possa ser evitadas novas tragédias, seja no sentido de incidir punição aos fatos já ocorridos. Tanto é verdade que a população foi surpreendida pela repetição da tragédia em Brumadinho-MG. É evidente que a repetição da tragédia em Brumadinho-MG é resultado da impunidade do desastre de Mariana-MG.

A omissão do Estado brasileiro pode levá-lo a mais uma condenação na Corte Interamericana, pois a falta de fiscalização e incidência de punição, geraram por duas vezes uma avalanche de barro destruindo os municípios de Brumadinho e Mariana e tudo o que neles continham, o que representa uma afronta a direitos básicos das pessoas que lá residiam ou trabalhavam, quais sejam direito a vida, integridade pessoal, dignidade e propriedade.

6. CONCLUSÃO

Nesse trabalho foi discutida a possível condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos diante de sua omissão em punir os culpados pelo rompimento da Barragem de Fundão em Mariana-MG e em não propor medidas de fiscalização efetivas, o que resultou na repetição da tragédia, dessa vez com a Barragem do Córrego do Feijão em Brumadinho-MG.

11 Texto original: 167. Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna.

As informações reunidas no presente artigo trouxeram uma coletânea de informações e dados das partes envolvidas nos casos de rompimento de barragem em Mariana e Brumadinho. Por um lado, há as vítimas que por meio do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) alegam que poucas foram as ações para restaurar os danos causados aos civis atingidos. A empresa Vale criou a Fundação Renova e o Comitê Gestor Pró-Brumadinho e, por meio de publicações no site, divulga projetos, dados de investimento e relatório dos atos realizados para sanar as consequências dos eventos catastróficos. Em contrapartida, um Promotor de Justiça Federal, autoridade estatal, explana que há uma morosidade excessiva para a efetivação dessas ações por parte da VALE.

Ressalta-se que cabe ao Estado acionar instrumentos jurídicos para forçar a efetivação dos projetos de restauração e fiscalizar o cumprimento da TTAC proposta na tragédia em Mariana. Assim como a fiscalização das demais barragens, impor um prazo para que haja a reforma do tipo de engenharia usado no armazenamento, a qual atualmente é do tipo “alçamento a montante”.

Além disso, a autorização para extração dos minérios brasileiros deve ocorrer com maior rigor, afinal, os erros não podem ser reiterados novamente. A valorização e o respeito pelos civis brasileiros devem ser maiores que a do minério brasileiro.

Vislumbra-se que a busca acerbada das riquezas que Minas Gerais proporciona desde o império do Brasil deve ser ponderada, pois caso continue ocorrendo esses descasos na segurança do trabalho e na preservação do meio ambiente, a população brasileira continuará a perder a vida e a dignidade em outras tragédias. Considerável parte do minério é exportada, ou seja, não favorece a economia e indústrias brasileiras e, diante dessas tragédias, tem proporcionado descaso aos direitos mais fundamentais da pessoa humana. Em suma, o Brasil não pode mais ostentar essa antiga característica de “colônia de exploração” que apenas evoluiu para “República de exploração” aos olhos internacionais.

Ademais, a falta de fiscalização, ressarcimento às vítimas e punição fez com que a tragédia se repetisse, ressalta-se que se o Estado brasileiro continuar inerte diante dos fatos, indo na contramão dos preceitos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estará sob forte risco de levar nova condenação perante o Tribunal das Américas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 10ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

BENTES E PUBLISHINGS. **O regimento das terras minerais**. MBA Casa Editrice Disponível em: <http://blogbentes.blogspot.com/2014/03/o-regimento-das-terras-minerais.html>. Acesso 17 jun. 2019.

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

BRASIL. **Código civil**. 4ª. Ed. São Paulo: LEX, 2010.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2º Turma. Processual Civil e Ambiental. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Dano ambiental. Responsabilidade civil objetiva. Recuperação da área degradada. Reposição natural: obrigação de fazer e indenização. Cabimento. Recurso Especial nº 1.165.281-MG. Ministério Público do estado de Minas Gerais e Geraldo Magela da Silva. Relatora Min. Eliana Calmon. Julgado em: 6/5/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9272128/recurso-especial-resp-1165281-mg-2009-0216966-6>. Acesso em 13 jun. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2º Turma. Ambiental. Recurso Especial. Multa aplicada administrativamente em razão de infração ambiental. Execução fiscal ajuizada em face do adquirente da propriedade. Ilegitimidade passiva. Multa como penalidade administrativa, diferente da reparação cível de reparar o dano. Recurso Especial nº 1.251.697-PR. José Antônio Magarinos Belo e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em: 12 abr. 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21520448/recurso-especial-resp-1251697-pr-2011-0096983-6-stj/inteiro-teor-21520449?ref=juris-tabs>. Acesso em 14 jun. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1º Turma. Direito penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação penal à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na Constituição da República. Recurso Extraordinário nº 548181-PR. Ministério Público Federal e Petrobrás. Relatora Min. Rosa Weber. Julgado em: 6/8/2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-petrobras.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

CÂMPERA, Francisco. **Vale, exemplo mundial de incompetência e descaso**. El País: São Paulo. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/27/opinion/1548547908_087976.html. Acesso em: 13 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Comunicado de Imprensa nº 19/19**. Relatoria Especial DESCA da CIDH expressa profunda preocupação pela tragédia humana, ambiental e trabalhista em Brumadinho (Minas Gerais) Brasil e pede reparação integral das vítimas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/019.asp>. Acesso em 24 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso 24 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”**. Assinado no Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral, em El Salvador, em 17 de novembro de 1988. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp>. Acesso 24 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva nº 23/17**. De 15 de novembro de 2017, solicitada pela República da Colômbia. Obrigações do Estado em relação ao meio ambiente e no âmbito e garantia dos direitos a vida e a integridade pessoal – interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1, em relação ao artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em 19 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Kawas Fernández Vs. Honduras**. Sentença de 3 de abril de 2009. Mérito, Reparações e Custas Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N. 196.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Sentença de 17 de junho de 2005. Mérito, Reparações e Custas. Serie C No. 125

CUNHA MENDES, Alexandre. **Minas Gerais da capitania à província: elites políticas e a administração da fazenda em um espaço em transformação**. Universidade Federal Fluminense: Niterói, 2007.

FAUSTINO, Rafael. **De Mariana a Brumadinho, nada foi feito para evitar desastres, diz procurador**. Época Negócios: São Paulo. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/01/de-mariana-brumadinho-nada-foi-feito-para-evitar-desastres-diz-procurador.html>. Acesso 19 jun. 2019.

FUNDAÇÃO RENOVA. **Estatuto da Fundação Renova**. Minas gerais, 2016. Disponível em <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/10/estatuto-registrado.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019

FUNDAÇÃO RENOVA. **A fundação**. Minas Gerais, 2016. Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/> Acesso em: 19 jun. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 2º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SEMAD- Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento sustentável. **Governador Romeu Zema cria grupo para promover a recuperação de Brumadinho**. Portal Meio Ambiente: Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.meioambiente.mg.gov.br/noticias/1/3773-governador->

romeu-zema-cria-grupo-para-promover-a-recuperacao-de-brumadinho. Acesso em: 18 jun. 2019

IBRAM – Instituto Brasileiro de Mineração. **Informações sobre a Economia Mineral do Estado de Minas Gerais**. Minas Gerais, 2014. Disponível em:

<http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00004355.pdf>. Acesso em 20 jun. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22 Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDONÇA, Camila. **Estado de Minas Gerais**. Guia estudo – geografia. Brasília. Disponível em: <https://www.guiaestudo.com.br/estado-de-minas-gerais> Acesso em: 17 jun. 2019.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, Marta. Exportações de minério de ferro do Brasil crescem 25,4% em 2018 com avanço da Vale. 2019, Reuters Institute, Inglaterra. Disponível em:

<https://br.reuters.com/article/idBRKCN1OW1DX-OBRBS> Acesso em 23 jun. 2019.

ODILLA, Fernanda. **Brumadinho: Quais são os tipos de barragem e por que a vale construiu a menos segura na mina Córrego do feijão?** BBC News Brasil: Rio de Janeiro. Disponível em:

<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47048439> Acesso em: 19 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 8 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REDE BRASIL ATUAL. **Atingidos por crime da Samarco em Mariana ainda cobram reparação**. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/ambiente/2018/11/apos-tres-anos-atingidos-por-crime-da-samarco-em-mariana-ainda-cobram-reparacao/> Acesso em: 19 jun. 2019.

VALE. **Vale: nossa história em comemoração aos 70 anos (1942-2012)** - E-Book. Verso Brasil: Brasília, 2012, Disponível em:

http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Documents/historia70anos/Vale_Livro_Nossa_Historia_cap2.pdf Acesso: 21 jun. 2019.

A CRIAÇÃO DO ESTADO MODERNO: UMA HISTORIA DE SUBORDINADORES E SUBORDINADOS

Marilda Tregues de Souza SABBATINE¹

RESUMO

Este trabalho objetiva explicar a formação do estado moderno, suas vinculações com o capitalismo, modos de acumular riquezas, e explorações das províncias desde a colonização. Passando pela criação da sociedade, normas que regulam relações de seu povo. Apresentando a modulação dos direitos e garantias fundamentais que por muitas vezes são versados somente formalmente, visando alcançar e manter poder. Analisando questões acerca de ideais colocados como paradigmas intransponíveis para conquista da cidadania plena, estampada na democracia participativa. Traçando um parâmetro entre a constituição e suas cláusulas pétreas e manipulação do jogo do poder, no estado moderno. Usar-se-á o método hipotético dedutivo, apreciando situações enfrentadas juntamente com questões de gerenciamento do estado moderno e estrutura. Levar-se-á em conta a linha de pesquisa atrelada Responsabilidade do Estado, foram usadas obras dos autores: Eduardo Jordão, Giuseppe Duso, Juarez Tavares, que dissertam acerca do tema. Procedimento metodológico foi o levantamento de literatura, realizando o estudo a partir de pesquisas, fontes bibliográficas. Percebe-se que a criação do estado se baseia na antiguidade média, daquele tempo para cá, a disputa pelo poder se fez presente de todas as maneira. O estado oferece ações e garantias ao mesmo tempo criando mecanismos que obstaculizam seu alcance. Como resultado demonstrar que o estado desde os primórdios se posiciona como um gigante a sombra do vale, esperando angariar cada vez mais poder sem movimentos eficazes, legitimando sua supremacia via políticas de complemento e suplementação de ações positivas, apenas visando manter o poder.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania; Conquistas; Derrotas; Direito; Estado; Liberdade.

SUMMARY

This work aims to explain the formation the modern state, its links with capitalism, ways accumulating wealth, and explorations provinces since colonization. Going through the creation of society, norms that regulate relations of its people. Introducing the modulation of fundamental rights and guarantees that are often only formally versed in order to achieve and maintain power. Analyzing questions about ideals placed as insurmountable paradigms for the conquest of full citizenship, stamped on participatory democracy. Tracing parameter between the constitution and its stony clauses and manipulation of the power play, the modern state. The hypothetical deductive method will be used, appreciating situations faced together with issues modern state management structure. It will take into account the line research linked to State Responsibility, using works of the authors: Eduardo Jordão, Giuseppe Duso, Juarez Tavares, who lecture about the theme. Methodological procedure was the survey of literature, carrying out the study from researches, bibliographic sources. It perceived that the creation of the state is based on the average antiquity, from that time to here, dispute for the power was made present every way. The state offers actions and guarantees at same time creating mechanisms that hinder its reach. As a result, to demonstrate that the state from the beginnings positions itself as a giant in the shadow of valley, hoping to gain more and more power without effective movements, legitimizing its superiority through policies of complement and supplementation of positive actions, only aim maintaining power.

KEYWORDS: Citizenship; Achievements; Defeats; Right; State; Freedom.

1 Graduação em direito pelo Faculdades Integradas de Ourinhos, Brasil(2008)

1- ESTADO MODERNO: RESULTADO DE UM CAMINHO DE LUTAS E DERROTAS

A todo tempo da história houve duas posições, (subordinador e subordinado) uma se contrapondo a outra, na intenção de manter o poder. É bom recordar a colonização, pontualmente no Brasil. Aquele cenário de exploração e subordinação, tendente a acumular riquezas, sem uma contrapartida.

Tem de ser lembrado que na França antes da revolução francesa, havia basicamente duas classes, a burguesia, e o proletariado pelo qual, cada uma em sua posição trazia um debate, uma dialética concorrente. Era uma relação antagônica, mas não somente bélica, havia uma disputa, uma necessidade de existir.

Era um relacionamento contraditório, mas dependente, em que os dois lados se comunicavam na disputa pela posição, no entanto, quando um caia, outro subia, ou seja, obrigatoriamente um deixaria de existir. Nesse cenário, as conquistas e derrotas fizeram a história, sendo que foram várias as posições de conquistas e derrotas.

Nesse compasso, tem-se o suporte para o estado moderno, que se baseia exatamente na colonização e extração primitiva, dando vazão a estrutura de poder, totalmente voltada a uma posição política institucional.

O poder político do estado moderno pode ser ilustrado como uma comissão tendente a administrar suas estruturas, com fim de manter o poder, subjugando o cidadão, evidenciando a subordinação. Ou seja, em nada se estampa mudança, desde a colonização.

O objetivo do estado, não é outro se não, sua própria sobrevivência, assim, os meios para tal em muitas vezes resultam em supressão de direitos e garantias individuais.

Pode-se perceber a evolução tendo as mesmas características sempre:

Isso é mais do que consentimento ou concórdia, pois resume-se numa verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens [...] Esta é a geração daquele enorme Leviatã, ou antes – com toda reverência – daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa [...] É nele que consiste a essência do Estado, que pode ser assim definida: Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns aos outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. O soberano é aquele que representa essa pessoa. (HOBBS, 2004, p.130/131).

Por exemplo, foi em 1833, a primeira medida de proteção ao trabalho, tendente a beneficiar os trabalhadores. Foi o parlamento inglês que votou a chamada Lei da Fábrica. Assim, restou proibido o trabalho de crianças menores de 13 anos com jornadas superiores a nove horas por dia.

Somente em 1847, houve a proibição de jornadas diárias com mais de 10 horas para os

menores de 18 anos e para as mulheres. Após 27 anos, em 1874 foi promulgada a lei que estipulava a jornada diária de dez horas para trabalhadores adultos do sexo masculino.

Tais providências, ou conquistas, são resultantes da segunda revolução industrial, pontualmente na Inglaterra. Naquele tempo, houve uma pressão social muito expressiva por parte da classe trabalhadora exigindo direitos, e segurança.

O estado é o centro do mundo, pode-se afirmar que o estado é à própria natureza humana, o homem é um ser político, e tendente a preservar tal posição.

A criação do estado tem explicação em várias teorias, (teoria familiar, patriarcal, matriarcal, e teoria da força) que na verdade, sempre colocam o poder como centro de disputa.

Até o final da idade média, eram vários reinos com poder político dividido em senhores feudais, havia cidades autônomas, sem qualquer concentração de poder. Após essa época, inicia-se o comando por rei, em uma centralização de poder.

São várias lutas, e derrotas, para o fortalecimento do poder real. São tentativas de organizar uma estrutura, visando padronizar regras para o fortalecimento de alguns setores (o que ainda não eram assim chamados naquele tempo), comércios, segurança, economia.

Tem-se assim o alinhavar do estado moderno, que trazia a quebra de paradigma, de um lado o regionalismo, de outro a religiosidade universal, ou seja, começa a romper com o modelo fragmentado de vários reinos e suas regras próprias, e ainda a imposição da autoridade papal.

O Estado Moderno, cria uma estrutura burocrática administrativa, traz leis gerais; sistema tributário; idioma nacional; moeda unificada; força militar para proteger e manter a soberania nacional e a ordem.

Desse caminhar, surgem várias modificações, e posições, até o mundo atual, ou seja, o estado moderno nos moldes do século XXI.

2 – O ESTADO: RESTRIÇÃO À LIBERDADE

O surgimento do estado moderno, acumula várias questões a serem superadas, a exemplo de distâncias sociais, e divisões de classes. Um estado totalmente capitalista, e descumpridor das promessas do capitalismo, faz aumentar as desigualdades sociais, fugindo de um estado idealizado e prometido.

Faz-se necessário a compreensão do estado moderno, analisando seu modo de evolução, ou seja, a transição de estado bruto, medieval para o estado moderno, com a evolução e suas novidades, até mesmo em âmbito jurídico, com a Grécia chegando ao cenário (é de conhecimento geral, que o berço das leis se encontra na Grécia).

A auto administração sonhada deu vazão a criação de esquemas semelhantes às leis atuais,

na época medieval. Eram divididos espaços, no qual, cada um tinha seu administrador, dentro de seus desejos, ou seja, surge assim um esqueleto do Estado, e suas regras.

Eram regras simplórias, mas garantiam alguns direitos, e deveres, resultando em uma organização. De início tem-se a preocupação com a segurança, o que leva as unidades a investirem em potencial bélico, assim, em um desenho básico, a criação de um estado se limitava ao poder de proteção, ou seja, o representante do local tinha o dever de zelar pela segurança de seus governados.

Conforme é ilustrado no texto seguinte:

Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força, sendo assim o Estado nada mais é do que um promotor do uso da força e um órgão ao qual o cidadão deve antes temer, do que depositar nele a possibilidade de resolver os conflitos causadores das diferenças de condições materiais e morais, com a finalidade de formar um cidadão capaz de ser e agir politicamente. O Estado protege a propriedade pelo uso da força, garante as condições de produção e aos demais resta apenas à função de consumir, pois produção consumo será o ponto de equilíbrio que irá garantir a continuidade da classe dominante. (KELSEN, 2005, p. 273)

A preocupação central, realmente era a propriedade, e expansão dos territórios. Defendia-se a posse, pois, quem a detinha, poderia obter os lucros, de maneira particular. Porém, defendia-se também a propriedade pública que tinha destinação aqueles que comandavam, mas, revestida de prioridades aos cidadãos. (Pessoas que pagavam impostos).

A história demonstra que a segurança está ligada a proteção da propriedade. Um cidadão estando guardado em uma terra e dali tirando o sustento e segurança, tem sentido de cidadão.

O homem tem proteção, porém, necessita estar vinculado ao protetor, as regras se limitam a proteção, quem pode mais, leva. Havia na verdade uma luta sem regras, é um estado bruto, normas somente em cada unidade.

No início da idade média, época das grandes navegações, aparecem mudanças que se faz ver especialmente nas relações sociais. A igreja em conjunto com as classes dominantes, invoca o pecado, como modo de limitar excessos. É certo que tal proteção tinha caráter nitidamente parcial, no qual a elite tanto econômica, como religiosa sentia as vantagens.

Nesse período, há a transição do feudalismo para o mercantilismo, com base em três pilares: balança comercial favorável, pacto colonial e protecionismo.

Todo indivíduo deve ser útil á sociedade, não podendo ser um encargo. Assim, aquele que não trazer benefício a sociedade, resta sem proteção. As causas daquele que não produz, não espelha importância, podendo ser colocada à margem.

Tem se assim desenhado a necessidade de produzir como própria do homem. Portanto, se alguém produz, outrem consome. Entre idas e vindas, e tipos de “comércio” (que de início não era assim batizado), o homem se desvincula de sua origem e essência.

Sente-se que o capitalismo, hoje conhecido, se desenha grosso modo após a necessidade de

o homem produzir e ser útil a sociedade.

O homem surge como um ser capaz ou não de consumir, um ser concorrente, um ser no mundo.

A liberdade e a subordinação ao estado, hoje moderno se faz presente. Ilustrando: De início a liberdade era limitada, havia a subordinação perante a força do maior, no estado moderno a liberdade se restringe a capacidade de produção e consumo.

O homem se sente livre pela capacidade de produzir e consumir, no entanto, está preso ao modo capitalista de existir, o dever de produzir e consumir.

Porquanto, um indivíduo que necessita a todo tempo consumir para sobreviver, na verdade não é livre, pois, se não trabalhar, morrerá de fome, se não consumir não será reconhecido. Nesse sentido o Estado moderno aprisionou o homem nele próprio.

3- O CAPITALISMO COMO BASE DO ESTADO

Em vários momentos da história se explica as bases da formação do Estado moderno, tendo o sistema capitalista como alicerce. Importante salientar o conceito básico deste sistema, ou seja, enquadrar sua essência. Tem-se assim que o sistema capitalista visa a propriedade privada, onde permanece nas mãos de alguns os meios de produção e seus insumos, capitando e acumulando riqueza, via trabalho daqueles que não detêm meios de produção e maquinários, mas somente a mão de obra. O início do sistema se dá com a divisão de classes, surgindo os burgueses e proletariados, no campo, os latifundiários e camponeses.

Para bem ilustrar:

A Revolução Burguesa, vê-se, constitui mesmo toda uma época de revolução social – inicia-se com os grupos mercantis tornando-se figuras centrais na economia, conformando-se numa nova classe social, o que se processa entre os séculos XV e XVII, e prossegue nos séculos XVII e XVIII, quando a nova classe, já constituída, constrói a sua hegemonia político-cultural e reúne as condições para o enfrentamento direto com a feudalidade, derrotando-a nos confrontos maiores de 1688/89 (Inglaterra) e 1789 (França). A tomada do poder político pela burguesia, cujo marco emblemático é 1789, não constitui mais que o desfecho de uma luta de classes plurissecular, que teve no domínio da cultura e das ideias um campo de batalhas decisivo, como o provam a Reforma protestante e a Ilustração. Foi a hegemonia conquistada pela burguesia no terreno das ideias que lhe permitiu organizar o povo (o conjunto do Terceiro Estado) e lidera-lo na luta que pôs fim ao Antigo Regime. (NETTO; BRAZ, 2012, p.87).

Foi um surgimento gradativo, e pouco se fazia notar, sendo que ao final tomou conta do cenário mundial, se acentuando com a globalização.

Sempre lido como sistema econômico, o capitalismo se insere na área política, social, cultural e até na ética. Como falado, praticamente a totalidade do mundo é capitalista.

A problemática maior é exatamente quando o capitalismo é inserto em outras áreas, se não

a economia.

Veja que tramar discussão entre a relevância do capitalismo e ou socialismo, resulta exatamente na sua inserção na ética, vez que a essência do socialismo é certamente promover a equidade social, desse modo, aguça a cobiça do consumir. Se de um lado o argumento da equidade social e paridade econômica, não explica o socialismo, de outro coloca o capitalismo dentro da discussão ética.

Ou seja, quando o sistema tende a simplesmente ceder, não exigindo esforço individual, a derrota é inevitável, já que finda a produção.

Nessa linha, ao preferir a paridade, anula a possibilidade de socializar, já que não se tem esforços, mas sim, a espera pelo fruto alheio.

Nessa fase, os sentimentos se confundem, pois, ao passo que o homem é um ser social, também é de sua essência a disputa, logo, não irão alguns produzirem se esforçando para outros somente colherem. Todos os sentimentos dão vazão a somente a necessidade de sobreviver ao sistema.

Assim, a inclinação ao capitalismo é resultante da essência do homem, que age em concorrência e sobrepondo sua necessidade de sobrevivência.

O Estado moderno retira a liberdade do indivíduo através do capitalismo, é um agir contraditório: Enquanto que no liberalismo é quase retirada a ação do Estado, o intervencionismo, restringe ações, visando ao desenvolvimento nacional e a justiça social, e os direitos e garantias individuais, no entanto, por vezes para manutenção do capitalismo, há um simulacro de intervencionismo, para que na verdade o liberalismo, garantidor de capitalismo se estabeleça.

Após a última globalização capitalista, que resultou no cenário industrial e tecnológico atual, houve um novo modo de regulamentação dos Estados, restando em agrupamentos de blocos, alterando a configuração global, bem como aquelas mais estreitas do capitalismo.

Assim, o capitalismo que serviu de base a criação do Estado, ainda sobrevive, sem dar lugar a outro sistema, porque ainda hoje nenhum outro se demonstrou factível em, substituir o capitalismo.

4 - AS CLÁUSULAS PÉTREAS E A MANIPULAÇÃO DO PODER

Não é somente o Brasil que possui em sua constituição cláusulas que são definidas como pétreas, por não poder sofrer modificações, ou ao menos ter um meio dificultoso para tal. As constituições de países como França, Itália, Venezuela, Portugal, Alemã, do mesmo modo contam com as famosas cláusulas pétreas.

Em regra as matérias que estão contidas nesse tipo de cláusulas, são aquelas que devem ser

preservadas, pois, tratam de direitos fundamentais, quase sempre indisponíveis. Porém, há a forma de federativa, e direito de voto, e separação de poderes que constam da lista das cláusulas intransponíveis.

O rol destas cláusulas se deve a fatores históricos, ideológicos e até mesmo influência de escritores alienígenas que serviram de exemplo a este país. O que explica o limite material colocado como barreira, quase sempre é a vontade de se proteger da intromissão do poder executivo, assim, esse tipo de cláusulas é comum em países de que estiveram na ditadura.

Cada poder tem sua função típica, porém, lhe são reservadas funções atípicas, que por muitas vezes, pode acarretar transposição de limites, causando desgastes e prejuízos.

Ilustrando:

O que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a predominância no seu desempenho”. Isso significa que as funções legislativa, executiva e judiciária são exercidas prioritariamente pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente, contudo não são exercidas exclusivamente por eles, visto que todos os três Poderes possuem as três funções, porém exerce apenas uma de forma típica, sendo o exercício das outras, atípica. (CUNHA JÚNIOR (2017, p.152).

No exercício do poder, os direitos e garantias devem ser preservados, a separação tem fundamento na legitimidade e capacidade que cada poder tem, não sendo técnico a intromissão na esfera alheia, sem a respectiva permissão.

O judiciário, por exemplo, influencia diretamente no processo legislativo, via sentença de seus magistrados, que acabam legislando, de maneira atípica. Neste momento, pode ser entendido como tomada de poder, vez que um magistrado não passa pelo escrutínio, assim, não está legitimado a criar leis, resultando em afronta a democracia.

Porém, sendo esse tipo de interferência, fundamentada, e legitimada, via necessidade de se preservar o direito do jurisdicionada, tem-se uma função atípica necessária e até mesmo constitucional e democrática, vez que vem em defesa do cidadão.

Nota-se que todas as interferências, sendo fundamentadas e necessárias, são bem vindas e possíveis, dentro do estado democrático de direito. No entanto, a manipulação do poder por vezes é clara, desenhando uma interferência ilegítima, mas institucionalizada.

Desse modo:

Os vínculos tendenciais estão fundamentados em *análises institucionais comparativas* que buscam alocar poder decisório para instituição pública a tanto mais bem adaptada. A ideia é que se uma decisão é política, por exemplo, ela deve caber à instituição pública mais bem desenhada para tomar decisões políticas. A relevância de uma análise institucional comparativa no contexto do controle do controle judicial de autoridades administrativas deve-se ao fato de que a realização do controle pode implicar a usurpação das competências. Ao operar o controle sobre decisões administrativas, os tribunais podem acabar por *tomar* diretamente decisão diversa ou *limitar* o leque de decisões que poderiam ser adotadas pela administração pública, naturalmente, este risco é tanto maior, quanto mais

intenso for o controle aplicado. Disto resulta uma determinação para que os tribunais evitem controlar intensamente decisões em relação às quais sejam menos adaptados do que as autoridades administrativas. O controle, nestes casos deveria ser relativamente artificial: na linguagem deste trabalho, um controle *deferente*.

Este raciocínio não é totalmente imune a contestações teóricas, e está longe de ser universalmente aceito. Sua influência prática, no entanto, é muito clara para quem quer que se debruce sobre o problema da intensidade. (JORDÃO, 2016, p. 56)

O judiciário, independente que é, exerce função atípica, sendo provocado, cada vez que o jurisdicionado entende que o executivo, ou legislativo, não entregou aquilo que é seu direito. Está criada a politização do judiciário, fundamentada no direito de ação, e preservação de direitos indisponíveis.

No entanto, a politização do direito resulta em sobrecarga ao judiciário e o mais assustador, lhe concede poder discricionário, cada vez que necessita decidir questões políticas.

Assim, tem-se:

[...] o termo discricionariedade técnica visa apenas a uma tentativa de limitação do controle jurisdicional, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz. A crítica, portanto, à tentativa de solucionar a crise da discricionariedade administrativa por meio da discricionariedade técnica começa na ausência, no atual ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, de qualquer instituto juridicamente aplicável à segunda como uma pseudo-espécie da discricionariedade administrativa que possa atender a uma fórmula que isole os valores e questões políticas dos aspectos técnicos, supostamente despersonalizados e, portanto, mais legítimos que os outros. O Poder Executivo não goza de uma função discricionária estritamente técnica na expedição de seus atos, e sim, nos casos em que se aplica, uma discricionariedade administrativa pura. (GUERRA, 2008, p. 175).

Surge assim, uma questão que denota preocupação, a modulação dos direitos. O texto do artigo 926, do Código de Processo Civil, afirma que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Mais uma vez, um texto de lei é derivado de situação histórica, ou seja, eram tantas discordâncias dentro dos tribunais pátrios, e até mesmo nas Câmaras, que necessário algo que segurasse a desordem.

Pode ser entendido:

[...] quando os tribunais se limitam a avaliar (por exemplo, na hipótese mais difundida) a razoabilidade da decisão realizada pela autoridade administrativa diante de uma questão substancial. [...] os tribunais evitam oferecer sua própria solução para a questão controvertida. (JORDÃO, 2016, p. 50).

Contudo, mesmo diante do princípio constitucional da segurança jurídica, e ainda o artigo acima citado, existem mudanças na sociedade, que acabam por exigir alterações dos entendimentos jurídicos. Não se pode deixar de trazer à baila, as questões políticas, ou financeiras que também têm grande força para mudar, ou modular os entendimentos dos tribunais.

Os tribunais, por vezes, mesmo mantendo suas posições, se fundamentam afirmando que estão a repensar seu entendimento acerca de alguns assuntos. Assim, inicia a mudança, sendo que no próximo agir, traz um novo pensamento, efetuando assim, a mudança, pondo de lado o decidido

anteriormente. O mais comum, é a modulação agendada em que após a mudança, há determinação para que os efeitos sejam sentidos após tal data, ou até mesmo, somente para certa núcleo.

Assim, para que haja a permissão legal a modulação de efeitos das decisões, o artigo 927, § 3º, lança a hipótese de proteção ao interesse social, permitindo a modulação de efeitos em prol da sociedade, e segurança jurídica.

Anterior a previsão legal, havia algumas vezes, guiado por interesses nem sempre fundamentados, em que o STF se proclamava defensor de direitos da sociedade e do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica e efetuava a modulação de efeitos das decisões.

As relações, na jurisprudência, política etc. convertem-se em conceitos na consciência; e por eles não se situarem acima dessas relações, os conceitos das mesmas, em suas cabeças, são conceitos fixos; o juiz, por exemplo, aplica o código e por isso, para ele, a legislação é tida como verdadeiro motor ativo. Respeito pela sua mercadoria; pois sua ocupação tem a ver com o geral (Marx, 1984, p. 134).

Por certo, que as cláusulas pétreas não podem ser modificadas via modulação de efeitos de decisões, porém, é de ser lembrado que por vezes, mesmo não modificando as cláusulas pétreas, o judiciário, via sentenças ou acórdãos, traz novo modo de interpretação do conteúdo de tais cláusulas, assim, podendo exercer um efeito modulado.

O poder de modulação de efeitos consegue transformar, ou mesmo retirar um direito protegido por cláusulas pétreas. Neste momento se perquire, de que maneira o judiciário consegue tal proeza?

Ao proferir uma decisão, trazendo nova interpretação a uma norma, ou mesmo letra de lei, o magistrado modifica o cerne do conteúdo de tal questão, assim, retira a essência, dando-lhe nova roupagem.

Não obstante tal artimanha, pode fazer com que um direito, constante de cláusula pétrea, com exigência imediata, possa ser postergado, ou mesmo, limitado a certo núcleo, ao modular o efeito da decisão versada.

5 - A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Em análise superficial à constituição pátria, se conclui, que este país é realmente benevolente, no que tange a direitos e garantias fundamentais, ou mesmo outros direitos, que não são tão fundamentais.

A constituição brasileira dá de maneira irrestrita a todo cidadão, laser, saúde, educação, trabalho, segurança, enfim, são tantos direitos, quanto normas. No mesmo compasso, não se encontra a maneira de se tornar eficaz a entrega de tais direitos.

Nesse momento surge um termo, um tanto quanto curioso, “normas programáticas

enunciativas”, pois, oferecem direitos, mas não mostram o caminho para se obter. Noutras palavras, o legislador constituinte acenou com tantos direitos, mas deixou a cargo de cada qual os meios de se efetivarem.

É de ser notado que um efeito colateral surge nesse cenário, pois, ao prometer tantos direitos, o Estado acaba por elevar as cargas tributárias, por exemplo, o que retira em parte a possibilidade de fazer com que os cidadãos cresçam economicamente, vez que parte de sua receita é entregue ao Estado.

Somado a esse fato, o judiciário se torna eternamente politizado, e abarrotado de ações, pois, o cidadão que não recebe do Estado o direito previsto na constituição, logo, se socorre do judiciário, que prontamente lhe atende, mesmo sem saber qual é o resultado que a concessão trará para a sociedade.

É certo que cada esfera tem sua função típica, sendo assim, quem deve entender da administração, é exatamente o executivo, nesse momento, uma fresta se abre, deixando aparecer questões de difícil solução.

Se a administração cabe ao executivo, como o judiciário pode interferir naquela esfera, ordenando a entrega de direitos, de maneira apenas judicial, sem comprometimento com o executivo? Será que ao ordenar a entrega a um indivíduo, o judiciário, não deixa outros sem atendimento?

Em primeiro momento é bom lembrar que a politização, do judiciário, que traz a judicialização contra atos do executivo, já de início cria um efeito indesejável, qual seja o hiato social.

Todo indivíduo tem direito de ação, mas nem todos os indivíduos têm liberdade financeira, para custear um bom causídico. Assim, somente alguns poderão exercer o direito de ação pleiteando o direito que a constituição lhe promete.

Ocorre que o Estado promete pretendo a aceitação ou legitimação de sua soberania, ou seja, uma maneira de explicar que sobrepõe ao individual, pois, cuida do coletivo, tem supremacia.

Veja que os direitos prometidos pelo Estado, via constituição, são direitos fundamentais, e ao mesmo tempo que lista vários direitos assim conceituados, lança mão do chamado mínimo existencial, ou seja, acena de uma maneira indisponível, e grandiosa, e logo após minimiza, deixando que somente direitos afetos a mínimo existencial sejam realmente indisponíveis.

Assim elenca alguns direitos como necessidade mínima a existência do ser humano, em condição de uma vida digna, na sua falta.

Nesse compasso, tem o judiciário a licença para rever os atos do executivo, tal procedimento, é legítimo, garantido constitucionalmente. É o chamado controle judicial, que é

fundamentado dentro do princípio da razoabilidade. No caso brasileiro, é um controle deferente, ou seja, há um controle das ações administrativas, efetuado pelo judiciário.

Como bem explica:

Aquilo que aqui se denomina “intensidade” do controle é as vezes referido como “amplitude” do controle. Mas este termo é ambíguo. Amplitude pode significar rigor do exame da conformidade ao parâmetro “o que aqui se denomina intensidade” mas também pode significar conjunto de matérias que são objeto de controle “a amplidão num aspecto horizontal, não vertical”. Aqui se preferiu o uso de “intensidade” precisamente para evitar esta confusão e deixar claro que o objeto de trabalho é apenas a expressão no primeiro sentido.

O foco na intensidade do controle judicial implica também e necessariamente uma negligência de outros aspectos, como por exemplo, as questões relativas a legitimidade de agir, os prazos para contestação e os pressupostos do controle, assim a opção pelo foco na intensidade também precisa ser justificada. (JORDÃO, 2016, p. 39).

Nesse caso, assim que o executivo, ou legislativo deixa de prestar um direito ao cidadão, nasce o direito de ação, que tem o judiciário como salva guarda, lhe protegendo do gigante monstro, sentado à sombra do vale.

Porém, não se pode, olvidar do fato de que pessoas livres economicamente, que conseguem se manter, têm sua própria definição de felicidade, podendo, se auto planejar, sem necessidade de o Estado lhe conduzir e ditar quais são exatamente seus direitos fundamentais.

Tem-se assim, a questão principal. Se o Estado propiciasse a evolução econômica como meta de proteção ao coletivo, não necessitaria prometer direitos, que são quase sempre inalcançáveis, por exigências que o próprio sistema cria.

Dá-se a impressão de que se trata de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe. Tem-se direitos fundamentais, vida, saúde, educação, e a separação dos poderes, que também consta da lista das cláusulas pétreas. No entanto, é algo bem mais complexo, realmente é o direito de um vezes o direito de outro.

Assim, chega-se a um compasso, que infelizmente está longe de solução, pois, nesse cenário, sempre quem leva a melhor, é aquele que tem o melhor patrocinador.

São muitas ações judiciais, e muita interferência que de um lado da impressão de que existe uma desorganização, atrapalhando a efetiva atividade da administração, e destinação da receita pública, porém, se houvesse políticas públicas, e alocação correta das receitas, o judiciário não necessitaria interferir.

O ponto crucial está no manejo das receitas, que se devidamente direcionadas, limitaria, ou até mesmo conteria as necessárias interferências do judiciário nas decisões da administração.

6 - CONCLUSÃO

O Estado moderno se estabeleceu às custas da falta de reação de seus governados. A

segurança estava totalmente ligada a propriedade, e sua conquista. A propriedade sempre foi a forma de manutenção do poder. Havia duas posições, o subordinado, e o subordinador.

A formação do Estado moderno está diretamente ligada ao capitalismo, sendo que o homem se viu aprisionado a esse sistema. O homem, que antes era considerado útil por ter atividade, ou produzir algo à sociedade, hoje, é considerado por sua capacidade de consumir.

O Estado então, em troca, acena com vários direitos, no entanto, não aponta um meio efetivo para sua obtenção, assim, ao indivíduo nasce direito de se socorrer de “outro” poder, nesse caso, o judiciário.

Porém, nesse segundo momento, os mesmos direitos prometidos, e não entregues, são revistos, mas, por tantas vezes, sofrem modulação de efeitos, visando manter poder, e o status “quo”.

Considerando que o poder é único, quando o indivíduo não recebe seu direito, passando a outra esfera, na expectativa de alcançá-lo, somente troca de subordinador.

O Estado evidencia sua supremacia, dentro de uma estruturas, com fim de manter o poder, e assim, continua. Ao tempo que o legislativo promete, o executivo não entrega, e o judiciário controla e ordena, surgindo como salvador, há uma estrutura, que somente faz entender que existe um salva guarda, no entanto, o poder é único, e sempre esteve em uma só mão, o Estado.

São garantias que situam somente no campo das promessas, e subjetividade, são prometidas como forma de melhoria de condições materiais, para obtenção do equilíbrio, no entanto, sempre permanecerão no campo das promessas.

Tais garantias vêm em forma de leis, que sempre dependerão de interpretações. É uma maneira premeditada, vez que a entrega efetiva, certamente colocará em risco o sistema econômico e financeiro, desenhado pela classe dominante.

Pode se verificar que a história conta que o Estado nasceu às custas da falta de reação de seus subordinados, e sua necessidade de proteção, e assim obteve o poder, e assim, faz crer que permanecerá. Contudo, a tentativa de reação dos subordinados, via judiciário, tendente a substituir a discussão pública pelos argumentos jurídicos, não aponta para solução, pois, o judiciário, não passou pelo escrutínio, não espelhando a democracia, que é a alma deste país.

Por outro lado, a esfera que foi escolhida pelo povo, também, não entrega suas necessidades, o que demonstra um ciclo, onde o verdadeiro dono do poder, o entrega a mãos incapazes, de satisfazer suas necessidades.

O quem se tem é que a democracia necessita ser corrigida e não aniquilada, e cada vez que o indivíduo troca de esfera, na intenção de atingir seu direito, está retirando a essência da democracia e mais uma vez permanecendo sem reação.

REFERÊNCIAS

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito**. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, v. 28, n. 25, p.149-169, jan. 2016. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/issue/view/1315/showToc>>. Acesso em: 15 maio. 2019
- DUSO, Giuseppe. **O poder: história da filosofia política moderna**. Trad. Andréa Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5 edição. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GILSON, Etienne. **A filosofia na idade média**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e Reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma administração pública complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MARX, Karl. **Para a crítica da economia política – Do capital**. Trad. Edgard Malagodi. São Paulo: Nova Cultural, 1984. (Coleção Os Pensadores).
- NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia Política: uma introdução crítica**. 8 edição. São Paulo: Cortez, 2012.
- SANTOS, G. D. R. C. M.; MOLINA, N. L.; DIAS, V. F. **Orientações e dicas práticas para trabalhos acadêmicos**. Curitiba: Ibpex, 2007.

A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS SOB A ÉGIDE DO PROCEDIMENTO DE CONCESSÃO DE REFÚGIO E ASILO POLÍTICO

Tomaz Felipe SERRANO¹

RESUMO

O presente trabalho visa tratar sobre a efetividade dos direitos aos refugiados no Brasil, à luz do Estatuto dos Refugiados, o qual teve respaldo nos tratados e convenções internacionais que versaram sobre a tutela dos direitos humanos. O objetivo central é elucidar os mecanismos de proteção interna dos refugiados neste território, levando em conta o procedimento de concessão do refúgio, da concessão do asilo e os avanços trazidos pela Lei nº 9.474/94. Por fim, busca-se a análise da efetividade dos direitos dos refugiados no Brasil, analisando os desafios que atualmente estes indivíduos estão inseridos, a fim de questionar o quanto a soberania dos Estados e as pressões políticas podem influenciar na vida dos refugiados que aqui procuram se estabelecer.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade dos direitos aos refugiados. Direitos Humanos. Inclusão no Brasil.

ABSTRACT

The present work aims to address the effectiveness of the rights to refugees in Brazil, in the light of the refugee statute, which has been backed by international treaties and conventions that have dealt with the protection of human rights. The central objective is to clarify the mechanisms of internal protection of refugees in this territory, taking into account the procedure for granting refuge, granting asylum and advances brought by Law N° 9.474/94. Finally, it seeks to analyze the effectiveness of the rights of refugees in Brazil, analyzing the challenges that these individuals are currently inserted, in order to question how the sovereignty of States and political pressures can influence the life of Refugees seeking to establish themselves.

KEYWORDS: effectiveness of rights to refugees. Human Rights. Inclusion in Brazil.

INTRODUÇÃO

Atualmente, vivemos em uma civilização delimitada por divisões territoriais imaginárias, as quais individualizam pequenas ou grandes sociedades em seus aspectos culturais basilares. Esta divisão se deu com o passar do tempo. A teoria de que todos os seres humanos dividiram sua origem espacial em uma única massa continental chamada “Pangeia”, instiga a reflexão sobre a noção de que todos somos iguais se perdeu com a fragmentação do continente.

Neste raciocínio, é sabido os círculos de interação humana estão infectados com aversões ao diferente, o que torna compreensível o porquê investimos na indústria bélica e não em necessidades básicas a quem realmente necessita.

Com a eclosão de guerras capazes de destruir a humanidade, fazendo com que pessoas se deslocassem de seus territórios buscando refúgio em países com um mínimo de expectativa de vida,

1 Aluno do 5º ano do Curso de Direito no Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP.
E-mail: tomazserrano@outlook.com.

foi necessário que a comunidade internacional agisse, no sentido de implementar uma cooperação e solidariedade não-natural, através de tratados internacionais até hoje existentes. Assim, foram criadas a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), com o intuito de auxiliar na efetiva proteção aos refugiados (JUBILUT, 2007).

Tratados foram estabelecidos para assegurar a ampliação dos direitos àqueles que batessem à porta dos Estados, tais como a Declaração de Cartagena em 1984, a qual foi extremamente importante para a abrangência da definição de refugiado como àqueles que sofrem violação maciça aos Direitos Humanos na América Latina (ACNUR, 2019).

Ocorre que, embora os Organismos Internacionais trabalhem arduamente na incorporação destes indivíduos marginalizados, os Estados relutam a estender a mão, sob pretexto da soberania estatal os desmazelos com os direitos inerentes a todos os seres humanos.

Nessa lógica, o uso massivo de *Fake News*, somado a discursos autoritários conservadores, levaram ao fechamento de fronteiras materiais e ideológicas. A Europa se contextualiza na maior onda de individualização dos Estados, o que influenciou na economia e nas relações internacionais do mundo todo (BAUMAN, 2016).

O Brasil é um país que fielmente adotou o conceito de refugiado em sua legislação interna, aperfeiçoado com a Declaração de Cartagena. A Lei nº 9.474/97 revitalizou o Ordenamento Jurídico brasileiro, no intuito de reafirmar os direitos trazidos à luz dos tratados internacionais.

Entretanto, por mais que o Brasil se empenhe em efetivar os direitos assegurados aos refugiados, estes sofrem com as lacunas deixadas pela ausência de políticas públicas, pela corrupção que assola o país e pela ignorância disseminada por grupos politicamente interessados em culpá-los ao marginalizá-los territorialmente.

Neste escopo, o presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise da proteção efetiva ao refugiado no Brasil, levando em conta a necessidade de incorporar estes indivíduos na sociedade, apontando as melhorias a serem buscadas e sobre os avanços a serem mantidos, como foco no Estatuto dos Refugiados, com um viés esperançoso de que as tutelas aos refugiados serão apenas expandidas e não restringidas por interesses contrários à noção de dignidade da pessoa humana.

MÉTODOS

O presente trabalho realizou uma revisão de leitura, com levantamento de bibliografias pertinentes ao tema, tanto puramente históricas, como na seara do direito, no intuito de construir uma contextualização sobre a situação alarmante dos refugiados, atrelado com a necessidade de mecanismos que tutelem e resguardem sua dignidade.

RESULTADOS

Dos resultados alcançados, ficou visível que a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira é extremamente reputada e paradigma para outros Estados com relação à tutela dos refugiados. Porém, o Brasil necessita conciliar a proteção legislativa interna com as atuações dos poderes públicos, no intuito de incentivar políticas públicas que efetivem os direitos positivados, tendo em vista que a Lei nº 9.474/97 deixou importantes temas em aberto, focando na instrumentalidade do procedimento de concessão de refúgio.

DESENVOLVIMENTO

Conceito de refugiado

Primeiramente, é oportuno consignar que embora os fluxos migratórios estejam em evidência, devido a difusão dos meios de comunicação, tais fenômenos não são exclusivamente atuais. Desde o primórdio da existência humana há indícios de uma busca árdua para atingir melhores condições de vida, atrelado com o instinto de sobrevivência.

Os migrantes são reflexos desta necessidade de deslocamento natural, sendo definidos como: “todas as pessoas que vivem de forma temporária ou permanente em uma região na qual não nasceu e com a qual mantém vínculos sociais importantes” (CHAVES, 2008).

Dentre as diversas classificações de migrações, a que se destaca nesta pesquisa é quanto à sua forma, dividida em duas vertentes: as migrações voluntárias, e as migrações não voluntárias ou forçadas, em razão da voluntariedade no deslocamento, que embora não seja fácil a averiguação do ânimo do indivíduo ou da coletividade, deve haver uma combinação de fatores externos e internos (MOREIRA, 2019).

Com relação às migrações forçadas, podemos destacar os refugiados, que embora sejam conceituados inicialmente pela Convenção de Genebra de 1951, através de seu artigo 1º, este significado sofreu diversas alterações axiológicas com base nas relações internacionais, fato gerador de nítida evolução conceitual.

Para melhor entendimento, o órgão Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, através de seu sítio eletrônico, disponibiliza o conceito de refugiados como (*apud* DUARTE, et al. 2017, p. 228):

São refugiadas as pessoas que se encontram fora do seu país, por causa de fundado terror de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, que não possuam (ou não queiram) voltar para a casa.

Em conformidade com o conceito supramencionado, é possível verificar que a concessão

da característica de refugiado só abrange as migrações forçadas, pois as migrações voluntárias, em regra, carecem do principal motivo para a implementação da respectiva definição: o fundado terror de perseguição, seja por raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais. Assim, aduz Rodrigues (2007):

Existem duas circunstâncias em que não se pode conceder o status de refugiado a um indivíduo: 1) porque o DIR a ele não se aplica, caso de migrantes (incluindo os econômicos), quando neles não se identifica o “fundado temor de perseguição”; 2) porque sobre eles incidem as chamadas “cláusulas de exclusão”.

É cristalino que o Direito Internacional dos Refugiados surgiu com a positivação e a aderência aos Direitos Humanos, porém com estes não se pode confundir. O primeiro tutela o ser humano em função de sua etnia, religião, nacionalidade, opinião política e o pertencimento a um determinado grupo social, enquanto que o Direito Internacional dos Direitos Humanos além dos direitos mencionados acima, assegura condições básicas para que o ser humano sobreviva e busque a felicidade (MENEZES, 2012).

Cumprir destacar que houve uma abrangência no conceito de refugiados por parte da América Latina, através da adesão à Declaração de Cartagena. Tal declaração expande o conceito de refugiado como aquele que sofre violação direta aos Direitos Humanos (ACNUR, 2019).

A legislação brasileira se utiliza do art. 1º da Lei nº 9.474 de 1997 para aderir à Declaração de Cartagena, incorporando este novo conceito de refugiado com fulcro na violação aos Direitos Humanos (BRASIL, 1997).

Assim, o termo “refugiado” compreende o migrante forçado a se deslocar de seu país originário, tendo em vista os conflitos internos e externos, instabilidade política, perseguições e outros tipos de violência em relação aos direitos humanos (MOREIRA, 2019).

Atualmente, a migração forçada ganhou destaque neste país, em razão das inúmeras solicitações de refúgios, que tiveram como motivos os conflitos ou ditaduras que assombram países vizinhos ou até mesmo países de outros continentes.

O momento histórico nos remete a uma abordagem diferente a estes migrantes forçados, que é o reconhecimento da vulnerabilidade que os mesmos estão expostos, tendo em vista que a globalização falha miseravelmente em incluir todos os seres humanos em uma proteção global isonômica e justa.

Neste diapasão, faz necessária a verificação dos dispositivos legais que versam sobre o procedimento de concessão de asilo político e refúgio, assim como, quanto às políticas públicas migratórias, com o intuito de certificar se estes instrumentos são eficazes para a ampliação da dignidade da pessoa humana àqueles que são desprezados tanto no âmbito interno de seus países quanto na acolhida internacional.

A concessão do asilo político no Brasil

O asilo político é um dos institutos mais antigos para combater as perseguições que se alastram por todas as sociedades. A noção de asilo político abrange um abrigo e amparo frente as atrocidades advindas de outros Estados.

O termo asilo remete à Grécia Antiga, em face da previsão de lugares com características religiosas, onde aquele que era perseguido pelas autoridades ou pela população poderia encontrar proteção, a exemplo dos templos e bosques sagrados à época (PENTEADO, 2017).

Em Roma, houve também incorporação do instituto do asilo, porém sem o viés religioso como na Grécia, mas sim destinado àqueles que fossem injustamente perseguidos. No entanto, na Idade Média, este instituto voltou para a qualidade religiosa, aplicando-se às igrejas e cemitérios (PENTEADO, 2017).

No século XVII, o instituto do asilo começa a ganhar forma, com o condão de ser aplicado àqueles que sofressem perseguições de cunho político ou religioso, não englobando as pessoas que cometessem crimes comuns.

O primeiro documento que encarna o asilo foi a Constituição Francesa de 24 de junho de 1793, a qual, através do seu artigo 120, previa a possibilidade de asilo aos estrangeiros exilados de sua pátria por causa da liberdade, recusando-se aos tiranos. Ademais, no século XIX foi estendido aos crimes políticos, com base na consolidação do Estado de Direito pela Revolução Francesa (PENTEADO, 2017).

A diferença central entre o asilo previsto na antiguidade e o asilo previsto atualmente é a abrangência dos criminosos comuns. Na antiguidade não importava o motivo que levara ao asilo dos templos sagrados, pois o que se buscava era uma redenção em face da divindade.

Já no asilo previsto atualmente, os criminosos comuns não são beneficiados com o asilo, assim amparados apenas refugiados, apátridas ou discordantes políticos, em razão da assistência dos Estados para frear a criminalidade. Há uma nítida ruptura com o viés religioso do asilo na antiguidade.

O asilo durante o século XX foi seccionado em dois termos que constantemente são usados como semelhantes, que são o refúgio e o asilo político, embora sejam mecanismos de proteção contra perseguições e tratem do direito de permanência do estrangeiro em outro Estado, possuem traços distintos.

O refúgio tem maior alcance e é regido por tratados internacionais, ao passo que o asilo tem alcance inferior. O asilo é limitado pelas perseguições políticas e pressupõe uma atual situação de emergência, enquanto o refúgio tem um arcabouço de possibilidades e apenas prece a

perseguição.

Ademais, o asilo pode ocorrer dentro do próprio Estado onde é constatada a perseguição, já o refúgio será dado em outro Estado. O refúgio possui amparo legal quanto às suas obrigações, assim como, lei de regência, órgão julgador, previsão de recurso administrativo e outros pressupostos, diferentemente do asilo que é carente de normal legal, tornando-se refém da discricionariedade (PENTEADO, 2017).

A América Latina, durante o século XIX, deu um salto normativo quanto ao asilo político, inicialmente pelo Tratado sobre Direito Internacional Penal de 1889 (Montevideu), o qual estabeleceu a inviolabilidade do asilo aos perseguidos políticos, com o intuito, também, de impedir que os asilados atentassem contra a paz pública da nação que haviam deixado (DEL'OLMO, 2019).

Após o Tratado de Montevideu, existiram outros documentos essenciais para o desenvolvimento do asilo latino-americano, conforme aponta Penteado (2017): a Convenção sobre Asilo (Havana, 1928); Convenção sobre Asilo Político (Montevideu, 1933); Tratado sobre Asilo e Refúgio Político (Montevideu, 1939); Convenção sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954); e a Convenção sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954).

O período entre guerras trouxe um deslocamento necessário diante das atrocidades advindas do conflito bélico, revelando a urgência de regulamentação internacional, como se fez com a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, em 1948, a qual dispôs o direito de asilo a toda pessoa vítima de perseguição, desde que não seja autora de um crime comum ou de um ato contrário aos objetivos e princípios das Nações Unidas (UNICEF, 2019).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (San José, 1969) é de extrema importância para o desenvolvimento do instituto do asilo no Brasil, o qual é signatário. Nesta convenção houve a incorporação do asilo aos estrangeiros em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, positivado como um dever do Estado (PENTEADO, 2017).

A concessão do asilo político, no Brasil, foi caracterizada como um princípio das relações internacionais na Constituição Federal de 1988 (art. 4º, inciso X), estendendo ao termo asilo político as duas espécies existentes: o asilo diplomático e o asilo territorial (BRASIL, 1988).

O asilo territorial é aquele concedido ao solicitante que se encontre em outro território, onde procura a devida tutela. Desta forma, pressupõe a extraterritorialidade, ou seja, o indivíduo que busca o asilo encontra-se fora do Estado pelo qual sofreu as perseguições de cunho político (PENTEADO, 2017).

Já o asilo diplomático é uma forma provisória de proteção, pelo qual o solicitante requer o asilo político numa representação diplomática estrangeira com sede no país onde o requerente se encontra. Neste caso, a territorialidade é prevista através da busca da proteção no próprio território

onde se deu as perseguições (PENTEADO, 2017). O intuito desta modalidade de asilo é a concessão do asilo territorial, conquanto possa ser negado pelo Embaixador, que age nas conformidades da soberania estatal.

No Brasil, a implementação do asilo teve três momentos marcantes: o primeiro foi através o direito consuetudinário, ou seja, não havia previsão normativa, mas sim analogias decorrentes de tratados; o segundo ocorreu após 1934, quando houve a incorporação do instituto do asilo no texto constitucional; e, por último, o terceiro se evidenciou pela consagração da concessão do asilo político como princípio constitucional das relações internacionais deste país, na Constituição Federal de 1988 (PENTEADO, 2017).

O asilo político está inserido na legislação infraconstitucional também, em consonância com a Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), a qual consolidou o instituto do asilo nos artigos 27 a 29 (BRASIL, 2017):

Art. 27. O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre as condições para a concessão e a manutenção de asilo.

Art. 28. Não se concederá asilo a quem tenha cometido crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, promulgado pelo Decreto no 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Art. 29. A saída do asilado do País sem prévia comunicação implica renúncia ao asilo.

Embora o termo asilo político remete imediatamente a um crime político, esta denominação é mais abrangente do que parece. Os delitos políticos não são os únicos abarcados pelo instituto do asilo político, mas incluem-se, outrossim ao conceito àqueles perseguidos por convicções religiosas, filosóficas ou até por diferença étnica (PENTEADO, 2017).

Outro aspecto de grande relevância é que além da vedação do asilo político aos indivíduos que cometam determinado crime comum, ainda existem duas hipóteses de impedimento à concessão do respectivo benefício.

A primeira vedação à concessão do asilo político é estendida àqueles que atentarem “por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas” (UNICEF, 2019), conforme artigo 14, inciso 2º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por outra via, a segunda vedação corresponde ao indivíduo sobre o qual “exista suspeita de ter cometido um crime contra a humanidade, conforme definido nos instrumentos internacionais elaborados para adotar disposições sobre tais crimes” (DIREITOSHUMANOS, 2019).

O procedimento do asilo político no Brasil se inicia com um requerimento a Polícia Federal, bem como através da solicitação do refúgio. Ao ser concedido, o asilado terá o prazo de 30

dias para se registrar perante o Departamento da Polícia Federal. Em seguida, o requerimento será avaliado pelo Ministro das Relações Exteriores e, posteriormente, pelo Ministro da Justiça (KOEKE,2013).

É importante consignar que a discricionariedade está presente também no procedimento, pois não há especificações quanto ao pedido de asilo, assim como, não há um órgão internacional ou interno responsável pela fiscalização do asilo político (PENTEADO, 2017).

Ainda assim, na hipótese de recusa do asilo político, o Estado requerido não poderá retornar o estrangeiro a um local onde esteja em situação de perigo, mormente quando sua vida ou liberdade estejam ameaçadas. Tal proibição está fundamentada no princípio do *non-refoulement*, como explicado anteriormente.

Por evidentes razões, essa proteção irradiada pelo princípio tem valor normativo de *jus cogens*, ou seja, os Estados estão proibidos de violarem, em qualquer circunstância, esse dispositivo, com viés imperativo e inderrogável em relação à vontade dos Estados (PAULA, 2016).

Atualmente, a figura do asilo praticamente encontra-se em desuso na América Latina, em decorrência da amplitude do instituto do refúgio e a ampla atuação do ACNUR para integralizar estes indivíduos, sob a égide da propagação dos ideais humanitários conquistados nos tratados internacionais (BARRETO, 2010).

Por fim, forçoso é concluir que o asilo político, instituto histórico e de importância axiomática, carece atualmente de mecanismos que minimizem a discricionariedade dos Estados, para que assim alcance globalmente uma eficácia que se sobressai aos interesses egoísticos estatais.

A concessão do refúgio no Brasil

Em 1960, o Brasil aderiu à Convenção de Genebra sobre Refugiados de 1951. Logo após, em 1972, passou a adotar o Protocolo da Convenção de 1967 (VEDOVATO, 2011).

Ocorre que, em razão do regime da ditadura militar vivenciado por este país, foi mantida a reserva geográfica, considerando como refugiado apenas aqueles advindos do continente europeu.

Durante a década de 1970, as Caritas Arquidiocesana de São Paulo e do Rio de Janeiro acolheram os refugiados em razão das ditaduras sul-americanas, embora não houvesse permissão para esse auxílio no Brasil. O Estado brasileiro, a contrário senso, se isentava das responsabilidades internacionais humanitárias (ALARCÓN, TORRES; 2017).

Após o processo de redemocratização do Brasil, um fluxo maior de refugiados adentra o país, em especial os angolanos, haja vista a iminente guerra civil na Angola. Somente com auxílio do ACNUR, junto com outros órgãos que versaram pela dignidade da pessoa humana, ocorreu a suspensão dessa reserva ostensivamente discriminatória (BARRETO, 2010).

Tardiamente em 1989, através do Decreto nº 98.602, a restrição geográfica foi definitivamente excluída. Assim, o Brasil passa a aderir plenamente à Declaração de Cartagena, viabilizando maior auxílio aos refugiados, sem o viés segregacionista anterior (BARRETO, 2010).

Impinge observar que, para o aprimoramento do acesso ao refúgio no Brasil, foram inseridos princípios basilares para a proteção dos refugiados na Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, da tolerância e da solidariedade. Nesse ponto, a Carta Magna, expressamente, entendeu que os tratados internacionais se coadunam com o regramento constitucional (JUBILUT, 2007).

O artigo 4º da Constituição Federal prevê, através dos incisos II e X, a prevalência dos direitos humanos, bem como a concessão do asilo político, premissas estas fundamentais para a proteção do Direito Internacional dos Refugiados (BRASIL, 1988).

A elevação dos tratados internacionais, que versem sobre direitos humanos, ao patamar de normas constitucionais trouxe ao Ordenamento Jurídico preceitos internacionais de suma importância, com a participação de diversos países e organismos internacionais. De outro modo, os demais tratados internacionais possuem força hierárquica infraconstitucional, em consonância com o artigo 102, III, “b” da Carta Magna, o qual admite ser cabível recurso extraordinário em decisão que julgar a inconstitucionalidade do tratado (PIOVESAN, 1999).

Por fim, para a inclusão das premissas compactuadas na Declaração de Cartagena, foi sancionada a Lei Federal nº 9.474/97 que, através dos seus 49 artigos, definiu meios para que o país aderisse à Convenção de Genebra de 1951 (BRASIL, 1997).

Dentre as variadas inovações advindas da Lei nº 9.474/97, destaca-se a instituição do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), uma autoridade tripartite (governo, sociedade civil e Nações Unidas, através do ACNUR) responsável por receber as solicitações de refúgio, verificando se estão presentes as condições necessárias para o enquadramento no conceito de “refugiado” (ALARCÓN; TORRES, 2017).

Ademais, o Brasil empreendeu expressivo avanço normativo em relação à proteção dos refugiados. Referido dispositivo de lei, denominado Estatuto dos Refugiados, abarcou documentos essenciais, como a Declaração de Cartagena de 1984, o que viabilizou a expansão do termo “refugiado”, conforme o artigo abaixo:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL, Lei n. 9.474, 1997).

O inciso inaugural deste artigo corresponde à primeira definição de refugiado, em consonância com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e ao Estatuto do Refugiado (1967).

Em sequência, o inciso II está relacionado aos apátridas, indivíduos que não são considerados nacionais por nenhum Estado, ou seja, desprovidos de nacionalidade. Os motivos são diversos, porém, são vertentes de discriminação. Estas pessoas estão extremamente à margem da sociedade, em face das limitações de direitos exclusivos aos enquadrados como nacionais. Barbosa (2015) delinea o conceito de apátrida da seguinte forma:

A expressão "apátrida" vem do grego "a" como prefixo de privação e de "patrís" ou "patrídos", que por sua vez, denotam a ideia de pátria". Assim, em linhas gerais, apátrida é toda e qualquer pessoa que não possui uma pátria, uma nação, um Estado, e deles não usufrui dos direitos inerentes da nacionalidade.

Em 1954, foi realizada a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, promulgada pelo Brasil apenas em 2002, através do Decreto nº 4.246. O artigo 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas prevê a definição de "apátrida" como (BRASIL, 2002):

Artigo 1º, da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, in verbis: "Definição do termo "apátrida". §1. Aos efeitos da presente Convenção, o termo "apátrida" designará toda pessoa que não seja considerada como nacional seu por nenhum Estado, conforme a sua legislação. §2. Esta Convenção não se aplicará: a) Às pessoas que atualmente recebem proteção ou assistência de um órgão ou organismo das Nações Unidas diferente do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, enquanto estejam recebendo tal proteção ou assistência. b) Às pessoas a quem as autoridades competentes do país onde tenham fixado sua residência reconheçam os direitos e obrigações inerentes a posse da nacionalidade de tal país. c) Às pessoas sobre as quais existam razões concretas para considerar: I) Que tenham cometido um delito contra a paz, um delito de guerra ou um delito contra a humanidade, definido nos instrumentos internacionais referentes a tais delitos. II) Que tenham cometido um delito grave de índole política fora do país de sua residência, antes de sua admissão em tal país. III) Que são culpados de atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Os apátridas possuem duas classificações doutrinárias importantes: os *de jure* e o *de facto*. Os apátridas *de jure* são aqueles definidos no artigo 1º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, ou seja, aqueles que não estão abrangidos por qualquer nacionalidade ou qualquer Estado. Quanto aos apátridas *de facto*, são aqueles que possuem reconhecimento da nacionalidade por determinado Estado, porém, referida condecoração carece de efetividade, sendo insuficiente para suprir as necessidades básicas (BARBOSA, 2015).

O último inciso corresponde à extensão do termo refugiado, em consonância com a Declaração de Cartagena, a qual também enquadra como refugiado aquele que sofre grave e generalizada violação aos direitos humanos.

Ademais, a Lei 9474/97 definiu expressamente quem não deverá se beneficiar da condição de refugiado, consoante o art. 3º, in verbis (BRASIL, 1997):

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: I - já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR; II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro; III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas; IV - sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

Em suma, a Lei 9.474/97 teve como escopo a normatização da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, com o intuito de concretizar o procedimento de concessão de refúgio. Tais inovações destoaram o Brasil em relação aos outros países que compactuaram com os tratados internacionais sobre os refugiados. Para Jubilut (2019), as qualidades da lei supramencionada podem ser divididas em três égides:

As qualidades da Lei 9.474/97 encontram-se principalmente em três aspectos: (1) é um instrumento exclusivo sobre o tema dos refugiados, o que não ocorre em outros países que ou não tem regras específicas para refugiados ou as têm dentro de uma lei geral sobre imigração, (2) traz uma definição mais abrangente do termo refugiado, possibilitando proteção a um maior número de pessoas, como mencionado e (3) traz regras de devido processo legal, mesmo em se tratando de um procedimento administrativo, com a necessidade de fundamentação da decisão e com a possibilidade de recurso.

Como dissertado anteriormente, a criação do CONARE foi um expressivo avanço brasileiro na busca pela proteção aos refugiados. O CONARE é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça, com natureza jurídica administrativa, o qual possui condão normativo. Compõe o referido órgão os seguintes representantes do governo: líderes do Ministérios da Justiça, da Saúde, do Trabalho, da Educação, do Desporto, integrantes do departamento da Polícia Federal, um representante de organização não-governamental, responsável pela tutela aos imigrantes e refugiados no país, e, por fim, a figura do ACNUR, que atua na orientação, mas sem direito ao voto (RODRIGUES, 2007).

O procedimento para a solicitação do refúgio depende de determinados requisitos. A fim de aclarar o tema, temos como exemplo a necessidade de o estrangeiro apresentar-se à autoridade competente e manifestar seu desejo em ser reconhecido como refugiado neste país. Esta solicitação ocorre perante a autoridade migratória na fronteira, independentemente se a entrada no país ocorreu de forma irregular ou regular (BRASIL, 1997).

Após ser devidamente instruído, o requerente preencherá um Termo de Declaração, especificando os motivos que levaram a deixar seu país de origem e residir neste país. Tal documento deverá conter seus dados pessoais e a nomeação dos familiares dependentes economicamente que ali estiverem presentes. Cumpre destacar que o procedimento é gratuito e poderá conter ajuda de um tradutor (ROGUET, 2009).

Posteriormente, o ACNUR será acionado em decorrência da solicitação e averiguará os documentos levantados pela Polícia Federal. Insta consignar que, caso haja pedido de extradição em

face do solicitante, o requerimento será suspenso até o término da análise da solicitação de refúgio, em conformidade com o dispositivo da Lei 9.474/97 que segue (BRASIL, 1988):

Art. 10. A solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem.

§ 1º Se a condição de refugiado for reconhecida, o procedimento será arquivado, desde que demonstrado que a infração correspondente foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento. § 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a solicitação de refúgio e a decisão sobre a mesma deverão ser comunicadas à Polícia Federal, que as transmitirá ao órgão onde tramitar o procedimento administrativo ou criminal.

Forçoso é perceber a importância do Termo de Declaração a ser lavrado pela Polícia Federal, pois, além de dar início ao procedimento de concessão de refúgio, também possibilita que o requerente possa utilizar-se do Protocolo Provisório, previsto nos artigos 21 e 22 da Lei nº 9.474, o qual autoriza a estada do solicitante e de seu grupo familiar no território nacional, até a decisão do requerimento de concessão de refúgio.

Em seguida, o solicitante será encaminhado para o Centro de Acolhida, o qual permitirá que o requerente tenha acesso a programas voltados para assistência e integração social. Por conseguinte, o solicitante será entrevistado novamente, por um representante do CONARE, que apreciará os relatos junto a representantes do CONARE, do ACNUR e da sociedade civil, os quais são incumbidos de elaborar um parecer, que será levado ao plenário do CONARE (JUBILUT, 2019).

Da decisão do CONARE, poderá se extrair duas vertentes: a decisão que reconhece a condição de refugiado, acolhendo o pedido de refúgio, e a que nega a condição de refugiado.

Ao assegurar a condição de refugiado, o CONARE deverá notificar a Polícia Federal, para adotar as medidas cabíveis, como, por exemplo, o arquivamento de procedimento administrativo ou criminal em face da entrada irregular. Em ato subsequente, o solicitante deverá ser comunicado, devendo assinar um Termo de Responsabilidade e solicitar seu Registro Nacional de Estrangeiro, em conformidade com os artigos 27 e 28 do Estatuto dos Refugiados (BRASIL, 1997).

É imperioso destacar a importância do reconhecimento da condição de refugiado ser considerada ato declaratório, conforme elucidada Jubilit no trecho abaixo (2019):

Cumpra ressaltar que a decisão de reconhecimento é declaratória e não constitutiva, ou seja, que se entende que o solicitante que tem o seu pedido de refúgio reconhecido já era refugiado antes mesmo da decisão, servindo esta apenas para declarar o direito à proteção de que o mesmo já era titular anteriormente. O que faz de um indivíduo um refugiado são as condições objetivas de seu país de origem e/ou de residência habitual das quais decorram um fundado temor de perseguição, e não o ato do governo brasileiro que reconhece o pedido de refúgio.

Inferre-se do diploma legal, outrossim, que a decisão de reconhecimento do refúgio deve ser fundamentada, em consonância com o artigo 26 da Lei 9.474/97 (BRASIL, 1997).

Ao revés, caso não seja reconhecida a condição de refugiado, o solicitante terá 15 dias, a contar da data da notificação da decisão, para recorrer ao Ministro de Estado da Justiça (artigo 29). A decisão negativa deve estar fundamentada e constar na notificação levada ao solicitante (BRASIL, 1997).

Para a elaboração do recurso, não há formalidades, tendo em vista que pode ser efetuado pelo próprio requerente do refúgio, bastando apenas que seja remetido ao Ministro da Justiça, no prazo de 15 dias - a contar da data do recebimento da notificação -, que tem prerrogativa para decidir, em última instância, a solicitação de refúgio neste país (JUBILUT, 2019).

Frisa-se que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando a tese de que o Poder Judiciário deve limitar-se aos possíveis vícios de legalidade no procedimento de concessão do refúgio, sem reapreciar os critérios de conveniência e oportunidade utilizados, os quais são de competência do órgão administrativo CONARE (BENETI, 2017).

Durante o período de avaliação do pedido de refúgio, o solicitante, assim como sua família, poderá permanecer no território brasileiro (artigo 30). Após a concretização da decisão, o Ministro da Justiça notificará o CONARE, para que este dê ciência ao requerente e à Polícia Federal (BRASIL, 1997).

Deferido o recurso, o procedimento segue o mesmo caminho preconizado pelos artigos 26 a 28, ou seja, o solicitante passa a ser reconhecido como refugiado, devendo ser registrado junto à Polícia Federal (BRASIL, 1997).

Rejeitado o recurso, ficará o solicitante sujeito à legislação dos estrangeiros, sem, contudo, ser transferido de imediato para o seu país de origem, enquanto não cessar as circunstâncias que envolvem risco à vida, à integridade física e à liberdade, em razão do princípio do non-refoulement (BRASIL, 1997).

O artigo 7º, §2º, do Estatuto dos Refugiado, prevê que o benefício do refúgio não poderá ser estendido àquele que for considerado perigoso para a segurança do Brasil. Ocorre que tal impedimento tem viés substancialmente inconstitucional, tendo em vista que não há previsão de defesa sob as alegações de violências e periculosidade do refugiado que aqui adentra, infringindo, assim, as premissas constitucionais da presunção da inocência e da necessária aplicação do contraditório e da ampla defesa (ALARCON; TORRES, 2017).

Após a concessão do refúgio, o Governo deve colocar em prática três soluções duráveis quanto aos refugiados, tratadas nos artigos 42 ao 46 da lei supramencionada.

A primeira solução trata-se da repatriação, descrita no artigo 42 do Estatuto dos Refugiados (BRASIL, 1997), a qual possui caráter voluntário, com exceção aos casos em que não subsistem mais as condições que determinaram o refúgio.

Já a segunda solução decorre da integração local, prevista nos artigos 43 e 44 do respectivo estatuto, leva-se, aqui, em consideração a condição desprivilegiada do refugiado, na medida que cabe ao Governo facilitar os mecanismos de integração no mercado de trabalho, no momento de reconhecimento de seus diplomas emitidos no país de origem e no ingresso em instituições acadêmicas de quaisquer níveis (ROGUET, 2009).

Por fim, a terceira solução é o reassentamento, que deverá ser concedido, sempre que possível, de maneira voluntária. Trata-se da hipótese de delegar a outro país a proteção do refugiado, já que este não obteve a proteção imprescindível, nem a integração local do país que lhe acolheu. Tal solução, prevista nos artigos 45 e 46 da lei 9474/97, foi complementada pelo Acordo Marco para o Reassentamento de Refugiados, como disciplina Roguet (2009):

O Brasil assinou com o ACNUR, em 1999, o Acordo Marco para o Reassentamento de Refugiados, com fundamento no artigo 46 da Lei 9.474/97, que prevê que o reassentamento no país se fará de forma planejada e com a participação coordenada dos órgãos estatais e quando possível de organizações não-governamentais. Desta forma, ficou estabelecida a possibilidade jurídica de uma parceria entre ambas as entidades para reassentar refugiados no Brasil, uma vez que tal documento define os critérios e os meios pelos quais essa solução durável seria implementada em território brasileiro. Porém, somente em 2002, iniciou-se a implantação desse projeto, com a chegada de um grupo de 23 afegãos.

A Lei 9474/97 prevê também a cessação e a perda da condição de refugiado, em consonância com os artigos 38 e 39 da respectiva lei (BRASIL, 1997).

A cessação da condição de refugiado ocorre nas seguintes hipóteses do artigo 38 da lei supramencionada (BRASIL, 1997), quando: voltar a contar com a proteção do país de origem; recuperar a nacionalidade perdida; adquirir uma nova nacionalidade, gozando de proteção do país que lhe concedeu; voltar ao país de origem, de maneira voluntária; ou no caso de não poder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias as quais foram levadas em conta para a concessão do refúgio.

Já a perda da condição de refugiado, estabelecida no artigo 39 do Estatuto dos Refugiados (BRASIL, 1997), deriva da renúncia do refugiado; da prova da falsidade dos fundamentos para o reconhecimento da condição de refugiado ou a existência de fatos que seriam impeditivos tal reconhecimento; do exercício de atividades que são contrárias à segurança nacional ou à ordem pública, e, por fim, da saída do território nacional sem prévia autorização do governo brasileiro.

Tanto a perda como a cessação da condição de refugiado são decididas pelo CONARE, em primeira instância, cabendo recurso ao Ministro da Justiça, que proferirá decisão de deferimento ou indeferimento irrecorrível, conforme dispõe os artigos 40 e 41 da Lei nº 9.474/97 (BRASIL, 1997).

O Estatuto dos Refugiados é até hoje fundamental para a proteção e incorporação dos refugiados no Brasil; contando com o auxílio de políticas públicas migratórias e não-governamentais, como é o caso do ACNUR e da Caritas, os quais garantem uma permanência digna

a estes indivíduos.

Da efetividade da tutela brasileira aos refugiados

Segundo o sítio eletrônico do ACNUR (2019), 68,5 milhões de pessoas foram deslocadas à força no mundo. Deste montante, 40 milhões são deslocados internos, 25,4 milhões são refugiados e 3,1 milhões são solicitantes de refúgios. De acordo com a mesma estatística, há cada minuto, 20 pessoas são deslocadas à força no mundo, em decorrência de perseguições e conflitos.

O Brasil sempre foi visto como uma nação acolhedora. Porém, este título está defasado, tendo em vista a crescente onda xenofóbica que assola este país. No ano de 2018, vivenciamos um alarmante choque fronteiriço entre roraimenses e venezuelanos, sendo que a incompreensão com relação a estada dos refugiados culminou no incêndio do abrigo destes migrantes forçados que aqui se estalavam (UOL, 2019).

Bauman (2016) identifica o ressentimento causado pelos novos imigrantes, em vista das personificações das crises existentes, a trazerem más notícias a nossa porta. Tal insegurança busca alguém para culpar diante dos tempos nefastos vividos, levando à xenofobia, que é a derivação dos termos “xénos” (estrangeiro) e “phobos” (medo).

Desse medo institucionalizado, temos como agravantes a colaboração da mídia para culpar estes indivíduos marginalizados, assim como, o aproveitamento da exploração destas situações lamentáveis para angariar a aprovação popular de tiranos nas eleições, como vimos diversos governantes chegando ao poder (BAUMAN, 2016).

Como já roborado, o Brasil possui uma legislação migratória acolhedora e exemplar, a qual possibilita ao estrangeiro chegar a este território e expressar sua vontade de residir no país. Dessa maneira, ainda que clandestinamente, a autoridade competente irá instaurar o procedimento para a concessão do refúgio, impossibilitando que o solicitante seja deportado para o país em que sua vida ou liberdade encontram-se ameaçadas, em virtude do princípio *non-refoulement*.

No entanto, não se pode olvidar que o Brasil possui, em seu território, um número ínfimo de refugiados, especialmente se comparado a países como Turquia, Líbano e Paquistão. Dentre as principais causas, destaca-se, segundo Gomes (*apud* MATOS): a localização geográfica, que dificulta o deslocamento dos refugiados; os problemas enfrentados com a efetividade dos direitos previstos nos dispositivos legais; a falta de informação relativa à concessão do refúgio neste país; e, evidentemente, a precariedade nas políticas públicas direcionadas aos refugiados que aqui adentram.

Segundo os dados da Secretaria Nacional da Justiça (2017), as solicitações do reconhecimento da condição de refugiado no Brasil em 2017 chegaram a 33.866 pedidos, com

destaque aos seguintes países: Venezuela (53%); Cuba (7%); Haiti (7%); Angola (6%); China (4%); Senegal (4%) e Síria (2%).

Atualmente, a Venezuela está vivenciando uma crise humanitária devastadora, em razão de políticas autoritárias, do alto nível de desemprego, da elevada taxa de inflação, da escassez de recursos básicos, da corrupção e da violência que aflora este país vizinho ao Brasil. Devido as consequências desta opressão generalizada, o Brasil se tornou o principal destino dos venezuelanos, fato que sobrecarregou os serviços públicos das áreas fronteiriças, sobretudo, para as cidades do estado de Roraima (MARQUES; LEAL, 2019).

A situação está tão fragilizada que o Estado de Roraima ajuizou uma Ação Civil em face da União, requerendo a concessão de tutela antecipada para:

(a) obrigar a ré a promover medidas administrativas nas áreas de controle policial, saúde e vigilância sanitária na região da fronteira entre o Brasil e a Venezuela; (b) determinar a imediata transferência de recursos adicionais da União para suprir custos que vem suportando com a prestação de serviços públicos aos imigrantes oriundos da Venezuela estabelecidos em território roraimense; e (c) compelir a União a fechar temporariamente a fronteira entre o Brasil e a Venezuela ou limitar o ingresso de imigrantes venezuelanos no Brasil (Ação Cível Originária 3.121, Roraima).

A relatora Rosa Weber, citando o protocolo de 1967, assim como a Declaração de Cartagena e o Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça, este último formalizado entre a Venezuela e o Brasil com o intuito de impedir o fechamento de suas respectivas fronteiras, proferiu a seguinte decisão:

Em suma, pelos motivos expostos e forte nos arts. 4º, II e IX, e 5º, LIV, da Constituição da República, no art. 45, parágrafo único, da Lei nº 13.445/2017, no artigo XVIII do Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela, não há como conceder a tutela antecipada requerida, no ponto examinado. Não só ausentes os pressupostos mínimos para sua concessão, da ótica do necessário *fumus boni juris*, como contrários os pleitos ora em exame, aos fundamentos da Constituição Federal, às leis brasileiras e aos tratados ratificados pelo Brasil. INDEFIRO, pois, os pedidos de fechamento temporário da fronteira com a Venezuela e de limitação do ingresso de refugiados venezuelanos no Brasil (CONJUR, 2019).

O Brasil, no mês de julho do ano de 2018, aderiu ao Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular (GCM), mais conhecido como Pacto Global de Migração da ONU. Este documento, de natureza não vinculada, traz diretrizes a serem seguidas pelos Estados compactuados, com o intuito de colaborar com o auxílio aos migrantes, fomentando uma cooperação internacional quanto aos fluxos migratórios atuais.

Ocorre que, o Brasil, com a mudança para um governo de diretrizes conservadoras, deixou o pacto das migrações, sob o questionável discurso de que este país é soberano para escolher quem poderá ingressar em seu território, como se manifesta o Presidente desse país, através da sua conta no twitter:

O Brasil é soberano para decidir se aceita ou não migrantes. Quem porventura vier para cá deverá estar sujeito às nossas leis, regras e costumes, bem como deverá cantar nosso hino e respeitar nossa cultura. Não é qualquer um que entra em nossa casa, nem será qualquer um que entrará no Brasil via pacto adotado por terceiros. NÃO AO PACTO MIGRATÓRIO (TWITTER, 2019).

Dentre os prejuízos da saída deste pacto, estão os que recairão sobre a população emigrante brasileira, tendo em vista que a posição política adotada poderá criar retaliações comerciais, além de dificultar o cotidiano desta parcela vulnerável, em razão da negativa à cooperação internacional pelo Brasil aos migrantes de outros países (FOLLY, 2019)

Noutro giro, pode-se comemorar a invejável atuação do Governo do Uruguai em acolher refugiados da América Central, que desde 2009 conta com programas para reassentamento (ONUBR, 2019), possibilitando a incorporação e acolhimento dos refugiados. Não por acaso, este país está vinte e quatro posições à frente do Brasil no Índice de Desenvolvimento Humano, conforme estimativa de 2017 publicada em 2018 (UOL, 2018).

Outro exemplo, também na América do Sul, é o Equador, o qual é exemplo em políticas públicas para o acolhimento dos refugiados. No mês de agosto de 2018, o governo do Equador chegou a abrir um corredor humanitário para que os venezuelanos chegassem à capital do país (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018).

Ambos os países mencionados são geograficamente menores, providos de condições territoriais limitadas comparadas ao Brasil. Ademais, não há ausência de políticas públicas que assegurem a garantia de direitos básicos aqueles que chegam ao país.

O Brasil, além de possuir dificuldades estruturais, como recursos financeiros e distribuições desproporcionais de riquezas, possui também dificuldades conjunturais, ligadas a falta de interesse governamental em aderir à cooperação internacional e promover melhores condições de vida àqueles que batem a nossa porta.

A soberania estatal deve abandonar as premissas maquiavélicas de que não há uma ordem superior ao Estado e seu soberano, tendo em vista que é imprescindível, nos tempos atuais, a cooperação internacional e vinculante para a sobrevivência humana (LAFER, 1995).

O cerne da questão, como sabiamente explanado por Bobbio, orbita na seara política, “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (apud PINHEIRO; SOUZA, 2019), ou seja, a efetividade encontra enormes obstáculos para se perfazer.

Embora os indícios de que o Brasil adotará caminhos nebulosos quanto à proteção dos refugiados, espera-se que este país, assim como todos os Estados, superem as divergências políticas e ideológicas, no intuito de se atentarem a uma solução global da situação de vulnerabilidade dos

refugiados, efetivando, assim, as diretrizes elaboradas para a implementação de uma dignidade inerente a qualquer ser humano, independentemente de suas características pessoais.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível verificar que o Brasil possui fértil terreno em se tratando de dispositivos legais para atingir as tutelas dos refugiados, em consonância com a ratificação dos tratados internacionais pactuados pela legislação interna do Brasil. Nesse ponto, portanto, é considerado pioneiro na admissão dos pactos internacionais sobre a cooperação com os refugiados na América do Sul.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu novas premissas às relações internacionais voltadas para a proteção dos Direitos Humanos, não se restringindo a independência nacional pura e simples. A redemocratização do Brasil fez com que a figura do asilo político ganhasse respaldo e observância por todo ordenamento jurídico brasileiro (embora seu procedimento seja nebuloso por falta de regulamentação interna).

Ademais, diante desta nova postura do Brasil, surge a Lei nº 9.474/97, conhecida como Estatuto dos Refugiados, a qual buscou efetivar a concessão do refúgio no Brasil, através do pormenorizado procedimento para a consolidação do status de refugiado. Entretanto, referida lei se caracterizou por ser mais procedimental do que aberta para tratar do desenvolvimento da vida dos refugiados neste país, carecendo de previsões legais que versem sobre o acesso à moradia, à saúde e às instituições de ensino aos refugiados que aqui adentram.

Porém, é notável que o direito não pode se restringir apenas ao positivado, devendo existir uma correlação com mecanismos exteriores à lei para alcançar a efetividade buscada. Por óbvio, o zênite do ideal seria a incorporação da paz social como objetivo de todos os Estados, fulminando no nascedouro os motivos que levem aos refúgios.

No entanto, a situação é mais complicada na prática do que na teoria. As divergências políticas, a discriminação racial, a xenofobia em ascensão e a presença de extremismos religiosos são fontes inesgotáveis de exclusão de seres humanos, evidenciando que as imigrações forçadas estão longe de acabar.

A vinda dos refugiados, por mais acolhedores que sejam os países, nunca é fácil, porquanto há a imanente necessidade de deixar para trás bens materiais e memórias alastradas durante toda a vida. Por essas e outras razões, surge a necessidade de efetivar mecanismos que auxiliam na proteção aos refugiados, levando em consideração a vulnerabilidade que os cerca.

O Brasil, conquanto possua um arcabouço jurídico invejável quanto aos refugiados, necessita de instrumentalização para colocar em prática tais premissas. Este país deveria enfatizar

políticas públicas para cristalizar os direitos previstos aos refugiados nas legislações internas e nos tratados internacionais, destacando-se assim como um exemplo para os países que estão fechando às portas à solidariedade mundial.

Como exemplo de políticas públicas afirmativas, evidencia-se a necessária integralização dos refugiados e migrantes, buscando desenvolver uma cooperação tanto do Estado, como da sociedade em inserir estes indivíduos no cotidiano brasileiro.

Neste sentido, para desestimular a crescente onda xenofóbica no país, o Brasil deverá desconstruir os preceitos negativos advindos das famosas *Fake News*, através de campanhas públicas e, em *ultima ratio*, a punição aos semeadores deste discurso de ódio, a fim de garantir a nascente de uma universalização da solidariedade brasileira.

Como outras formas de instrumentalizar a efetividade aos direitos dos refugiados, está a promoção da interiorização dos refugiados, aliviando a situação dos estados inseridos na fronteira do país e promovendo melhores oportunidades de emprego e moradia àqueles que aqui adentram.

Ademais, o combate à corrupção é extremamente necessário para a efetividade dos direitos aos refugiados, principalmente ao acesso aos direitos sociais que deveriam ser colocados à disposição pelo Estado.

Por último, para que persista as inovações trazidas com a Carta Magna de 1988, deverá este país se empenhar em manter o regime democrático brasileiro, no intuito de garantir os direitos sociais advindos da redemocratização do Brasil, possibilitando, assim, que o direito se comprometa a efetivar a todos uma existência digna e justa, premissa esta basilar para qualquer sociedade.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Dados sobre refúgio**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 20 maio 2019.

ACNUR. **Declaração de Cartagena**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1>. Acesso em: 20 maio 2019.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; TORRES, Daniel Bertolucci. O direito dos refugiados e a metodologia e prática brasileira de atendimento a requerentes de refúgio. Uma análise crítica constitucional para avançar na efetivação dos direitos humanos. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz *et al.* (Coord.) **Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 491-506.

BARBOSA, Guilherme Vieira. **A ausência de nacionalidade como fator de risco à condição do cidadão estrangeiro: a questão jurídico-social dos apátridas como uma nova construção do**

pensamento jurídico internacional. 387 f. Tese (mestrado). Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, SP, 2015.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A lei brasileira de refúgio: sua história. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.) **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 10-22. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2010/Refugio_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017.

BENETI, Sidnei. Refúgio e extradição na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz et al. (Coord.). **Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 1.239-1.260.

BOLSONARO, J. M. Pacto Migratório. 9 jan. 2019. Twitter: **@jairbolsonaro**. Disponível em: <<https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1082924268361519104>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002. Promulga a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9474.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.445/2017, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2018. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CHAVES, Lindinalva Messias do Nascimento. **A questão dos refugiados nas relações internacionais** - o caso colombiano. 2008. 148 f. Tese (Doutorado), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2008.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Asilo diplomático e refúgio**: especialidades, semelhanças e um breve estudo de casos. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9831384e2ed3938f>>. Acesso em 13 jun. 2019.

DIREITOSHUMANOS.USP. **Declaração sobre asilo territorial**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/declaracao-sobre-asilo-territorial.html>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

DUARTE, Regina; CARVALHO, Flávia R. Torres de; CARVALHO, Andrea Rauscher Torres de

Carvalho. Refugiados: o trabalho como forma de resgate dos direitos fundamentais. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz *et al.* (Coord.) **Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 227-238.

EQUADOR abre corredor humanitário para venezuelanos chegarem ao Peru. **FOLHA DE S. PAULO**, São Paulo, 24 ago. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/08/equador-abre-corredor-humanitario-para-venezuelanos-chegarem-ao-peru.shtml>> Acesso em: 13 jun. 2019.

FOLLY, Maiara. Saída do acordo global sobre migrações pode impactar brasileiros no exterior. **EL PAÍS**, 12 jan. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/12/opinion/1547304022_687377.html>. Acesso em: 13 jun. 2019.

IDH 2018: Brasil ocupa a 79ª posição: veja a lista completa. **UOL**, São Paulo, 14 set. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/09/14/idh-2018-brasil-ocupa-a-79-posicao-veja-a-lista-completa.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 13 jun.2019.

JUBILUT. Liliana Lyra. **O Procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/o-procedimento-refugio-no-brasil.pdf>> Acesso em: 13 jun. 2019.

KOEKE, Andreza Franzoi. **A proteção jurídica brasileira aos refugiados sob a luz da Constituição Federal de 1988 e da lei nº 9.474/97**. 2013. 158 f. Tese (Mestrado). Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2013.

LAFER, Celso. A ONU e os direitos humanos. **SciELO**, São Paulo, v. 9, n. 25, set./dez. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MARQUES, Andressa C. M. S.; LEAL, Marília D. F. O. **Migrantes venezuelanos no brasil: cooperação como meio para garantir direitos**. Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/revistas/conidif/trabalhos/TRABALHO_EV082_MD1_SA7_ID321_21082017230856.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

MATOS, Ana Carolina Siqueira. **O sistema de proteção a refugiados e sua atuação perante as refugiadas sírias no Brasil**. 2018. 121 f. Tese (Mestrado). Universidade de Brasília – UNB, Brasília, DF, 2018.

MENEZES, Thaís Silva. **Direitos humanos e refúgio: a violação de direitos antes e após a determinação do status de refugiado**. 2012. 60 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2012.

MORADORES de Roraima ateiam fogo a abrigo de venezuelanos. **UOL**, 18 ago. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/moradores-de-roraima-ateiam-fogo-a-abrigo-de-venezuelanos/>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MOREIRA, Julia Bertino. **Pesquisando Migrantes forçados e refugiados**: reflexões sobre desafios metodológicos no campo de estudos. Disponível em <file:///C:/Users/ADM/Downloads/53079-Texto%20do%20artigo-221061-1-10-20180520.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

ONUBR. **Uruguai é 1º país sul-americano a acolher refugiados da América Central**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/uruguai-e-1o-pais-sul-americano-a-acolher-refugiados-da-america-central/>. Acesso em: 14 jun. 2019.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza *jus cogens* e a proteção internacional dos refugiados. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 7, p. 51-68, jul. 2016. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94>. Acesso em: 14 jun. 2019.

PENTEADO, Fernando Martinho de Barros. Asilo político: aspectos históricos e regime jurídico. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz *et al.* (Coord.) **Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 579-598.

PIOVESAN, Flavia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos. In: WORKSHOP A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O BRASIL. 7 a 8 de outubro de 1999. Brasília. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. 1999, p. 87-104.

REFÚGIO em números: 3ª edição. **Secretaria Nacional de Justiça**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/refugio-em-nasmeros_1104.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

RODRIGUES, Guilherme M. A. Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **II Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. 1. Cedin, 2007, p. 164-178.

ROGUET, Patrícia. **Direitos e deveres dos refugiados na lei nº 9.474/97**. 2009. 184 f. Tese (Mestrado), Universidade Mackenzie, São Paulo, SP, 2009.

STF. Tutela provisória na ação cível originária 3.121 Roraima. Relatora: MIN. ROSA WEBER. DJ: 06 AGO. 2018. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rosa-weber-nega-fechamento-fronteira.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

VEDOVATO, Luís Renato. Direito dos refugiados e realidade: a necessária diminuição das distâncias entre o declarado e o alcançado. In: RAMOS, André de Carvalho *et al.* (Coord.). **60 anos de ACNUR**: Perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A, 2011, p. 289-312.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO CUMPRIMENTO FORÇADO DAS AÇÕES DE MEDICAMENTO

Evandro Monteiro DOS SANTOS¹
Fabio Dias da SILVA²

RESUMO

O presente estudo busca discorrer sobre a responsabilidade civil do Estado na concessão, e consequente cumprimento do direito fundamental à saúde, de medicamentos ou tratamentos específicos a aqueles que necessitam desta tutela estatal. Será demonstrado no decorrer do trabalho que a falta de fornecimento de medicamentos se enquadra em um ato específico de omissão do ente estatal, sendo que em decorrência disto enseja na mencionada responsabilidade civil do Estado. Pelo que se denota a esfera do direito resguardado, ou que deveria ser, pelo Estado, consagrado pelo direito à saúde, vem sofrendo violações diretas e a judicialização do mencionado direito é uma das saídas encontradas por aqueles que necessitam da prestação estatal que, na verdade deveria ser uma obrigação estatal a ser cumprida. Desta maneira surge a responsabilização do Estado frente às omissões na consagração do Direito à Saúde, mormente quanto à concessão dos medicamentos, sendo que se houver o cumprimento forçado da decisão judicial trará maior evidência na contextualização da ausência de cumprimento espontâneo das obrigações estatais quanto aos direitos fundamentais do homem. Com isso o presente estudo tratará especificamente das disposições acerca do cumprimento forçado e a responsabilidade civil do Estado pela sua omissão.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Estado. Direito à Saúde. Medicamento. Cumprimento forçado.

ABSTRACT

The present study seek to draw about civil responsibility of the State in granting and consequent compliance with the fundamental right to health, medicines or especif treatments to those who need this State protection. It will be demonstrated in the course of the work that the lack of medicine supply fits in a specific act of omission of the State Entity, and as a result it causes the mentioned civil responsibility of the State. From what is denoted, the sphere of the protected right, or that should be, by the State, established by the right to health, has been suffering direct violations and the judicialization of the said right is one of the outputs found by those who need the State benefit that, in fact should be a State obligation to be fulfilled. In this way the State is accountable to the omissions in the consecration of the right to health, especially regarding the granting of medicines, and if there's enforced compliance with the judicial decision there will be more evidence in the contextualisation of the absence of spontaneous fulfillment of the State obligations regarding the fundamental rights of the man. The present study will deal specifically with the provisions on enforced compliance and civil responsibility of the State for its omission.

KEYWORDS: Civil responsibility. State. Right to health. Medicine. Forced compliance.

1 INTRODUÇÃO

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Evandro570@gmail.com.

2 Advogado. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Processo Civil (NOVO CPC) pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. fabiodiasilva@gmail.com.

Por vezes a pretensão jurisdicional buscada em juízo não é alcançada pela latente desobediência às decisões judiciais pelo Estado, e essa posição adotada pelo ente estatal não é diferente para com as ações em que é requerido o direito à saúde em si, seja retratado por medicamentos, seja por tratamentos médicos.

Em vias de proporcionar uma responsabilização maior do Estado, ainda em se tratando de uma obrigação de fazer em si, a Constituição da República de 1988 estabeleceu a responsabilidade civil do Estado de forma objetiva, aquela que independe de culpa, em sua incidência principal.

Essa forma de responsabilizar o Estado fez com que o Código de Processo Civil buscasse uma medida jurisdicional, e conseqüentemente processual, para que trouxesse uma forma de coibir o Estado para que cumprisse a decisão judicial, assim inaugurou-se os poderes do juiz, mormente os poderes executivos do juiz, em destaque o poder executivo atípico e a multa denominada como *astreinte*.

O intuito, e conseqüente importância, do estudo em questão se vislumbra a partir da conduta do representante do Estado que se contenta a sustentar que houve o cumprimento da decisão a partir da obrigação de fazer, sem levar em consideração que teve um atraso na prestação jurisdicional que não pode ser esquecida em momento algum.

Nesse viés que o presente trabalho trará balizas para que tanto a responsabilidade civil do Estado seja respeitada e aplicada, quanto as decisões judiciais sejam efetivamente cumpridas, tendo em vista que no mais das vezes as decisões não são tuteladas da maneira que se espera, ainda mais em se tratando de Direito à Saúde em si.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DIREITO À SAÚDE

O constituinte de 1988 estabeleceu no § 6.º do artigo 37 da Constituição da República de 1988 a preconizada responsabilidade civil do Estado onde, no mais das vezes, faz com que os agentes estatais, como também todo e qualquer pessoa sujeita de direitos que componha o ente estatal, tenha sua responsabilização por suas ações e/ou omissões.

Cabe trazer à baila os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2015, p. 114):

[...] O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. [...] O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. [...] Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade.

Pela observação exposta temos que há o poder-dever do Estado, representado pelo administrador público, para com a comunidade em geral, uma vez que o Direito à Saúde é direito de todos e, assim, em se tratando de direitos para todos é, de toda sorte, irrenunciável, ainda mais em

se tratando da saúde.

E, em se tratando de um poder-dever se vislumbrar que a responsabilidade civil do Estado, tal como disciplinada na Magna Carta, é pautada na responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que independe de culpa, abrangendo uma maior tutela dos direitos dos cidadãos.

De outra banda temos que, em caso de deixar de observar o poder-dever do administrador, há a incidência da responsabilidade subjetiva onde, para a sua configuração, é necessária a observância da culpa e suas formas de ocorrência, como a negligência, imprudência e imperícia.

Nesse sentido a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 1042):

Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.

Da maneira como será tratada no bojo desse trabalho a responsabilidade civil do Estado, no caso da ausência do fornecimento de medicamentos, com o não fazer, vislumbra a incidência da responsabilidade na forma subjetiva, tendo em vista que mesmo obrigado, e com dever de fazer ao entregar os medicamentos, não deixa ou não o faz, incidindo essa forma de responsabilização.

Não obstante se falar em responsabilidade civil subjetiva, com a necessária observância da culpa, é preciso termos em mente que todos os pressupostos e requisitos para a incidência da responsabilidade civil devem estar presentes, tal como o agente, dano e nexo de causalidade.

Acerca do liame subjetivo/nexo de causalidade verificamos que toda a conduta lesiva, com a existência e incidência da negligência/imperícia/imprudência, elementos da culpa, ocasionada por um agente público, onde ocorreu um dano, mesmo que moral, é devida a responsabilização do Estado.

Sem que haja dano, ou até o nexo de causalidade, não há que se falar em existência de responsabilidade civil do indivíduo, sob pena de ter uma responsabilidade objetiva onde se insere o campo da subjetividade.

Por assim ser, em linhas gerais, observamos que o administrador tem o poder-dever de agir com que os medicamentos, que compõe o Direito à Saúde, sejam entregues de forma adequada e célere, atinente às necessidades dos indivíduos que o requeiram, sob pena de termos a responsabilização do ente estatal na sua inércia, mesmo que obrigado para tanto.

2.1 Do resguardo do Direito à Saúde pelo Estado

Em primeiro plano temos que o ciclo da vida humana é dividido em três fases, o nascer, crescer e o evento morte, sendo que em todas as fases deve ser observada a saúde em si, e

consequentemente seu direito que lhe é inerente.

Partindo-se desse princípio temos que o Direito à Saúde, tal como sedimentado alhures, é um dever agir do Estado, além do fato de que se não for resguardado, ensejará a responsabilização civil do Estado em si, vezes que descumprida uma obrigação de resguardar o direito à saúde.

Cabe destacar os ensinamentos de José Afonso da Silva (2014, p. 311):

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito à vida de todos os seres humanos significa também que nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

A Constituição da República de 1988 trouxe por bem tutelar o Direito à Saúde, como também o Direito à Vida, como um direito fundamental a ser resguardado no corpo da nossa constituinte, sendo utilizada como parâmetro de aplicabilidade para todo e qualquer instrumento a ser tutelado, seja de direito material ou de direito processual.

Do mesmo modo podemos destacar que a Magna Carta nada diferencia quanto aos tratamentos relacionados à saúde em si, seja medicamentos ou fisioterápicos, ou até quanto aos destinatários dessa esfera de direito, merecendo destaque a redação do artigo 196 da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por essa redação temos que a saúde é um dever do Estado, devendo este adotar um acesso, promoção e resguardo da gama de direitos que lhe é inerente, para que para todos sejam resguardados tanto a prevenção quanto o tratamento de doenças e enfermidades que possam acometer o cidadão.

O Estado deve, assim, em se tratando de Direito à Saúde, ser eficiente quanto às suas condutas de modo que efetivamente traga um tratamento igualitário a todos que residem e se encontrem no Brasil, vezes que a Constituição da República de 1988 nada diferencia no contexto de seus destinatários.

Não se trata somente de objetivar e contextualizar na Constituição da República de 1988 o Direito à Saúde, mas instituir políticas, instrumentos, ações, seja judiciais ou administrativas, a proporcionar a saúde em si de todos, não somente trazendo contextualizações para negar ou até restringir o direito em tela.

Pela obrigação do Estado de atuar frente ao Direito à Saúde, temos que não cabe ao Estado negar qualquer forma de tutela desse direito, ora representado pelo pleito de medicamentos, vezes que se é um direito fundamental a ser resguardado, não cabe sua disposição, ou até restrição, por

parte do ente estatal.

Partindo da premissa de que há um poder-dever de agir do Estado, pautando na sua eficiência dos atos administrativos, mormente quanto ao fornecimento de medicamentos, temos que ter em mente que o Estado deve adotar todo e qualquer procedimento necessário à resguardar direitos, sob pena de ser responsabilizado pela sua omissão.

É possível verificar que o status de direito fundamental penou a ser concedido, e reconhecido, ao Direito à Saúde, até que a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 901) salientam que a Constituição Federal de 1988 é a primeira Constituição a assegurar o direito fundamental à saúde.

Pela disposição e efetivação do Constituinte de 1988 de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado verificamos que há um direito tanto individual quanto coletivo quando se trata de direito à saúde.

Ademais, o dever do Estado, quando se trata de Direito à Saúde, é de atribuição comum a todos os entes da federação, ora que a própria Magna Carta, em seu inciso II do artigo 23 estabelece que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Município “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

A partir desse ponto temos que o Direito à Saúde, tal como disciplinado na Magna Carta, é direito de todos e, também, que todos os entes da federação, pouco importando se Município, Estado ou União, é competente, e tem o dever e obrigação, de fornecer medicamentos e resguardar o Direito à Saúde de todos.

Com isso, caberá à União, Estados e Municípios desenvolverem políticas sociais e econômicas que concretizem o direito à saúde, cabendo também a esses entes desenvolverem políticas que visem à redução ao risco de doenças e outras ocorrências que agravariam o quadro de saúde da população, como exemplo disso temos que, a partir do desenvolvimento de um sistema de saneamento básico e acesso à água potável houve a diminuição de problemas de saúde relacionados à água.

Outro exemplo que merece destaque, mas não menos importante, é a questão do Estado, a partir do artigo 200 da Constituição da República de 1988 estabelecer o SUS - Sistema Único de Saúde, englobando um sistema onde ações e serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada.

As competências desse sistema merecem destaque, a partir da redação do artigo supracitado:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e

- outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
 - III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
 - IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
 - V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
 - VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
 - VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
 - VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Ao criar o SUS, e estabelecer sua esfera de competência, o constituinte de 1988 definiu de forma ampla suas atribuições, denotando que o Estado, pensando em modo amplo e abrangente, elaborou uma forma com que o indivíduo, e também o coletivo, possam ser tratados de uma forma total e concreta.

No entanto, o SUS mesmo com toda a competência de atribuições não supre todas as necessidades dos indivíduos, sendo que muitas das vezes o procedimento adequado para o fornecimento de medicamento, por exemplo, não é respeitado pelo próprio ente estatal, seja ao negar o requerimento, seja ao criar obstáculos à fruição do direito à saúde requerido.

E, a partir da negativa estatal, ou até de sua resistência, surge a necessidade de uma demanda judicial, fundamentando o interesse de agir do indivíduo, de modo a requerer o fornecimento do medicamento perante o Poder Judiciário.

Cabe a ressalva de que o Poder Judiciário, sob pena de violar o seu poder originário, adotar uma análise detida para identificar as razões/motivo pelas quais levaram a administração pública a negar tal prestação jurisdicional, pois não cabe a este poder formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, tão somente realizar o controle de legalidade e constitucionalidade ao verificar se estão sendo protegidos os direitos constitucionais relacionados à saúde.

O Supremo Tribunal Federal em análise ao Recurso Extraordinário RE 195.192-3/RS de relatoria do Ministro Marco Aurélio, destacou em análise que os casos sobre o Direito à Saúde, se estabeleceu uma premissa de que a responsabilidade é do Estado como gênero, não cabendo qualquer diferenciação entre a responsabilidade dos entes estatais:

SAÚDE — AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS — DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. **O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios** (grifo nosso).

No mesmo sentido o pretório excelso em análise ao recurso RE – AgR 255.627-1 de relatoria do Ministro Nelson Jobim, decidiu que não cabe qualquer discussão acerca da prestação do direito à saúde:

[...] A referência, contida no preceito, a “Estado” mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo n.º 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. [...]

Por intermédio dessas decisões que obtemos que o Direito à Saúde, pouco importando o contexto em que esteja inserido, como medicamento/tratamento de alto custo, tratamento não englobado em lista da Agência Nacional de Saúde, deve se pautar pelo princípio de que esse direito fundamental deve ser resguardado, sob pena de responsabilização civil do Estado.

Da conduta de negar o Direito à Saúde como também opor obstáculos à devida fruição desse direito já temos a responsabilização dos entes estatais, quaisquer que sejam, tendo em vista que é seu dever e obrigação resguardar esse direito fundamental e, assim, visamos o resguardo a partir de ações judiciais para que tenha a tutela do Direito à Saúde.

2.2 Da judicialização do Direito à Saúde

Uma forma de tentar coibir a constante violação de direitos e garantias fundamentais é trazer, como já salientado anteriormente, o caso para apreciação do Poder Judiciário, que fará com que seja resguardado tanto a constitucionalidade do instituto quanto a sua legalidade.

A busca pela judicialização desse direito, em matéria extraída do Jornal Folha de São Paulo em 19 de março de 2019, adotou patamares alarmantes, tanto é que tanto no meio privado quanto público houve o crescimento em 130% do número de ações.

O panorama desses números alarmantes referentes àquelas ações geram gastos relevantes para o setor público, nesse sentido a análise do Observatório de Análise Política em Saúde:

O relatório produzido pelo eixo mostra que a primeira auditoria específica sobre judicialização da saúde realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), entre 2015 e 2016, revela que os **gastos federais com processos judiciais na área da saúde continuam crescentes – de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão em 2015, um aumento de 1300% em sete anos**. Os resultados da Auditoria Operacional, que examinou dados da União, estados e municípios, evidenciam que 80% das ações judiciais se referem ao fornecimento de medicamentos, muitos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e que a maior parte dos autores/as das ações são indivíduos. Os gastos federais com a judicialização na saúde analisados envolvem a aquisição de insumos e medicamentos, depósitos em contas judiciais, pagamentos diretos a beneficiários e a

entidades privadas e frete aéreo para a entrega dos medicamentos e insumos que são objetos das ações. (grifo nosso)

Mesmo que existam números alarmantes, bem como alto custo para os órgãos públicos, denota-se que a judicialização do direito à saúde é a única condição para que tenha preservado a vida do jurisdicionado, cidadão e coletividade.

Quanto ao procedimento a ser utilizado para a competente judicialização desse direito fundamental, temos demandas que estão vinculadas a obrigações de fazer, onde simplesmente se requer uma obrigação/dever-agir do Estado que já é constitucionalmente reconhecida, e que não é cumprida pelo ente estatal.

E quando se trata de obrigações fazer para fornecimento de algum medicamento/tratamento há uma postulação por um demandante que busca um provimento jurisdicional a fornecer o necessário para o resguardo à sua saúde.

Em caso de falta ou omissão de concessão do medicamento/tratamento, cabe a eviderteresponsabilização do ente estatal, ou quem quer que o represente, tendo em vista que mesmo que obrigado não está cumprindo com o comando da Constituição da República de 1988.

Outro meio adequado a resguardar o Direito Fundamental à Saúde é o Mandado de Segurança, onde vem sendo cada vez mais utilizado para lesões a direito líquido e certo à saúde, tal como medicamento/tratamento necessário e não fornecido pelo Estado, resguardado a vida em si do jurisdicionado.

Por óbvio temos que a judicialização do Direito à Saúde é um assunto que vem abarrotando o sistema judiciário do Brasil, mas que por vezes é a única solução encontrada por aqueles que necessitem de uma medicação específica ou de alto custo, ou até mesmo um tratamento adequado.

É alarmante, além da judicialização e resguardo do Direito à Saúde, o descaso do ente estatal que, mesmo com o processo judicial e consequente decisão judicial afirmando o direito do jurisdicionado, não cumpre e oferece resistência ao correto andamento dos autos do processo.

Desta maneira a falta de investimento e a falta de políticas públicas visando a melhora em todo um sistema de infraestrutura, vem cada vez mais fomentando as demandas judiciais que visam resguardar o Direito à Saúde do indivíduo e da coletividade.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO CUMPRIMENTO FORÇADO DAS AÇÕES DE MEDICAMENTO

A responsabilidade civil do Estado, tal como exposta anteriormente, insere-se tanto no contexto objetivo quanto subjetivo, vezes que ao se falar de cumprimento forçado de uma decisão

judicial para com as ações de medicamento já se tem em mente que o Estado não está cumprindo o que está sendo novamente obrigado a fazer.

O que se trata, no presente caso, é que a obrigação de fazer cinge-se em uma nova afirmação por parte do Poder Judiciário de que o Estado tem o dever e obrigação de fornecer o medicamento, resguardando o Direito à Saúde.

A demanda jurisdicional, assim, foi necessária para que se tivesse o resguardo do Direito à Saúde, suplantado pelos medicamentos requeridos, vezes que pela via administrativa, onde somente bastaria o requerimento de concessão da medicação, não foi aceito o pleito do autor da ação.

E, tal como resguardar o Direito à Saúde, é necessário que se tenha a responsabilização de quem, de forma deliberada ou omissiva, não cumpriu com o seu dever-agir que é, nada mais, nada menos, de impor políticas públicas a fornecer os medicamentos necessários para a tutela do Direito à Saúde.

3.1 Do procedimento das ações de medicamento

Com o devido aumento da judicialização do Direito à Saúde surge a cada dia que passa mais demandas judiciais que tem como escopo o fornecimento de medicamentos, no mais das vezes, adotando um caráter célere dada a urgência que lhe é inerente, tendo em vista que os medicamentos, no mais das vezes, tem de ser fornecidos para o exato momento.

A priori temos que o rito procedimental das ações de medicamento, dada a urgência que é imposto em seu fornecimento, é dotado primeiramente de uma tutela de urgência, geralmente a antecipada, onde é necessário o adiantamento da tutela logo no início do processo.

Adiante terá a resposta através da contestação, com suas preliminares de mérito caso existentes, com a conseqüente abertura de prazo para réplica e, caso necessite de maiores provas, no caso das ações de obrigação de fazer onde é possível a dilação probatória, será saneado o processo e aberto prazo para as provas a serem produzidas.

Com a necessidade ou não de provas, ou até pela incompatibilidade com o procedimento, haja vista que se for utilizado o Mandado de Segurança não será possível qualquer dilação probatória, será proferida sentença que, no mais das vezes, adotará a concessão do bem jurídico tutelado, qual seja, o medicamento em si.

Por todo o rito processual essas demandas geram títulos executivos judiciais a serem executados ou de maneira definitiva, no caso de sentença, ou provisória, no caso de decisões interlocutórias.

Cabe denotar que já se conduz o procedimento para a análise de títulos executivos com o viés de executá-los, pois na maior parte das demandas judiciais ou o Estado não cumpre a

obrigação, sob o fundamento de que o medicamento não está disponível, ou este se queda inerte, necessitando de intervenção, pela terceira vez, do jurisdicionado para que este ente cumpra sua obrigação constitucional e legal.

E com a oposição de resistência por parte do Estado, como também que este não fornece o medicamento, surge o direito de indenizar, advindo da responsabilidade civil do Estado em si, pouco importando a justificativa, sendo que mesmo que interpelado judicialmente não cumpre a determinação constitucional, legal e, agora, constitucional.

Deste modo que por vezes a sentença tal como fora prolatada cai ao vazio no contexto de sua eficácia, necessitando de medidas adequadas para que possa ser resguardado esse direito, de modo a fornecer ao magistrado instrumentos processuais adequados à consecução desse direito, tal como as medidas executórias atípicas, disciplinadas no inciso IV do artigo 139 do Código de Processo Civil.

Por meio deste dispositivo o magistrado força o cumprimento do provimento jurisdicional com o viés coercitivo, seja pela adoção das denominadas multas, as *astreintes*, seja pelo sequestro de verbas públicas para que o jurisdicionado possa, por si só, cumprir a decisão judicial, qualquer meio adequado e hábil a fazer com que a decisão judicial possa ter sua eficácia e efetividade.

A problemática específica para com as ações de medicamento, e conseqüente responsabilização do ente estatal, se dá pela falta de cumprimento simples da decisão judicial, sendo que sem a utilização das medidas coercitivas atípicas pode ocasionar um conforto ao Estado que, não tendo coerção, ou não adentrando em sua esfera patrimonial, pode continuar a permanecer inerte, tal como já fora sob o prisma da Constituição da República de 1988.

Portanto, as ações de medicamento seguem o procedimento processual regido pelo Código de Processo Civil e os enfrentamentos maiores se dão no tocante ao cumprimento dos títulos executivos favoráveis ao autor da demanda que, para serem conferidos a este necessitam de um cumprimento forçado e coercitivo, para só assim o polo ativo da demanda assegurar o objeto da demanda.

Com isso são demandas que por vezes devem ser asseguradas por pedidos de tutelas de urgência, ora que o requerente por vezes não pode ficar à mercê do Estado que por muitas vezes pouco se importa por aqueles que clamam seus direitos, portando o cumprimento forçado como a melhor forma de o demandante atingir o objetivo final que é a entrega/obrigação de fazer do medicamento.

3.2 Do cumprimento forçado da decisão judicial

Por cumprimento forçado de decisão judicial temos a execução da sentença em si, seja pelo

cumprimento definitivo, ou pelo cumprimento provisório da decisão judicial, sendo que ambos os diplomas são preconizados no ordenamento jurídico pátrio vislumbrando a concessão do bem da vida obtido no bojo dos autos do processo.

Em primeiro plano, tal como no processo de conhecimento, onde não detém de características executivas, temos que está presente no processo executivo a inércia da jurisdição, onde necessita de um agir, um proceder por parte do jurisdicionado para que se inicie o cumprimento da decisão judicial.

Sobre a inércia Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 152-153):

[...] O exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam mais. [...] O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa, etc.) vem a juízo pedir um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça a sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação; e com isso vence a inércia a que estão obrigados os órgãos jurisdicionais [...]

Pela doutrina temos que o exercício da atividade jurisdicional é própria do jurisdicionado que deve interpelar o Poder Judiciário para que busque o bem da vida obtido pelo provimento jurisdicional, retirando do próprio Estado a necessidade de que esse intervenha no âmbito do processo para que conceda, espontaneamente, o direito em que está sendo obrigado por meio da demanda judicial.

Não obstante a inércia da jurisdição temos que no âmbito administrativo, em que pese ser necessário que se tenha o pedido do cidadão acerca do medicamento devido para seu tratamento, a partir do contexto da Magna Carta, como também dos princípios de Direito Administrativo, há a obrigatoriedade, tal como salientado alhures, para o cumprimento espontâneo e devido do Direito à Saúde.

Denota-se que há uma diferenciação do procedimento jurisdicional quando o contexto é de Direito à Saúde, mormente da concessão de medicamentos, vezes que o Estado já é, por si só, independentemente de decisão judicial nesse sentido, obrigado a fornecer a medicação necessária, e nada impede que com uma sentença a favor da concessão do medicamento que cumpra espontaneamente uma decisão que já era para ter sido cumprida antes mesmo da demanda existir.

Mesmo que tenhamos um procedimento diferenciado, é preciso contextualizar que o Estado, tal como no âmbito administrativo, não cumpre as decisões judiciais, seja trazendo justificativas irresponsáveis, como falta de medicamento, falta de previsão orçamentária, ou até mesmo que está procedendo à compra do fármaco que, na verdade, se alonga por meses e meses e trazendo um descaso com os interesses dos jurisdicionados e da população em geral.

Desta maneira é necessário o cumprimento forçado, até pela inércia da jurisdição que lhe é inerente, concluindo de maneira correta e estreita Sérgio Seiji Shimura (2015, p. 1321):

O Código deixa claro e expresso que há necessidade de requerimento do credor, para o início da fase de cumprimento de sentença, seja provisório ou definitivo, pondo fim ao debate existente na doutrina e jurisprudência sobre se a instauração da fase executiva seria automática ou dependeria de iniciativa do credor. Agora, exige-se a iniciativa da parte para obtenção da tutela jurisdicional, em clara manifestação dos princípios dispositivo e o da inércia da jurisdição.

Tal como já destacado acerca da inércia da jurisdição temos que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece como regra que depende de provocação do interessado para que a fase executiva seja instaurada, de iniciativa do credor dos medicamentos que, na verdade, é credor de um direito fundamental atinente à sua pessoa.

A partir do cumprimento forçado das decisões jurisdicionais temos o princípio de que o indivíduo que obteve um medicamento perante o Poder Judiciário e que, mesmo assim, o Estado demorou a fornecer a medicação, deve ser indenizado pela omissão estatal desde o âmbito administrativo e desde quando do início da vigência da Magna Carta de 1988.

É preciso destacar que com a omissão estatal no cumprimento da decisão judicial, forçando o jurisdicionado novamente buscar uma execução para a concessão do que já deveria ter sido concedido, advém a responsabilidade civil do agente que deixou de cumprir espontaneamente a decisão, trazendo obstáculos e percalços para que o medicamento seja fornecido de forma mais célere.

Sob o contexto do fornecimento de medicamentos temos que o ente estatal, uma vez previsto na Constituição da República de 1988 que o Direito à Saúde é um direito de todos e que deve ser promovida a sua concessão por parte desses entes, a sua obrigatoriedade resta mais evidente a partir da procedência ou concessão de segurança em um processo judicial, haja vista que além da Magna Carta, o Poder Judiciário está reafirmando uma obrigação e definindo um contexto para que seja cumprida.

Nesse trilha pouco importa que não tenha orçamento previsto para tanto, ou até que o medicamento se encontra disponível, se foi concedido pelo Poder Judiciário, passando anteriormente pelo âmbito administrativo, não cabe dizer o agente público a justificar a não concretização do Direito à Saúde, resplandecido pelos medicamentos, uma vez que é sua obrigação constitucional instituir políticas públicas visando a sua concretização.

Deste modo, com o cumprimento forçado já se vislumbra a questão da responsabilidade civil do Estado, sendo que se esse já não vem cumprindo o Direito à Saúde sem uma demanda jurisdicional, se com a concessão por meio do Poder Judiciário não cumpre, mesmo assim, a decisão, não há que se falar em isenção de responsabilidade, restando evidente que deve ser

responsabilizado por esse ato displicente e inconstitucional.

3.3 Da resistência do Estado no cumprimento das decisões judiciais

Com o cumprimento forçado da decisão judicial que determina o fornecimento dos medicamentos já se vislumbra que o Estado, em primeiro já vem trazendo resistência à concessão do medicamento na via administrativa, como também no âmbito judicial.

Nesse sentido, o Estado geralmente se vale de institutos processuais a protelar a concessão desse medicamento, seja por razões políticas, ou até orçamentária, que demonstram uma resistência que não deveria nem ao menos existir em se tratando de demandas que tutelam o Direito à Saúde.

Com o fim de extinguir essa resistência, ou ao menos tirar sua força, o ordenamento jurídico pátrio se vale de instrumentos jurídicos próprios, como por exemplo as multas coercitivas, e até o que vale aplausos, o instituto dos poderes executórios atípicos atinente aos magistrados.

E esses instrumentos jurídicos próprios, a partir da doutrina, buscam a efetividade procedimental, tanto na esfera de conhecimento quanto na execução em si, assim dispõe Araken de Assis (2016, p. 146):

Toda execução, portanto, há de ser específica. Uma execução é bem sucedida, de fato, quando entrega rigorosamente ao exequente o bem da vida, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo (execução *in natura*).

Os meios mais adequados, no que concerne à utilização de meios coercitivos para forçar o Estado a cumprir a obrigação de fazer dos medicamentos cinge-se na utilização da multa coercitiva, as denominadas *astreintes*, o sequestro de verbas públicas e, principalmente, a ocorrência da responsabilidade civil do Estado.

No contexto da responsabilidade civil do Estado temos que uma vez reconhecida a inércia do ente estatal na concessão do medicamento, seja por meio judicial, seja no âmbito administrativo, é devida uma indenização, bem como a reparação do dano, por parte do Estado, vezes que certamente causou uma lesão ao direito à saúde do jurisdicionado.

E essa inércia se vislumbra a partir da resistência estatal na concessão do necessário, e efetivamente julgado procedente, tendo em vista que se fora concedido o fornecimento do medicamento e, mesmo assim, o Estado se nega a fornecer, contextualizando tanto a ação quanto a omissão, incorrerá este ente estatal na sua responsabilização civil.

De toda forma a indenização a ser arbitrada, desde que evidenciada a presença de todos os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, como disciplinado por José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 582) “deve equivaler ao que o prejudicado perdeu, incluindo-se aí as despesas que foi obrigado a fazer, e ao que deixou de ganhar.”.

Aos olhos da resistência injustificada do ente estatal no fornecimento do medicamento, o que o prejudicado, ora beneficiário do fármaco, perdeu consiste especificamente na regressão do tratamento, vezes que se houver a demora injustificada no fornecimento do medicamento é evidente que haverá prejuízos à saúde propriamente dita do jurisdicionado, o que enseja automaticamente a sua responsabilização civil.

De toda maneira temos que os meios jurídicos adequados à tutela do Direito à Saúde, representado pelo fornecimento dos medicamentos, a responsabilidade civil vem com grandes benefícios para que seja concedido, e evidentemente responsabilizado aquele que deixou de cumprir a partir de justificativas vazias para todo e qualquer fim.

CONCLUSÃO

Diante das ideias que foram expostas no decorrer deste estudo se mostra clarividente que a prestação Estatal continua sendo falha a aqueles que buscam por estas, como fora demonstrado por este estudo a falta da prestação adequada ao direito de saúde originou um caos de ações que buscam esta prestação específica.

Mas esta judicialização não deve vir a causar espanto e pavor através dos alarmantes números, ora pois por vezes este é o caminho que o cidadão se utiliza para que se assegure que seu direito à saúde venha a ser preservado pois após todos os meios utilizados e após diversas tratativas nada fora resolvido, se clama a alguém que escute, e por vezes o judiciário é o único ouvido dos que choram pois necessitam de um tratamento específico.

Não sendo viável a espera e por vezes a tormenta daqueles que esperam a prestação do Estado por meio de seus agentes e órgãos públicos, cabe ao judiciário efetuar a coerção e por vezes utilizar de métodos para buscar punir a sequência de desobediência a ordens judiciais.

Deste modo este estudo buscou demonstrar que os poderes atípicos do Magistrado, vem surgindo efeito que a aplicação da figura da astreinte por vezes coagi a aquele que deve efetuar a prestação, e sua exigibilidade força o pagamento. Ao ponto que a astreinte seria definida de maneira simples após a data fixada não se cumpriu o que fora ordenado terá que arcar com um valor a título de multa.

Mesmo que a figura da astreinte venha a assegurar que a prestação da obrigação seja realizada, é preocupante que seja necessária toda uma demanda judicial, que acabe abarrotando os tribunais, por causa de uma omissão por vezes negligência da prestação do Estado que possui recursos para arcar com sua população.

Sendo que se mostra evidente que existem apenas duas saídas, a primeira seria a administração pública, tomar providências adequadas e assegurar que o direito à saúde seja

garantido, facilitando o acesso ao objeto de desejo do indivíduo no caso de medicamentos específicos ou tratamento específico ou continuando ocorrer a maré de judicialização da saúde que a cada ano aumenta drasticamente.

Mas se mostra claro que independentemente da solução a vir a ser tomada sabe-se que o direito à vida do indivíduo deve ser preservado, sendo inadmissível que atos de negligência Estatal venham a ferir este direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. 16. mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. RE 195.192-3/RS. MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE — AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS — DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DJe 21.11.2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO REGIMENTAL**. RE – AgR 255.627-1. A referência, contida no preceito, a “Estado” mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo n.º 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes

à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município.

Recorrente: Município de Porto Alegre. Recorrido: Relator: MINISTRO NELSON JOBIM. Brasília. DJE: 21. nov. 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em: 01 jul.2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Conselho de Estudos Jurídicos. **Enunciado n.º 96 da I Jornada de Direito Processual Civil**. Disponível: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/cej-divulga-enunciados-da-i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acesso em: 01 jul.2019.

FOLHA de São Paulo. **Em uma década, judicialização da saúde pública e privada cresce 130%**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/em-uma-decada-judicializacao-da-saude-publica-e-privada-cresce-130.shtml>. Acesso em: 04 julh. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

OBSERVATÓRIO de Análise Política em Saúde. **Judicialização na saúde: aumentam os gastos, número de processos e iniciativas para conter o fenômeno**. Disponível em: <https://www.analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/e607ae373d8892945fedc9dc984355a5/>. Acesso em: 04 jul.2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Do cumprimento de sentença. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et. al. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO AO DIREITO DE VIVER E A LISTA DE SCHINDLER

Francis Pignatti do NASCIMENTO¹

RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de demonstrar a importância da vida face o Ordenamento Jurídico brasileiro e os Direitos Humanos. Inúmeras são os pensamentos jurídicos colocados que afirmam a importância da vida sobre os direitos da personalidade humana. Vale lembrar que a prioridade da vida deve ser sempre acompanhada pela dignidade bem como pela liberdade, direito esse adquirido com o seu nascimento com vida, até o momento de sua morte. O ser humano merece o devido respeito de viver com dignidade, sendo de fundamental importância para sua existência. Ninguém tem o direito de se desfazer da vida humana de outrem, pois se o fizer, estará aberto a sofrer as sanções discriminadas nas leis que regem o Universo Jurídico. Também dentro do devido processo penal vigora a imparcialidade do Juiz, que não se confunde com neutralidade. Logo, a atuação ativa do juiz não é motivo de sua imparcialidade.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade; imparcialidade; Direito de Viver; Igualdade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the importance of life in relation to the Brazilian Legal System and Human Rights. Numerous are the legal thoughts put forward that affirm the importance of life over the rights of the human personality. It is worth remembering that the priority of life must always be accompanied by dignity as well as freedom, a right acquired with his birth alive until the moment of his death. The human being deserves the due respect of living with dignity, being of fundamental importance for its existence. No one has the right to discard the human life of another, because if he does, he will be open to suffering the penalties described in the laws that govern the Legal Universe. Also within the due criminal procedure the impartiality of the Judge is in force, which is not confused with neutrality. Therefore, the active participation of the judge is not a reason for his impartiality.

KEYWORDS: Dignity; impartiality; RightToLive; Equality.

INTRODUÇÃO

A Lista de Schindler é um filme americano sobre a vida de Oskar Schindler que foi um empresário alemão que salvou a vida de mais de mil judeus durante o Holocausto. No filme

1 Tabela de Notas e Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais no Estado de São Paulo. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo Mineiro na cidade de Uberlândia - Estado de Minas Gerais no ano de (2003). Especialista com ênfase em Direito Público & Privado (2004) e Direito Empresarial (2005/2008) ambas pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus na cidade de São Paulo - Estado de São Paulo, com magistério superior. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Jacarezinho - Estado do Paraná no ano de (2018). Doutorando atualmente em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Jacarezinho - Estado do Paraná no ano de (2020). Professor de Registros Públicos (Cartório) da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Membro da Comissão para avaliação de imóveis da Prefeitura Municipal de Ribeirão do Sul - Estado de São Paulo. Coordenador convidado da Comissão de culturas e eventos da 128ª Subseção da OAB/SP, triênio (2019/2021) de Santa Cruz do Rio Pardo - Estado de São Paulo. Aprovado no 6º concurso Serventias Extrajudiciais "cartório" do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no ano de 2010.

Schindler empregada os judeus em sua fábrica durante o período da Alemanha Nazista. O filme foi baseado no romance *Schindler's Ark* escrito por Thomas Keneally, sendo estrelado por Liam Neeson como Schindler, Ben Kingsley como o contador judeu de Schindler Itzhak Stern e Ralph Fiennes como o oficial da SS Amon Göth. É considerado pela crítica especializada como um dos melhores filmes já feitos (EDISOM, 2017).

A importância deste artigo é sem sombra de dúvidas o direito à vida que está enraizada nos preceitos constitucionais frente à dignidade da pessoa humana. A vida é um bem jurídico indisponível e que deve ser resguardado pelo próprio Estado. Duas vertentes serão observadas dentro do trabalho, como a figura do testamento vital e o devido processo legal dentro da visão da imparcialidade do Juiz. Todos os valores humanos têm como base a Dignidade da Pessoa Humana, devendo o Estado conduzir seu comportamento com zelo na aplicação da Lei.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana deve ser observada durante toda a vida da pessoa, ou seja, desde o nascimento até o fim da existência (óbito) deve ser aplicado o “viver” e “morrer” com dignidade. O instituto do Testamento Vital leva em consideração até que ponto um indivíduo ainda “vive”, posto que viver sem dignidade não é viver, a vida deve ser compreendida como uma visão global incluindo na sua interpretação outros valores, tais como a liberdade e a dignidade humana. O Testamento Vital é um documento feito perante o Tabelião de Notas, em que uma pessoa declara suas pretensões sobre seu tratamento futuro, diante da possibilidade de estar incapacitado por enfermidade grave para expressar livremente sua vontade.

Também, o bem jurídico vida humana, erigido pela Constituição Federal de 1988 constitui sem sombras de dúvida um suporte indispensável para o exercício de todos os demais direitos, constituindo uma base primordial do Direito Penal no que tange a proteção de bens jurídicos. Logo, o Estado reservou para si o exercício da função jurisdicional e tem o dever de agir com imparcialidade. A imparcialidade do juiz é pressuposto de validade do processo, devendo o juiz colocar-se entre as partes e acima delas, sendo esta a primeira condição para que possa o magistrado exercer sua função jurisdicional.

O artigo é uma conexão do tema “Vida” com o filme a lista de Schindler, onde milhares de judeus foram mortos pela opressão de um regime nazista inspirado pelo ódio. O Estado detém os meios de proteção da vida dos seres humanos, sendo responsável pela manutenção da dignidade da pessoa humana dentro das inúmeras vertentes de proteção do conceito de vida. A dignidade da pessoa humana é presente na figura das antecipações de vontade, assim como no devido processo penal, quando da imparcialidade por parte do próprio “Estado Juiz”.

Para resolver à problemática foi empregado o método dedutivo de maneira que se utilizou de uma premissa geral de maior abrangência para se alcançar singularidades do tema proposto que

afunilaram a questão até o ponto central a ser trabalhado, qual seja, o direito de viver com dignidade. Em auxílio ao método empregado, de igual forma, foram utilizadas técnicas de pesquisa como a pesquisa indireta documental, por meio da Constituição Federal de 1988, a Resolução n.1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e a pesquisa indireta bibliográfica com a utilização de livros e reportagens, todos relacionados, de alguma forma, com o tema proposto.

A LISTA DE SCHINDLER E O DIREITO DE VIVER

O direito à vida é o mais importante e mais discutido dentre todos os direitos abarcados pelo Código Civil Brasileiro e pela Constituição Federal. Este artigo discorre sobre esse direito, sobre o princípio da dignidade humana dentro da visão do filme “A lista de Schindler”. O filme “A lista de Schindler” é narrado durante a segunda guerra mundial, enquanto Hitler tentava dominar o mundo e erradicar as raças impuras, nesta mesma época teve um alemão que se sensibilizou com a situação dos judeus e destinou toda a sua fortuna para salvar o máximo de pessoas da morte.

No filme o empresário Oskar Schindler se mostra um ganancioso que somente após conhecer os campos de concentração decide ajudar o povo judeu. Somente em novembro de 1939 que a vida de Oskar Schindler iria mudar de um negociante oportunista para um herói. Neste ano, Schindler e sua família se mudaram para a cidade de Cracóvia na Polônia e comprou uma fábrica de utensílios esmaltados de judeus “destituídos”. Nesta fábrica Schindler empregou escravos judeus durante o fechamento de um gueto perto da fábrica, sendo que em 1943 os trabalhadores judeus passaram a ter uma relativa segurança durante as noites na fábrica.

Utilizando da alegação que seus trabalhadores eram essenciais para a iniciativa de guerra alemã, Schindler interveio por seus funcionários por diversas vezes quando os mesmos eram submetidos às condições brutais e degradantes nos campos de concentração de Plaszow. A história de Oskar Schindler mostra que por diversas vezes o mesmo utilizou de subornos e diplomacia pessoal com o intuito de salvar novas vidas. Em razão da proteção oferecia aos judeus, por diversas vezes as autoridades alemãs chegaram a suspeitar que Schindler fornecesse auxílio aos judeus, o que não era autorizado, tendo sido preso por três vezes, porém nunca conseguiram provas de tais acusações suficientes de condenação.

Também, em 1944 Oskar Schindler obteve autorização dos alemães para mudar a fábrica para Morávia e seu assistente elaborou várias versões de uma lista com os nomes de 1.200 prisioneiros judeus necessários para trabalhar na nova fábrica. Estas listas ficaram conhecidas, entre os judeus, como “A lista de Schindler”. Para que as autoridades não suspeitassem do seu empreendimento, Schindler apresentava relatórios alterados de produção quando eram solicitados. Em 1949 ocorreu o término da Guerra e Schindler juntamente com sua esposa emigraram para a

Argentina – América do Sul. Somente em 1962, o memorial Israelense do Holocausto, YadVashem, concedeu a Schindler o título de “Justo entre as Nações” pelos seus esforços de resgate na época de Guerra.

A população total mundial judia, entretanto, é difícil de medir. Além das considerações *haláchicas*, há fatores seculares, políticos e identificações ancestrais definindo quem é judeu e que aumentam o quadro consideravelmente (MALTZ, 2018). No capítulo primeiro do livro de Gênesis, Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, ordenando que ele, o homem, fosse seu único semelhante dotado de inteligência e capacidade de criar e dominar sobre toda a terra. Em seguida, Deus os abençoou (homem e mulher), concedendo poder a eles que fossem bem sucedidos e prósperos, dando-lhes a ordem: – “frutificai e multiplicai; enchei a terra e sujeitai-a”(Gn. 1: 26-28).

A vida é um direito garantido por lei. É certo que tantos Judeus como Cristão valorizam a existência da VIDA humana. O direito de viver está tanto na lei divina quanto na lei humana (Constituição Brasileira de 1988), a oportunidade de viver é um ato de amor. Na Constituição Federal de 1988, exatamente no artigo 5º, caput, tem se o direito à vida a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui no Brasil residem: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1998).

Também, segundo Russo (2009), o direito à vida é o bem mais relevante de todo ser humano e a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil e não há dignidade sem vida.

Já para Moraes (2003), o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

A vida humana é o princípio mais importante existente em nossa Constituição Federal de 1988, tornando-se um direito imprescindível ao cidadão, tal direito se afirma no também princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A experiência histórica de aniquilação do ser humano (como foi o caso do nazismo) a dignidade da pessoa humana como base da República Federativa do Brasil significa o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República, ou seja, o Brasil é um País que serve o homem, não é o homem que serve a estes aparelhos político. Logo, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo (religioso ou filosófico).

O direito a vida não é somente viver, mas sim viver com dignidade, com o mínimo de cidadania (viver com qualidade de vida). Até ao fim do século XX, o paradigma dominante em nível de cooperação internacional e desenvolvimento ligava-se à ideia de satisfação das

necessidades básicas, uma abordagem que veio a revelar-se insatisfatória pela perpetuação de ideias que impediam a transversalização dos direitos humanos enquanto premissa-base para o desenvolvimento. Quando em 2003 foi adotada a Declaração de entendimento comum sobre abordagem baseada em Direitos Humanos para a Cooperação do Desenvolvimento, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, uma abertura em nível de ação para o desenvolvimento foi aproveitada, com a ideia de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 deveria guiar a ação da cooperação internacional (DIREITOS HUMANOS, 2012).

Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros. Todos merecem estes direitos, sem discriminação. O “Direito Internacional dos Direitos Humanos” estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos.

Desde o estabelecimento das Nações Unidas em 1945 que surge com razão dos horrores da Segunda Guerra Mundial, um de seus objetivos fundamentais tem sido promover e encorajar o respeito aos direitos humanos para todos, conforme estipulado na Carta das Nações Unidas:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...] a Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Os direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. Estão expressos em tratados, no direito internacional consuetudinário, conjuntos de princípios e outras modalidades do Direito. Os direitos humanos são direitos inerentes a cada pessoa simplesmente por ela ser um humano. Tratados e outras modalidades do Direito costumam servir para proteger formalmente os direitos de indivíduos ou grupos contra ações ou abandono dos governos, que interferem no desfrute de seus direitos humanos.

Neste sentido, a ONU estabelece como características importantes dos direitos humanos:

os direitos humanos são fundados sobre o respeito pela dignidade e o valor de cada pessoa; os direitos humanos são universais, o que quer dizer que são aplicados de forma igual e sem discriminação a todas as pessoas; os direitos humanos são inalienáveis, e ninguém pode ser privado de seus direitos humanos; eles podem ser limitados em situações específicas. Por exemplo, o direito à liberdade pode ser restringido se uma pessoa é considerada culpada de um crime diante de um tribunal e com o devido processo legal; os direitos humanos são indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, já que é insuficiente respeitar alguns direitos humanos e outros não. Na prática, a violação de um direito vai afetar o respeito por muitos outros; todos os direitos humanos devem, portanto, ser vistos como de igual importância, sendo igualmente essencial respeitar a dignidade e o valor de cada pessoa (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, online).

A criação das Nações Unidas viabilizou um fórum ideal para o desenvolvimento e a adoção

dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Outros instrumentos foram adotados a nível regional, refletindo as preocupações sobre os direitos humanos particulares a cada região. A maioria dos países também adotou constituições e outras leis que protegem formalmente os direitos humanos básicos. Muitas vezes, a linguagem utilizada pelos Estados vem dos instrumentos internacionais de direitos humanos. As normas internacionais de direitos humanos consistem, principalmente, de tratados e costumes, bem como declarações, diretrizes e princípios, entre outros (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

José Afonso da Silva, analisando o conceito de vida no texto constitucional, assinala o seguinte:

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA, 1999, p. 200).

Para Siqueira Jr. e Oliveira (2003, p. 19), o valor fundamental do texto constitucional no que se refere ao direito à vida está em se ter uma vida digna: “esse fato dota a vida humana de um valor fundamental e superior: dignidade da pessoa humana”.

Cretella Júnior (1988), entende que se a vida é um direito garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não seja inviolado, pois se insere no rol de bens jurídicos dotados de inviolabilidade. Assim, o direito à vida é considerado como o primeiro desses direitos invioláveis e que são assegurados pela Constituição Federal.

O direito à vida é o mais importante de todos os direitos e sem sua proteção os fundamentos previstos na Constituição Federal não se realizariam, pois o seu respeito abrange também outros direitos, como bem enfatiza Bulos (2003), a exemplo do direito à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

É necessário salientar que o Estado deve respeitar a dignidade humana e os direitos fundamentais para que possa ser considerado um Estado de direito, que se legitima não só pela subordinação à lei, que é a fonte principal do direito, mas também a valores fundamentais, consubstanciados na dignidade humana. Essencial é o papel do Estado, que precisa tomar providências, criando condições mínimas para viver com dignidade humana. O Estado deve proporcionar condições de existência digna aos cidadãos. O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como fundamento essencial que rege os demais princípios.

Alexandre de Moraes entende que a dignidade da pessoa humana confere unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente aos seres humanos: “A dignidade é um valor

espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas” (MORAES, 2003, p. 50).

A dignidade da pessoa humana vem sendo conceituada como um valor supremo que supera muitos outros princípios importantes do ordenamento jurídico atual, isso porque a dignidade é inerente à pessoa humana e não pode ser desrespeitada em nenhuma hipótese. A dignidade garante o respeito à integridade física e psíquica, garante os pressupostos materiais mínimos para o desenvolvimento da vida e respeita as condições de liberdade, para que haja sempre uma convivência social igualitária (AZEVEDO, 2002).

A Constituição Federal de 1988 proporciona a igualdade jurídica a um número indeterminado de indivíduos, para que eles tenham assegurado o seu bem maior que é a vida, a fim de que não seja perdida a sua dignidade como pessoa humana. A doutrina jurídica é enfática ao considerar a dignidade humana como o núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo, daí a importância do respeito e estudo desse princípio fundamentador da nossa Constituição Federal. O presente artigo tem como objetivo, assim, buscar mostrar a importância do direito à vida principalmente quando observado todas as atrocidades realizadas no passado no período da Alemanha Nazista, sendo certo que ninguém possui capacidade em dizer que as atrocidades do passado serão perdoadas ou esquecidas (BRASIL, 1988).

O DIREITO DE VIVER NÃO É UMA OBRIGAÇÃO / TESTAMENTO VITAL

Quando se tem uma doença que pode tirar a capacidade de tomar decisões é direito da pessoa humana realizar os atos preparatórios anteriores ao acometimento do adoecimento, principalmente quando observa a possibilidade de conflitos entre médicos e familiares. O Testamento Vital é um documento que contém diretrizes antecipadas de vontade sobre cuidados à vida numa situação em que não tem condições de tomar as próprias decisões ou expressar a sua vontade.

O Testamento Vital tem como objetivo assegurar a dignidade, qualidade, significado e valor da vida diante de uma situação de doença grave (incurável) fora de possibilidade de tratamento de cura ou de prolongamento da vida, assegurando cuidados de conforto durante o tempo de vida até que chegue o momento da morte digna na perspectiva do próprio paciente.

Trata-se de documento hábil capaz de auxiliar médicos e familiares na tomada de decisões no cuidado com a vida, permitindo respeitar o direito de escolhas ao Direito de Viver. A elaboração e o registro do testamento vital são recomendados dentro do Conselho Federal de Medicina, sendo um caminho de dignidade e respeito às leis naturais da vida.

É necessário salientar que não existe legislação específica no Ordenamento Jurídico brasileiro, mas isso não significa que o testamento vital não seja válido. Não é apenas a existência de lei que torna legal um instituto no direito brasileiro. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro é composto por regras, que são as leis, e princípios, que são normas jurídicas não específicas, precisando assim de ser interpretadas diante do caso concreto.

A Constituição da República Federativa do Brasil é clara quando da posituação dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, Constituição da República Federativa do Brasil), da Autonomia Privada (princípio implícito no art. 5) e a proibição constitucional de tratamento desumano (art. 5, III) (BRASIL, 1988). A Lei brasileira reconhece o direito à vida desde que esta seja digna e mais, reconhece a autonomia da pessoa. Assim sendo, uma pessoa não pode ser obrigada a se submeter a um tratamento que não deseja quando este não tenha função de lhe devolver uma vida plena. Por tal razão é certo o entendimento de que viver é um direito e não uma obrigação.

Uma reportagem da Folha de São Paulo datada de 02 de julho de 2011 mostra uma decisão da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual:

A Justiça gaúcha negou o pedido de um hospital privado de Porto Alegre para continuar o tratamento de uma paciente de 82 anos que não queria mais passar por sessões de hemodiálise. Segundo Gilberto, 56, filho de Irene Oliveira de Freitas, ela desistiu porque passava mal nas sessões e ficava inconsciente. Ante a intenção do filho de levá-la para casa, o hospital foi à Justiça para continuar o tratamento.

O Tribunal de Justiça se recusou a expedir ordem para isso. Para o relator do caso, desembargador Arminio Rosa, prolongar a vida pode ser 'futilidade médica'. Segundo o Hospital Ernesto Dornelles, um neto de Irene pediu a manutenção do tratamento. Após desistir da internação e da hemodiálise, no fim de 2010, a idosa foi para casa. Neste ano, durante crise de saúde, retomou as sessões. Agora, mesmo debilitada, está em casa e faz hemodiálise três vezes por semana. Resolução de 2006 do Conselho Federal de Medicina regulou a ortotanásia (decisão de não prolongar a vida de doente terminal sem chance de cura). A regra foi contestada na Justiça, mas em maio o CFM teve decisão favorável (FOLHA DE SÃO PAULO, 2011, online).

Neste sentido, se alguém recusar tratamento médico a Justiça, Hospital, Médico ou familiares não poderão obrigar a pessoa a submeter-se a tal tratamento. O Conselho Federal de Medicina aprovou no dia 30.08.2012 a resolução n. 1995/2012 que permite ao paciente registrar seu testamento vital na ficha médica ou no prontuário. Esta resolução representa um grande avanço no Brasil, pois vincula o médico à vontade do paciente. O Poder Judiciário reconheceu a constitucionalidade dessa resolução. É necessária a edição de uma lei específica para evitar questionamentos sobre a validade desses documentos e regulamentares questões específicas sobre o registro, prazo de validade, idade mínima do outorgante, capacidade e responsabilidades de todos os envolvidos nesta situação (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

O testamento vital pode ser feito em qualquer momento da vida, podendo ser mudado a

qualquer tempo, sendo realizado perante um Tabelião de Notas (cartório) o qual materializará a manifestação de vontade caso o declarante venha ser acometido de doença grave. Em situações de diagnóstico de uma doença grave, que ameaça a continuidade da sua vida, é importante que se pense o que tem valor para você neste momento delicado e o que você deseja fazer com seu tempo de vida.

O “testamento vital” ou “diretrizes antecipadas” é um conjunto de instruções apresentadas pela pessoa especificando qual o tratamento deseja receber no caso de ser acometida de uma enfermidade. É utilizado no caso de uma pessoa não se encontrar capaz de prestar consentimento. O testamento vital é feito pelo próprio indivíduo no Tabelionato de Notas enquanto se encontra são e pode ser usado para guiar o tratamento de um paciente desde respeite a ética médica.

Também, quando se observa a legislação de outros Países é nítido não existir um consenso ao tema do Testamento Vital. A ideia do testamento vital é permitir a uma pessoa uma "morte digna", evitando tratamentos desnecessários para o prolongamento artificial da vida. As instruções deste testamento aplicam-se em condições de pacientes terminais, sob um estado permanente de inconsciência ou um dano cerebral irreversível que, além da consciência, não possibilite que a pessoa recupere a capacidade para tomar decisões e expressar seus desejos. Em Portugal, que promulgou lei a respeito em 2012, é possível fazer as diretivas antecipadas de vontade nos postos de saúde. Quando alguém chega ao hospital, a equipe de plantão acessa o banco de dados e checam as orientações eventualmente dadas (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO, 2018).

Ainda não existe legislação específica no Brasil, contudo, isso não significa que o testamento vital não seja válido. Não é apenas a existência de lei que torna legal um instituto no direito brasileiro. Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro é composto por regras, que são as leis, e princípios, que são normas jurídicas não específicas, precisando assim de serem interpretadas diante do caso concreto.

A DAV (Diretivas Antecipadas de Vontade), também conhecida como "testamento vital", é um instrumento que permite ao paciente, antecipadamente, expressar sua vontade quanto às diretrizes de um tratamento médico futuro, caso fique impossibilitado de manifestar sua vontade em virtude de acidente ou doença grave. Por exemplo, por esse documento é possível determinar que a pessoa não deseja submeter-se a tratamento para prolongamento da vida de modo artificial, às custas de sofrimento, ou ainda, deixar claro que se recusa a receber transfusão de sangue em caso de acidente ou cirurgia. Não se trata de testamento, mas de Escritura Pública de Declaração porque o testamento somente produz efeito após a morte do testador.

O Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo (CNB/SP) deu prosseguimento ao projeto

Diálogos Notariais (dia 9 de novembro 2018), com a visita ao Hospital das Clínicas (HC). Na ocasião, a entidade notarial, representada pela 17ª tabeliã de São Paulo, Jussara Modaneze, apresentou ao grupo de médicos o testamento vital, documento no qual uma pessoa indica a quais tratamentos e procedimentos desejam ou não ser submetida em casos de doença grave ou de incapacidade de verbalizar suas vontades (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO, 2018).

Dentro de um cenário de vácuo do poder legislativo o Conselho Federal de Medicina publicou em 2012 a resolução para disciplinar a conduta do médico. O documento determina como diretivas antecipadas de vontade o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente. Por meio das diretivas antecipadas de vontade o paciente nomeia um procurador para fazer valer suas vontades sobre cuidados médicos no fim da vida.

O SUS (Sistema Único de Saúde) não dispõe sequer de base unificada para os prontuários, não existindo consenso sobre a melhor forma de garantir esse direito. O Colégio Notarial do Brasil tem um banco com os testamentos vitais lavrados em cartório. Não há obrigatoriedade de registrar o testamento vital, mas, quando isso é feito, há um apoio legal à iniciativa. A Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC) possui uma aba para consulta de DAV.

A Censec foi criada e disciplinada pelo CNJ, provimento 18, de 2012. Todos os atos notariais são para lá comunicados, com um índice elaborado pelo nome, CPF/CNPJ, natureza do ato, valores, dentre outros. A aba especial para a DAV permite a consulta livre para que médicos possam saber da existência do ato. Se o paciente ou seu mandatário alertam acerca da existência da DAV, basta uma simples consulta junto à central pelo médico, ou qualquer interessado, para se verificar acerca da existência da DAV. O cartório em que realizado o ato fornece, então, a certidão integral, de modo que possa ser prontamente utilizado.

No instrumento público lavrado no Livro de Notas em que for feita a declaração antecipada de vontade, o declarante poderá constituir procuradores para, na eventualidade de não poder expressar sua vontade, administrar seus bens e representá-lo perante médicos e hospitais sobre cuidados e tratamentos a que será submetido, sendo, neste caso, considerados praticados 2 (dois) atos, quais sejam a lavratura de uma escritura pública declaratória e a de uma procuração (procuração para cuidados de saúde).

A ideia do testamento vital é permitir a uma pessoa uma "morte digna", evitando tratamentos desnecessários para o prolongamento artificial da vida ou com benefícios ínfimos. As instruções destes testamentos aplicam-se sobre uma condição terminal, sob um estado permanente de inconsciência ou um dano cerebral irreversível que, além da consciência, não possibilite que a pessoa recupere a capacidade para tomar decisões e expressar seus desejos.

Qualquer pessoa poderá procurar um Psiquiatra devidamente habilitado para que seja avaliada a capacidade de exprimir sua vontade no período de elaboração do Testamento Vital. No Código Civil de 2002 é resguardado se no momento de qualquer Ato/Negócio Jurídico a pessoa estava ou não com pleno discernimento (BRASIL, 2002).

Então ao realizar este Testamento com parecer Médico atestando sua capacidade mental, o indivíduo poderá evitar futuras Demandas Processuais, como a anulação de Testamento por falta de discernimento por parte do Testador. O Parecer Médico pode confirmar que no momento do Ato/Negócio Jurídico o mesmo possuía capacidade de exprimir sua vontade.

O direito à vida é o primeiro grande direito individualmente tutelado pela Constituição Federal, por ser a base de todo e qualquer direito ou garantia do ser humano. A dignidade pode superar a própria vida, atingindo a morte. A partir do momento em que não se pode mais *viver* com dignidade, cada ser humano tem direito a uma morte digna. A Lei Estadual nº 10.241 de 17 de março de 1992, dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Referida norma buscou tutelar o direito de o paciente escolher livremente seu caminho, no caso de doença terminal ou irreversível, com fundamento no princípio da dignidade humana, que, conforme exposto, deve ser considerado em todas as etapas da vida e até mesmo em seu termo final (BRASIL, 1992).

O testamento vital é juridicamente possível no Brasil, mesmo sem a existência de legislação específica, desde que tratado como declaração de vontade e não como testamento, observados os requisitos de existência e validade dos demais atos e negócios jurídicos nos termos do Código Civil. As diretivas antecipadas de vontade são disposições lícitas e independem de norma específica que determine sua validade e efeitos jurídicos, sendo plenamente possível sua confecção e eficácia por se tratar de garantia de direito essencialmente humano, independente de positivação.

DO ESTADO JUIZ NO JULGAMENTO DA VIDA COTIDIANA DO PROCESSO PENAL (IMPARCIALIDADE)

O Processo Penal brasileiro é um misto dividido em duas fases: fase pré-processual (caráter inquisitório) e fase processual (caráter acusatório). A fase processual traz consigo os traços do sistema acusatório: publicidade do procedimento, duplo grau de jurisdição, tratamento isonômico das partes, iniciativa probatória e a manutenção do juiz como um terceiro imparcial. Logo o Juiz se coloca numa posição de distanciamento do trabalho fático não produzindo provas ou orientado as partes envolvidas no Processo Penal.

Esta máxima do processo penal é decorrência lógica do Princípio do Juiz Natural, o qual encontra previsão em dois incisos do artigo 5º, quais sejam, o XXXVII (“*não haverá juízo ou*

tribunal de exceção”) e o LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) ambos da Constituição Federal brasileira de 1988 (BRASIL, 1988). O princípio do Juiz Natural assegura que todas as pessoas “brasileiras” ou “estrangeiras” possuem o direito de serem ouvidas com o respeito às garantias legais estabelecidas pela própria ordem Constitucional brasileira, sendo certo que a imparcialidade também está prevista no artigo 8.1 do Pacto de San José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

É necessário salientar que a proteção do devido Processo Penal é essencial na busca das Garantias Fundamentais da “*pessoa humana*”, sendo meio hábil capaz de estabelecer regras reais de proteção e julgamento quando da atuação por parte do Estado Juiz. O Estado reservou para si o exercício da função jurisdicional e tem o dever de agir com imparcialidade. A imparcialidade do juiz é pressuposto de validade do processo, devendo o juiz colocar-se entre as partes e acima delas, sendo esta a primeira condição para que possa o magistrado exercer sua função jurisdicional. Por isso, as partes têm o direito de exigir um juiz imparcial quando da solução do seu conflito.

Referido pressuposto, dada sua importância, tem caráter universal e consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo X: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 2018).

O ativismo judicial é um assunto de grande destaque nos dias atuais, devendo o Juiz Natural compreender que o Poder Judiciário deve interpretar o real espírito da Constituição Federal de 1988, expandindo seu sentido e alcance, mas não deverá confundir ativismo judicial com quebra das condições de igualdade das partes envolvidas no Processo Penal. É certo o entendimento que o Supremo Tribunal Federal brasileiro é a Corte Constitucional da República Federativa do Brasil, detento os meios necessários na aplicação específica e proativa da Justiça em território brasileiro, sendo responsável pelo julgamento dos temas mais relevantes dos dias atuais.

Ademais, quando se fala que o Juiz Natural tem o dever de zelo com os atos *ex officio* na evolução do processo a conclusão é lógica, “o Juiz não pode quebrar as regras da igualdade do processo”, não existem direitos de preferência em relação à defesa ou acusação, todos são iguais perante a lei, a igualdade está também na atuação por parte do Juiz Imparcial do Processo Penal. Por esta razão, aqueles que são contrários ao ativismo judicial, entendem que o juiz não deve ter uma atuação muito ativa porque estaria a comprometer o princípio da imparcialidade dentro do processo.

Também, o embargo auricular é um costume e medida que desmoraliza o profissional

digno, ou seja, humilha porque o Operador do Direito vai pedir “favor” a quem tem o dever de decidir logo. Na imparcialidade o juiz não possui interesse no objeto do processo nem deseja favorecer uma das partes (acusação ou defesa). O Juiz deve e tem interesse que sua sentença seja justa e deve atuar com este pensamento, não possuindo interesse na causa, mas interesse em julgar como medida de Justiça.

Imparcialidade não se confunde com neutralidade. Logo, a atuação ativa do juiz não é motivo de sua imparcialidade. O que importar ao Juiz é conduzir o processo com justiça, que vença quem realmente tem razão dentro do processo, não existindo preferências em relação à acusação ou defesa. Sendo certo que aqueles que apresentaram dentro do campo da igualdade a defesa dos seus direitos terão um julgamento honesto com capacidade de estabelecer quem possuirá o melhor Direito.

Ademais, o processo não deve ser observado dentro de uma visão fria do positivismo, haja vista que também se observa além do objetivo jurídico os fins sociais, políticos e filosóficos que possam ser aplicados ao caso concreto, ou seja, a busca da verdade do processo penal se dá por meio da análise de vários elementos, desempenhando o Juiz Imparcial a análise e julgamento de tudo que lhe é apresentado dentro do Processo voltado à regulação jurídica do ato humano.

Como bem ensina Lopes Júnior (2006), a própria sentença é uma forma de *sentir*: o juiz age, pensa, e sofre todas as influências provocadas pela sociedade pós-moderna, levando-as em conta na definição de seu sentimento de correção, legalidade e justiça nos casos concretos. Tal fato não está restrito ao Processo Penal ou Cível, Militar ou Trabalhista, é parte da natureza do ser humano e do ato de julgar.

Faz jus salientar a importância de todo ser humano em refletir sobre a real validade das leis. O ato de pensar e ter suas próprias conclusões faz parte da essência humana, sendo totalmente relevante refletir sobre a real validade das leis ao caso concreto, principalmente quando se observa os grandes absurdos amparados pela própria lei quando nos deparamos com temas como Holocausto (Alemanha Nazista) e Escravidão (no período Imperial no Brasil). A violação dos direitos pode ocorrer pela própria lei. Por tal razão é necessário o uso de outros valores na aplicação da própria lei, sendo a moral um dos principais recursos da ponderação como medida de justiça. A imparcialidade pressupõe a representação do Estado pelo Juiz. No entanto, há certos atributos normativo-institucionais da ordem jurídica brasileira que parece ser contraproducente no que concerne ao fornecimento de incentivos a um comportamento decisório imparcial.

CONCLUSÃO

Enfim, diante de tudo que foi mencionado neste artigo tem se a conclusão do que

representa a vida para o ser humano. Inúmeras foram os pensamentos jurídicos colocados que, afirmaram sobre a importância da vida sobre os direitos da personalidade humana. Vale lembrar que a prioridade da vida deve ser sempre acompanhada pela dignidade bem como pela liberdade, direito esse adquirido com o seu nascimento com vida, até o momento de sua morte. De acordo com os pensamentos dos doutrinadores e das leis aqui expostas todo ser humano merece o devido respeito, a dignidade ao direito à vida, bem como a liberdade, pois tudo isto é de fundamental importância para à sua existência. Ninguém tem o direito de se desfazer da vida humana de outrem, pois se o fizer, estará aberto a sofrer as sanções discriminadas nas leis que regem os Direitos Humanos e o Ordenamento Jurídico brasileiro. Sendo o Testamento Vital o meio hábil capaz de resolver a problemática de viver com qualidade e dignidade de vida. O julgamento do processo não tem natureza meramente formal, ele é profundo e alcança aspectos determinantes da vida das pessoas. Por tal razão nada mais elementar e essencial que o julgamento do processo penal observando as regras da imparcialidade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 20 mar. 2019.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 20 abr. 2019.

_____. Lei n. 10.241, de 17 de março de 1999. **Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/sileg/integras/224907.pdf>> Acesso em 03 abr. 2019.

BULOS, UadiLammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COLEGIO NOTARIAL DE DO BRASIL – SEÇÃO SÃO PAULO. **Bem-estar: quer garantir que sua vontade seja respeitada até o fim? Faça um testamento vital**, 24 de abril de 2018.

Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTYxMDc=&MSG_IDENTIFY_CODE> Acesso em 23

abr. 2019.

_____. **Projeto diálogos**

notariais leva ao hospital das clínicas para tratar de testamento vital, 09 de novembro de 2018.

Disponível em: <<http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTcwNDg=&filtro=1&Data=>>> Acesso em 23

abr. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.** Disponível em:

<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf> Acesso em 3 abr. 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**, 1969. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>> Acesso em 13 jun. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**: art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

DIREITOS HUMANOS. **Pop Desenvolvimento.** Disponível em:

<<https://popdesenvolvimento.org/direitos-humanos.html>> Acesso em 16 abr. 2019.

EDISOM, João. A lista do Brasil. **HNT Hipernotícias**, 12 de abril de 2017. Disponível em:

<<https://hipernoticias.com.br/artigos/a-lista-do-brasil/72221>> Acesso em 17 abr. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALTZ, Judy. World Jewish Population on Eve of New Year – 14.7 Million. **Haaretz**, 09 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.haaretz.com/jewish/.premium-world-jewish-population-on-eve-of-new-year-14-7-million-1.6464812>> Acesso em 16 abr. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. O que são os direitos humanos? Disponível em:

<<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>> Acesso em 16 abr. 2019.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. Artigo 10: Direito a um julgamento justo, 26 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/artigo-10-direito-a-julgamento-justo>> Acesso em 13 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em 22 mar. 2019.

Para a lei, viver é um direito e não uma obrigação. **Folha de São Paulo**, 02 de julho de 2011.

Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/blog/para-a-lei-viver-um-direito-e-no-um-a-obrigao>> Acesso em 23 abr. 2019.

RUSSO, Luciana. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A RESPONSABILIZAÇÃO DOS GESTORES PÚBLICOS PELA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FINANCEIROS OU TRIBUTÁRIOS

Wellington Henrique Rocha de LIMA¹
Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA²

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a análise da responsabilização dos gestores públicos pela concessão de benefícios financeiros ou tributários nos Impostos Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) pela metodologia analítica dedutiva de referências bibliográficas. O grande questionamento que se faz é se haverá enquadramento na lei de improbidade administrativa para àquele gestor que concede benefícios tributários. O texto é construído de forma narrativa descritiva. Realiza-se uma investigação bibliográfica dos princípios da moralidade administrativa, probidade administrativa e legalidade, bem como a afronta a tais princípios. Em observação à lei de responsabilidade fiscal de 04 de maio de 2000, realiza-se perquirição da possibilidade legal de renúncia fiscal, bem como a possibilidade de renúncias estarem enquadradas como ato de improbidade administrativa conforme descreve o art. 10-A da lei sob n. 8.429 de 1992, suas características, sanções e penalidades.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Art. 10-A. Responsabilidade Financeira e Tributária.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the accountability of public managers for the concession of financial or tax benefits in the Taxes on Services of any kind (ISSQN) by the analytical methodology deductive of bibliographical references. The great question that is asked is if there will be framework in the law of administrative improbity for that manager that grants tax benefits. The text is constructed in descriptive narrative form. A bibliographical investigation of the principles of administrative morality, administrative probity and legality is carried out, as well as the affront to such principles. In observance of the fiscal responsibility law of May 4, 2000, the legal possibility of tax exemption is examined, as well as the possibility of resignations being classified as an act of administrative impropriety as described in art. 10-A of the law under n. 8,429 of 1992, its characteristics, sanctions and penalties.

KEYWORDS: Administrative dishonesty. Art. 10-A. Financial and Tax Responsibility.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de crises econômicas e financeiras, os municípios que compõem os Estados da

1 Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. E-mail: wh_rocha@hotmail.com.

2 Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Atualmente é professora permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR e do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR. Docente da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso - FESMP-MT. Membro efetivo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI; do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Realizou estudos de Direito Comparado na Universidade Autônoma do México; Universidade Urbaniana -Vaticano; Universidade de Paris - Sorbonne, Universidade de Tel Aviv e Universidade de Londres. Experiência na área do Direito, especializada em Direito Negocial, Direito de Empresa, Direito de Família, Hermenêutica Jurídica. Autora de obras e artigos jurídicos. Advogada e sócia-fundadora do escritório Borges Ferreira Advogados Associados.

federação brasileira se veem à beira do colapso, muitas vezes pela pouca receita que produzem, bem como pelos pequenos repasses que recebem dos Governos Estaduais e Federais.

Com pouca liberdade de valerem da criatividade, devido às inúmeras vedações e proibições legislativas, os gestores públicos municipais não encontram muitos caminhos para reestabelecerem as contas públicas e garantirem a retomada do desenvolvimento dos municípios que comandam.

Pelo método dedutivo analítico, traça-se uma conceituação básica por meio dos referenciais teóricos e legislativos pátrios quanto à responsabilidade dos agentes públicos frente à Administração Pública, bem como de maneira descritiva argumentativa se constroem hipóteses para resolutividade das demandas envolvendo as renúncias fiscais.

A responsabilidade do Estado está consubstanciada no presente estudo devido à imperiosa função de proteção aos recursos públicos, ao repúdio às ilegalidades e essencialmente à afronta aos princípios da Administração Pública.

Em frente, mesmo diante de todas as dificuldades, o ordenamento jurídico brasileiro garante em diversas situações a possibilidade de renúncias fiscais, ou seja, a possibilidade de garantir privilégios a determinadas pessoas, sejam físicas ou jurídicas, como por exemplo, “[...] anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições [...]” conforme dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000).

A própria Constituição Federal prevê em seu art. 165, § 6.º que “o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia” (BRASIL, 1988).

Em específico, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) regido atualmente pela Lei Complementar 116 de 2003 é de competência dos Municípios e do Distrito Federal e tem como fato gerador a prestação de serviços anexa à referida lei complementar. Nesta senda ainda, dispõe o § 3.º do art. 1.º que incidirá o referido imposto “[...] sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço” (BRASIL, 2003).

Entretanto, diferentemente das permissões previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza não poderá ser objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado ou, sob qualquer outra forma, que resulte em carga tributária menor que da

aplicação da alíquota mínima estabelecida (8º-A, § 1.º) (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, estarão os gestores públicos impedidos de promoverem ações de renúncias fiscais do ISSQN que visem à geração de emprego e renda local por meio de benefícios tributários ou financeiros?

2 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB N. 8.429 DE 1992

A responsabilização dos agentes públicos é percorrida de diversas formas, no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, é consubstanciada por um grande aparato legislativo e jurisprudencial de proteção à Administração Pública e aos interesses dos administrados.

Dentre as previsões legislativas, ganha especial destaque, na presente análise, a Lei de Improbidade Administrativa, a qual busca as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

2.1 Moralidade e Probidade Administrativa

Apesar de estudo conciso, o que se busca é demonstrar o dever de probidade dos agentes públicos frente à Administração Pública, bem como o que caracteriza o agente ímprobo que incorre em atos de desonestidade e ilicitude.

Faz-se uma análise crítica quanto à aplicação e interpretação dos atos que são caracterizados ímprobos frente à Lei de Improbidade Administrativa, assim como a aplicação desenfreada das sanções a estes agentes.

Entende-se por probidade “honestidade, honradez, pundonor, integridade de caráter” (PRADO, 2004, p. 264), mas também pode ser compreendida como “retidão, honestidade, pureza, dignidade” (SCOTTINI, 2009, p. 268).

A probidade como princípio norteador da Administração Pública, ou melhor, do gestor público, é norteador da relação deste com o Estado, que todos os agentes devem cumprir suas funções comprometidos de que esta é para o coletivo e não para seus interesses pessoais.

Já, moralidade pode ser conceituada como “qualidade de um indivíduo ou ato considerado quanto à sua relação com princípios e valores morais. Ex.: a moralidade de um determinado ato ou atitude”, ao mesmo passo que pode ser entendida como o “conjunto de valores e princípios morais de uma sociedade. Ex.: defesa da moralidade, guardiães da moralidade” (JAPIASSÚ, 2006, p. 193).

A moralidade é um conjunto de valores e princípios morais da sociedade e de todo um conjunto; assim, o que é moral para determinados povos, pode não ser para outros. Nesse sentido,

como fonte norteadora, a moralidade está presente na Administração Pública para garantir que, apesar de os atos serem legais, podem não ser morais.

Na tentativa de conceituação da probidade e da moralidade, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p. 99) corrobora que “não é fácil conceituar o princípio da moralidade. Isso se dá em virtude da dificuldade inerente de se estabelecer uma noção do que é moralmente legítimo para determinada sociedade em determinado momento histórico”, contudo, com o intuito de dar objetividade teórica ao estudo, afirma que “é possível afirmar que a moralidade está relacionada com atuação administrativa ética, leal e séria”.

O agente ético, leal e sério é aquele que cumpre com suas funções pautado na boa-fé e na observância dos valores que a Administração preceitua. Mesmo que não seja tarefa fácil delimitar o conceito prático da moralidade e da probidade, não pode a pessoa física ou pessoa jurídica que se relaciona com o Poder Público se eximir de cumprir os princípios basilares deste.

Quanto ao princípio da moralidade administrativa, Benedicto de Tolosa Filho (1999, p. 30) afirma que, “ao atender o princípio da legalidade, o administrador público, ou agente público, deve atentar para o princípio da moralidade, visando buscar o que melhor se ausculta, o interesse da coletividade”.

Como o que é moral pode variar de acordo com as sociedades e o lapso temporal em que se vive, deve a moralidade ser caminho de todo o gestor/agente público na aplicação dos recursos públicos. Nesse seguimento, a moralidade vivenciada por um povo em determinada época, deve ser aquela moldada pela Administração Pública. Portanto, o dever da moralidade deve partir dos atos da sociedade.

Segundo Diogenes Gasparini (2012, p. 64), “o ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos”, ou seja, nem tudo que é moral é legal, e “[...] por essa razão, veda-se à Administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade e da boa-fé”.

A boa-fé deve ser pautada nos mais rasos atos dos administradores públicos e, portanto, devem estes, mesmo frente a meras irregularidades, verificarem que seus atos não estão pautados na lealdade com a Administração. Entretanto, cumpre destacar que, por diversas situações vivenciadas, determinadas ações não dependem vontade ou atos somente de um agente, é nesse passo que determinados atos afetam vários agentes públicos.

Licinia Rossi Correia Dias (2012, p. 35) assevera que “a conduta do administrador deve ser honesta, transparente, pautada nos postulados da boa-fé”, de igual maneira é alicerçado que “a moralidade ingressa no direito através da teoria do desvio de finalidade e do desvio de poder”.

Dessa forma, todo “administrador, quando pratica o ato, deve praticá-lo de acordo com o fim de atender o interesse público. Se o administrador desvia desse interesse público, o ato é não só ilegal como também imoral”.

A transparência nos atos dos administradores públicos conceitua, desde seus primeiros passos, a boa-fé na aplicação das vontades dos cidadãos. Dessa maneira, estes não buscando ocultar irregularidades, poderão, mesmo que cometendo meras irregularidades, não responder por uma conduta dolosa, ou seja, que havia intenção de cometer ato ilícito.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 120) entende que quanto à Moralidade Administrativa, “este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado”. Nesse diapasão, aduz que “significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria”.

Os bens juridicamente valorados são aqueles a que os cidadãos e os legisladores concebem a proteção jurídica do Estado. Qualquer malbaratamento, por exemplo, pode ser conceituado ao mesmo passo que um ato ilegal devido a sua proteção pelo ordenamento jurídico, bem como um ato imoral, de acordo com os costumes daquele povo.

Ao tratar da Probidade Administrativa, Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 99) entende que “contido no princípio da moralidade administrativa está o da probidade”. Afirma ainda que então “surge a ética como baliza de orientação tanto como dever daquele que exerce atividade administrativa quanto ao fim desta”. É nesse passo que o princípio da probidade acaba “propondo, em consequência, o estabelecimento de deveres éticos dos servidores públicos em códigos de ética, medidas preventivas de garantia do cumprimento desses deveres por meio de sistema de controle interno e externo e medidas repressivas pela sua violação”.

Os códigos de ética adentram a Administração Pública, bem como os órgãos de classe, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil, os Conselhos de Medicina, Veterinária, dentre outros, como forma de garantir que os agentes tenham deveres éticos escritos, bem como tenham penalidades descritas para o não cumprimento da probidade em seus atos.

Sistemas de controle interno e externo são fortalecidos, principalmente na Administração Pública, como forma de garantir a responsabilização e celeridade nas penalidades dos agentes de maneira que, de dentro para fora, a probidade seja fomentada, como baliza de comportamentos no Poder Público.

Ainda Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 100) traz como característica que “a ética instrumentalizada pela probidade integrada expressamente ao sistema jurídico, além de executar essa função interna na relação jurídica entre o agente público e a Administração Pública,

proporciona externamente um maior controle desta”.

O controle que a Administração Pública busca é para que seus agentes cumpram com suas funções pautados nos princípios que a regem, como também para que frente a qualquer ato de irregularidade ou ilegalidade do funcionalismo público, haja o devido processo legal para a elucidação de todos os fatos e a junção das cargas probatórias.

Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 72), ao tratar da complexidade da conceituação doutrinária de moralidade e de probidade, corrobora que se trata de “um dos princípios de mais complexa definição. A expressão verbal de uma noção tão abstrata como a ‘moralidade’ aplicada a uma área específica da atuação humana – a gestão pública – é um desafio”.

Mesmo sem adentrar ao presente desafio de conceituação da probidade ou da moralidade, cumpre destacar a importância dos presentes princípios na Administração Pública, frente às inovações administrativas, bem como às conceituações tradicionais, porque, em todo passo e em todos os tempos, mesmo que de maneira implícita, buscou-se para os gestores públicos tais princípios.

Segundo Hely Lopes Meirelles (1999, p. 92), “o dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos”. Sendo assim, a personificação “do velho e esquecido conceito romano do *probus* e do *improbus* administrador público está presente na nossa legislação administrativa, como também na Constituição da República”.

A legitimidade do cargo dos agentes públicos está abruptamente ligada à probidade dos seus atos, pois necessariamente deve aquele que representa a coletividade agir com a nobreza que seu cargo lhe imbuí.

Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 103) corrobora que, ainda na busca da diferenciação dos princípios da moralidade e da probidade, “a norma constitucional criou um subprincípio ou uma regra derivada do princípio da moralidade administrativa”, qual seja, a “probidade administrativa, que assume paralelamente o contorno de um direito subjetivo público a uma Administração Pública proba e honesta, influenciado pela conversão instrumentalizada de outros princípios da Administração Pública [...] e pelo cumprimento da boa administração”.

Ao tratar como um subprincípio, a probidade administrativa não perde seu *status* de observância necessária pelos agentes públicos, pois, da mesma maneira, é possível verificar que a moralidade pública está como um princípio abrangente, e que a probidade administrativa está ligada ao humano e suas práticas frente à Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018, p. 119) demonstra que, ao contrário da moralidade, abstrai-se a imoralidade administrativa, a qual “surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de desvio de

poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente”.

Por meio das afirmações acima, é possível verificar, portanto, que a imoralidade se abstrai de atos que, mesmo que estejam acobertados pela legalidade, por vezes podem ser considerados imorais perante os cidadãos.

Miriam Vasconcelos Fiaux Horvath (2011, p. 25), no que tange à moralidade, enfatiza que “esse princípio repousa na obrigatoriedade de que todo ato administrativo se revista de lisura, não se justificando excesso, desvio e motivação estranhos ao interesse público”.

Mesmo que seja um ato legal, não pode este ter como motivações interesses pessoais dos agentes ou de seus próximos. Devem os atos ter lisura na contratação, bem como para qualquer processo seletivo ou licitação, pois não se podem justificar todos os atos pela legalidade de que este se reveste.

Gustavo Barchet (2016, p. 52) aduz que “a primeira aplicação do princípio da moralidade é outro princípio, o da probidade, o qual impõe ao agente público um comportamento ético, honesto, transparente, perante o administrado” e, nesse sentido, o que se impõe é que “este não se valha de expedientes astuciosos, maliciosos, fraudulentos para com o administrado”, pois, nesta senda “esse em regra desconhecedor das peculiaridades do cotidiano administrativo, correria o grave risco de ser privado de seus direitos ou de sofrer agravos em suas obrigações ou limitações se o agente público adotando uma postura formalmente legal, pudesse se valer de recursos ardilosos em seu desfavor”.

As condutas formalmente legais, que se valem de recursos ardilosos em desfavor dos administrados, consubstanciadas pela má-fé do administrador público demonstram a evidente improbidade administrativa do agente público, que afronta o princípio da moralidade pública exigida para toda a administração, bem como para com a probidade exigida a conduta daquele agente.

Reinaldo Couto (2015, p. 153), a esse respeito, discorre que “de fato, sob o aspecto prático da Administração Pública, o princípio da moralidade é de grande valia, pois possibilita controle além da legalidade, permitindo a aferição dos desejos do Administrador mesmo quando observada a lei”.

Ainda que os códigos de ética estejam voltados para a probidade daqueles agentes, podem estes, mesmo que em atos alheios a sua competência, exercer seus desejos obscuros e imorais por meio da subordinação exigida na Administração Pública à proporção que, ao comandar o paço municipal, por exemplo, o Prefeito Municipal delega funções e ordens a seus funcionários públicos

para que realizem atos revestidos de legalidade; contudo, com aspectos imorais.

Ao contrário, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018, p. 1008) afirma, portanto, que “não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública”. Porém, é importante destacar que, “quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé [...]”.

De maneira oposta, é possível entender que tanto a moralidade administrativa quanto a probidade administrativa significam a mesma coisa e afloram os mesmos desejos intrínsecos, qual seja a boa-fé, a lealdade, a lisura, dentre outros, nos atos dos gestores públicos.

Santiago Legarre corrobora que (2004, p. 180) “*cabe aclarar ahora que la moral pública no se define solamente de un modo negativo, esto es, por relación a las conductas que la ofenden, las inmoralidades públicas a que se hizo alusión anteriormente*”. Pois, é possível “*también se la puede conceptuar positivamente como el conjunto de manifestaciones del recto obrar de los miembros de una comunidad que más inmediatamente repercuten en la esfera pública*”.

As ações de todos os cidadãos repercutem fortemente para com os atos da Administração Pública, pois os conceitos de moralidade e de imoralidade partem do seio da sociedade em que se vive e, com isso, diversas vezes é possível verificar em alguns meios a corrupção como algo imoral; contudo, aceitável em algumas proporções. Dessa forma, o conceito de moralidade pode ser banalizado por algumas sociedades.

A mera irregularidade se enquadra com os conceitos de moralidade e de imoralidade; ocorre que é proporcional e razoável a aplicação de penalidades diferentes para os agentes que cometem as meras irregularidades, comparadas com aqueles agentes que agem com a má-fé e a falta de lealdade.

Ainda nesse caminho que Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018, p. 1010) preleciona que “a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público”, pois, quanto à positivação na legislação, “a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo”, e, dessa forma, com a importante “inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos”, de igual maneira também

passou “a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito”.

Ao ser promulgada a Magna Carta de 1988, houve a inclusão do princípio da moralidade administrativa de maneira expressa no ordenamento jurídico. Com a extensão da moralidade para toda a Administração Pública, houve maior abrangência e o rigor em sua aplicação mais eficaz.

Irene Patricia Nohara (2018, p. 81) ensina que, com a previsão legislativa da moralidade pública, e inserido da probidade o “Direito Administrativo não apenas enuncia o direito à moralidade administrativa, que foi erigido à categoria de princípio, mas também municia os operadores jurídicos e os cidadãos do mais moderno manancial de possibilidades de controle dos desvios éticos na Administração Pública”,

As diversas possibilidades de punibilidade dos gestores que afrontam os princípios da Administração Pública, dentre outros diversos crimes com esta, garantem um leque de possibilidades para a prestação efetiva aos operadores do Direito e aos julgadores das lides públicas, ainda, o controle dos desvios éticos e de maneira concisa e, ao mesmo tempo, amplificada.

Rememorando, Marcio Pestana (2014, p. 219) entende que seja forçoso “sublinhar que ao lado do princípio da moralidade administrativa encontra-se o princípio da probidade administrativa. Se enquanto pensados como princípios, pode-se considerar ambos (moralidade e probidade) como portadores do mesmo sentido e consistência axiológica”.

Ainda no forçoso caminhar de conceituação da moralidade e da probidade, a doutrina continua divergente e não pacífica quanto ao sentido axiológico das palavras e também quanto ao *status* de princípio ou não da probidade. Contudo, possível é verificar que os autores consultados têm, em sua essência, o entendimento de que a moralidade administrativa e a probidade devem ser base conduta de todo agente/gestor público na prática de todos os atos com a Administração Pública.

Ao concluir, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018, p. 1012) entende que “a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei;” já a “legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico;” por outro lado, são estes vistos “como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei”.

Importante destacar em quais sentidos de se interpretar os princípios e as expressões do Direito, pois, ao tratar da legalidade em sentido amplo, a moralidade e a probidade, verificadas como princípios, bem como os demais valores consagrados pelo ordenamento jurídico não se confundem como infração, haja vista que a improbidade é mais ampla que a imoralidade.

Em arremate, Edmir Netto de Araújo (2018, p. 86) afirma que o “agente verificará sobre o legal ou ilegal, adotando obrigatoriamente a primeira postura; sobre o oportuno ou conveniente decidirá dentro dos quadros da ordem jurídica; mas também o fará sobre o honesto ou desonesto, pois nem tudo que é legal, formalmente, é honesto ou moral”, porque, em alguns aspectos é importante destacar que “às vezes, sob a capa da legalidade formal, acobertado pela competência legal e escondido da responsabilidade pela diluição desta entre vários funcionários, o agente poderá praticar ato que não se coadune com o interesse público, que tenha finalidade diversa daquela que, por sua natureza, deveria perseguir” e, com isso, “prevalecendo, nas sombras, o interesse pessoal, ilegítimo e inconfessável flagram agressão ao princípio da moralidade administrativa”.

Nesse diapasão, é possível, portanto, aludir que o agente público que age sob as sombras dos seus interesses ilegítimos, ou seja, aqueles que não agem de acordo com o interesse coletivo, flagram agressão ao princípio da moralidade administrativa.

2.2 Improbidade Administrativa

Aquele que afronta a moralidade pública, a probidade administrativa, a legalidade e os demais princípios da Administração Pública podem ser apenados pela Lei de Improbidade Administrativa.

Contudo, faz-se necessária a análise do termo improbidade administrativa para a realização de estudo prévio e que não se busca o exaurimento dos conceitos doutrinários e legislativos, mas que seja uma introdução à verificação da responsabilidade dos agentes frente às concessões de benefícios, isenções ou manutenções de benefícios financeiros e tributários.

Com efeito, Alessandro Santos Barbosa (2016, p. 15) afirma que “a história mundial nos revela de forma translúcida que, desde os primórdios da humanidade, quando as primeiras formas de comunidade começaram a se constituir, a bússola moral do ser humano, em grande parte do seu tempo, apontou para um norte de condutas negativas ao bem comum”, condutas estas que podem ser verificadas como “egoísmo, preguiça, corrupção, inveja, desonestidade, preconceito” os quais “sempre foram tônica do comportamento e das relações humanas, especialmente quando envolvidas em jogos políticos e disputadas de poder”.

As condutas negativas ao bem comum, aquelas não aceitas em sociedade, as quais são objetos da análise do presente estudo, cuja bússola moral a ser interpretada é a Constituição Federal, a qual dispõe sobre os princípios que regem a Administração Pública, rechaçam os atos que afrontam aquele.

Nessa senda, Silvio Antonio Marques (2010, p. 38) aponta que “constitui um dos principais axiomas do direito administrativo o dever que todos os agentes estatais têm de exercer suas funções

sempre com o objetivo de proporcionar a efetiva realização dos interesses públicos”, contudo, “ocorre que nem sempre os servidores e agentes políticos trilham os caminhos da legalidade, da lealdade às instituições, da honestidade com os administrados e do cuidado necessário com a coisa pública”.

Nesse transcorrer, aqueles agentes que não se enquadram em suas funções não compreendem que a vida pública é exercida como um sacerdócio de servidão ao interesse público de toda uma coletividade, os quais não agem com lealdade e dentro da legalidade, da honestidade e destreza com os bens públicos, incorrem no desserviço aos cidadãos. Caminhando, assim, para ser intitulado um agente público ímprobo, desonesto e corrupto.

Calil Simão (2017, p. 45) arrola que “os termos improbidade, corrupção e desonestidade caminham juntos. O ímprobo é um ser desonesto e desleal, bem como o corrupto. Entretanto, nem todo desonesto ou corrupto é um ser ímprobo administrativamente”, à medida que “o termo ímprobo deriva do latim ‘*probus*’ e designa a pessoa devassa, desonesta ou corrupta. Trata-se de um atributo do sujeito. Aliás, uma qualidade negativa do ser humano”.

Ocorre que, conforme disposto pelo autor acima, nem todo agente público que é desonesto ou corrupto incorre em improbidade administrativa, que este poderá ser apenado por outras legislações ou por não haver na Lei de Improbidade Administrativa previsão para seu ato.

Emerson Garcia (2014, p. 50) discorre, ao tratar da corrupção, que “em essência, atenta contra o próprio sistema democrático, contribuindo para a sedimentação da ideia de que os mandatários do povo, regra geral, são desonestos, o que representa a semente indesejada de medidas antidemocráticas ou mesmo de regimes ditatoriais” à proporção que “em um País onde a corrupção encontra-se arraigada, caracterizando-se como verdadeira chaga social, afigura-se sempre oportuna a tentativa de sistematização dos princípios que delineiam o obrar do agente probó”.

Nenhum agente ímprobo que age com má-fé em seus atos, que malbarateia os bens públicos, que incorre em atos que afrontam os princípios da Administração Pública, verificando dentro da política nacional um seio de corrupção e desonestidade, deve ser uma chaga social, mas sim um elemento possível de apenamento, cujas ações venham a ser utilizadas para todos com o fim pedagógico, pois nenhum agente público deve atentar contra a coisa pública.

Licinia Rossi Correia Dias (2012, p. 35) disserta que “o agente público que exerce boa administração age com probidade, com boa-fé, com honradez, com atitudes corretas e conseqüentemente torna-se um bom e eficiente administrador”, e se verifica “ao contrário, aquele que desvirtua as regras e a função pública está contaminada pela improbidade, imoralidade, incongruência”.

O desvirtuamento das regras frente à administração pública pode ser anulado e retificado

pelo próprio gestor público, nesse sentido, garantindo sua boa-fé ao verificar que determinado ato é consubstanciado pela improbidade.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (1999, p. 93) aduz que “o ato administrativo praticado com lesão aos bens e interesses públicos também fica sujeito à invalidação pela própria administração ou pelo Poder Judiciário, por vício de *improbidade*, que é uma ilegitimidade como as demais que nulificam a conduta do administrador público”.

Causar prejuízo a terceiros e lesionar o interesse público são atos de improbidade que não é coberto de legitimidade e, dessa forma, devem estes serem retificados pelo Administrador Público.

Segundo Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 112), “o vício da imoralidade administrativa implica a nulidade do ato administrativo, e dificilmente será admitida convalidação, porquanto ele agride pelo menos duas condições exigidas: lesão ao interesse público e prejuízo a terceiros”.

Agredir a Administração Pública é agredir toda a coletividade, haja vista aquela ser e existir em função desta. Todo ato que afronta a coletividade deve trazer responsabilidade aos agentes; o combate à corrupção e punição destes deve ser perseguida de maneira eficaz e em tempo hábil, com a finalidade de garantir a sanção a todo ímprobo.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2018, p. 1008) preleciona que “a improbidade administrativa, como ato ilícito, vem sendo prevista no direito positivo brasileiro desde longa data, para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade” à medida que “para os servidores públicos em geral, a legislação não falava em improbidade, mas já denotava preocupação com o combate à corrupção, ao falar em enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, que sujeitava o agente ao sequestro”, como também para a “perda de bens em favor da Fazenda Pública”.

Importante destaque da autora é a abarco legislativo com a finalidade de preservar e punir aqueles que afrontam a Administração Pública, mesmo que de maneira tardia a lei de improbidade cumpre essencial função no combate à corrupção e nas sanções dos agentes que se utilizam do poder público para realizar suas necessidades pessoais.

Irene Patricia Nohara (2018, p. 81) corrobora que a “conduta do administrador público que viole o princípio da moralidade administrativa configura improbidade e permite ao Ministério Público a propositura de ação por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429/92”, a qual prevê a sanção de “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, de acordo com o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição”.

Ao Ministério Público cabe a propositura da Ação de Improbidade, que também cumpre o

papel de elaborar e investigar em sede de inquérito investigativo. Dentre as diversas penalidades dispostas na lei, todas estas podem ser cumuladas de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade esperada pelo Ministério Público ao propor a ação, bem como ao judiciário ao penalizar ou apenar os agentes.

Marcio Pestana (2014, p. 219) aduz que “assim, como se percebe, ambos os princípios – da moralidade e da probidade administrativa – voltam-se para a Administração Pública, dela exigindo não só a boa administração, mas, sobretudo, que tal se dê com ética, honestidade, bons costumes, lealdade, boa-fé, justiça e equidade”. E, ao tratar da interação da Administração Pública com os particulares, ensina que “por aplicabilidade reflexa também deles se exige obediência, com a aplicação dos consectários apropriados, como, v. g., nos casos em que induzam ou concorram para a prática de ato de improbidade (art. 3º da Lei no 8.429/1992).”

Ao particular também se exige a conduta proba e moral com a Administração Pública; ao se relacionar com esta, deve toda pessoa ter a consciência da sua obrigação para com o país.

Noutro giro, Marcelo Harger (2015, p. 17), ao conceituar improbidade, discorre que “é o ato ilícito doloso, decorrente de desonestidade do agente, que cause prejuízo à Administração, acarrete enriquecimento ilícito a um cidadão ou pessoa jurídica ou esteja previsto em um dos incisos do art. 11 da lei n. 8.429/92”, por outro lado, aduz que “não são atos de improbidade aqueles praticados em decorrência da inabilidade do administrador público, que representem equívocos exclusivamente formais ou praticados com boa-fé”.

Mesmo com a ânsia de punibilidade dos agentes públicos, devem ser observados importantes aspectos quanto aos atos na Administração Pública, para que com cautela não haja injustiças para com os gestores públicos. A inabilidade do gestor público ou inoperância da complexa máquina pública deve ser apenada, contudo, de acordo e na mesma extensão que seus atos, essencialmente se estes se pautarem na boa-fé e inexperiência destes.

Marino Pazzaglini Filho (2015, p. 2) define que “a improbidade administrativa constitui violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, isto é, ao dever do agente público agir sempre com probidade (honestidade, decência, honradez) na gestão dos negócios públicos”.

É nesse passo que não havendo a violação aos princípios constitucionais da probidade administrativa, da honestidade, da decência, da honradez, da boa-fé e muitos outros, bem como não se enquadrando o agente como ímprobo ou corrupto ou desonesto, não poderá ser protocolada ação de improbidade administrativa.

Nas palavras de Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 51), “não adianta palmilhar a busca de um conceito preciso nessa matéria. Também não é oportuno importá-lo do regramento legal, porque este é extremamente detalhado e, por isso, capaz de produzir sensíveis confusões exegéticas”.

Porém, aduz que é possível conceituar e identificar um ato de improbidade administrativa com o significado de “exercício de função, cargo, mandato ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência”, ou seja, destaca que “é o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé”.

Por ter fonte a má-fé, o agente que age ao contrário deverá ser apenado, contudo, com a devida proporcionalidade e razoabilidade, bem como que sejam utilizados outros meios de, por algumas vezes, ressarcir o erário público, dentre outras sanções necessárias de serem cumpridas.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 9) protesta que “não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos” e com esse malbaratamento dos recursos garantam “enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública”.

Em uma conceituação concisa e precisa, o autor demonstra que o agente ou terceiro, praticante de determinado ato de forma dolosa ou culposa, contra qualquer órgão, direto ou indireto da Administração Pública deverá responder por esses ilícitos ou pelos atos imorais.

Segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 27), “sempre foi uma cultura nefasta em nosso país, como nos países da América do Sul, ver os homens públicos rompendo a coletividade pelos seus maus tratos à coisa pública”, bem verdade é que “a corrupção atrasou muitos povos do nosso continente, que obtiveram dos políticos o retrocesso e a conduta desleal, em vez de zelarem pela boa e pura intenção dos seus atos”. Nesse sentido, “a Lei de Improbidade veio à superfície com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública”.

Cuidar da coisa pública com lealdade e prezando pela observância aos princípios que a regem deve ser ato essencial para o cumprimento de qualquer cargo público, seja ele eletivo, seja de livre nomeação ou por meio de concurso público. Nenhum ato deve ser realizado para o bel sabor dos interesses escusos da Administração Pública.

Waldo Fazzio Júnior (2016, p. 127) enfatiza que “tornou-se lugar-comum, em obras sobre atos de improbidade administrativa, começar o texto dizendo que improbidade é palavra derivada do latim *improbitas*, significando falta de probidade e desonradez”. Ocorre que “[...] a improbidade administrativa, como concebida no direito brasileiro, pela Constituição Federal (1988) e, depois, pela Lei nº 8.429/92, não se restringe à simples desonestidade ou à singela ruptura de valores”, pois, nesta senda, é possível verificar que “se há uma qualificação especial da improbidade, em razão da lesão ao erário (art. 10) ou do enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), o fato é que aquela

lei ordinária prevê (art. 11) modalidade de ato de improbidade que não carece de nenhum desses resultados para se caracterizar (art. 21, I)".³

A especificidade trazida pela Lei de Improbidade Administrativa garante maior persecução dos atos de corrupção, a que não se vinculam somente a desonestidade ou falta de honradez, mas como retirar qualquer valor dos cofres públicos em proveito próprio, bem como conceder isenção indevida ou até causar lesão aos bens públicos e ao erário.

Arnaldo Rizzardo (2016, p. 625) destaca que “não se confunde a improbidade com a mera ilegalidade, ou com uma conduta que não segue os ditames do direito positivo. Assim fosse, a quase totalidade das irregularidades administrativas implicariam violação ao princípio da legalidade”, haja vista que nesse diapasão “é necessário que venha um nível de gravidade maior, que se revela no ferimento de certos princípios e deveres, que sobressaem pela importância frente a outros”, por exemplo, “se aproveitar da função ou do patrimônio público para obter vantagem pessoal, ou favorecer alguém, ou desprestigiar valores soberanos da Administração Pública”.

São necessários atos de maior gravidade para que seja configurado o ato de improbidade. A mera irregularidade que depende da legalidade não pode a todo tempo dar configuração à lei de improbidade, para que com essa aplicação desenfreada não seja a legislação usurpada.

José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 97) declara que “a expressão atos de improbidade transmite um sentido genérico de grande amplitude, sendo difícil determinar, a priori, quais seriam esses atos”. Contudo, após a publicação da lei de improbidade administrativa esta “[...] adotou o critério *ratione materiae*, ou seja, classificou os atos de improbidade em três categorias de acordo com os valores ofendidos pelos atos”.

É por esta classificação legislativa que se faz necessária a análise, mesmo que de maneira sucinta, do novo ato de improbidade administrativa descrito na lei de Improbidade Administrativa sob nº 8.429 de 1992, que se tipifica como aquele decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

3 ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR QUALQUER AÇÃO OU OMISSÃO PARA CONCEDER, APLICAR OU MANTER BENEFÍCIO FINANCEIRO OU TRIBUTÁRIO

A concessão de benefícios financeiros ou tributários não é ilegalidade para os gestores públicos, muito menos caracteriza-se afronta aos princípios da Administração Pública em geral, contudo, algumas concessões, aplicações ou manutenções são vedadas por lei; logo, imperiosa é a

3 Como também o art. 10-A que trata de qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 (BRASIL, 1992).

verificação positiva para qualquer ato dos administradores públicos.

3.1 Concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário

Compreende-se a renúncia fiscal como estímulo visando à geração de empregos por parte de empresários. Nessa vereda, Carlos Valder do Nascimento (2014, p. 139) discorre que “a renúncia fiscal consiste, pois, na dispensa de impostos que é realizada sob promessa de retorno em forma de empregos, valendo ressaltar que, às vezes, tal não ocorre”.

Descreve ainda o § 1.º do mesmo dispositivo legislativo que “a renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições [...]” (BRASIL, 2000).

Entretantes, pela Lei Complementar nº 116 fora publicado o caput e o § 1.º do art. 8.º-A que dispõe sobre a vedação e concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido, outorgado ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima de 2% do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (BRASIL, 2003).

3.2 O novo ato de Improbidade Administrativa – Art. 10-A da lei sob nº 8.429 de 1992

O novo ato de improbidade administrativa, previsto na Lei de Improbidade Administrativa, traz à necessária análise, mesmo que de maneira não exaustiva do ato decorrente de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

O art. 10-A da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Ocorre que, importantes questionamentos vêm à tona, como por exemplo, apenas os gestores públicos sofrerão as sanções pelas concessões indevidas de benefícios financeiros ou tributários? É possível o enquadramento na modalidade culposa? Haverá a restituição dos valores renunciados de forma ilícita ou ilegal?

Para resposta, fazem-se necessárias algumas análises, cumprindo destacar a importância da trajetória legislativa da presente vedação.

O presente artigo fora incluído na Lei de Improbidade Administrativa, por meio da Lei

Complementar 157 de 2016, que dispôs:

Art. 4º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 (BRASIL, 2016).

A Lei Complementar, sob n°/]/ 116 de 31 de julho de 2003, dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências, expressando-se em seu art. 8º-A e § 1º que:

8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar (BRASIL, 2003).

Discorre Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 94) sobre a nova previsão legislativa: “em suma, a improbidade será caracterizada nas seguintes hipóteses: a) fixação da alíquota mínima do ISS em patamar inferior a 2%; e b) concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros relativos ao ISS” e por meio dessas alterações “resultem em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima de 2%. O objetivo do legislador é evitar a denominada ‘guerra fiscal’ entre os Municípios”.

Cumprir também que a figura do dispositivo legal é autônoma, como explica Calil Simão (2017, p. 298), pois “apesar do novo tipo estar inserido, aparentemente, como um complemento do art. 10 de que trata de lesão ao erário, a legislação acabou conferindo autonomia frente as demais figuras”, haja vista se tratar “de um novo desacerto, pois era possível inserir esse tipo como um inciso do art. 10, e a proposta de autonomia está nitidamente vinculada ao fato de o legislador ter desejado estabelecer uma reprimenda menor para infração contida” no dispositivo, bem como “afastar a conduta culposa admitida pelo caput do art. 10” da lei de improbidade.

Embora esteja aparentemente vinculado ao art. 10, o art. 10-A tem sanções menos gravosas para os agentes que nele incorrem, bem como o afaste das condutas culposas.

No mesmo sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 94) comprova que se trata, desta forma, “de ato de improbidade direcionado, basicamente, aos Prefeitos e Vereadores dos Municípios, bem como ao Governador e Deputados Distritais do Distrito Federal, que são os responsáveis pela fixação de alíquotas do ISS e respectivos benefícios financeiros ou tributários”. Entretanto, nesse caminhar, “nada impede, todavia, que terceiros também sejam responsabilizados quando contribuírem para o ato de improbidade ou dele se beneficiarem, direta ou indiretamente”.

Notória é a utilização de terceiros que buscam agentes políticos no intuito de se beneficiarem direta ou indiretamente de concessões e reduções financeiras e tributárias. Nesse ângulo, podem também estes serem apenados pelo referido ato de improbidade, e não somente os prefeitos, vereadores, governadores e deputados do Distrito Federal.

Calil Simão (2017, p. 297) traz elementos especializantes do referido dispositivo, quais sejam, “conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário devido; envolver tributação de ISSQN⁴; e violam ao que dispõem o caput e o § 1.º do art. 8.º-A da Lei Complementar n.º 116/03”.

Nesse diapasão, os benefícios financeiros ou tributários devem ao mesmo passo que não reduzidos a quem do limite, bem como devem ser aplicados e mantidos para seu recebimento, não podendo nenhum Administrador Público se valer do seu cargo ou função para a obtenção de vantagem própria ou de terceiros.

Consagra ainda Calil Simão (2017, p. 297) que “o novo tipo incriminador em comento prevê uma conduta contrária ao comando de outra norma legal, sendo, portanto, dependente de complementação, para fins de aplicação”, é nessa trilha que “para a configuração do ato de improbidade administrativa deve-se analisar o disposto no *caput* e no § 1.º do art. 8.º-A da Lei Complementar n.º 116, de 31 de julho de 2003, para confirmar a consumação da infração”.

Portanto, para a consumação do referido ato de improbidade administrativa deve se configurar qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116. Sendo necessária, assim, a complementação de duas legislações para imputação da pena descrita na Lei de Improbidade.

3.3 As penalidades/sanções na ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário

As penalidades/sanções dos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicações indevidas de benefício financeiro ou tributário estão previstas no art. 12, inciso IV da Lei de Improbidade Administrativa, o qual descreve que:

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (BRASIL, 1992).

Discorre Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2018, p. 98) que, “assim como ocorre nos demais atos de improbidade, as sanções podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, em

4 Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza.

consideração a gravidade do fato”.

A gravidade do fato também para a concessão ou aplicação indevida de benefício tributário ou financeiro deve ser levada em consideração. Portanto, deverá ser realizada análise da proporção do dano causado pela concessão indevida.

Calil Simão (2017, p. 301) esclarece que “a Lei Complementar inseriu inciso novo no art. 12 da LIA para o tipo em comento, registrando como sanção: (a) perda da função pública; (b) suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos; (c) multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário”.

De forma mais leve, o artigo em comento traz a sanção a ser aplicada no ato de improbidade descrito no novo art. 10-A.

Nesse mesmo sentido, Calil Simão (2017, p. 301) destaca importante que “o legislador não previu o ressarcimento nos valores concedidos ilegalmente a título de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, tampouco previu a perda de bens correspondentes a esses valores afastando, conseqüentemente” e, de forma misteriosa, “a aplicação de tais sanções por extensão interpretativa”.

Como bem aludido pelo autor acima, algumas sanções foram retiradas para o referido ato de improbidade administrativa e somente o tempo poderá esclarecer as motivações do legislador, conforme se iniciarem as decisões judiciais e especialmente as marcas jurisprudenciais.

CONCLUSÃO

A responsabilização dos agentes públicos frente as afrontas da probidade, da moralidade, da legalidade e demais dispositivos legislativos e principiológicos serão combatidas e punidas através da Lei de Improbidade Administrativa e de todo o aparato legislativo de combate à corrupção.

Especificamente, como forma de garantir a proibição de renúncia de receitas fiscais, o legislador trouxe à baila a vedação de concessões de benefícios financeiros ou tributários no que se refere ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

Visando ao fim das guerras fiscais entre os municípios e a garantia de unificação do mínimo estipulado por lei, fora incluso na Lei de Improbidade Administrativa o Ato de Improbidade se consubstancia por qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Desse modo, cumpre destacar que poderá ser apenado pela prática descrita no art. 10-A pela sanção de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos

e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido, conforme descrito na lei.

A aplicação do dispositivo acima somente é possível de forma dolosa e quando fique configurada a vontade do gestor público na prática vedada pela legislação. Deverá ser posto em análise a proporcionalidade do dano causado pela renúncia, bem como poderão ser aplicadas as penalidades de forma isolada ou cumulativa.

Contudo, não haverá nessa espécie de ato de improbidade administrativa a possibilidade de restituição dos valores renunciados, tampouco a perda dos bens do gestor público.

O Estado cumpre seu papel fundamental de proteção ao estado democrático de direito ao fortalecer as políticas públicas de incentivo à proteção dos recursos públicos e a aplicação efetiva dos instrumentos legislativos, essencialmente nas ações de combate à corrupção e ao malbaratamento da coisa pública.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARBOSA, Alessander Santos. **Improbidade Administrativa por dano ao erário**. São Paulo: Livrus, 2016.

BARCHET, Gustavo. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

BRASIL. Constituição Federal (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25.06.2019.

BRASIL. Lei complementar 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de maio de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 22.06.2019.

BRASIL. Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1º de agosto de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm#art8a%C2%A71. Acesso em: 09.01.2019.

BRASIL. Lei Complementar 157, de 29 de dezembro de 2016. Altera a Lei Complementar no 116,

de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1º de junho de 2017. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp157.htm#art4. Acesso em 09.01.2019.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 02 de junho de 1992. Disponível:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em 09.09.2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa**: prescrição e outros prazos extintivos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Licínia Rossi Correia. **Direito Administrativo I**. Coleção saberes do direito. Alice Bianchini; Luiz Flávio Gomes (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2012.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e crimes de prefeitos**: comentários, artigo por artigo, da Lei nº 8.429/92 e do DL 201/67. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco Alves. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa**: comentários à Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015.

HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Direito Administrativo**. São Paulo: Manole, 2011.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LAGARRE, Santiago. *Ensayo de Delimitación Del Concepto de Moral Pública*. **Revista Chilena del Derecho**. v. 31., n. 1, 2004. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/41614007?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 28.12.2018.

MARQUES, Silvio Antonio. **Improbidade Administrativa**: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: comentários à Lei no 8.429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev., atual. até a emenda constitucional 57, de 18.12.2018. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. In: **Comentários à Lei de responsabilidade fiscal**. Organizadores: Ives Gandra da Silva Martins, Carlos Valder do Nascimento; adendo especial Damásio de Jesus. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Rozana. **Dicionário Jurídico**. Pirassununga: Lawbook, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCOTTINI, Alfredo. **Minidicionário escolar da língua portuguesa**. Blumenau: Todolivro, 2009.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa: teoria e prática**. 3. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2017.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Direito Administrativo: noções fundamentais**. São Paulo: Iglu, 1999.

A SAÚDE DOS DIREITOS À SAÚDE: DA EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO – O MÍNIMO EXISTENCIAL, A RESERVA DO POSSÍVEL E O OVO DA SERPENTE

Antonio Cyro VENTURELLI¹

RESUMO

O direito à saúde está positivado na Constituição da República de 1988 como um dos direitos fundamentais do ser humano, sendo dever do Estado garanti-lo através da execução de políticas públicas, consubstanciadas no denominado mínimo vital. Nesse passo, a aplicabilidade, errônea, da teoria da reserva do possível para esse fim produz um vínculo entre a efetivação dos direitos e a capacidade financeira do Estado. A concretização ao direito à saúde esbarra na criação de óbice, cujo desprovimento de recursos estaria na esfera de opção do administrador público em eleger prioridades. Assim, o presente estudo visa, através do método dialético, trazer à baila a recente alteração legislativa à LINDB, travestida das chamadas “consequências práticas da decisão” – ou melhor dizendo, “o ovo da serpente” –, com importantes repercussões no âmbito do direito público e no que tange à questão da judicialização da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Mínimo existencial; Reserva do possível; Direito à saúde; Políticas Públicas; LINDB.

ABSTRACT

The right to health is positivated in the Constitution of the Republic of 1988 as one of the fundamental rights of the human being, being the duty of the State to ensure it through the execution of public policies, embodied in the so-called vital minimum. In this step, the erroneous applicability of the reserve theory of the possible for this purpose produces a link between the realization of the rights and the financial capacity of the State. The realization of the right to health is evident in the creation of an obstacle, whose lack of resources would be in the sphere of choice of the public administrator in electing priorities. Thus, the present study aims, through the dialectical method, to bring to the point the recent legislative amendment to LINDB, disguised as the so-called "practical consequences of the decision" – or rather saying, "the serpent's egg" – with important repercussions in the context Public law and on the question of the judicialization of health.

KEYWORDS: Existential minimum; Reserve of the possible; Right to health; Public policies; LINDB.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tem como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, dispõe que são direitos sociais, dentre outros, o direito à saúde (art. 6º). Diz mais ainda. Que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 e 197).

1 Mestrando Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná–UENP; Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro/RJ (2011); Graduado em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos (2008); Graduado em Administração de Empresas - Faculdades Integradas de Ourinhos (1993); É servidor público estadual – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e professor do curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré. e-mail: cyrotjsp@gmail.com

Pois bem. Conforme Goes (2018, p. 166), não se pode olvidar de que a estrutura tridimensional das normas constitucionais estão dispostas em três círculos concêntricos. No primeiro, tem-se o denominado “núcleo essencial” – que consiste no princípio da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88). Depois, a chamada “parte ponderável” – que abarca o princípio da concordância prática ou da proporcionalidade. Por fim, a “área metajurisdicional” – caracterizada pelo princípio da separação de poderes.

Dito isso, observa-se que a ponderação é o processo pelo qual se resolverá a tensão entre princípios contrapostos. Com rigor, existem dois caminhos muito bem definidos como resultado de um processo ponderativo e que são: a) a ponderação harmonizante que busca conciliar os princípios em tensão, mediante a aplicação da concordância prática (concessões recíprocas dos valores em colisão); e, b) a ponderação excludente que escolhe um princípio vencedor, com sacrifício dos demais princípios em conflito, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

No que toca a essa ponderação excludente, há de se aplicar a tríade subprincipal, que envolve a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Em sendo assim, numa colisão de direitos, a aplicação dessa tríade dar-se-ia nos seguintes termos: i) Analisar a possibilidade da medida levar à realização pretendida (adequação); ii) A medida tem que ser a menos restritiva aos direitos e interesses envolvidos (necessidade); e, iii) A finalidade pública buscada a ponto de justificar a restrição imposta (proporcionalidade em sentido estrito).

Dessa feita, o desafio do jurista do século XXI é justamente emprestar cientificidade às teorias da argumentação jurídica, de modo a respaldar as decisões judiciais aditivas que inovam a ordem jurídica. Portanto, o grande dilema do juiz hodierno será sempre o enquadramento da sua norma-decisão: núcleo essencial, zona de ponderação de valores ou espaço normativo metajurisdicional (GOES, 2018, p. 166).

O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre os princípios da aplicabilidade imediata (mínimo existencial) e da concordância prática ou da proporcionalidade (reserva do possível), ante às possibilidades e limitação da atuação do Estado no cumprimento do direito à saúde e no fornecimento de medicamentos, que está “subordinado” à existência de recursos públicos disponíveis, aí se incluindo a atuação do Poder Judiciário, sem prejuízo da análise das implicações que resultam da recente alteração na LINDB.

2. O MÍNIMO VITAL

As teorias do núcleo essencial envolvem a capacidade de gerar um direito subjetivo *de per se*, sem depender de um processo de ponderação de valores, nem de atuação superveniente do

legislador democrático, podendo, tudo superar, aí se incluindo as reservas do possível, fática e jurídica, e a própria dificuldade contramajoritária do poder judiciário.

A bem da verdade, a teoria dos direitos fundamentais sociais, atualmente, hospeda uma crescente discussão em torno do que se convencionou chamar de mínimo vital. Essa teoria impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração da sociedade como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal. O texto constitucional claramente orienta-se nessa direção, como por exemplo, ao fixar como um dos seus objetivos a cidadania, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 71)

Oportuna a transcrição dos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 315) acerca dos direitos fundamentais sociais:

(...) cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais – de modo particular os sociais – não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade (...) no contexto de um constitucionalismo dirigente “fracassado e superado”, mas sim, premente necessidade, **já que a sua desconsideração e ausência de implementação fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações**, além de conduzir – tal como com lucidez adverte Paulo Bonavides – a uma lamentável, mas cada vez menos contornável e controlável, transformação de muitos Estados Democráticos de Direito em verdadeiros “estados neocoloniais”. (com destaques acrescentados)

É cediço que o atendimento a direito como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (CF, art. 6.º) exige dos poderes públicos, na maior parte dos casos, prestações positivas (direitos de promoção ou direitos prestacionais).

De tal modo, a implementação de tais direitos ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna (NOVELINO, 2011, p. 459).

De mais a mais, importa anotar que o STF, após o advento da constituição cidadã, tem se posicionado no sentido de que o Poder Judiciário deve sim intervir nas políticas públicas. Confira-se nas explanações de RUSSO e SOUZA LEHFELD²:

O Supremo Tribunal Federal vem consolidando o entendimento, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, no sentido que o Poder Judiciário deve intervir nas políticas públicas com vistas a concretizar o direito à saúde, com supedâneo nos artigos 6º e 196 da Carta Magna, no núcleo básico constitucional que qualifica o mínimo existencial e das legislações ordinárias em consonância com a reserva do possível.

3. A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível originou-se em 1972, por meio de um julgamento realizado pelo

2 In: Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar o direito à saúde – Revista Argumenta UENP

Tribunal Federal Alemão, em uma decisão conhecida como “*numerus clausus*”, estabelecendo que o direito postulado pelo cidadão deve estar sujeito à reserva do possível, em relação à sociedade.

É o que ensina Vidal Serrano Nunes Junior (2009, p. 172):

A teoria em análise parte do pressuposto de que as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingêntos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidades orçamentárias para tanto.

Quanto a essa escassez, Ingo Wolfgang Sarlet pontua que:

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais (...) É justamente em virtude desses aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma. (SARLET, 2010, p. 254)

Como se vê, a teoria da reserva do possível faz referência a orçamentos e recursos, além de observar com razoabilidade, requisitos que o administrador deverá considerar dentro do que é economicamente possível, respeitando os princípios da administração pública.

Constata-se que a existência do princípio do mínimo existencial, combinado com a reserva do possível, requer equilíbrio, em situações onde o Estado tem o dever de garantir o mínimo necessário, e.g., a saúde do cidadão, mas, em contrapartida, não há recursos financeiros suficientes.

Assim, com a escassez de recursos, o Estado se propõe a realizar somente o que está dentro de seus limites orçamentários e ao se deparar com um direito fundamental que possui respaldo no mínimo existencial, alega que os recursos disponíveis são finitos.

Sob o entendimento de que a escusa é inaceitável, resta ao prejudicado tomar as providências cabíveis para garantir seu direito constitucionalmente assegurado, não podendo o Estado apenas esquivar-se do dever, ante à carência de recursos.

4. O CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL, NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Não resta dúvida de que o direito à saúde é um dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal (art. 6º, 196 e 197), o que significa dizer que deve ser efetivado de maneira ampla e irrestrita pelo Estado.

Nesse sentido, a lição de Marcelo Novelino:

O atendimento a direito como educação, **saúde**, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (CF, art. 6.º) exige dos poderes públicos, na maior parte dos casos, prestações positivas (*direitos de promoção* ou *direitos prestacionais*). A implementação de tais direitos ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a **reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna.**” (NOVELINO, 2011. p. 525, com destaques

acrescentados)

O mínimo existencial abarca os direitos sociais, necessários a uma vida permeada pelos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, constitucional e internacionalmente reconhecidos.

Em face da existência dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, e a situação financeira do Estado, ocorrem conflitos justamente em situações tais em que o cidadão necessita da assistência para garantir sua saúde, como, e.g., no fornecimento de medicamentos. Esse cidadão, a partir da recusa do Estado em lhe prestar atendimento, recorre ao Judiciário, buscando a satisfação desse direito.

A partir daí, surgem indagações acerca de uma eventual violação do princípio da separação dos poderes, sob o argumento de que o Judiciário estaria se imiscuindo nas questões afetas ao Executivo. Esse, contudo, não parece ser um argumento factível, à vista da aplicação da doutrina da efetividade. Em que pesem as normas programáticas não possuírem eficácia plena, é indubitável que elas se prestam a garantir o mínimo existencial, aí se incluindo o dever de “prestar” saúde. Ora, caso o direito à saúde não possa encontrar sua plenitude, de outro lado, compete ao Estado traçar as diretrizes para alcançar o bem comum, o que significa dizer que ele tem o dever de garantir o seu núcleo – leia-se, o direito à vida – razão pela qual, o Judiciário estaria sim autorizado a determinar ao Executivo o cumprimento desse dever, já que a Constituição da República, a esse respeito, possui densidade normativa suficiente para tanto.

Cabe ao Juiz, quando provocado, prover sentido concreto à lei e comedir a juridicidade do ato administrativo, com o intuito de que este não impugne a consumação da ordem social.

Todavia, é imperioso debruçar-se sobre a origem do princípio da reserva do possível, a fim de que se possa observar com clareza meridiana que há séria distorção na importação e aplicação do modelo alemão em nosso ordenamento, notadamente quando se tratam de direitos fundamentais.

O argumento da reserva do possível, em seu nascedouro, não atina com direitos integrantes do mínimo vital, como o acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas ao ensino público superior. Esse é o ponto.

Nas palavras de Nunes Junior (2009, p. 172), outra não é a conclusão: “*as condições jurídico-positivas nas quais a teoria nasceu não se reproduzem no Brasil.*”

Na mesma esteira, é o sentir de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 255):

(...) não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da

invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Oswaldo Canela Junior, ao discorrer sobre “O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais”, traz a lume o orçamento como instrumento para a realização do Estado social. Não é demais repetir. Em sua visão, o orçamento deve ser supedâneo para a implementação de políticas públicas, e não o contrário. Por mais paradoxal que possa ser, essa é justamente a construção doutrinária formulada pelo exegeta. É o orçamento a serviço do bem-estar social e não como óbice a direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata e sem delongas, repelindo, assim, a lógica da aplicação do princípio da reserva do possível. Vale a transcrição:

Constata-se que o fenômeno econômico tem sido invocado para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário. Alega-se, em geral, que o Poder Judiciário não pode conceder direitos cuja satisfação demandará receitas não disponíveis pelo Estado. Tal fundamento, contudo, traz em si a desconsideração de que o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice. Com efeito, um dos argumentos mais utilizados para justificar a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais é o seu impacto econômico-financeiro. A percepção de que a satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais causa vinculação econômica no orçamento do Estado suscitou o tema da "reserva do possível", amplamente difundido na doutrina e na jurisprudência, a ponto de ser utilizado como justificativa para eventual inércia do Poder Judiciário na tutela daqueles direitos. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 102)

E arremata, com severa crítica à teoria da reserva do possível, expondo que a fundamentação dos argumentos de seus defensores está calcada sob a égide de um Estado liberal, distante do que preconiza a Constituição brasileira de 1988:

Verifica-se, pois, que a teoria da “reserva do possível” traz em si o espírito estritamente liberal - ou neoliberal -, incompatível com a realidade da Constituição brasileira, porquanto pretende uma inatingível estabilidade orçamentária, afastada dos postulados programáticos do Estado social. (...) O pressuposto da “reserva do possível”, ao considerar o orçamento como peça estanque de equilíbrio econômico-financeiro, desalinha-se da realidade principiológica do Estado social, causando a paralisação da atividade jurisdicional, em conduta que se mostra frontalmente contrária ao disposto no art. 3º da Constituição Federal. (Ibid, p. 108-111)

Nesse passo, quando há conflito de princípios entre si, um não derroga o outro, mas sim deve ser feita a sua ponderação, por meio da análise da proporcionalidade, conforme se extrai dos apontamentos de Robert Alexy:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. (...) Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 117-118)

Demais disso, o STJ (Resp 1.657.156-RJ) fixou requisitos para que o Judiciário possa examinar as demandas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos que não constam do anexo I

da Portaria n.º 2.982/2009 do Ministério da Saúde, quais sejam: i) imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira do paciente; e, iii) registro do medicamento na Anvisa.

Como se vê, também o Judiciário tem agido no sentido de que haja coerência e objetividade na concessão do bem da vida.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Oportuno salientar que a separação de poderes na obra de Montesquieu deve ser analisada ponderando o ativismo judicial e a figura do legislador democrático. Nesse sentido, é salutar, desde logo, clarificar a discussão em torno da impossibilidade de se invocar o princípio da separação dos poderes com o intuito da não efetivação dos direitos fundamentais sociais, aí se incluindo o direito à saúde.

Canela Junior (2011, p. 94/95, 98 e 109), enfrenta a questão, enaltecendo a independência do Poder Judiciário:

Não é possível a invocação do princípio da separação dos poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social. Como já ressaltado, o Poder Judiciário, durante o exercício do controle de constitucionalidade, não interfere na esfera exclusiva de atribuição das demais formas de expressão do poder estatal por que atua exclusivamente no âmbito jurisdicional. (...) Por outro lado, o princípio da separação de poderes não pode ser utilizado para justificar a violação dos objetivos do Estado, aos quais todas as formas de expressão do poder estatal estão vinculadas. (...) Considera-se imparcial um Poder Judiciário que, não influenciado pelas vicissitudes político-partidárias, vincula-se completamente aos objetivos do Estado. Como um dos objetivos fundamentais do Estado é a efetivação da igualdade substancial, ex vi do disposto no art. 3º da Constituição Federal, o Poder Judiciário demonstra toda a sua imparcialidade e Independência ao efetivar, mediante prestação jurisdicional, os direitos fundamentais, em especial os sociais. (...) Ao contrário do que reza a lógica da "reserva do possível", é a sentença judicial transitada em julgado que integrará o orçamento, obrigando o Estado a reajustar receitas e despesas, a fim de que os seus objetivos fundamentais sejam efetivamente atingidos. Este é, sem dúvida, o melhor alcance social que o Poder Judiciário poderia dar às suas decisões, na esteira do comando contido no art. 5º da LINDB, em especial no caso de países subdesenvolvidos, em relação aos quais a opressão econômica e a miséria dos povos atingem patamares alarmantes.

Diante da pretensão resistida, em relação à efetiva prestação estatal dos direitos sociais básicos, principalmente ao direito à saúde, e da recusa por parte do Estado, o caminho que resta para atender às suplicas do cidadão é o ingresso no Judiciário, e.g., para a disponibilização de leitos nos hospitais, realização de tratamentos ou intervenções cirúrgicas, ou fornecimento gratuito dos medicamentos. Situações essas que fazem parte do cotidiano dos operadores do direito.

A respeito dessa atuação do Judiciário, no tocante à efetivação dos direitos sociais, George Marmelstein faz um mea-culpa e salienta que:

A escassez de recursos exige que o magistrado tenha preocupação constante com os impactos orçamentários de sua decisão, pois a ausência de meios materiais disponíveis para

o cumprimento da ordem judicial poderá tanto gerar o desprestígio do julgado (pela frustração na execução) quanto prejudicar a implementação de outros direitos igualmente importantes. É preciso cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros ao poder público. No entanto, se a decisão estiver dentro da reserva do possível, o direito fundamental não pode deixar de ser concretizado sob a alegativa de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador. (MARMELSTEIN, 2014, p. 324).

No mesmo sentido, o entendimento de Valter Foleto Santin:

O controle das políticas públicas e dos serviços públicos essenciais deve ser limitado pela razoabilidade para evitar que o processo judicial e as decisões e comandos respectivos ponham abaixo todo o trabalho e planejamento dos órgãos executivos, encarregados da formulação e execução das políticas públicas. (SANTIN, 2013, 143).

A partir das citações acima, pode-se observar que a atuação do magistrado é das mais difíceis, no que se refere aos requerimentos de efetivação do direito social fundamental, porquanto a realidade de determinadas administrações públicas poderá resultar num óbice material para a concretização da própria decisão judicial. O que não deveria ocorrer, a bem da verdade.

6. A SAÚDE DOS DIREITOS À SAÚDE E A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Os Instrumentos de Planejamento e Orçamento, nos termos da CF/88, consistem em PPA, LDO e LOA.

O PPA, com vigência de quatro anos, tem como função estabelecer as diretrizes, objetivos e metas de médio prazo da administração pública. Cabe à LDO, anualmente, enunciar as políticas públicas e respectivas prioridades para o exercício seguinte. Já a LOA tem como principais objetivos estimar a receita e fixar a programação das despesas para o exercício financeiro. De acordo com a Constituição Federal, o exercício da função do planejamento é um dever do Estado, conforme leciona Vander Gontijo³.

Dito isso, a Carta Magna indica o caminho a ser percorrido, ou seja, o legislador constituinte estabeleceu que as normas fundamentais têm aplicabilidade imediata e eficácia plena, de modo que o orçamento presta-se, exatamente, a dar cumprimento a esse comando constitucional. Qualquer postura diversa do administrador público é pura tergiversação.

Nesse sentido:

(...) o princípio da dignidade humana é aquele que qualifica o homem como o único ser dotado de valor não-relativo. Bem por isso, na esfera do mínimo vital, porquanto inerente à noção de dignidade humana, não há como mitigar-se, vale dizer, relativizar-se a noção de dignidade com base em previsões orçamentárias. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 190)

Anote-se que a Constituição Federal é pródiga em assentar disposições sobre o direito à saúde. À guisa de exemplificação, cite-se o artigo 6º, que estabelece que a saúde compõe um direito social. No artigo 7º, outros dois incisos referem-se à saúde: o IV, determina que o salário-mínimo

3 In: Instrumentos de Planejamento e Orçamento – Câmara dos Deputados.

deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básica do trabalhador e às de sua família, inclusive a saúde; já o inciso XXII, prescreve a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Os artigos 23, e 24, XII, tratam da competência comum e concorrente que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios detêm para garantir a defesa e efetivação do direito à saúde, legislando sobre ela. O artigo 34, inciso VII, alínea “e” e 35, inciso III, abordam a possibilidade de a União intervir nos Estados e Municípios quando não for aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Depreende-se do artigo 196 que a saúde é considerada 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.

Dessa forma, o direito à saúde, tanto física quanto mental, é essencial ao direito à vida que deve ser ofertado por todos os entes federativos através de políticas de tratamento e de prevenção, assistência médica, psicológica e jurídica, garantindo à sociedade a efetividade desse direito. Noutras palavras, o direito à saúde deve observar o princípio da igualdade material, que considera o caso concreto, bem como o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Todavia, erroneamente, invoca-se a necessidade de se fazer escolhas – trágicas, aliás, como se diz –, a fim de que o princípio da reserva do possível, que se pauta na necessidade-possibilidade (repita-se – que não guarda relação alguma entre o preconizado pelo ordenamento brasileiro e o pedido de acesso universal ao ensino público superior – no caso alemão), respeite os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando que, para um medicamento de alto custo, a justiça não o conceda à apenas um indivíduo, em detrimento de um sem número de outros.

Nos termos da Lei 8.080/1990 e da 8.142/1990, o Sistema Único de Saúde deve ser o garantidor do direito à saúde, por meio da criação de uma política descentralizada e solidária, bem como disponibilizar hospitais e postos de saúde e outros meios que promovam o atendimento populacional, priorizando as ações preventivas, nos moldes da Magna Carta de 1988, devendo informar a população acerca de seus direitos e dos riscos à saúde.

Ora, feitas essas considerações, não se pode admitir que o órgão julgador seja benevolente com o devedor – no caso, o próprio Estado. Definitivamente, não. Deixar de condenar porque o demandado carece de patrimônio para satisfazer a obrigação é, no mínimo, agir por sentimentos benignos, como se disse.

Oswaldo Canela Junior (2011, p. 103, 107/108 e 111) dá um bom exemplo do que essa prática representaria, acentuando que o Poder Judiciário deve sim interferir no orçamento público:

Durante a fase declaratória do direito, portanto, não é dado ao órgão jurisdicional absorver a questão econômico-financeira para paralisar sua atividade. **Isto representaria, em comparação com o plano privado, a esdrúxula figura na qual o devedor não seria condenado à reparação do dano, porque não dispõe de patrimônio suficiente para o adimplemento futuro do título executivo judicial.** Se o patrimônio do Estado não é suficiente para o adimplemento completo de suas obrigações constitucionais, abre-se o caminho para duas soluções possíveis: a) aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência; ou, b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado. (...) Orçamento, assim como qualquer ato estatal, deve estar estritamente vinculado aos objetivos inscritos no art. 3º da Constituição Federal. Tal afirmação é consentânea com o pressuposto inarredável de que os fins do Estado somente poderão ser efetivamente atingidos por meio da utilização dos dinheiros públicos. (...) Do ponto de vista do Estado social, o orçamento não pode ser óbice à concessão dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização. (...) Conclui-se, pois, que a interferência do Poder Judiciário no orçamento público não somente é permitida, como igualmente obrigatória nas hipóteses de violação dos direitos fundamentais sociais. (destaques acrescentados)

Observe-se com agudeza de detalhe, conforme assevera o autor, que jamais o aplicador da lei deverá se abster de sancionar o Estado inadimplente, sob o infeliz fundamento de que o devedor encontra-se com seu passivo a descoberto e, por isso, não reúne condições de adimplir a obrigação.

Por certo, que os mais incautos defenderão posicionamento contrário, sob o argumento de que a peça orçamentária serviria justamente para delimitar os gastos públicos. Todavia, a Constituição da República, de 1988, a esse respeito, ou seja, quando se tratar de direitos fundamentais, não deixa margem para discricionariedades. Noutras palavras. Cumpra-se a Lei Maior, sem delongas. O resto é resto.

Chancelar o descumprimento da Constituição, calcado no modelo germânico, sob a rubrica da “reserva do possível” que, como já se disse, nada tem de relação com a situação aqui exposta e debatida é, no mínimo, infidelidade às opções do legislador constituinte. Seria o equivalente a garantir direitos fundamentais sociais, desde que a burra esteja cheia, o que significa dizer, na prática, sem qualquer vinculação jurídica.

7. AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DECISÃO – O OVO DA SERPENTE

Por fim, decorridos 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, não bastassem as intempéries que rondam os direitos fundamentais, urge trazer à baila a recente publicação da Lei n.º 13.655/2018 que, dentre outras alterações legislativas à LINDB, impôs ao magistrado (art. 20, LINDB)⁴ – excerto que nos interessa no presente estudo – a obrigatoriedade de considerar as “consequências práticas” ao proferir sua decisão, o que nos leva a fazer indagações no seguinte sentido: i) qual seria essa análise prévia das consequências jurídicas práticas da decisão? ii) estaria o julgador obrigado a avaliar, e.g., qual o impacto da decisão no SUS? Há de se arriscar em dizer que

4 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

seria um verdadeiro exercício de futurologia, enfim.

Naturalmente que esse novo dispositivo não proíbe que se decida com base em valores jurídicos abstratos. No entanto, todas as vezes em que se decidir com base em valores jurídicos abstratos, deverá ser feita uma análise prévia de quais serão as consequências práticas dessa decisão. Noutras palavras, o art. 20 da LINDB introduz a necessidade de o órgão julgador considerar um argumento metajurídico no momento de decidir.

Indubitavelmente, verifica-se uma flagrante tentativa de mitigar a força normativa dos princípios. Ora, a própria Constituição da República é repleta de “valores abstratos”. São inúmeros os exemplos. Eis alguns deles: “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III); “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV); “moralidade” (art. 37, caput); “bem-estar e a justiça sociais” (art. 193); “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225).

E não é só. Com base na força normativa dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário, nos últimos anos, condenou o Poder Público a implementar uma série de medidas destinadas a assegurar direitos que estavam sendo desrespeitados. Por exemplo:

Administração Pública condenada a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento;⁵

Poder Público condenado a realizar obras emergenciais em estabelecimento prisional.⁶

Como se vê, essas decisões foram proferidas com fundamento em princípios constitucionais, ou seja, com base em “valores jurídicos abstratos”. O que o legislador pretendeu, portanto, foi, indiretamente, tentar tolher o ativismo judicial em matérias envolvendo implementação de direitos.

É como se o legislador introduzisse uma condicionante para a força normativa dos princípios: eles somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão se o julgador considerar “as consequências práticas da decisão” – eis aí o ovo da serpente. Trata-se, portanto, de uma reação retrógrada à força normativa dos princípios constitucionais.

Para finalizar, não seria demais salientar que a nova LINDB traz, implicitamente, margem para que direitos sejam afastados, com fundamento em consequências de caráter puramente econômico, batizado de “consequências práticas”. Em suma, um verdadeiro ataque aos direitos fundamentais.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetivação dos direitos fundamentais, no que tange ao direito à saúde, nos paradigmas da

5 STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014.

6 STF. Plenário. RE 592581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015.

Constituição da República de 1988, deve ser assegurada pelo Estado, sendo o Poder Público responsável pela implementação da norma.

Ocorre que, como visto, há uma escassez de recursos do Estado, assim como limitações para que ele possa dar efetividade a tal direito, surgindo o entrave relacionado acerca do momento e em quais circunstâncias delimita-se a obrigação do Estado em fornecer medicamentos de alto custo e tratamentos que visam garantir a vida de um cidadão.

Na resolução desses impasses entre o direito à saúde, à vida, à dignidade da pessoa humana e a realidade financeira do Estado, há um conflito entre normas constitucionais, tornando-se necessário recorrer aos princípios previstos na própria Constituição Federal. De modo que cabe ao exegeta, num primeiro momento e de maneira acurada, ter em conta os fundamentos inerentes à teoria do mínimo existencial, ou seja, aquilo que está relacionado à parte nuclear dos direitos – de aplicação imediata – bem como da ponderação entre os princípios, adequando o caso concreto às atuais necessidades sociais –, e não fazendo uso indevido de um modelo alemão que, em nada se relaciona com os ditames constitucionais e as prementes necessidades daqueles que postulam pelo cumprimento de seus direitos essenciais.

Em sendo assim, hodiernamente, a saúde dos direitos à saúde, após o decurso de três décadas do advento da Constituição cidadã, além de precária, frágil, débil é, indubitavelmente, alvo de constantes ataques e azaques – à vista da recente alteração legislativa à LINDB –, [o ovo da serpente], numa incansável tentativa de relegar tão sublime direito ao ser humano que, não deseja tão somente sobreviver, mas, sobretudo, viver com dignidade.

Enfim, somente o tempo e a prática é que cuidarão de dar respostas acerca dessas investidas contra os direitos fundamentais, notadamente os da saúde.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

_____, **Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10 de abr. de 2019.

_____, **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 10 de abr. de 2019.

_____, **Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm. Acesso em: 10 de abr. de 2019.

_____, **Lei 13.655, de 25 de abril de 2018**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 10 de abr. de 2019.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo. Saraiva. 2011.

GOES, Guilherme Sandoval. **Direito Constitucional Avançado**. Rio de Janeiro: Seses, 2018.

GONTIJO, Vander. **Instrumentos de Planejamento e Orçamento**. In: <http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/planejamento.html>

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

NUNES JUNIOR, VIDAL SERRANO. **A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

RUSSO, Thiago Nogueira Russo, SOUZA LEHFELD, Neide Aparecida de. **Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar o direito à saúde**. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/628/0>. Acesso em 11 de abr. de 2019

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime**. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ANÁLISE CRÍTICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO “PACOTE ANTICRIME”

Renan Posella MANDARINO¹

Ana Flavia de Andrade Nogueira CASTILHO²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise do Projeto de Lei nº 1.864/2019, confrontando com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, sob o olhar crítico da matéria penal e processual penal referente à execução provisória da pena. Justifica-se a pesquisa pelas incongruências demonstradas no texto do referido projeto em confronto ao atual repertório legal brasileiro. Salienta-se o descompasso existente entre o programa penal e o programa de processo penal na política criminal que, entre outros fatores, aparenta sustentar inconstitucionalidades e fragilização de normas processuais já consolidadas. Para desenvolver o estudo se utiliza da abordagem qualitativa e do método dedutivo. Nas considerações finais, compreende-se que, alguns pontos do PL 1.864/2019 parecem caminhar rumo à insegurança jurídica e à inconstitucionalidade, bem como tratar de medida que parece reforçar o discurso de recrudescimento penal.

PALAVRAS-CHAVES: Execução provisória da pena. PL 1.864/2019. Segurança jurídica.

SOMMARIO

Lo scopo di questo articolo è quello di analizzare il progetto di legge nº 1.864/2019, affrontando i precetti costituzionali e infraconstituzionali, sotto la visione critica delle questioni penali criminali e procedurali connesse all'esecuzione provvisoria della sentenza. La ricerca è giustificata dalle incongruenze mostrate nel testo di questo progetto rispetto all'attuale repertorio giuridico brasiliano. Va notato che vi è uno squilibrio tra il programma criminale e il programma di procedura penale nella politica criminale, che, tra gli altri fattori, sembra sostenere incostituzionalità e l'indebolimento delle norme procedurali già consolidate. Per sviluppare lo studio utilizziamo l'approccio qualitativo e il metodo deduttivo. Nelle considerazioni finali, si comprende che alcuni punti di PL 1.864/2019 sembrano muoversi verso l'incertezza giuridica e l'incostituzionalità, così come affrontare una misura che sembra rafforzare il discorso della recrudescenza criminale.

PAROLE CHIAVE: Esecuzione provvisoria della frase. PL 1.864 / 2019. Certezza del diritto.

-
- 1 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP (2019). Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho UNESP - FRANCA, com Bolsa integral CAPES/PROPG (2014-2016). Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Armando Alvares Penteado FAAP (2008 - 2010). Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho UNESP - FRANCA (2007). Coordenador do Grupo de Estudos Avançados do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) na cidade de Ribeirão Preto (2017-2018). Parecerista da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP/Franca (ISSN versão impressa 1414-3097; eISSN 2179-5177). Professor do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos UNIFEB (2017-2018). Professor do Centro Universitário de Bebedouro UNIFAFIBE (2017-2018). Atualmente, Docente convidado da Escola Superior do Direito ESD/Ribeirão Preto (2017) e Professor do Curso de Direito da Universidade Paulista UNIP - Ribeirão Preto (2018).
 - 2 Doutoranda em Ciências Jurídicas na área de concentração "Teorias da justiça: justiça e exclusão" - UENP/Jacarezinho/PR. Mestra em Direito na área de concentração "Teoria do Direito e do Estado" - UNIVEM/Marília/SP (2016/2018). Pós-Graduada em Direito Tributário - LEGALE SP (2017/2018). Pós-graduanda em Psicologia Jurídica - USC/Bauru - SP (2018/2019). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2011/2015). Advogada.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar alguns pontos de (in) congruências do Projeto de Lei Anticrime (PL 1.864/2019), proposto pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro para alteração do Código Penal, Código de Processo Penal e Execução Penal, com a Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos e os demais tratados referendados pelo Brasil.

Para que uma norma infraconstitucional tenha validade no ordenamento jurídico brasileiro, como pretende o citado Projeto, necessária sua adequação aos preceitos constitucionais (Constituição Federal, Emendas Constitucionais e Tratados de Direitos Humanos aprovados pelo Congresso Nacional, a teor do art. 5º, §3º, CF) e às normas com *status* de supralegalidade (Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil sem o quórum qualificado, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos). Primeiramente, importa verificar se a pretensa Lei Anticrime, no que tange à *Execução Provisória da Pena*, pode ser recepcionada pela Constituição e respeita a Supralegalidade dos Tratados Internacionais.

Para tanto, a significação da *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF), como preceito fundamental da segurança jurídica (caráter objetivo) e da confiança (caráter subjetivo) do acusado num sistema lastreado no devido processo legal, e da *presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CF) precisam ser confrontadas com o pragmatismo do projeto de lei³. O artigo 617-A propõe algo bastante pernicioso: uma total inversão de valores constitucionais, transformando a execução provisória da pena em regra e a garantia recursal extraordinária em exceção.

O segundo ponto a destacar é que o art. 637, *caput*, confronta com o art. 1.029, §5º, do novo CPC/2015, que prevê o efeito suspensivo como regra para o Recurso Especial e Extraordinário, gerando um conflito procedimental (até então pacificado pelo CPC/2015) a um recurso de caráter constitucional. Ademais, os critérios pontuados para ser aceito seu efeito suspensivo (*não ter propósito meramente protelatório e levantar uma questão de direito federal ou constitucional relevante*) merecem discussão: quais critérios para julgar um recurso protelatório? Não estaria afrontando à garantia da ampla defesa e do contraditório?

Outro ponto é que dificilmente poderia ser interposto Recurso Extraordinário ou Especial sem que houvesse possibilidade indireta de resultar em “absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de

3 O pragmatismo liga-se ao “eficientismo” da pretensa lei. Oportuna a diferenciação dos termos *eficiência*, *eficácia* e *efetividade*. Eficiência é ação, força, virtude, de produzir um efeito. A eficácia é qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado, com a finalidade de fornecer um bom resultado. Efetividade é a qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que mereça confiança. Centra-se na qualidade do resultado. Dessa maneira, eficácia e efetividade são caminhos para se alcançar a eficiência. Antes de apregoar o efficientismo punitivo, esboçado no pragmatismo normativo proposto pelo Projeto de Lei, imprescindível analisar a eficiência e a efetividade da norma jurídica com relação ao meio, isto é, a aplicabilidade das garantias processuais penais.

cumprimento da pena para o aberto”. O exemplo mais evidente é o caso de reconhecimento da ilicitude de uma prova. Aqui, talvez, resida o principal desdobramento prático desse efficientismo no cumprimento de pena, que é o terceiro ponto a ser ressaltado: a dificuldade de discriminar os efeitos da matéria de mérito (fática: absolvição ou condenação) dos efeitos da matéria de direito (legais ou constitucionais).

O quarto ponto é que o atual artigo 283 tem sua redação de acordo com o texto constitucional, mais especificamente com o disposto no art. 5º, incisos LXI a LXVI. Ao acrescentar o termo: “*exarada por órgão colegiado*” confronta novamente com o fundamento da *coisa julgada* e da *presunção de inocência*.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54⁴, por maioria do plenário, decidiu que é constitucional a regra contida no art. 283, CPP, ao prever o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

O projeto de lei trouxe boa alteração no que tange ao art. 133, trazendo cautelaridade para avaliação e venda de bens, assegurando ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária. Já os artigos relativos à execução penal afrontam novamente à coisa julgada, elemento fundamental para garantir liquidez ao título executivo penal.

A pesquisa se desenvolve pela abordagem qualitativa, objetivos exploratórios e pelo método dedutivo, partindo-se das premissas jurídicas inerentes ao projeto de lei e sua aplicabilidade no caso concreto. Nos suportes teóricos, destacam-se a Constituição Federal, legislações federais infraconstitucionais, jurisprudencial do STF/STJ e da Corte Interamericana de Direitos Humanos suportes teóricos para o presente trabalho. Utiliza-se de dados estatísticos para justificar o teor do explanado.

1 POLÍTICA CRIMINAL E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA: O DESCOMPASSO ENTRE O PROGRAMA PENAL E O PROGRAMA PROCESSUAL PENAL

A política criminal é opção político-ideológica de trato estatal-gerencial (legal e administrativo) com as questões relevantes relativas à temática correlata. Mormente, quanto ao *sistema jurídico-penal* (termo que aqui servirá de abreviação para todo e qualquer elemento do conglomerado de normas, práticas, operações e agentes que trate direta e especificamente com a *persecução penal*, o *direito penal material*, o *processo penal* e a *execução penal*). Nesse sentido, política criminal é propor valores por meio de um programa do Estado para controlar a

4 Sobre o assunto, oportuna a leitura do voto do Min. Celso de Mello:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>

criminalidade (DIVAN, 2015, p. 44-56)

Logo, política criminal seria uma forma de política pública, traduzida em conceitos, práticas, estratégias, métodos no ato de exercitar uma tomada de posicionamento de cunho propositivo ou gerencial. Significa escolha de caminhos de gestão de meios dispositivos oficializáveis diante de certa postura ideológica, de maneira que há de se abrir mão da ideia de *pureza* para o conceito de política criminal (DIVAN, 2015, p. 57).

A política criminal promove a integração teleológica entre o direito penal e o processo penal⁵, estabelecendo uma complementariedade funcional entre os dois sistemas jurídicos.

O assunto se torna mais complexo ao buscar inserir uma política criminal de caráter instrumental, ou seja, uma *política processual penal* - viabilizar a aplicação da norma penal material gerindo os métodos para sua consecução. E esse método, caminho, é o processo. Numa análise mais detida dos conceitos acima relatados, é preciso criar um mecanismo sistêmico que assegure o eficaz cumprimento da norma penal através de uma regular atividade processual.

A política processual penal centra-se em três vetores: *garantia, funcionalidade e eficiência*. Esses três vetores são indissolúveis, isto é, a funcionalidade do sistema jurídico-penal depende da eficiência punitiva e do respeito aos direitos fundamentais. A integração político-criminal das formas de diversificação processual “reside na possibilidade de conciliar ao mesmo tempo as necessidades de *garantia* do cidadão com as não menos necessárias *funcionalidade e eficiência* do Sistema Punitivo total”. (FERNANDES, 2001, p. 829).

A concentração do poder punitivo nas mãos do Estado obstrui sua capacidade de dominar ou controlar a totalidade dos fenômenos da criminalidade. Além de não eficiente, o sistema jurídico-penal se revela não funcional⁶. É necessário compatibilizar a *eficiência penal, funcionalidade sistêmica e garantia constitucional*. Essa compatibilização de vetores, contudo, não é uma tarefa fácil. Ao tentar garantir uma melhor comunicação sistêmica entre a política *penal* e a política *processual penal*, promovendo maior eficiência punitiva, muitas das vezes tal “interação” gera desconforto no sistema processual e constitucional. Em outras palavras, a tentativa de gerar maior

5 Para aprofundamento do tema sobre a integralização do sistema de direito penal, sugere-se a leitura: WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento de proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

6 Aduz Fernandes que, “enquanto voltada apenas para um maior *eficientismo*, não se valora nessa opção que a eficiência em termos judiciais não se limita a um critério quantitativo relacionado com o aumento da produtividade processual, mas deve ser analisado também qualitativamente, ou seja, quanto a evitar a ocorrência de consequências injustas e arbitrarias (garantismo) e, acrescente-se, quanto à própria *funcionalidade* do Sistema Punitivo estatal. (FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de política criminal. Coimbra: Almedina, 2001, p. 102.)

eficientismo punitivo fundado em práticas utilitaristas simplificadas de recrudescimento penal, com o nítido escopo de suprir as *expectativas sociais* frustra o *programa*⁷ garantista do processo penal.

Se por um lado, a política criminal de recrudescimento penal estabelecida pelo poder legiferante vai ao encontro das expectativas sociais de eficiência, por outro, frustra as expectativas sociais de resguardo às liberdades públicas fundamentais. Eis o paradoxo estabelecido.

É justamente nesse paradoxo que se encontra o projeto de lei em comento, posto que ele frustra o programa constitucional e processual penal. É um projeto *eficientista*⁸, que centra seus esforços no resultado pretendido para dar uma resposta às expectativas sociais. Contudo, no que tange ao tema *execução provisória da pena*, tal pragmatismo legislativo goza de pouca *eficácia* e *efetividade*, já que se depara com os limites impostos pelos direitos fundamentais.

O descompasso existente entre o eficientismo penal e as normas atinentes ao devido processo legal gera o que se denomina de *delírio punitivista*, prática esta típica de Estados autoritários e despreocupados com a “forma” de aplicar a punição. O delírio punitivista ocorre quando a vontade de cominar a sanção penal é proporcionalmente maior do que a vontade de “como” aplicar tal pena. Entrementes, foi nesse espírito inquisitorial que nasceu o Código de Processo Penal em 1941, conforme se depreende da “Exposição de Motivos do Código de Processo Penal”, mais especificamente no tópico relativo à reforma do processo penal vigente à época:

II- De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de **maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem**. [...]. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum**. [...]. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismos e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

O projeto de lei retoma as características de um sistema processual penal inquisitivo, nos

7 Pela teoria dos sistemas sociais, “*Los programas son a los sistemas funcionalmente diferenciados lo que la sintaxis viene a ser para la lengua. Son las reglas, las instrucciones que regulan la correcta aplicación del código para producir o entender una comunicación interna del sistema (...) los programas son el ‘manual de procedimientos’ que establece como el sistema debe aplicar el código cada vez que entra em funcionamiento*”. (DALLERA, Osvaldo. **La sociedade como sistema de comunicação**: la teoría sociológica de Niklas Luhmann en 30 lecciones. 1. ed. Buenos Aires: Biblos, 2012, p. 75).

8 Oportuna a diferenciação dos termos *eficiência*, *eficácia* e *efetividade*. Eficiência é ação, força, virtude, de produzir um efeito. A eficácia é qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado, com a finalidade de fornecer um bom resultado. Efetividade é a qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que mereça confiança. Centra-se na qualidade do resultado. Como bem pontua o prof. Valter Foleto Santin, *eficiência* é o processo, *eficácia* é a qualidade e a *efetividade* é o resultado verdadeiro, a transformação social obtida (SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 85-90). Antes de apregoar o eficientismo punitivo, esboçado no pragmatismo normativo proposto pelo Projeto de Lei, imprescindível analisar a eficiência, eficácia e a efetividade da norma jurídica com relação ao meio, isto é, a aplicabilidade das garantias processuais penais.

molde do CPP de 1941, trazendo a sensação de retrocesso da tutela penal ao invés de promover avanços para um processo penal democrático, enraizado no sistema acusatório. É nesse sentido que a reforma do Código de Processo Penal vem estabelecida no projeto de Lei Anticrime:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a **execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias**, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º. O tribunal poderá, **excepcionalmente**, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma **questão constitucional ou legal relevante**, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 2º. Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.

A pretensa Lei Anticrime, no que tange à *Execução Provisória da Pena*, não pode ser recepcionada pela Constituição Federal. Antes de analisar a constitucionalidade da hipotética norma jurídica, cumpre salientar que tal dispositivo é uma forte candidata a “lei natimorta”, pois em que pese sua previsão, o Supremo Tribunal Federal aferirá o controle de constitucionalidade do tema em questão colocada em pauta para julgamento no decorrer deste ano.

Outra alteração relevante é o artigo 283 do Código de Processo Penal. Sua redação atual está em consonância com o texto constitucional e sofreu recente alteração em 2011, com Lei 12.403, a qual procurou reafirmar a necessidade do trânsito em julgado (selar a culpa) para alguém ser efetivamente preso. O texto constitucional, em seu art. 5º, incisos LXI a LXVI, apregoa a necessidade de uma ordem judicial escrita e fundamentada para decretação da prisão. Destaque-se as diferenças entre a lei atual e o conteúdo do Projeto de Lei Anticrime:

CPP – Decreto-lei nº 3.689/1941:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de **prisão temporária ou prisão preventiva**. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que **se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva**; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008) (grifos nossos)

PL 1864/2019:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado **ou exarada por órgão colegiado**.

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: e) determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, **sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos**. (Grifos nossos)

Ao acrescentar o termo: “*exarada por órgão colegiado*” confronta constitucionalmente com o fundamento da *coisa julgada* e da *presunção de inocência*. A questão já foi analisada em diversas situações pela Corte. Em 2009, por meio do julgamento do Tribunal Pleno do Habeas

Corpus nº 84.078/MG, em que foi consolidado o entendimento da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, sob o argumento: I) a lei de execução penal condicionou os efeitos da condenação ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória; II) a prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser decretada cautelarmente; III) o princípio da ampla defesa se vislumbra em todas as fases do processo, inclusive nas esferas recursais de natureza extraordinária; IV) os réus são sujeitos de direito e não objetos do processo.

Posteriormente, em 2016, o entendimento foi alterado por meio do Habeas Corpus nº 126.292, trazendo à tona argumentos que se assemelham ao presente no projeto de Lei Anticrime: I) ausência de efeitos suspensivos aos recursos; II) princípio da presunção de inocência veda a culpabilidade, mas não a prisão (prisão mediante execução provisória da pena não afronta o núcleo essencial da presunção de não culpabilidade)⁹.

Contudo, apesar da discussão jurisprudencial, a norma jurídica do projeto é formalmente e materialmente inconstitucional. Materialmente, porque o direito da *presunção de inocência* (art. 5º, LVII, CF) tem o aparato da supralegalidade dos Tratados Internacionais. A aplicabilidade de sanção antes do trânsito em julgado da sentença condenatória foi objeto de análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Ricardo Canese vs. Paraguai”, decidido em 2004. No referido caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu na sentença que a restrição ao direito de ir e vir equivaleu à antecipação da execução da pena, o que violou a presunção de inocência¹⁰.

Ademais, a eficiência da norma penal sofre limitação da *coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, CF). Esta traz o preceito fundamental da segurança jurídica (caráter objetivo) e da confiança (caráter subjetivo) do acusado num sistema lastreado no devido processo legal. Ensina Ramos (2015, p. 598) que, “o direito à segurança jurídica consiste na faculdade obsta a extinção ou alteração de determinado ato ou fato jurídico, posto a salvo de modificações futuras, inclusive legislativas”. Complementa sua definição dispondo que o direito a segurança jurídica é representado por duas faces, sendo “a *objetiva*, pela qual se imuniza os atos e fatos jurídicos de alterações posteriores, consagrando a regra geral da irretroatividade da lei e a *subjetiva*, que também é chamada de princípio da confiança, pela qual a segurança jurídica assegura a confiança dos indivíduos no ordenamento jurídico”.

Permitir o cumprimento da pena antes do selo da culpa enfraquece a segurança jurídica e

9 Para análise mais aprofundada dos acórdãos, sugere-se a leitura: TRINDADE, Matheus Gonçalves dos Santos. A (im)possibilidade de execução provisória da pena no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 21-42., 2017.

10 Conforme item 162 do capítulo 3.2 da sentença (disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=218>. Acesso em 20 mai. 2019). Para maior detalhe, ver: DAVID, Décio F.; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1143-1174, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.180>.

estremece a confiança do cidadão no ambiente democrático do processo penal. E a confiança é um elemento fundamental no seio social para reduzir a complexidade dos conflitos sociais e aumentar a capacidade de o sistema jurídico atuar coerentemente nas suas orientações políticas (LUHMANN, 1996, p. XXIII).

Observa-se uma ressignificação da coisa julgada confrontadas com o pragmatismo do projeto de lei. O artigo 617-A propõe algo bastante pernicioso: uma total inversão de valores constitucionais, transformando a execução provisória da pena em regra e a garantia recursal extraordinária em exceção. Além disso, a norma é formalmente inconstitucional, exigindo, portanto, não um Projeto de Lei, mas um Projeto mais audacioso para alterar a Constituição.

Em síntese, há uma inversão interpretativa no dispositivo do projeto, em que a *coisa julgada* (selo da culpa) e a *presunção de inocência* foram relegadas em nome do eficientismo penal. Caso entenda admissível a execução da pena antecipadamente, esta não pode ter aplicação automática.

O Conselho Federal da OAB, por meio do processo nº. 49.0000.2019.003271-4, discordando da constitucionalidade da proposta, aduziu uma redação prevendo a possibilidade de execução provisória da pena desde que haja decisão fundamentada, sugerindo a seguinte redação:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal poderá determinar a execução provisória da pena, por meio de decisão motivada, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

Parágrafo único. É vedada a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado nas seguintes hipóteses:

- I. Acórdão condenatório que reforma sentença absolutória de primeiro grau.
- II. Acórdão condenatório que reforma sentença de primeiro grau para aumentar a pena com alteração de regime prisional ou agravamento da espécie de pena.
- III. Recurso especial ou extraordinário admitido, com arguições que podem resultar em absolvição, anulação da sentença ou do processo, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena.

Discorda-se parcialmente da citada redação. Interessante a previsão de uma decisão fundamentada; contudo, poder-se-ia ir mais afundo e permitir a execução provisória da pena somente após o julgamento do Agravo em Recurso especial ou extraordinário.

Outra proposta do Conselho Federal da OAB seria alterar o conceito de coisa julgada previsto no §3º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que é o diploma legal que prevê a definição da coisa julgada, conceituando-a como “decisão judicial de que já não caiba mais recurso”. O acréscimo do vocábulo “ordinário” ao referido dispositivo da LINDB pode ser um exemplo de proposta nesse sentido. Discorda-se também dessa proposta, pois retiraria o direito ao recurso às instâncias extraordinárias. O contraditório e a ampla defesa também se efetivam nas instâncias superiores. O caminho mais prudente seria limitar a via recursal na instância superior a pelo menos uma oportunidade, como o Agravo. Ademais, conforme se verificará mais

adiante, a quantidade de recursos extraordinários é ínfima, o que não impossibilitaria sua análise.

2 O EFEITO SUSPENSIVO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL

O segundo ponto a destacar é o artigo 637 do Projeto de Lei Anticrime, no qual vem com uma proposta de não conferir ao recurso extraordinário e ao recurso especial o efeito suspensivo, podendo ser pedido tal efeito de forma incidental no recurso ou em pedido separado:

Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório **não terão efeito suspensivo.**

§ 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito **meramente protelatório**; e

II - levanta uma **questão de direito federal ou constitucional relevante**, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 2º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição em separado, dirigida diretamente ao Relator do recurso no Tribunal Superior e deverá conter cópias do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia."

Mais uma medida que subsidia o delírio punitivista, abdicando-se do sagrado direito de defesa. A pretensa norma jurídica trata o direito de resistir ao *jus puniendi* como instrumento *protelatório*. Aliás, o que seria recurso *meramente protelatório*? Quais os critérios objetivos para distinguir um recurso protelatório de um recurso efetivo? Mais uma norma jurídica com alto grau de subjetividade. A sugestão é estabelecer critérios objetivos do que se compreende por recurso meramente protelatório, sob pena de cercear o direito à ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.

O direito de defesa é possibilidade de reagir contra o poder punitivo. É a oportunidade de o acusado demonstrar seu inconformismo com a decisão judicial. Pode-se compreender o direito de defesa como dimensão axiológica da dignidade da pessoa humana¹¹, na dimensão reativa às intervenções ilegítimas do Estado. O fato de haver uma norma abstrata suprimindo o direito de defesa, desvincilhada de critérios concretos e objetivos, por uma via reflexa, é negar a dignidade humana, condição esta fragilizada quando o cidadão sofre os infortúnios do *jus puniendi*.

Oportuno anotar que o artigo 637, *caput*, confronta com o artigo 1.029, §5º, do novo

11 Sustentamos que o direito ao contraditório e à ampla defesa atinge posição hierárquica superior aos direitos fundamentais. Assim, o direito de defesa pode ser considerado um *valor* dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conquistando um *status* superior ao de *princípios*. O direito de defesa pode ser traduzido como a dimensão de defesa (contrária à dimensão de prestação) da dignidade da pessoa humana. A efetivação material do direito de defesa se dá com a concretização da resistência ao poder punitivo e não apenas com a mera abstração normativa (MANDARINO, Renan P; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Reflexões críticas sobre a dignidade da pessoa humana no processo penal: o direito de defesa como resistência ao poder punitivo. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; BARROS LEAL, César. **O respeito à Dignidade da Pessoa Humana**. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, p. 498; 502).

CPC/2015. Daí ser possível duas conclusões: primeiro que o novo Código de Processo Civil veio uniformizar o procedimento relativo aos recursos extraordinários. Ao prever, recentemente em 2015, o efeito suspensivo como regra para o Recurso Especial e Extraordinário, o estatuto processual teve como escopo homogeneizar o procedimento dos recursos extraordinários e dirimir eventuais conflitos entre o processo penal e o civil, dado ser um recurso de caráter constitucional.

Ao colocar óbice ao efeito suspensivo, o projeto de lei cria novo conflito normativo e procedimental. Ora, por que no processo civil pode ter efeito suspensivo e no processo penal o efeito suspensivo é meramente protelatório? Novamente, faltam critérios dogmáticos para se justificar tamanha discrepância entre o ordenamento jurídico.

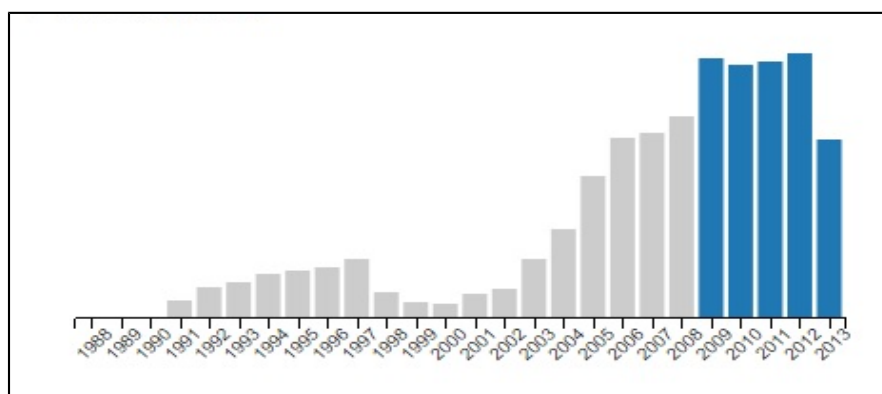
Em nota técnica sobre o projeto ¹², assim divulgou o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM):

É bem verdade que, em 2011, o então presidente do STF, Min. Cezar Peluso, a partir da avaliação de que “*a causa principal dos atrasos dos processos no Brasil é a multiplicidade de recursos*” (e não o mau funcionamento do sistema de Justiça), apresentou proposta de Emenda Constitucional para autorizar a imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância.

Contraopondo o argumento do respeitável Ministro, de acordo com dados levantados pela FGV Rio¹³ e também divulgado na exposta nota: *no período entre 2010 a 2015, dos 399.540 Recursos Especiais julgados pelo STJ, apenas 38.547 diziam respeito à matéria criminal.*

Outrossim, no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, ao verificar sua carga de trabalho e analisar quais temas são mais recorrentes e os tipos de processos - se recursais ou originários, entre os anos de 2009 e 2013¹⁴, constata-se:

FIGURA 1. Representação anual de julgamentos pelo STF



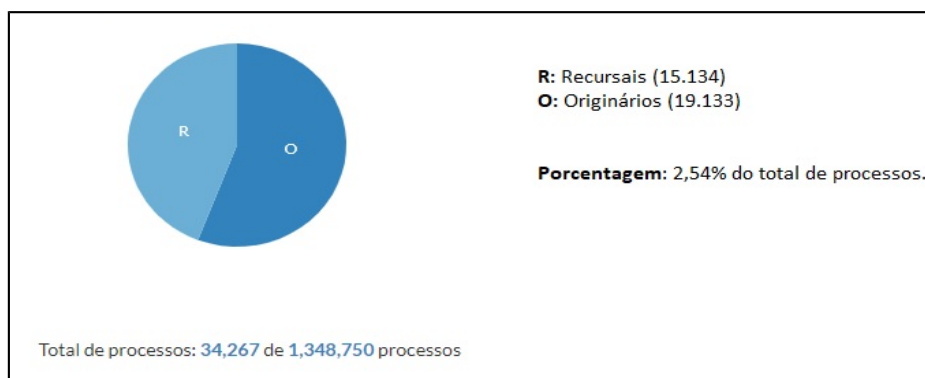
Fonte: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-stf/index.html>

FIGURA 2. Representação gráfica de Recursos e Ações Originárias no STF

12 <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14466-IBCCRIM-lanca-nota-tecnica-sobre-Pacote-Anticrime> Acesso em: 23 abr. 2019.

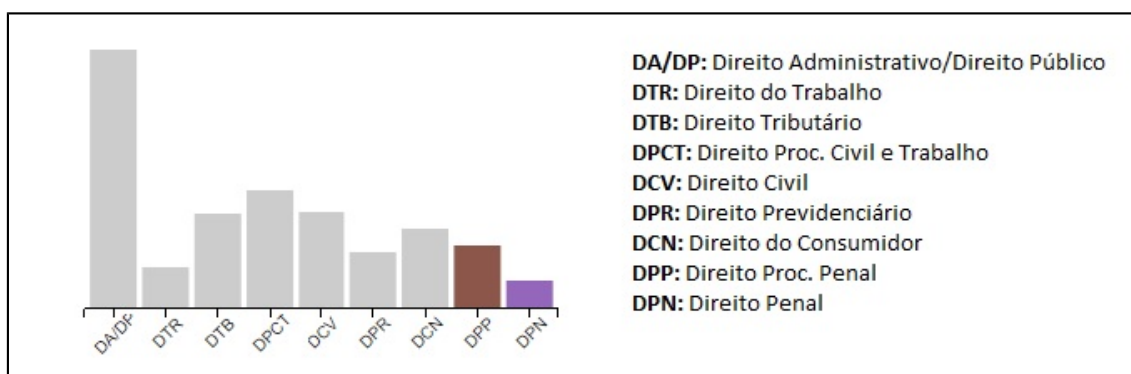
13 <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em: 03 mai. 2019.

14 Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-stf/index.html>. Acesso em: 03 mai. 2019.



Fonte: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-stf/index.html>

FIGURA 3. Representação gráfica dos temas recursais no STF



Fonte: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-stf/index.html>

Frente a estes dados fica patente que, ao menos no que diz respeito às instâncias superiores, o grande volume de processos e recursos não é da matéria de direito penal e processo penal, sendo aquele o tema com menor incidência e este menor ainda que os de direito civil e processo civil. Constata-se, portanto, que restringir o acesso a recursos extraordinários de natureza penal é ilógico no que tange à funcionalidade sistêmica. De tal lógica decorre a conclusão demonstrada pela mesma pesquisa e apontada pelo IBCCRIM, de que o Ministério Público na área criminal e a Fazenda Pública na área cível são os que mais se utilizam desse aparato:

Logo, ao restringir a utilidade dos recursos em matéria criminal, já que, **caso aprovada a proposta, a grande maioria das penas estará integralmente cumprida quando do julgamento dos recursos especial e extraordinário**, faz-se a opção política por se tratar **a liberdade como um bem de menor relevância que o patrimônio**, fomentando-se que os grandes litigantes, como a Fazenda Pública, planos de saúde e companhias de telefonia móvel, continuem valendo-se de abuso no direito ao recurso, ao passo que, **em relação à pessoa acusada de um crime, o acesso aos Tribunais Superiores fique materialmente obstado**, tornando-se medida inútil ao cidadão. (Grifos nossos)¹⁵.

Outro ponto é que dificilmente se poderia interpor Recurso Extraordinário ou Especial sem que houvesse possibilidade indireta de resultar em “*absolvição, anulação da sentença, substituição*”

15 <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14466-IBCCRIM-lanca-nota-tecnica-sobre-Pacote-Anticrime> Acesso em: 23 abr. 2019.

da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto”. Aliás, novamente, carecem de **critérios objetivos** na norma jurídica para mensurar o que seria *questão de direito federal ou constitucional relevante*.

Aprofundando o tema: e no caso de reconhecimento da ilicitude de uma prova? Aqui, talvez, resida o principal desdobramento prático desse efficientismo no cumprimento de pena, diante da dificuldade de discriminar os efeitos da **matéria de mérito** (fática: absolvição ou condenação) dos efeitos da **matéria de direito** (legais ou constitucionais). Imagine a situação do caso concreto em que o sujeito é condenado, a sentença não é reformada no segundo grau de jurisdição e, ao recorrer, não é aceito subir o recurso para instância extraordinária. A princípio, poderia se iniciar a execução provisória da pena. Suponhamos que se inicie o cumprimento provisório da pena e, nesse ínterim, ocorra o julgamento de ação impugnatória (*habeas corpus*) pelo Supremo Tribunal Federal e seja reconhecida a ilicitude do mandado de busca e apreensão, determinando-se que todas as provas derivadas da medida cautelar probatória também sejam declaradas ilícitas.

O ponto que merece ser destacado é que houve decisão de direito. Porém, uma decisão judicial que pode gerar alterações nos fatos a serem sopesados na ação penal. Provavelmente, a depender da ilicitude das provas, necessariamente haverá alteração no mérito da demanda. O processo penal é composto por um conjunto de atos complexos que estão interligados não por uma relação jurídica, mas por *situações jurídicas*. Essas situações são dinâmicas e dependem do aproveitamento das vantagens e das cargas processuais. (DELMATO JUNIOR, 2004, p. 31).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, depreende-se que o Projeto de Lei Anticrime, no que tange à *Execução Provisória da Pena*, é uma norma utilitarista e de apoio popular, despreocupada com as garantias processuais penais e os demais direitos fundamentais. Trata-se de uma norma pouco democrática, que visa a enaltecer um sistema processual inquisitivo e efficientista, preocupada em ampliar a repressão penal.

Por derradeiro, o projeto busca amplificar a tensão nos procedimentos recursais extraordinário, incompatibilizando o procedimento recentemente unificado pelo novo Código de Processo Civil. É um projeto desnecessário, tentando resolver um problema dogmático que não é pontual.

Frise-se que existe o Projeto de Lei nº 8.045/2010, em que se discute no Congresso Nacional a aprovação do novo Código de Processo Penal. Imprescindível retomar a discussão do novo estatuto processual penal, posto ser mais prudente dogmaticamente discutir a estrutura e a sistematização de um processo penal constitucional, democrático e funcional. É preciso abandonar a

política processual penal irracionalizada, fruto do delírio punitivista.

REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, João Pedro Pereira. A execução antecipada da pena nos tribunais superiores brasileiros: os limites da garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 150-207., set./out. 2009.
- BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. A leitura do STF sobre o sistema recursal e o início da execução da pena: a pauperização do comparatismo à brasileira. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1119-1142, set/dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.177>.
- DALLERA, Osvaldo. **La sociedad como sistema de comunicación**: la teoría sociológica de Niklas Luhmann en 30 lecciones. 1. ed. Buenos Aires: Biblos, 2012.
- DAVID, Décio F.; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1143-1174, set./dez. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.180>.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Inatividade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- DINIZ, Célia Regina; SILVA, Iolanda Barbosa da. **Metodologia científica**. Campina Grande; Natal: UEPB/UFRN - EDUEP, 2008.
- DIVAN, Gabriel A. **Processo penal e política criminal**: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.
- FLECK, Uwe. **Introdução à pesquisa qualitativa**. Tradução de Joice Elias Costa. Porto alegre: Artmed, 2009.
- GIACOIA, Gilberto; BONAVIDES, Samia. A encruzilhada do sistema penal a escolha de um caminho para a resignificação da punição estatal. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 225-246.
- LIMA, Flávia, PEDROSA, Laís. Execução provisória da pena e presunção de inocência: uma análise garantista da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 126.292/ SP. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 131-159.
- LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996.
- MANDARINO, Renan P. **Aspectos penais controversos da colaboração premiada**: monografias vencedoras 2016. São Paulo: IASP/CIEE, 2016.

MANDARINO, Renan P; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Reflexões críticas sobre a dignidade da pessoa humana no processo penal: o direito de defesa como resistência ao poder punitivo. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; BARROS LEAL, César. **O respeito à Dignidade da Pessoa Humana**. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, p. 491-508.

MARCELLINO JR, Julio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica**: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

NICOLITT, André. **As subversões da presunção de inocência**: violência, cidade e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

TRINDADE, Matheus Gonçalves dos Santos. A (im) possibilidade de execução provisória da pena no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 21-42., 2017.

WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). **El sistema integral de derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ANÁLISE DO CASO ESCHER E SUA CONTEMPORANEIDADE NO USO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Aline Albieri FRANCISCO¹

RESUMO

O presente trabalho estudará o Caso Escher, julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro por diversas violações de direitos, relacionadas à interceptação telefônica ilegal, monitoramento e divulgação das conversas telefônicas. Em segundo momento, serão analisadas algumas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal envolvendo interceptações telefônicas. O objetivo do trabalho é destacar a importância e a necessidade de reflexões sobre o tema, para observância dos direitos em processos atuais que tramitam em âmbito interno, a fim de evitar novas condenações, como o Caso Escher. O estudo se desenvolverá a partir da revisão bibliográfica e análise das decisões proferidas.

PALAVRAS-CHAVES: Caso Escher. Interceptação telefônica. Decisões do STF. Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

The present essay will study the Escher Case, judged in the Inter-American Court of Human Rights, in which it recognized the accountability of the Brazilian Estate for several violations of rights related to the illegal interception of phones, monitoring and disclosure of the phone conversations. In a second moment, some judicial decisions of the Supremo Tribunal Federal will be analyzed. The objective of this essay is to highlight the importance and the need of reflections over the topic for the observance of the rights in present processes that happen in an internal scope, aiming to avoid new condemnations such as in the Escher Case. The study will be developed from the bibliographic review and analysis from the decisions delivered.

KEYWORDS: Escher Case. Phone interception. Judicial decisions of STF. Accountability of the Estate.

INTRODUÇÃO

Considerando o contexto no qual tantos casos ganharam a mídia, envolvendo a utilização e divulgação de interceptações telefônicas, verifica-se a contemporaneidade da problemática envolvendo a legalidade sobre a decretação da interceptação, seus limites, o sigilo do conteúdo das gravações realizadas durante a investigação e o processo, sendo temas pertinentes e atuais.

O trabalho não trata da discussão sobre a liberdade de imprensa. A preocupação aqui é sobre a maior conservação possível de direitos e garantias, alertando sobre os perigos envolvidos na realização de gravações ilegais e práticas de divulgação dos conteúdos de conversas privadas, não podendo desconsiderar os riscos da retirada ou edição de trechos da conversa, o perigo da

¹ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília(2017), especialização em Pós-graduação lato sensu em Direito Internacional pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito(2019). Tem experiência na área de Direito.

irreversibilidade da divulgação do material.

Assim, frente a tantos casos brasileiros que ganharam a mídia e a frequente utilização de interceptações telefônicas surge a importância de compreender o Caso Escher.

O artigo se desenvolve, em primeiro momento, com breves explicações sobre o Caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacando os direitos violados e a decisão reconhecendo a responsabilidade do Estado brasileiro.

Posteriormente, serão analisados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre interceptação telefônica, destacando questões sobre autorização da interceptação, competência, análise da legalidade da prova obtida por esse meio e duração da interceptação.

O objetivo do trabalho é analisar se as mesmas violações de direitos ocorridas no Caso Escher estão ou podem estar presentes em processos contemporâneos, apresentando algumas contribuições sobre o tema, analisando os posicionamentos do STF, inclusive casos que envolvem políticos, grandes operações e prerrogativa de foro.

O trabalho enfrenta o problema de violação de direitos relacionados ao uso de interceptação telefônica, seja na fase preliminar do processo penal, no inquérito policial, ou na instrução processual.

Nesse sentido, é possível verificar o risco, no atual cenário, de violações do direito à honra, à privacidade, ao devido processo legal, ao sigilo telefônico, à observância dos requisitos legais para concessão de interceptação telefônica, da prova lícita, como foi no Caso Escher.

Desse modo, busca verificar contribuições do Caso Escher para atuação em âmbito jurídico interno contemporâneo, principalmente como ensinamento para evitar ilegalidades e reiteradas violações de direitos humanos.

Nesse trabalho, portanto, o recorte temático será principalmente das interceptações e gravações realizadas por órgãos públicos, envolvendo autoridades policiais, agentes políticos e juízes, durante investigações e processos crimes, que geram responsabilidade para o Estado.

Define-se interceptação de comunicação telefônica como a escuta e eventual gravação da conversa telefônica quando praticada por terceira pessoa, diversa dos interlocutores, “entre outras pessoas” (GRINOVER, 1997, p. 24).

1. DO CASO ESCHER

O Caso Arley José Escher e outros contra a República Federativa do Brasil, de nº 12.353, envolvem interceptação e monitoramento ilegal de linhas telefônicas de Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, membros da Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON) e da Cooperativa

Agrícola de Conciliação Avante LTDA, (COANA), organizações sociais ligadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).

Em 03 de maio de 1999, o Major Waldir Copetti Neves, pertencente ao quadro de oficiais da Polícia Militar do Estado do Paraná que chefiava o Grupo Águia no Comando da Polícia do Interior, solicitou à juíza Elisabeth Kather, na Comarca de Loana (PR), autorização para proceder com a interceptação e o monitoramento da linha telefônica instalada na sede do COANA, que era administrada pelo MST, alegando que utilizavam as linhas telefônicas para consecução de crimes, sendo o monitoramento necessário para preservar a vida e o patrimônio.

A juíza deferiu o pedido da Polícia Militar no dia 05 de maio de 1999, através de uma simples anotação na própria solicitação “R.e A. Defiro. Oficie-se.” Ainda, apesar de obrigatória a notícia da decisão ao Ministério Público, conforme previsão do art. 6º da Lei 9.296/96², não ocorreu.

Observa-se que a autorização foi para interceptação de uma linha telefônica (de número 0444621418), todavia outra linha também pertencente à ADECON foi interceptada (número 0444621320).

A operação iniciou-se em 14 de maio de 1999, estendendo-se por 49 dias até 2 de julho de 1999. Sendo que em 1º de julho de 1999 o Major Waldir Copetti Neves entregou cento e vinte e três fitas com conversas gravadas de ambos os números à magistrada.

Conforme relatado, não apresentaram as transcrições integrais do material obtido, mas somente resumo dos trechos relevantes para a polícia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p.31).

Em 08 de junho de 1999, foram reproduzidas no noticiário nacional, na Rede Globo, e outras imprensas escritas, fragmentos daquelas gravações. Divulgaram conversas entre diferentes pessoas, sendo a maioria relacionada ao MST e sobre atividades do movimento, como ocupação de terras, perseguição que seus membros sofriam. A problemática está que as gravações divulgadas estavam editadas de maneira tendenciosa.

O conteúdo das gravações também foi divulgado oficialmente pelo, na época Secretário de Segurança Pública do Paraná, Candido Martins de Oliveira (ANJOS, 2011, p.182). Posteriormente, ele foi condenado por crime de “quebrar o segredo de justiça sem autorização judicial ou por objetivos não autorizados em lei”, conforme art. 10, da Lei 9.296/96, em primeira instância, na 2º

2 Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. § 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição. § 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas. § 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Vara do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, entretanto o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná absolveu o acusado em 14 de outubro de 2014.

Os afetados pelas divulgações de interceptações telefônicas interpuseram Mandado de Segurança, depois Embargos de Declaração, mas sem sucesso. Então, em 19 de agosto de 2000, denunciaram as autoridades pelos crimes cometidos.

Logo, em 06 de outubro de 2000, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná absolveu a juíza Elizabeth Khater, o Coronel Valdemar, Sub Comandante e Chefe de Estado Major da Polícia Militar, Major Waldir Copetti Neves, Chefe do Grupo Águia do Comando da Polícia do Interior, o Sargento Terceiro Valdecir Pereira da Silva do 8º Batalhão da Polícia Militar, pelas acusações de usurpação de função pública, abuso de autoridade e crime de responsabilidade.

A título de curiosidade, a juíza Khater recebeu título de Cidadã Honorária do Estado do Paraná, através da Lei 15.622/07. As fitas contendo as gravações telefônicas foram incineradas somente em 23 de novembro de 2002 por ordem da Juíza Khater, atendendo solicitação do Ministério Público do Pedido de Censura, não sendo objeto de decisão da Corte Interamericana.

Os problemas do Caso Escher iniciam-se desde o pedido da interceptação. Sobre isso, destaca-se a atribuição das Polícias, definidas no Art. 144, CF/88³, segundo o qual não é atribuição da Polícia Militar realizar a interceptação telefônica para investigar, como fez no Caso Escher, mas é competência da Polícia Civil estadual investigar e apurar as infrações penais, ressalvadas à competência da União (atribuídas à Polícia Federal).

Assim, o policial militar não tem competência para formular o pedido de interceptação telefônica, sendo mais uma irregularidade do Caso Escher. Caberia ao Ministério Público e às autoridades da polícia judiciária o requerimento.

Outro tópico é quanto à inviolabilidade do sigilo telefônico, previsto no art. 5º, inciso XII, CF/88, que somente em último caso por ordem judicial, nas hipóteses e formas previstas em lei, pode ser autorizada.

A decisão que autoriza a intervenção deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, conforme art. 5º, da Lei 9.296/96⁴. Entretanto, no Caso Escher, não foi. Inclusive, a decisão deveria

3 Destaca-se artigo 114, §§1º e 4º do CF/88, com a seguinte redação: § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. (...) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

4 Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a

indicar a forma de execução da diligência, mas não o fez.

A Interceptação deve ter prazo máximo de quinze dias, sendo renovável por igual período uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova, conforme previsão legal⁵. Tendo em vista que no Caso a interceptação se estendeu por 49 dias, desrespeitou-se o prazo máximo. Em suma, a decisão que autorizou a interceptação e o próprio monitoramento em questão desrespeitaram os requisitos legais.

Além disso, restaram frustradas as tentativas de reparação de danos em âmbito interno, razão pela qual buscou o sistema interamericano para reconhecer a ilegalidade e a nulidade das interceptações.

Em 26 de dezembro de 2000, a denúncia foi levada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pelas violações dos artigos 8.1, 11, 16, 25.1 e 28 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, violação a garantias judiciais, à proteção da honra e da dignidade, à liberdade de associação, à proteção judicial.

Para um breve esclarecimento sobre os órgãos interamericanos de proteção dos direitos humanos, são eles: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão tem função de “promover o respeito dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”, conforme art. 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA). Destaca-se a função de extrema importância: receber, analisar e investigar petições contendo denúncias ou queixas de violação da Convenção Americana por um Estado Parte e apresentar o caso à Corte (ARRIGHI, 2004, p. 104).

A Corte, por sua vez, é o órgão jurisdicional do sistema regional, com competência consultiva e contenciosa (PIOVESAN, 2006, p. 99). Tendo o Brasil reconhecido expressamente a competência jurisdicional da Corte, pelo Decreto Legislativo nº 83 de 03 de dezembro de 1998, a decisão tem força jurídica vinculante e obrigatória.

Oportunamente, destaca-se que o objetivo do sistema interamericano é de salvaguardar e fortalecer a tutela e garantia dos direitos humanos na região, inclusive no âmbito interno dos Estados (CEIA, 2013, p. 113).

No Caso Escher, a Comissão realizou a admissibilidade do caso em 2 de março de 2006, sendo o informe de admissibilidade com data de 19 abril de 2006. Posteriormente, a Comissão transmitiu a denúncia ao Estado para apresentar a contestação e manifestações, observando o contraditório entre as partes.

indispensabilidade do meio de prova.

5 Também previsto no artigo. 5º da Lei 9.296/1996.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos buscou uma solução amistosa entre o Estado e os denunciados, mas sem êxito.

A Comissão concluiu pela violação dos art. 8.1, 11, 16 e 25 da Convenção Americana, e das obrigações dos artigos 1.1, 2 e 28 da mesma. Então, fez recomendações ao Estado brasileiro, no sentido de realizar uma investigação completa, imparcial dos feitos, buscando responsabilizar, reparar os envolvidos, adotar e instrumentalizar medidas de educação dos funcionários da justiça e da polícia e medidas para assegurar o cumprimento da Convenção Americana.

Foi concedido prazo de dois meses para o Brasil atender as recomendações. O Estado solicitou três vezes prorrogação do prazo e os peticionantes requereram que o caso fosse encaminhado à Corte.

Foram concedidas prorrogações de prazos, mas o Brasil não apresentou um cronograma de cumprimento das recomendações, conforme solicitado, não havendo efetivo cumprimento das mesmas, portanto a Comissão remeteu o caso para a Corte em dezembro de 2007.

Em abril de 2008 foram apresentadas petições, argumentos e provas sobre as violações, requerendo medidas reparatorias. Em julho de 2008, o Estado brasileiro apresentou exceção preliminar e contestação, inclusive sobre a incompetência da Corte Interamericana e alegou falta de esgotamento dos recursos internos.

A Corte, através da Resolução da Presidência da Corte de 8 de outubro de 2008, convocou uma audiência, que foi realizada ante a Corte em 03 dezembro de 2008. Também houve declaração de testemunhas. Em seguida, em 19 de janeiro de 2009, as partes apresentaram alegações finais escritas.

A Corte rejeitou as exceções alegadas, afastando o argumento sobre falta de esgotamento dos recursos judiciais internos, pois esgotou a via do Mandado de Segurança.

Em 06 de julho de 2009, o Brasil foi condenado pela Corte pelas violações dos artigos 03, 04, 05, 07, 02, 8.1 (garantias judiciais), 11 (proteção à honra e à dignidade) 25 (proteção judicial), 13 (liberdade de pensamento e de expressão) da Convenção Americana, além do descumprir a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos e dever de adotar medidas de direito interno, previstos no art. 1.1 e 2 da Convenção.

A Corte Interamericana considerou ilegítima a divulgação das conversas, que não são públicas, sem o consentimento dos interlocutores, que o Estado não investigou os responsáveis pela divulgação das conversas e, ainda, reconheceu a falta de motivação da decisão que autorizou a interceptação telefônica e sobre a conduta funcional da justiça em sede administrativa.

Sobre a divulgação de gravação e interceptação telefônica ressalta a observação de Nereu José Giacomolli (2014, p. 478): “Carece o ordenamento jurídico de disposições legais claras e

objetivas acerca da divulgação de gravações e interceptações telefônicas, na medida em que a regra é o sigilo, cuja normatividade é convencional, constitucional e legal (...)”.

Oportunamente a Corte reconheceu que a interceptação telefônica precisa obedecer três requisitos: estar prevista em lei, perseguir um fim legítimo, e ser idônea, necessária e proporcional⁶.

Ainda, sobre a legalidade, a Corte manifestou que a norma que estabelece a interceptação telefônica deve ser lei em sentido formal e material, devendo ter regras claras, detalhadas, tais como as circunstâncias em que a medida pode ser adotada, as pessoas autorizadas a solicitar, a ordenar, o procedimento a seguir, entre outros elementos.

Na Corte Interamericana, por unanimidade, decidiu que o Estado brasileiro deve pagar indenização de vinte mil dólares para cada vítima, que deveria ser paga diretamente aos beneficiários em um ano, contado da notificação da sentença; publicar a sentença em Diário Oficial, em jornal de ampla circulação nacional e jornal de ampla circulação no estado do Paraná e a investigar os fatos que geraram a violação do caso.

Destaca-se o conteúdo reparatório da sentença interamericana pelos danos morais. A Corte reconheceu que os fatos afetaram a imagem das entidades, por isso, violou o direito à liberdade de associação também (CEIA, 2013, p. 120).

Sobre a divulgação do material pela mídia brasileira, não foi possível à Corte determinar com exatidão quem entregou a informação ilegitimamente por ausência de investigação. Entendeu-se que o Ex-secretário não se limitou a comentar as matérias, levando ao conhecimento de outras pessoas trechos das gravações, com a divulgação de conversas que estavam sob sigilo de justiça, causando ingerência na vida privada, honra e reputação das vítimas.

A Corte reconheceu que é dever estatal manter sigilo quanto às conversas telefônicas interceptadas durante investigação penal para proteger a vida privada das pessoas, permitir os efeitos da própria investigação, fundamental para adequada administração da justiça (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 49).

Por fim, a Corte Interamericana pode exercer a supervisão da execução de suas sentenças (PIOVESAN, 2006, p. 115). Ela assim o fez no Caso Escher, através da Resolução da Corte de 17 de maio de 2010 e a última resolução de 19 de junho de 2012, dando por concluído o caso.

Assim, o Caso Escher é capaz de apontar as violações decorrentes do uso ilegal das interceptações telefônicas, desde a investigação criminal e na atuação da polícia, até a divulgação indevida de conversas privadas, além da violação à honra e à dignidade pela divulgação das fitas.

A responsabilização internacional do Estado baseia-se nas obrigações internacionais

⁶ A Corte Interamericana entende que devem ser cumpridos esses requisitos para que haja compatibilidade com a Convenção Americana. No mesmo sentido, há decisões em outros casos, como *Tristán Donoso Vs. Panamá*, estando em consonância com a sua jurisprudência.

assumidas ao ratificar os instrumentos internacionais, principalmente a Convenção Americana. Sobre isso cabe a colocação de Maria Beatriz Galli e Ariel Dulitzky (GOMES, PIOVESAN, 2000, p. 58):

“Estado pode ser responsabilizado por ação ou omissão: seja através de um ato de seus agentes (sejam eles dos Poderes Executivos, Legislativos ou Judiciário, atuando dentro ou fora de suas atribuições de rotina), ou tolerância aos atos praticados por particulares.”

Essa responsabilização internacional do Estado em matéria de direitos humanos foi pelos atos praticados e também por não ter atuado diligentemente ao processar, investigar e condenar os responsáveis pelas violações cometidas por agentes públicos e privados envolvidos.

A condenação serve para conscientizar o Estado sobre seu descontrole, para estimular o debate sobre interceptação telefônica e para despertar a necessidade de atuação em prol de direitos humanos, respeitando os limites legais, em consonância com as obrigações do Estado internacionalmente assumidas.

2. DAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

Em âmbito interno, considerando que a proteção à vida privada não é absoluta, o procedimento de interceptação telefônica pode ocorrer excepcionalmente, desde que autorizado por decisão judicial fundamentada, observados os limites legais, evitando excessos, respeitando a autorização ou proibições durante as diligências, gerando reflexos no que pode ser rejeitado ou aceito durante o processo crime.

Além dos limites previstos na Convenção Americana, já destacados no Caso Escher, há também o dever de respeito ao ordenamento jurídico interno. Isso significa que as decisões judiciais devem observar a Constituição Federal, o Código de Processo Penal, Código Penal, Código de Processo Civil, Código Civil, Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, entre outras normas.

Oportunamente, destaca-se previsão do art. 5º, Lei 9.296/96, a ordem que autoriza a interceptação deve ser fundamentada, motivada, conforme, sob pena de nulidade, e estabelecer a forma e o prazo da diligência. E o requerimento deve ser feito pela autoridade competente, segundo art. 3º, Lei 9.296/96, fundamentando a necessidade para investigação das supostas práticas delitivas, objeto de investigação, sendo o meio empregado o único viável para obter a prova.

Além disso, o art. 2º Lei 9.296/96 é expresso em não admitir interceptações em três hipóteses: I) se não houver indícios razoáveis da autoria ou participação de infração penal, II) se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, III) se o fato investigado constituir infração penal punida com no máximo pena de detenção. Isso indica a excepcionalidade da medida.

Assim, espera-se que as decisões brasileiras estejam em conformidade com a Lei 9.296/96,

e além dela, o respeito à garantia do juiz natural, prevista no art. 5º, LV, CF/88, a vedação à prova ilícita no art. 5º, inciso LVI, bem como a competência dos Tribunais, prevista nos art. 101 e seguinte da CR/88, direito ao devido processo legal, o direito à intimidade, à honra, ao sigilo das comunicações telefônicas, no art. 5º, inciso XII, CF/88, o direito ao contraditório, art. 5º, LV, CF/88.

Nota-se que em situações de interceptação telefônica o contraditório é diferido ou postergado. Ele é realizado na primeira oportunidade possível após a conclusão da investigação, geralmente após o recebimento da Denúncia (LOPES, 2016, p. 135).

Enfatiza-se aqui a garantia constitucional da prerrogativa de foro, foro por prerrogativa de função ou “foro privilegiado”. Trata-se do direito que algumas autoridades têm de serem julgadas por instâncias diversas (NUNES JUNIOR, 2018, p. 1500). Essa garantia pode levar à alteração da competência, ao deslocamento do processo ou eventual cisão de investigações.

A competência constitucional dos Tribunais para processar e julgar criminalmente o titular de prerrogativa de foro também inclui a competência para autorizar medida de interceptação de comunicação telefônica relacionada a essas autoridades.

Inclusive, cabe ao Judiciário determinar o compartilhamento de provas e informações sigilosas, autorizar à divulgação de informações que atinjam a imagem ou esfera jurídica de terceiros, inclusive a divulgação das conversas telefônicas interceptadas, como se verifica na Decisão da Reclamação nº 23.457, divulgada no Informativo nº 819 do STF.

Observa-se que é importante respeitar o segredo de justiça para divulgação de conversas telefônicas sigilosas entre as pessoas investigadas oriundas de interceptação telefônica autorizada judicialmente, pois pode configurar prática do crime previsto art. 10 da Lei 9.296/1996⁷, crime do art. 153, §1º, Código Penal (crime divulgação de segredo).

A discussão sobre as consequências jurídicas decorrentes da conversa telefônica interceptada e suas divulgações, principalmente em relação à autoridade com prerrogativa de foro e autorização por juízo incompetente ganhou repercussão nacional em 2016, com caso envolvendo juiz federal da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, levando a Reclamação nº 24619/MC, de Relator o Min. Teori Zavascki, julgado em 18/07/2016, publicado em processo eletrônico DJe-151, divulgado em 19/07/2016, publicado em 01/08/2016.

Enfatiza-se que decidir sobre a ilegalidade das interceptações telefônicas não é algo tão simples. Por isso, a fim de identificar a complexidade e demonstrar a pertinência temática, passa a citar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nessa sequência, destaca-se decisão do Supremo Tribunal Federal sobre interceptações

⁷ Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

telefônicas autorizadas pelo juízo de primeiro grau nas operações “Vegas” e “Monte Carlo”, nas quais posteriormente apareceram indícios de envolvimento de autoridades com foro de prerrogativa, como Senador da República, o que alteraria a competência para o STF, devendo o processo ser encaminhado imediatamente à Suprema Corte.

No julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 135.683/GO, de Relatoria do Min. Dias Tóffoli, julgado pela Segunda Turma em 25/10/2016, divulgado DJe de 3/4/2017 pelo STF, invalidaram as provas obtidas ilegalmente e as delas derivadas, determinando o desentranhamento das provas, em razão da violação do princípio do juiz natural, nas Operações Vegas e Monte Carlo, realizadas em primeiro grau.

Deste modo, tanto no decorrer de uma investigação quanto durante o processo crime, quando se verificar agente com foro privilegiado há alteração da competência, logo, reflete na autoridade policial para prosseguir com as investigações, bem como na legalidade das ordens concessivas para a escuta telefônica, podendo inclusive torná-las ilegais.

Por outro lado, a turma do STF denegou segurança, por unanimidade, no Mandado de Segurança nº 34751/CE, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 14 de agosto de 2018, divulgado no Informativo 911 do STF de 13 a 17 de agosto de 2018.

Neste MS, reconheceu a licitude das provas colhidas durante tramitação do inquérito policial com uso efetivo de interceptação telefônica na qual a autoridade policial prosseguiu com a investigação mesmo após identificar pessoa com foro por prerrogativa de função (Promotor de Justiça), pois pouco tempo depois de identificá-la houve a comunicação ao Juízo, com posterior remessa ao Procurador Geral de Justiça.

No caso, o Tribunal entendeu não haver “atraso irrazoável ou deliberada omissão das autoridades de primeira instância no sentido de usurpar a competência para investigação e processamento”, não configurando ilegalidade. Ainda, o Voto do Min. Luís Roberto Barroso expôs que se trata de uma hipótese de encontro fortuito de provas, que em tempo descolou a competência.

Sobre o encontro fortuito de provas cita-se a observação de Vicente Greco Filho (1996 apud LOPES, 2016) que entende não ser admitida a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado, desconexo do fato que originou a providência. Já outros, como Pacelli de Oliveira (2014, p. 368 apud LOPES, 2016, p. 138), entendem que a utilização da prova emprestada não depende da conexão, sendo a prova lícita a depender da decisão que autorizou a quebra do sigilo.

Sobre o deslocamento de competência, destaca-se decisão na Reclamação nº 25.497, do Ministro Relator Dias Toffoli, julgado em 14/02/2017, afirmando que a simples menção ao nome de autoridades detentoras de prerrogativa de foro não implica no imediato deslocamento da

competência, a qual se impõe após evidenciada a possibilidade da respectiva participação ativa e concreta. Manifestou que informações fluidas e dispersas não são suficientes para o deslocamento da competência para juízo hierarquicamente superior, que não houve usurpação da competência do STF.

No mesmo sentido: Rcl nº 2.101/DF-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 20/9/02, HC nº 82.647/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 25/4/03, AP nº 933-QO/PB, Segunda Turma, DJe de 3/2/16.

Destaca-se também o HC 110.496/RJ, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/04/2013; HC 102.293/RS, relator Min. Ayres Britto, julgado em 24/05/11; STF, Pleno, HC 81.260/ES, julgado em 14/11/2001, relator Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 19/04/02, nos quais o Supremo considerou obtenção lícita das provas colhidas até se verificar a incompetência do magistrado, que seria o juiz “aparentemente competente”.

No julgamento da Reclamação n. 23.457, em 21/03/2016 pelo Tribunal Pleno do STF, reconheceu probabilidade de usurpação de competência, pois havia concretos indícios de envolvimento de autoridade detentora de foro por prerrogativa de função nos diálogos interceptados, o que impõe a remessa imediata ao STF para decidir sobre o cabimento (ou não) do desmembramento da investigação ou da ação sobre os fatos indicados.

Quanto ao período de duração da interceptação telefônica e sua prorrogação, pode destacar o Habeas Corpus nº 120.027, julgado em 24/11/2015 pela primeira turma do STF. Nesse, o Tribunal reconheceu serem possíveis sucessivas prorrogações da interceptação telefônica devido à complexidade da investigação, não sendo reconhecido o excesso de prorrogações. O caso versava sobre tráfico internacional de drogas, tendo as interceptações se estendido por mais de um ano.

No mesmo sentido, permitindo prorrogações sucessivas de interceptação telefônica se os fatos forem “complexos e graves”, ultrapassando o prazo legal de 30(trinta) dias, decisões como HC 116899, julgado em 11/02/2014, publicado em 28/03/2014.

No Acórdão do HC 137820, julgado em 24/04/2018, publicado em 12/06/2018, envolvendo paciente condenado em primeira instância decorrente de uma operação apurando rede de corrupção, faz a seguinte menção:

“A atual jurisprudência desta Corte é no sentido de que as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas, por mais de uma vez, desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade do prosseguimento das investigações (HC 104.934, Relator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.09.2011).”

Isso significa dizer que o STF vem permitindo prorrogações de interceptações telefônicas além do limite legal, fundamentando na complexidade dos fatos “complexos e graves”, o que estaria dentro da “proporcionalidade”.

Face ao exposto, verifica-se um cenário de diversas investigações e processos criminais envolvendo autoridades com foro privilegiado e o uso excessivo da interceptação telefônica, razão pela qual evidenciasse a atuação do STF e outros Tribunais e das autoridades policiais nesses trâmites.

Destaca-se a previsão constitucional, art. 144, CF/88, sobre a estrutura e destinação das Polícias, cabendo à Polícia Federal apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei. E a Polícia Civil, dirigida por delegados de polícia de carreira, incumbe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Oportunamente, frisa-se a afirmação do Procurador Geral da República sobre o inquérito envolvendo o Senador e um grande empresário brasileiro: “É um volume muito grande de interceptações telefônicas e de um período bastante longo”, conforme trecho destacado no Informativo nº 902, do STF de 14 a 18 de maio de 2018.

Assim como esse caso, tantos outros envolvem grandes volumes de interceptações telefônicas. Diante do uso reiterado das interceptações, de volumosas gravações, questiona-se se está sendo utilizada como medida excepcional, e se em todos os casos realmente há a proporcionalidade, a necessidade, além de perseguir um fim legítimo e com a observância da legalidade. Daí a importância da atuação dos Tribunais e das autoridades policiais envolvidas.

Frente a isto, cabe ao Poder Judiciário analisar e considerar elementos probatórios ilicitamente obtidos. Além disso, deve-se verificar a necessidade, a proporcionalidade e a extensão dessas interceptações telefônicas, se há fundamentação idônea das decisões que autorizam, cabendo declarar nulidades ou não.

Ressalta-se que os Tribunais não mencionaram expressamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, nas decisões aqui citadas, inclusive dos anos de 2016, 2017 e 2018, apesar de envolver as garantias judiciais, a proteção à honra, à dignidade, à proteção judicial, ao devido processo legal, previstas na Convenção.

Desse modo, é possível verificar em processos contemporâneos a mesma discussão que permeia o Caso Escher sobre o uso das interceptações telefônicas, indicando a contínua necessidade de limite ao uso das mesmas, o cuidado com a margem de controle da razoabilidade e da legalidade em todas as esferas do poder público, principalmente sobre a autorização judicial e provas obtidas ilicitamente.

Ocorre que os agentes públicos no exercício de sua função, principalmente no Poder Judiciário e no âmbito das investigações policiais, não deveriam ignorar a proteção interamericana de direitos humanos e o histórico de condenação do Brasil. Caso contrário, apesar do Caso Escher completar mais de dez anos, o Brasil pode estar a caminho de novas condenações no âmbito do sistema interamericano de direito humanos.

Assim, se ausente a proporcionalidade, a necessidade e não ser idônea, com decisões infundadas, a realização de escutas ilegais implicará em violações de direitos, inclusive da Convenção Americana, e conseqüentemente, em possíveis responsabilizações do Estado.

Portanto, o Poder Judiciário deve ter extrema cautela ao conceder autorização para interceptações de conversas, bem como redobrada atenção ao analisar as provas obtidas por esse meio, precaução para divulgação das conversas, prudência principalmente no exame de legalidade, na prorrogação dos prazos de duração da interceptação e observância à prerrogativa de foro de função, competência dos juízos, em consonância com o sistema jurídico brasileiro. Não obstante, as autoridades policiais também devem ter prudência em suas atuações, respeitando suas atribuições.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, verificou-se que o Caso Escher resultou na responsabilidade do Estado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pelas interceptações telefônicas ilegais e pela divulgação indevida das conversas, violando inúmeros direitos previstos na Convenção Americana, sobre garantias judiciais, proteção à honra e à dignidade, proteção judicial, liberdade de pensamento e de expressão, a obrigação do Estado de respeitar os direitos.

Neste caso, a interceptação e monitoramento da linha telefônica, a divulgação das conversas e outros atos foram de pessoas vinculadas ao Estado, praticados por uma magistrada, por Policiais Militares, pelo Secretário de Segurança Pública do Paraná.

Destaca-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao reconhecer a responsabilidade do Estado, também se pronunciou sobre os requisitos da interceptação telefônica, sendo eles: estar prevista em lei, com regras claras e detalhadas sobre a matéria; perseguir um fim legítimo e ser idônea, necessária e proporcional.

A análise do caso é uma ferramenta de aprendizagem sobre a perspectiva de aprimoramento dos sujeitos e atos a serem realizados, desde a autorização para iniciar a interceptação telefônica na investigação, e como ela pode representar uma interferência na vida privada. Inclusive, é instrumento para perceber que a interceptação telefônica é medida excepcional, sendo a regra o sigilo, com a preservação da intimidade.

A partir das decisões do STF aqui expostas, é possível verificar que o uso da interceptação

telefônica, sua legalidade, a duração do monitoramento de conversas, a decisão que a autoriza durante investigações policiais, bem como a competência para julgar e processar a causa têm sido temas recorrentes e contemporâneos nos Tribunais brasileiros, com suma relevância.

Por outro lado, evidenciou-se que o STF não citou a Convenção Americana de Direitos Humanos nos fundamentos de suas manifestações sobre interceptação telefônica, o que indica um distanciamento entre os juízes brasileiros que atuam em âmbito interno e a jurisprudência da Corte Interamericana, principalmente sobre o Caso Escher e a responsabilidade do Estado brasileiro.

Destacam-se decisões do STF sobre reiteradas prorrogações da interceptação telefônica, que autorizam ultrapassar o prazo legal de no máximo trinta dias e não reconhecem como provas ilegais. Esse entendimento jurisprudencial permite aproximação com o Caso Escher, ao admitir períodos longos conforme a situação concreta, de fatos “complexos e graves”, ultrapassando o prazo legal, favorecendo casos desproporcionais, em conflito com a Lei nº 9.296/96.

Ocorre que a fim de evitar arbitrariedades, violações a direitos humanos, principalmente as garantias judiciais à proteção da honra e da dignidade, à privacidade, à liberdade de associação, à proteção judicial, o juiz deve decidir observando a legalidade, respeitando esses direitos e garantias. Em outras palavras, deve observar as regras sobre as pessoas autorizadas para solicitar, ordenar e realizar a interceptação, o seu procedimento, o que inclui a Lei 9.296/96.

Deveria também observar os requisitos citados pela Corte Interamericana e os direitos previstos na Convenção Americana, mas ainda há um afastamento entre a jurisprudência brasileira e decisões do sistema interamericano.

As consequências do distanciamento, flexibilização da Lei nº 9.269/96 somadas à incompreensão e ao desconhecimento do Caso Escher e da jurisprudência da Corte Interamericana resultam em desafios aos direitos humanos.

Por isso tudo, atualmente, coloca-se em risco garantias e direitos, além de gerar perigos de novos casos no sistema interamericano que possam advir dessa atuação, e aumentar chances de responsabilização do Estado. Isso demonstra a contínua necessidade de efetivação dos direitos.

Assim, o Caso Escher contribui para alertar sobre eventuais abusos cometidos pelos agentes públicos a serem refutados e as decisões atuais do STF demonstram a inquietante necessidade de efetivação dos direitos, sendo necessário utilizar excepcionalmente as interceptações telefônicas e com uma postura de respeito às garantias judiciais, ao devido processo legal, à proteção judicial, à honra, à dignidade, o direito ao contraditório, as regras de competência, o dever de motivar as decisões, os requisitos legais, o prazo determinado em lei, a cautela ao divulgar publicamente conversas.

Percebe-se que a compreensão do Caso Escher é necessária para influenciar os processos

formais de tomada de decisão do Estado, de suas instituições, de modo a evitar ingerências arbitrárias ou abusivas, prevenir futuras condenações do Estado brasileiro, eventual repetição da condenação e descumprimento de normas internacionais.

Levando-se em consideração os anseios em combater crimes, a divulgação e o uso frequente de interceptações telefônicas não podem frustrar direitos humanos. É indispensável que as instituições observem os direitos e garantias.

Face ao exposto, conclui-se pela importância da atuação dos Tribunais e dos agentes policiais em plena conformidade com a legalidade, observando principalmente a Constituição Federal, a Lei 9.296/96 e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Todos devem ajustar suas posições aos parâmetros legais, atuando de modo mais adequado a prevenir novas violações de direitos, novos casos Escher.

Em suma, demonstra-se a necessidade de maior engajamento das instituições brasileiras perante as decisões da Corte Interamericana, com o conhecimento do Caso Escher e maior comprometimento com os requisitos e as normas aplicáveis à interceptação telefônica.

O trabalho não visa esgotar o tema, considerando a complexidade das práticas jurídicas, investigativas e sociais, midiáticas, mas sim alertar sobre a direção que casos contemporâneos, com uso frequente de interceptações telefônicas, podem tomar e gerar novas responsabilidades do Estado, como o Caso Escher.

Por fim, é relevante e urgente a tomada de consciência e comprometimento com os direitos e garantias, respeitando os limites legais, o que pode se dar através de uma formação dos membros do Poder Judiciário e da Polícia mais humanista, a fim de garantir a não repetição de violações ou novas condenações e responsabilidade do Estado brasileiro, buscando atingir o objetivo do sistema interamericano de direitos humanos e da Constituição Federal de proteção, promoção e garantia dos direitos e um equilíbrio na utilização da interceptação telefônica, com adequada administração da justiça.

Assim, espera-se para o futuro que os tribunais brasileiros e as autoridades policiais estejam em plena conformidade com a proteção, o respeito e a efetivação dos direitos humanos, afastando o passado recente.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Priscila Caneparo dos. **Organizações internacionais e direitos humanos: uma análise dos casos brasileiros na Organização dos Estados Americanos**. 2011. 255 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

ALGAYER, K. K.; NOSCHANG, P. G. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: considerações e condenações. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 3, n. 2, p. 211-226, jul./dez. 2012.

ARRIGHI, Jean Michel. **Organização dos Estados Americanos**. Tradução Sergio Bath. 1. ed. brasileira. Baurueri: Manole, 2004.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 89 de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v.16, n.16, p.113-152, jan./fev./mar. 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos em el Caso de Arley José Escher y outro**. Washington, 2007. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.Carta.OEA.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença de 6 de julho de 2009 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas)**. 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escher y otros Vs. Brasil - Convocatoria a audiência - Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de octubre de 2008**. 2008. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/escher_08_10_08.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escher y otros Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia - Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de junio de 2012.** 2012. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher_19_06_12.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Ficha técnica Escher y otros Vs. Brasil.** Víctimas: Arlei José Escher, Dalton Luciano de Bargas, Delfino Joé Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni. Representantes: Comissão Pastoral da Terra (CPT); Justiça Global Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST); Rede Nacional de Advogados Populares; Terra de Direitos. Estado Demandado: Brasil. Disponível em: <

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/escher.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Ficha técnica Tristán Donoso Vs. Panamá.** Víctimas: Santander Tristán Donoso. Representante: Centro por la Justicia y el Derecho Internacionbal. Estado Demandado: Panamá. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=253>. Acesso em: 08 jun. 2019.

GALLI, Maria Beatriz; DULITZKY, Ariel E. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu Papel Central no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Orgs). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 53-80.

GIACOMOLLI, Nereu José. Expectativas e propostas acerca do inquérito policial. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, 2014. Disponível em:

<<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/210/146>> . Acesso em: 21 jun. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Orgs). **O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 207, p. 21-38, 1997.

LOPES, Fabio Motta. As principais controvérsias a respeito das interceptações telefônicas. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 7, n. 1, p. 131-153, 2016.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

UNNEBERG, Flávia Soares; MELO, Álisson José Maia. O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: as sentenças condenatórias e sua repercussão interna. **Nomos**, v. 34, n. 1, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 102293.** Paciente: Jose Carlos Erthal.

Coator: Superior Tribunal De Justiça. Relator Min. Ayres Brito. Brasília, 19 dez. 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3820504>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 81260/ES**. Paciente: Shiro Naruse. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Min. Relator Sepúlveda Pertence. Brasília, 22 maio 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1963836>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 110496**. Paciente: Agostinho Serodio Boechat. Coator: Superior Tribunal De Justiça. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 4 dez. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4147822>>. Acesso em 25 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 116899**. Paciente: Robson Pires Ribeiro. Coautor: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma. Brasília, 28 mar. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4371975>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 120027**. Paciente: Lourival Pires Ribeiro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão Min. Edson Fachin, Primeira Turma. Brasília, 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4488645>> .Acesso em: 23 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 137820**. Paciente: Jaime Garcia Dias. Coator: Relator do HC 373.963 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma. Brasília, 12 jun. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5069865>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF nº 819 de 21 de março a 1º de abril de 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo819.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF nº 902 de 14 a 18 maio de 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo902.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF nº 911 de 13 a 17 de agosto de 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo911.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 23457 – Agravo Regimental**. Reclamante: Presidente da República. Reclamado: Juiz Federal Da 13ª Vara Federal De Curitiba/PR. Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Brasília, 27 set. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823457%2E%2E+OU+23457%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y689l4n2>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 25497** AgR. Reclamante: Sebastiao Lourenco Ferreira. Reclamado: Juiz Federal Da 14ª Vara Federal Da Seção Judiciária Da Paraíba. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma. Brasília, 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5079056>>. Acesso em 21 jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 135683**. Recorrente: Demóstenes Lázaro Xavier Torres. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma. Brasília, 03 abri. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28135683%2EENUME%2E+OU+135683%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yyykvyf4>>. Acesso em 21 jun.2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 34751**. Impetrante: Jonathan de Castro Machado. Autoridade: Conselho Nacional Do Ministério Público Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma. Brasília, 24 set. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5172309>>. Acesso em 21 jun. 2019.

CONSÓRCIOS PÚBLICOS: UM ESTUDO SOBRE A RESPONSABILIDADE ESTATAL

Daniela Lucca ROCHA¹
Hellen Luana de SOUZA²

RESUMO

O presente trabalho analisa a responsabilidade civil dos consórcios públicos com enfoque na responsabilidade dos entes federados que os compõem. Para tanto, destaca-se a legislação disciplinadora dos consórcios públicos - Lei nº 11.107/2005 e o Decreto nº 6.017/2007-, e, sobretudo, a Constituição Federal de 1988, delineando, assim, seus aspectos gerais e formando o substrato para o estudo da problemática, isto é, da responsabilidade. Tal análise perpassa a responsabilidade subsidiária e solidária dos entes consorciados, além de expor a pretensão de inovação da matéria de responsabilidade consorcial através do Projeto de Lei nº 196/2017. Essa trajetória é calcada na legislação, doutrina, jurisprudência e em artigos científicos sobre o tema.

PALAVRAS CHAVE: Consórcios públicos. Entes federados. Responsabilidade.

ABSTRACT

This paper analyzes the civil liability of public consortia with focus on the responsibility of the federated entities that compose them. Therefore, the study highlights the disciplinary legislation of the public consortia – Law nº 11.107/2005 and the Decree nº. 6.017/2007 - and, above all, the Federal Constitution of 1988. It outlines the general aspects of the aforementioned legislations, thus forming the substrate for the study of the problem, that is, the responsibility. This analysis permeates the subsidiary and joint and several liability of the consortium, in addition to exposing the intent of innovation in the matter of consorcial responsibility through the Bill nº 196/2017. This trajectory is based on legislation, doctrine, jurisprudence and scientific articles on the subject.

KEYWORDS: Public consortia. Federated entities. Responsibility.

INTRODUÇÃO

A temática dos consórcios públicos passou por modificações com o advento da Lei nº 11.107/2005 e posteriormente com a edição do Decreto nº 6.017/2007. O fato é que por tratar de tema relativamente recente e técnico, a área acadêmica ainda não explorou com afinco as controvérsias provenientes da nova legislação, tais como os questionamentos acerca da personalidade jurídica de direito privado e a possibilidade de transformação dos consórcios públicos, previstos no art. 41 do Decreto nº 6.017/2007. Procedendo-se, neste estudo, à análise de um dos pontos ainda não clarificados: a responsabilidade dos consórcios públicos.

Para tanto, parte-se de uma exposição conjunta sobre Lei nº 11.107/2005 e o Decreto nº 6.017/2007, para posteriormente debater a problemática central: a responsabilidade dos consórcios

1 Graduada do 5º período do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: danyluocha@gmail.com

2 Graduada do 5º período do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: hellenluanas78@gmail.com

públicos e dos entes que o compõem. Destacando, ao final, o Projeto de lei nº 196/2017 que visa a alteração do regime de responsabilização dos consórcios públicos. Isso é feito, tomando como base, o estudo de obras de autores nacionais clássicos do direito administrativo, bem como de artigos científicos e julgados dos tribunais brasileiros, além do exame da legislação vigente sobre o tema e do já referido projeto de lei.

1. CONSÓRCIOS PÚBLICOS: PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Imprescindível, antes de adentrar no ponto principal do presente estudo, traçar os contornos da disciplina legal pátria que rege os consórcios públicos. Destaca-se que em 1998 foi aprovada a emenda constitucional nº 19 que alterou a redação do art. 241 da Constituição Federal, este passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos

Da redação do artigo depreende-se que se trata, segundo a doutrina de José Afonso da Silva³, de norma constitucional de eficácia limitada pelo fato de necessitar de lei para ter eficácia. Em 2005 foi promulgada a Lei nº 11.107/2005 de caráter nacional que estabeleceu parâmetros para a disciplina dos consórcios públicos, haja vista que a redação do artigo supracitado conduz a interpretação de que cada membro do pacto federativo editará uma lei regulamentando os consórcios públicos, no entanto, “como os consórcios envolvem a participação de diferentes pessoas jurídicas públicas, é impossível que cada qual estabeleça suas normas, sem que haja uma lei de âmbito nacional estabelecendo os pontos em comum”⁴. Infere-se disto que a existência de tal lei não fere a autonomia dos entes componentes do pacto federativo, uma vez que a decisão de integrar um consórcio público é de cada membro federado.

Cumprir destacar que na Lei nº 11.107/2005, o poder executivo, no exercício do poder regulamentar, editou o Decreto nº 6.017/2007 que dispôs sobre a aplicação da referida lei. Deste decreto decorre o conceito legal de consórcio público, qual seja:

art. 2º Para fins deste Decreto, consideram-se:
I – consórcio público: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107/2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.

3 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 117-121.

4 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O Consórcio Público na Lei n. 11.107, de 6.4.2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, julho/agosto/setembro de 2005, p. 3. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.

Exposto o conceito e considerando o mencionado art. 241, CF, tem-se que os consórcios públicos serão constituídos por pessoas políticas integrantes da administração pública direta, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Esse rol é taxativo e expressamente previsto na Constituição Federal, de modo que outra composição só é possível caso haja alteração através de emenda constitucional. Sendo previsto no art. 1º, §2º da Lei nº 11.107/2005 que a União só poderá integrar o consórcio em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.

A Lei nº 11.107/2005 atribuiu personalidade jurídica aos consórcios públicos. Sobre o assunto, Marçal Justen Filho⁵, em parecer jurídico para a produção da lei, destacou ser necessária a personificação dos consórcios públicos para que estes pudessem agir em nome próprio, destacando que um consórcio público sem personalidade jurídica seria inútil. O fato é que o legislador conferiu, por lei, a possibilidade do consórcio público ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, isto é, a conjugação de esforços dos membros do pacto federativo – pessoas jurídicas de direito público – pode revestir-se de personalidade jurídica de direito privado, a Lei nº 11.107/2005 dispõe:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:
I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;
II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.
§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.
§ 2º O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Sobre a mesma questão disciplina o Decreto nº 6.017/2007:

Art. 7º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:
I - de direito público, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;
e
II - de direito privado, mediante o atendimento do previsto no inciso I e, ainda, dos requisitos previstos na legislação civil.

A leitura conjunta de tais artigos permite identificar o momento em que os consórcios de direito público e privado adquirem personalidade jurídica. Quanto a estes últimos, destaca-se que apesar da personalidade jurídica de direito privado, o regime jurídico a que são submetidos é híbrido, ou seja, as normas de direito público derogam as de direito privado em certos pontos, como observa-se no supracitado art. 6º, §2º, da Lei nº 11.107/2005. Outro aspecto relevante é o fato da lei expressamente prever que os consórcios públicos de natureza jurídica de direito público

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado pelo Professor Doutor Marçal Justen Filho, versando sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/consorcio_MarcalJustenFilho.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

integram a Administração indireta de todos os entes consorciados, entretanto, é silente em relação aos consórcios públicos de natureza jurídica de direito privado. Sobre o tema:

é evidente que o mesmo ocorrerá com os que tenham personalidade jurídica de direito privado. Não há como uma pessoa jurídica política (...) instituir pessoa jurídica para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada.⁶

A natureza jurídica de direito privado não retira do consórcio a finalidade de agir em nome do interesse público, cabe aqui mencionar o parecer jurídico de Floriano de Azevedo Marques Neto⁷ sobre o projeto de lei da atual legislação sobre os consórcios, no qual posicionou-se, partindo de uma interpretação da Constituição Federal, contra a possibilidade de conferir personalidade jurídica de direito privado aos consórcios sob o argumento de que o art. 241, CF, refere-se expressamente a consórcios públicos e que não seria cabível partir da Lei das Sociedades Anônimas, uma vez que esta rege o consórcio privado. Destaca-se ainda que ao constituir-se em pessoa jurídica de direito público o consórcio assume a forma de associação pública ao passo que os de personalidade jurídica de direito privado são tidos como associações civis⁸. Certo é que as questões que envolvem a personalidade jurídica dos consórcios públicos geram outros questionamentos, os quais excedem o propósito do presente trabalho.

Visto isso, avança-se para a explicitação do objeto dos consórcios públicos clarificado pelo Decreto nº 6.017/2007. Examinando o art. 241, CF, depreende-se que o objeto dos consórcios públicos, ou seja, a atividade a ser por eles praticada, é a gestão associada de serviços públicos, entendida pelo aludido decreto em seu art. 2º, IX, como o exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos, acompanhadas ou não da prestação destes ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (observa-se aqui certa similaridade com a redação do art. 241, CF). Dado o grande conteúdo contido na gestão associada de serviço público, o decreto buscou esclarecer ao máximo cada ponto, assim dispondo:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

[...]

X - planejamento: as atividades atinentes à identificação, qualificação, quantificação, organização e orientação de todas as ações, públicas e privadas, por meio das quais um serviço público deve ser prestado ou colocado à disposição de forma adequada;

XI - regulação: todo e qualquer ato, normativo ou não, que discipline ou organize um determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto sócio-ambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou

6 DI PIETRO, 2005, p. 4.

7 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios Públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, julho/agosto/setembro de 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.

8 BORSALI, Ana Flávia. Os Consórcios Públicos Na Lei 11.107/2005: Aspectos Jurídicos. *Publicações da Escola da AGU*, n. 02, 2010, p. 44. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1772>>. Acesso em: 15 maio 2019.

prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos;

XII - fiscalização: atividades de acompanhamento, monitoramento, controle ou avaliação, no sentido de garantir a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público;

XIII - prestação de serviço público em regime de gestão associada: execução, por meio de cooperação federativa, de toda e qualquer atividade ou obra com o objetivo de permitir aos usuários o acesso a um serviço público com características e padrões de qualidade determinados pela regulação ou pelo contrato de programa, inclusive quando operada por transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos;

XIV - serviço público: atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa; (grifo nosso) [...]

A referência do artigo acima citado à expressão “cooperação federativa” reforça o tema anteriormente tratado de que a instituição dos consórcios não representa supressão da autonomia dos entes federados, é antes uma forma de canalizar esforços para a consecução do interesse público.

Passa-se agora para o modo de constituição dos consórcios públicos. É preciso realçar que a ementa da Lei 11.107/2005 informa que esta dispõe sobre a contratação dos consórcios públicos, no entanto, o contrato corresponde a uma das etapas do processo de constituição dos consórcios⁹. Primeiramente, os entes que desejam se consorciar realizam a subscrição do protocolo de intenções, sendo previsto no art. 3º da lei mencionada que o consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções, este é definido no art. 2º, III, do Decreto 6.017/2007 como um contrato preliminar, estando as cláusulas consideradas necessárias já especificadas tanto no art. 5º do mesmo decreto quanto no art. 4º da Lei nº 11.107/2005. Dentre essas cláusulas merecem destaque as referentes à assembleia geral do consórcio público, esta é a instância máxima do consórcio composta pelos Chefes dos Executivos dos entes, estando estabelecido no protocolo de intenções o número de votos de cada consorciado, além de assegurado a cada um ao menos um voto, conforme consta no art. 5º, §1º, do Decreto nº 6.017/2007. Ainda quanto ao protocolo de intenções, exige-se a publicação do mesmo na imprensa oficial. Ademais, da análise do art. 5º desta lei infere-se que o ente subscritor do protocolo de intenções poderá não participar do consórcio, sem incorrer em qualquer tipo de responsabilização.

Após feito o protocolo de intenções, o passo subsequente é a ratificação por meio de lei por cada ente da Federação que o subscreveu e deseja ingressar no consórcio público. A ratificação é ato de grande relevância, pois, a partir desse momento o consórcio passa a ter personalidade jurídica, conforme previsto nos já citados art. 6º da Lei nº 11.107/2005 e art. 7º do Decreto nº 6.017/2007. A disciplina do art. 5º da Lei nº 11.107/2005 prevê a possibilidade do consorciamento parcial ou condicional quando a ratificação for realizada com reserva e aceita pelos demais entes subscritores, ou seja, o consorciamento parcial ou condicional exige cumulativamente a ratificação com reserva e

9 DI PIETRO, 2005, p. 7.

aceitação dos demais, ademais, passados dois anos da data da subscrição do protocolo de intenções a ratificação dependerá de homologação da assembleia geral – órgão máximo - do consórcio público, não podendo a demora ou a recusa em ratificar o protocolo ser penalizada (art. 6º, §1º, Decreto nº 6.017/2007). A própria lei estabelece uma exceção à regra da ratificação, ficando esta dispensada ao ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público, aqui indaga-se: caso todos os entes da Federação que desejem se consorciar tiverem, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinado por lei a sua participação, a partir de que momento o consórcio passa a ter personalidade jurídica? Pois bem, prevê o art. 7º, §2º do Decreto nº 6.017/2007 que, nesta hipótese, a aquisição da personalidade jurídica pela associação pública dependerá apenas da publicação do protocolo de intenções. Frise-se que a menção da lei ao utilizar a designação associação pública é em relação aos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, haja vista que os de direito privado necessitam atender aos requisitos da legislação civil.

Feita a ratificação do modo acima exposto “por ocasião da terceira fase, ocorre a elaboração e a assinatura da versão final do contrato de consórcio por cada um dos representantes legais dos entes consorciados”¹⁰, uma vez que o contrato do consórcio público será celebrado com a ratificação, essa previsão está contida no art. 6º do Decreto nº 6.017/2007 e no art. 5º da Lei nº 11.107/2005. Sobre o contrato, a lei dos consórcios em seu art. 4º, § 3º prevê expressamente que é nula a cláusula que preveja determinadas contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público, salvo a doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis e as transferências ou cessões de direitos operadas por força de gestão associada de serviços públicos.

Além do contrato, os consórcios serão organizados por estatutos cujas disposições, sob pena de nulidade, deverão atender as cláusulas do contrato constitutivo, devendo passar pela aprovação da assembleia geral. Para os consórcios de direito público é exigido que o estatuto seja publicado na imprensa oficial no âmbito de cada ente consorciado para a produção de efeitos. Podem estes estatutos dispor sobre alguns pontos do regime de trabalho dos empregados públicos do consórcio, como lotação e jornada de trabalho.

O ente federação não está obrigado a permanecer no consórcio, ou seja, é admitida a possibilidade de retirar-se por ato formal de sua vontade (art. 2º, VI, Decreto nº 6.017/2007) feito pelo representante legal na assembleia geral, na forma previamente disciplinada por lei, sendo que, se o consórcio for constituído por dois entes da federação a retirada de um implica na extinção do

10 DA SILVA NETO, Antônio Carlos. Consórcios públicos. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. ano 4, n. 2, p. 739-767, 2018, p. 757. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/2/2018_02_0739_0767.pdf>. Acesso em: 26 maio 2019.

consórcio (art. 25, §3º, Decreto nº 6.017/2007). Além de que os bens destinados ao consórcio pelo ente que se retirou serão mantidos, salvo previsão em sentido contrário constante no contrato ou no instrumento de transferência ou de alienação (art. 25, §1º, Decreto nº 6.017/2007). No âmbito da responsabilização, prevê também o art. 25, §2º, Decreto nº 6.017/2007 que a retirada não prejudicará as obrigações já constituídas entre o consorciado que se retira e o consórcio público. Assim como um ente pode retirar-se, outro ente que não conste no protocolo de intenções pode ingressar no consórcio público, neste caso, o ingresso far-se-á mediante alteração do contrato (art. 6º, §6º, Decreto nº 6.017/2007). O decreto preocupou-se em prever que caso ocorra criação, fusão, incorporação ou desmembramento que atinjam entes consorciados ou subscritores de protocolo de intenções, os novos entes da Federação, salvo disposição em contrário no protocolo de intenções, serão automaticamente tidos como consorciados ou subscritores.

Quanto a alteração e extinção do consórcio público, a lei dos consórcios prevê no art. 12 que ambas dependem de instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados. A ratificação mediante lei é necessária para manter uma relação simétrica, uma vez que se o consórcio passa a ter personalidade jurídica, ou seja, a existir para o direito, a partir da ratificação mediante lei do protocolo de intenções, da mesma forma deverá ocorrer para sua extinção. Sendo, ainda, exigido para os de natureza jurídica privada o atendimento da lei civil. Sobre a extinção, descreve o Decreto nº 6.017/2007:

Art. 25. A alteração ou a extinção do contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados

§ 1º Em caso de extinção:

I - os bens, direitos, encargos e obrigações decorrentes da gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outra espécie de preço público serão atribuídos aos titulares dos respectivos serviços;

II - até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantido o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação.

§ 2º Com a extinção, o pessoal cedido ao consórcio público retornará aos seus órgãos de origem, e os empregados públicos terão automaticamente rescindidos os seus contratos de trabalho com o consórcio.

Algo interessante e com previsão sucinta no art. 41 do Decreto nº 6.017/2007 é a possível transformação do consórcio, em outras palavras, pode o consórcio público de natureza jurídica de direito público transformar-se em consórcio público de natureza jurídica de direito privado, sendo também admitido o contrário, desde que atendidos os requisitos de celebração de protocolo de intenções e de sua ratificação por lei de cada ente da Federação consorciado. Caso um consórcio de direito privado transforme-se em de direito público, a eficácia da alteração estatutária não dependerá de sua inscrição no registro civil das pessoas jurídicas, haja vista que isso é dispensável pelo fato do regime jurídico ao qual passará a submeter-se ser inteiramente público.

Fundamentais para os consórcios públicos são os contratos de programa e rateio. Este último, é definido pelo art. 2º, VII, Decreto nº 6.017/2007 como o contrato por meio do qual os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público. Frise-se que o contrato de rateio é a única forma dos entes consorciados entregarem recursos ao consórcio público, conforme está contido no art. 8º da Lei nº 11.107/2005, o mesmo artigo dispõe:

§ 1º O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

Tanto os consorciados quanto o consórcio podem exigir o cumprimento do contrato de rateio. Como envolve recurso financeiro público, a lei e o decreto preveem que suas cláusulas não podem sequer dificultar a fiscalização exercida pelos órgãos de controle interno e externo ou pela sociedade civil de qualquer dos entes da Federação consorciados. Submete-se o consórcio público tanto à fiscalização do Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio quanto ao controle e fiscalização dos demais entes consorciados.

No que tange ao contrato programa, este é definido pelo art. 2º, XVI, Decreto nº 6.017/2007 como o instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa e poderá ser celebrado com dispensa de licitação. A celebração de tal contrato é condição de validade para as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos (art. 13, Lei nº 11.107/2005). Há um ponto de toque entre a extinção dos consórcios e o contrato programa, pois, a extinção do consórcio não implica na do contrato programa, sendo que a extinção deste não prejudicará as obrigações já constituídas e dependerá do prévio pagamento das indenizações eventualmente devidas, tais informações são extraídas do art. 13, §4º, Lei nº 11.107/2005 e dos artigos 34 e 35 do Decreto nº 6.017/2007.

Conclui-se a exposição dos aspectos gerais dos consórcios públicos apresentando o regime trabalhista a que se submetem os consórcios. Quanto aos consórcios públicos de direito público claro está a aplicação do regime jurídico estatutário, sendo que aos consórcios públicos de direito privado aplica-se a CLT, ou seja, serão, neste caso, empregados públicos, sendo que no protocolo de

intenções constará o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados do consórcio público, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. É possível a criação de empregos públicos, desde que haja previsão no contrato de consórcio público e que este fixe a forma e os requisitos de provimento e a remuneração, inclusive quanto aos adicionais, gratificações, e quaisquer outras parcelas remuneratórias ou de caráter indenizatório, conforme consta no art. 22 do Decreto nº 6.017/2007. No art. 29, §2º do mesmo diploma legal está disposto que caso o consórcio seja extinto o pessoal cedido ao consórcio público retornará aos seus órgãos de origem, e os empregados públicos terão automaticamente rescindidos os seus contratos de trabalho com o consórcio. Destaca-se, por fim, que os servidores cedidos pelos entes consorciados permanecerão no seu regime originário, somente lhe sendo concedidos adicionais ou gratificações nos termos e valores previstos no contrato de consórcio público e não configura vínculo novo do servidor cedido, inclusive para a apuração de responsabilidade trabalhista ou previdenciária. Sendo que o ente que cede o servidor pode usar o pagamento do subsídio deste como crédito para compensação com obrigações previstas no contrato de rateio (art. 23, Decreto nº 6.017/2007).

2. DA RESPONSABILIDADE DO CONSÓRCIO PÚBLICO E DOS ENTES FEDERADOS

O consórcio público, como visto, é dotado de personalidade própria e, em decorrência dessa personalidade, possui responsabilidade por seus atos. Para que seja possível analisar todos os aspectos da responsabilidade desse ente da Administração Pública Indireta é preciso compreender tal expressão. A responsabilidade civil “se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização (...) independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir sem, todavia, se confundir”¹¹. Ou seja, responsabilidade é obrigação de reparar danos.

Esta obrigação surge de variadas formas e baseia-se em variadas teorias, além ocasionar diferentes efeitos em cada caso. Primordialmente, deve-se expor que a responsabilidade do consórcio público surge com o início de sua personalidade, seja com a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções (se este for de direito público), seja com o atendimento dos requisitos previstos na legislação civil (se de direito privado). De forma simétrica, como já citada, entende-se que a responsabilidade do consórcio se encerra com o fim de sua personalidade jurídica, passando esta obrigação a ser solidária entre os entes consorciados.

Apesar da responsabilidade do consórcio público em si não apresentar variáveis, a relação de responsabilidade dos entes federados que o compõem é tema amplamente discutido. Sob esse aspecto, ressalta-se, que os consórcios públicos apresentam complexidade maior quando

11 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 697.

comparados aos consórcios de sociedade (ou consórcios empresariais), afinal, não há limitação de responsabilidade restrita ao contrato consorcial. Nos consórcios empresariais, sociedades combinam esforços para realização de um fim, sem a existência de uma personalidade jurídica, de forma a limitar a responsabilidade dos envolvidos às suas respectivas obrigações¹² motivo, inclusive, pelo qual, essa forma de organização se difundiu no meio privado. Distintamente, a utilização dessa moldagem para combinar os recursos públicos, advindos de diferentes esferas, possui personalidade própria e sua responsabilidade atinge os entes consorciados de maneira quase ilimitada, como se tem observado nas decisões dos tribunais.

No âmbito da responsabilidade dos entes públicos consorciados é possível o enquadramento em duas modalidades. Uma de caráter solidário e outra de caráter subsidiário. Sendo solidária a obrigação “em que, havendo multiplicidade de credores ou devedores, ou de uns e outros, cada credor terá direito à totalidade da prestação, como se fosse único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse único devedor”¹³. Enquadra-se neste caso, a responsabilidade dos consorciados nos casos de extinção do consórcio público, ficando cada ente público responsável pela obrigação em sua totalidade, podendo seus credores mover a ação de reparação em face de qualquer um deles. Tal teoria se baseia no art. 12, §2º da Lei 11.107, que possui a seguinte redação:

Art. 12. A alteração ou a extinção de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados. (...)

§2º. Até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação

Ou seja, até decisão que determine qual ente responde por qual obrigação com base no requisito do benefício (isto é, garante-se a ação regressiva ao ente que efetivamente usufruiu da obrigação) ou causa (representada pela possibilidade de regresso em face do ente que gerou a obrigação), todos respondem pela totalidade das obrigações do consórcio extinto.

A obrigação de caráter subsidiário surge ainda na vigência do consórcio e é definida pelo art. 9º do Decreto nº 6.017 de 2007: “Os entes da Federação consorciados respondem subsidiariamente pelas obrigações do consórcio público”. Insta ressaltar que obrigação subsidiária é entendida como uma modalidade especial de solidariedade baseada no benefício e ordem de preferência; um detém a dívida originária e o outro apenas a responsabilidade por ela; possui caráter de reforço, substituição, logo, subentende-se que se executam primeiramente os bens do dever

12 TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 198.

13 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 155.

originário e, apenas posteriormente, os do obrigado subsidiariamente¹⁴. Nesse aspecto são inúmeras as decisões condenatórias dos entes públicos com fundamentação na responsabilidade subsidiária.

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO CONSÓRCIO PÚBLICO DA ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO LITORAL NORTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. TERCEIRIZAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO. PROVIMENTO. I. Hipótese em que a Corte Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária sem que fosse especificamente comprovado o nexo de causalidade entre o dano ao empregado terceirizado e a conduta negligente do Ente Público no tocante à fiscalização da empresa prestadora de serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. II. Demonstrada violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. III. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento, para determinar o processamento do recurso de revista, observando-se o disposto na Resolução Administrativa nº 928/2003. B) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO CONSÓRCIO PÚBLICO DA ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO LITORAL NORTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. TERCEIRIZAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADC 16/DF, decidiu que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 é constitucional. Todavia, entendeu que não há impedimento para o reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública, desde que comprovada a omissão do tomador de serviços na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora em relação a seus empregados. Por sua vez, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 760931/DF, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal firmou as seguintes teses sobre a controvérsia em exame: (a) não é possível a transferência automática da responsabilidade do Poder Público pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas não quitados pela empresa prestadora dos serviços, sendo necessária a comprovação do nexo de causalidade entre o inadimplemento das obrigações trabalhistas e a conduta negligente dos integrantes da Administração Pública na fiscalização da prestadora de serviços, (b) a eficiência da fiscalização não é fator relevante para a responsabilização da Administração Pública, que se isenta de culpa com a fiscalização ainda que por amostragem, e (c) é do empregado o ônus de provar a conduta culposa da Administração Pública na fiscalização das empresas contratadas na forma da Lei nº 8.666/93. II. No presente caso, a Corte Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária sem que fosse especificamente demonstrado o nexo de causalidade entre o dano ao empregado terceirizado e a conduta negligente do ente público no tocante à fiscalização da empresa prestadora de serviços quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas. Sob esse enfoque, impõe-se o conhecimento e o provimento do recurso. III. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.¹⁵

Ratificando: a responsabilidade dos entes consorciados varia de subsidiária a solidária à depender da situação em que o consórcio se encontra, caracterizando, desse modo, o caráter quase ilimitado dessa obrigação de reparar. Afinal, inúmeras são as vezes em que o consórcio não possui recursos para cumprir com a necessária indenização, não restando opção diversa aos credores que pleitear seu direito perante os entes federados. A exemplo das modalidades descritas está a fundamentação da decisão a seguir:

14 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 163

15 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 20460-96.2015.5.04.0211. Recorrido: Município de Capão da Canoa e outros. Recorrente: Consórcio Público da Associação dos Municípios do Litoral Norte. 4ª Turma, Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos, Brasília 17/03/2019, publicado no DEJT 28/03/2019. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=282526&anoInt=2018>> Acesso em: 13 jun. 2019.

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA – INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS – INVIABILIDADE – DESPROVIMENTO DE AGRAVO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe julgou improcedente o pedido, ante fundamentos assim resumidos: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA -DEMANDA INICIADA EXCLUSIVAMENTE CONTRA CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE DO ALTO SERTÃO - SITUAÇÃO ATIVA DO REQUERIDO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS CONSORCIADOS - ARTIGO 9º DO DEC. FEDERAL 6017/2007 - IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DIRETA DOS MUNICÍPIOS INTEGRANTES - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL -RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE DOS APELANTES - MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO APENAS CONTRA O CONSÓRCIO/ÚNICO REQUERIDO -RECURSO CONHECIDO E PROVIDO -UNÂNIME. - Em que pese a responsabilidade subsidiária dos apelantes, os mesmo não foram acionados no pólo passivo da demanda, nem tão pouco citados para integrar a lide; não podendo assim recair sobre eles os efeitos de um processo de conhecimento no qual não participaram. No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, a recorrente alega violado o artigo 2º da Constituição Federal. Discorre acerca da legislação de regência, afirmando a responsabilidade solidária dos municípios integrantes do consórcio intermunicipal. 2. Colho do acórdão recorrido os seguintes trechos: O artigo 12, §2º da Lei no 11.107, o qual dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, e o 9º do Decreto 6017/2007, que a regulamenta, dizem que a responsabilidade dos entes consorciados será solidária no caso de extinção do consórcio (artigo 12 da aludida lei) e subsidiária quando ainda estiver na ativa (art. 9º do decreto). Vejamos: "Art. 12. A alteração ou a extinção de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembléia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados. ... § 2º Até que haja decisão que indique os responsáveis por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantindo o direito de regresso em face dos entes beneficiados ou dos que deram causa à obrigação "Art. 9. Os entes da Federação consorciados respondem subsidiariamente pelas obrigações do consórcio público. Parágrafo único. Os dirigentes do consórcio público responderão pessoalmente pelas obrigações por ele contraídas caso pratiquem atos em desconformidade com a lei, os estatutos ou decisão da assembléia geral". **Nesse sentido, inclusive ponderou o magistrado sentenciante: "Quanto à responsabilidade sobre o cumprimento das obrigações contraídas, importante saber se o Consórcio ainda vige pois, se extinto, até que seja delimitada a responsabilidade por cada obrigação, os entes consorciados responderão solidariamente pelas obrigações remanescentes, garantido o direito de regresso em face dos entes que deram causa à obrigação (art. 12, § 20 da Lei 11.107/05). Caso esteja em vigor o contrato do consórcio, como presumo ser a situação do Consórcio demandado, haja vista a inexistência de provas em sentido diverso, os entes consorciados respondem apenas subsidiariamente pelas obrigações do consórcio público (art. 90 do Decreto 6.017/07)". (fls. 113v)** In casu, resta claro nos autos que o consórcio se encontra em plena atividade, consoante se infere do comprovante de situação cadastral de fls. 244, emitida em 23 de agosto de 2012, juntada inclusive pelo autor e não refutada pelos municípios consorciados, nas razões de apelo. Desta forma, é nítida a responsabilidade subsidiária dos municípios apelantes/ consorciados da demandada. (...) No presente caso, em que pese a responsabilidade subsidiária dos apelantes, os mesmo não foram acionados no pólo passivo da demanda, nem tão pouco citados para integrar a lide; não podendo assim recair sobre eles os efeitos de um processo de conhecimento no qual não participaram. Desta feita, voto pelo conhecimento e provimento dos apelos, para a reconhecer a ilegitimidade dos apelantes para figurar no presente feito, mantendo-se a sentença no tocante à condenação do Consórcio/requerido, única parte demandada nesta ação de cobrança. À toda evidência, a decisão impugnada mediante o extraordinário revela a análise do quadro fático e interpretação de normas estritamente legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. À mercê de articulação sobre a violência à Carta da República, pretende-se submeter a análise matéria que não se enquadra no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal. Este recurso somente serve à sobrecarga da máquina judiciária, ocupando espaço que deveria ser utilizado na apreciação de processo da competência do Tribunal. 3. Conheço do agravo e o desprovejo (grifo nosso)¹⁶.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo nº 1098568, Recorrente: Farmac

Além das situações acima descritas, não se pode deixar de apontar outra teoria que vincula a responsabilidade dos entes consorciados ao próprio consórcio. Esta teoria é denominada Responsabilidade do Estado e por possuir algumas peculiaridades, quase sempre lhe é destinado um capítulo próprio nas doutrinas de Direito Administrativo do país. A responsabilidade civil do Estado se dá com a violação de direito alheio, não devendo ser confundida com as situações em que o sacrifício do direito alheio está regulamentado por lei (como nos casos de desapropriação)¹⁷. Essa responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado surge com a implementação do Estado de Direito e a consequente igualdade entre as partes, de modo a vincular as pessoas públicas ao ordenamento da mesma forma que às privadas.

Tal obrigação de reparar pode decorrer de “comportamento unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”¹⁸. Ou seja, o Estado, na figura de ente consorciado, pode se responsabilizar por meio de um ato lícito que gere a obrigação de reparar, ou por meio de um ato ilícito. Da mesma forma que a responsabilidade pode resultar da falta de prestação de ato dever, ou de ato propriamente realizado que violou direito de outrem.

Pelo exposto, observa-se que mesmo sem a previsão legal da responsabilidade dos entes do consórcio público, como solidária ou subsidiária, estes ainda estariam vinculados à obrigação de reparar devido a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado. Afinal, ao combinarem recursos públicos para a realização de uma atividade de interesse público, ou melhor, para a realização de serviço público, acabam responsáveis pela obrigação de reparar quando ocorre a violação de direito alheio. Explicando, ao passo que o serviço prestado pelo consórcio é enquadrado como público e, portanto, trata-se de dever de prestação do Estado, qualquer atitude lícita ou ilícita, comissiva ou omissiva que lese o direito de outrem, ocasiona a responsabilidade do Estado, representado, no caso, pelos entes públicos contratantes.

A responsabilidade civil do Estado que a depender da situação pode ser objetiva ou subjetiva, no caso dos consórcios públicos, baseia-se no artigo 37, §6º, da Constituição Federal: “As pessoas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Para compreender o que caracteriza a responsabilidade do Estado como objetiva, nesta análise, é preciso diferenciar essas suas espécies de obrigação de reparar. De modo simplificado, trata-se de uma questão de culpabilidade (em

Comércio e Representações Ltda. Recorrido: Município de Poço Redondo. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Brasília 19/12/2017, publicado no DJe-020 05/02/2018. Disponível em:<

<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313535519&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019

17 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 978-980

18 *Ibidem*, p. 977.

sentido amplo). Enquanto que, para a responsabilidade objetiva, basta “mera relação causal entre o comportamento e o dano”¹⁹, o elemento tipificador da responsabilidade subjetiva é o dolo ou culpa²⁰. Sendo assim, o artigo acima citado ao referenciar as pessoas jurídicas de direito público, dentre as quais se enquadra o consórcio público, determinou a objetividade de sua responsabilidade em caso de dano, portanto, não exigindo culpabilidade da ação ou omissão, bastando a demonstração que o fato resultou em dano.

Por fim, como último aspecto dessa responsabilidade do Estado em relação aos consórcios públicos, tem-se a fiscalização por meio do Tribunal de Contas. De acordo com os artigos 70 e ss., da Constituição Federal, é responsabilidade do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas promover a fiscalização contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial, devendo qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada prestar contas caso utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre bens e valores públicos. Nesse sentido, entende-se que, o consórcio público, sendo pessoa jurídica de direito público ou privado, a qual utiliza e administra bens e valores públicos, sujeita-se à fiscalização do Tribunal de Contas, seja da União se esta estiver envolvida, seja do Estado se o consórcio for entre municípios ou entre estes e o Estado, seja de ambos se o contrato consorcial tiver como entes as três esferas. Sendo assim, a falta de fiscalização ou a sua ineficiência resultam em responsabilidade do Estado nas situações em que tal fato gerar dano.

Desse modo, resta demonstrado que a responsabilidade civil dos consórcios envolve os entes federados que os compõem de maneira relevante e fundamentada, tanto nas doutrinas, quanto na legislação e jurisprudência. Entretanto, não se pode deixar de analisar o ponto controverso da responsabilização do Estado, marcado pela perspectiva de mudança da legislação vigente, conforme projeto de Lei nº 196/2017.

3. DO PROJETO DE LEI Nº 196/2017

Analisando todas as questões que envolvem não só a responsabilidade do consórcio público, como também as teorias que vinculam os entes federados à essa responsabilidade, é imprescindível pôr em debate o projeto de lei do Senado Federal que busca alterar os pontos acima apresentados. Esse projeto de lei de numeração 196/2017 tem como autor o Senador Fernando Bezerra Coelho (PSB/PE) e visa a alteração da Lei nº 11.107/ 2007 para dispor sobre a responsabilidade dos consórcios públicos. A modificação objetiva a responsabilização do consórcio público pelas obrigações decorrentes de sua atuação, excluindo a responsabilidade dos entes

19 BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 990.

20 Ibidem, p. 988.

consorciados. Em consulta ao site do Senado Federal²¹, o projeto de lei em questão está em tramitação perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) e aguardando a designação de relator.

Dentre as modificações propostas pelo projeto, tem-se a introdução de um novo artigo a Lei 11.107/2005, cujo teor merece ser transcrito:

Art. 10-A. A associação pública ou a pessoa jurídica de direito privado, constituída na forma desta Lei, é responsável pelos deveres, obrigações, encargos, ônus e indenizações decorrentes da atuação do consórcio público.

§ 1º A responsabilidade dos entes federados que integram o consórcio público se exaure com a entrega dos recursos estipulados no contrato de rateio de que trata o art. 8º. § 2º Nenhuma sanção ou restrição de ordem jurídica pode extrapolar o consórcio público para alcançar os entes federados que o integram.

Além de alterações em outros dispositivos. A justificção baseia-se na restrição orçamentário-financeira, segurança jurídica, estabilidade fiscal, no princípio da individualização da pena e descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Em síntese, alega seu autor que a atual corrente jurisprudencial no sentido de condenar os entes federados em caráter subsidiário e a recorrente “impossibilidade de equacionamento das pendências pelo consórcio público”²², tem-se mostrado fator de desigualdade entre os entes e responsabilização de uns por causa direta de outros. Condenar os entes federados pelas obrigações contraídas pelo próprio consórcio no exercício do poder descentralizado que lhe foi conferido, na visão do Senador, trata-se de transbordamento inconstitucional ao passo que “viola o princípio da individualização da pena, em analogia ao disposto no art. 5º, inciso XLV, da CF, especialmente quando se trata da aplicação de sanções com base no descumprimento de preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000”²³.

CONCLUSÃO

Delimitar a responsabilidade, seja de uma personalidade física, seja jurídica, de direito público ou privado, não é uma tarefa trivial. Muito menos o seria, nos casos em que esta responsabilidade se refere às questões contratuais entre Administração Pública Direta e Indireta, visto que a transferência de recursos e bens públicos resultam em complexidade já conhecida. A questão específica dos consórcios públicos dicotomiza o direito brasileiro com fundamentações

21 A última consulta ao site do Senado Federal (<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129723>) foi realizada no dia 13 jun. 2019. Sendo, portanto, possível que a tramitação do PL nº196/2017 tenha avançado.

22 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 196/2017*. Altera a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2007, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências, para dispor sobre a responsabilidade dos consórcios públicos. p. 04. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5350474&ts=1559240747799&disposition=inline>>. Acesso em: 14 jun. 2019. Texto original.

23 *Ibidem*, p. 05.

pertinentes em ambos os lados. Favoravelmente, tem-se anos de teorias em matéria de responsabilidade civil e estatal; ao passo que, em oposição, o transbordamento inconstitucional de responsabilidade de um ente ao outro ganha destaque.

Essa colisão do interesse dos credores em receber pelas obrigações contraídas pelo consórcio público e dos entes federados em se eximir da obrigação de reparar não possui uma solução cristalina, devendo cada caso ser analisado em suas peculiaridades de modo a garantir uma aplicação do direito, a qual seja constitucional, legítima, eficaz e eficiente. Tal aplicação atingirá seu ápice com a utilização do princípio de proporcionalidade e da razoabilidade. Ou seja, o que se é proporcional e razoável de ser exigido dos consórcios e dos entes federados que o compõe.

Entende-se por proporcional e razoável que, por óbvio, a responsabilidade inicial e, também, principal, seja do próprio consórcio, visto que a criação da personalidade jurídica para tal ente, encaminha-se não apenas no sentido de garantir sua autonomia na consecução do seu fim, assim como, para sua gestão de recursos e bens no adimplemento de suas obrigações. Similarmente, a paridade com os princípios citados se dá com a responsabilidade dos entes nos casos em que a falta de fiscalização do emprego de recursos ou do cumprimento das relações trabalhistas resulta em dano. Em contraponto, não é proporcional e razoável isentar integralmente os entes federados da responsabilidade civil, primeiramente por serem os tomadores dos serviços prestados pelo consórcio, assim como pela possibilidade de tal fato ocasionar inadimplemento em massa das obrigações dos consórcios, que têm seus recursos financeiros baseados no contrato de rateio, o qual, por sua vez, pauta-se na lei orçamentária de cada ente.

Deduz-se, portanto, que a legislação vigente que trata dos consórcios públicos é determinante no tocante à responsabilidade civil dos consórcios e de seus entes, porém, não se depreende disso que seja ideal para conciliar interesses distintos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios Públicos, Nova Sistemática e Controle. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6. maio/junho/julho de 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.

BORSALI, Ana Flávia. Os Consórcios Públicos Na Lei 11.107/2005: Aspectos Jurídicos. *Publicações da Escola da AGU*, n. 02, p. 35-52. 2010. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1772>>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. *Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007*. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Brasília, D.F., 17 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm>. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, D.F., 06 abr. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista nº 20460-96.2015.5.04.0211*. Recorrido: Município de Capão da Canoa e outros. Recorrente: Consórcio Público da Associação dos Municípios do Litoral Norte. 4ª Turma, Relator: Min. Alexandre Luiz Ramos, Brasília 17/03/2019, publicado no DEJT 28/03/2019. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=282526&anoInt=2018>> Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 196/2017*. Altera a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2007, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências, para dispor sobre a responsabilidade dos consórcios públicos. p. 04. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5350474&ts=1559240747799&disposition=inline>>. Acesso em: 14 jun. 2019. Texto original.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo nº 1098568*, Recorrente: Farmac Comércio e Representações Ltda. Recorrido: Município de Poço Redondo. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Brasília 19/12/2017, publicado no DJe-020 05/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313535519&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Parecer*. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/529/522>>. Acesso em: 15 maio 2019.

DA SILVA NETO, Antônio Carlos. Consórcios Públicos. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. Ano 4, n. 2, p. 739-767, 2018. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/2/2018_02_0739_0767.pdf>. Acesso em: 26 maio 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O Consórcio Público na Lei n. 11.107, de 6.4.2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, julho/agosto/setembro de 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado pelo Professor Doutor Marçal Justen Filho, versando sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/consorcio_MarcalJustenFilho.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios Públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, julho/agosto/setembro de 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO: O CONTROLE E O APERFEIÇOAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA COMO DESDOBRAMENTOS DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gabriela dos Santos PAIXÃO¹

RESUMO

A boa administração, enquanto direito fundamental, orienta a obediência aos princípios democráticos e aos postulados constitucionais norteadores da gestão da coisa pública. Um direito que opera como instrumento de tutela aos interesses dos cidadãos, tornando possível exigir dos agentes públicos uma administração proba e honesta. Nesse sentido, defendendo a necessidade de as tarefas administrativas, financeiras, políticas e gestionárias serem executadas de modo eficiente, transparente, com respeito ao dinheiro público e com abertura à participação democrática, o presente estudo tem o escopo de trabalhar a boa administração sob o espectro de direito fundamental, adotando-se como pano de fundo o princípio da *good governance*. O propósito, ainda, é trazer à discussão e corroborar a ideia da imprescindibilidade do controle das práticas administrativas e do aperfeiçoamento da gestão pública como mecanismos que configuram desdobramentos dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais, preceitos que visam à satisfação das expectativas concretas dos cidadãos, moldando a arquitetura da administração para que esteja majoritariamente voltada ao interesse público primário.

PALAVRAS-CHAVE: Boa Administração. Direito Fundamental. Boa Governança. Controle. Princípios Democráticos.

ABSTRACT

Good administration, as a fundamental right, guides obedience to democratic principles and to the constitutional postulates guiding the management of public affairs. A right that acts as an instrument to protect interests of citizens, making it possible to demand from the public agents a sound and honest administration. In this sense, defending the need for administrative, financial, political and managerial tasks to be executed in an efficient and transparent manner, with respect to public money and with openness to democratic participation, the present study has the scope to work for good administration under the spectrum of fundamental right, adopting as a background the principle of good governance. The purpose is also to bring to the discussion and confirm the indispensability of the control of administrative practices and the improvement of public management as mechanisms that configure unfolding of democratic principles and fundamental rights, precepts aimed at satisfying the concrete expectations of citizens, shaping the architecture of to the public primary interest.

KEYWORDS: Good Administration. Fundamental Right. Good Governance. Control. Democratic Principles.

1 INTRODUÇÃO

1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)/Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão. Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: Questões Críticas. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista (FADAP). Advogada. Servidora pública na Câmara Municipal de Rancharia/SP. Foi monitora da disciplina de Introdução ao Estudo do Direito (2015-2016) na Faculdade de Direito da Alta Paulista (FADAP).

O agente público precisa preservar, no exercício de seu múnus público, o mais estrito dever de obediência aos princípios basilares que regem a Administração Pública. Princípios estes que estão insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e que orientam a Administração Pública direta e indireta à observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

E para melhor satisfazer o interesse da coletividade e obter resultados positivos na prestação dos serviços públicos e na gestão do erário, surge uma nova roupagem que redefine a estrutura administrativa buscando inserir mecanismos que possibilitem assegurar a qualidade, a eficiência, a transparência e outros predicados indispensáveis quando da execução das tarefas que envolvem recursos e interesses públicos. Nesse contexto nasce a ideia da boa administração norteadas pelo princípio da *good governance*.

Nesse diapasão, tendo em vista a realidade brasileira intensamente marcada por avalanches de escândalos de corrupção e de outras situações que apontam o descaso para com o cidadão e que explicitam o mau uso do dinheiro público, resta como um meio de frear e controlar atos incompatíveis com a boa governança, o amparo no direito fundamental à boa administração enquanto base normativa que, na qualidade de direito subjetivo, torna-se um permissivo ao cidadão contribuinte e usuário dos serviços públicos à reivindicação da obediência ao arcabouço normativo e principiológico que consubstancia a boa administração.

Assim, o presente estudo tem por escopo analisar e defender a boa administração sob o espectro de direito fundamental, adotando-se como pano de fundo o princípio da *good governance*. Orienta-se pelo método hipotético-dedutivo, método que nasce da observação, precedida de um problema (ponto de partida) e de uma hipótese verificável que tem a sua origem em um conhecimento anterior mesclado de expectativas. Este método, a partir de suas etapas, é capaz de direcionar a pesquisa de um modo que o pesquisador saiba selecionar os dados e as informações que serão relevantes para o estudo, tendo o problema e a hipótese como verdadeiros guias ao pesquisador.

O problema surge da intenção de se investigar como está sendo abordado o tema da boa administração no âmbito da pesquisa jurídica, e, de um modo mais específico, busca evidenciar como se reconhece, no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que de maneira implícita, a boa administração como sendo um direito fundamental.

A hipótese da pesquisa pode ser evidenciada na prévia intenção de se corroborar a imprescindibilidade do controle e do aperfeiçoamento da gestão pública como desdobramentos dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais, tendo em vista que, sendo a boa administração um direito fundamental, a sua exigibilidade e conseqüente concretização estão atreladas à

obediência, por parte do Estado, dos preceitos constitucionais – e também das regras oriundas da legislação ordinária – no atendimento dos valores democráticos e da dignidade do cidadão consubstancia na satisfação de direitos.

A técnica de pesquisa utilizada segue o procedimento da pesquisa bibliográfica pautada majoritariamente na análise de textos contidos em livros e periódicos. Nota-se que,

A pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc., até meios de comunicação orais: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas. (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 183).

As principais fontes teóricas utilizadas para o desenvolvimento do trabalho e para a consecução do objetivo foram as seguintes: na esteira do pensamento de Costa (2014), cuja obra é um exemplo de como o tema da boa governança vem sendo trabalhado na doutrina portuguesa, foi explorada a ideia da *good governance* defendida pelo autor como um princípio. A ideia do reconhecimento da boa administração na qualidade de direito fundamental foi abarcada a partir das ponderações dos seguintes autores: Carvalho (2013), Freitas (2015), Guerra e Costa (2018), Siqueira e Rosolen (2017), Souza, Santin e Piedade (2018).

Como se verifica no catálogo de bibliografias que foram utilizadas na construção teórica do presente estudo, constata-se que a temática vem sendo ampla e recentemente discutida; detalhe que surge para corroborar a pertinência e a atualidade do tema. O que demonstra, ainda, a sua relevância no palco de pesquisa e de problematização dentro da academia.

No que tange à divisão estrutural deste trabalho, nota-se que ele está dividido em duas grandes partes que compreendem o desenvolvimento, seguindo-se à conclusão. Assim, inicialmente serão apresentadas as definições e as respectivas compreensões alusivas à boa administração e à *good governance*. Ato contínuo a pesquisa trará delineações sobre a imprescindibilidade do controle e do aperfeiçoamento da gestão pública. Por fim, inexistindo a pretensão de querer esgotar a profundidade e os possíveis desdobramentos que circundam o tema, toda discussão levará ao alcance do objetivo de corroborar a lógica de que o direito à boa administração está associado ao respeito aos princípios democráticos e à consolidação dos direitos fundamentais.

2 BOA ADMINISTRAÇÃO E GOOD GOVERNANCE: DEFINIÇÕES E COMPREENSÕES

Visando a eficiência dos serviços públicos, a aparelhagem desburocratizada e a obtenção de resultados benéficos no atendimento do interesse público, a Administração Pública passou por certas transformações. Nas palavras de Costa (2014, p. 159), houve a transição de uma concepção

“de Administração focada em procedimentos para uma outra, focada em resultados”, em que as entidades públicas modificaram estruturalmente a forma com que as atividades eram desenvolvidas.

É nessa seara que desponta a ideia da *good governance*. Isto é, a boa governança² pública enquanto postulado principiológico que surge para somar-se aos princípios básicos da Administração Pública que estão expressos no artigo 37, *caput*, da Constituição de 88, a fim de promover a “condução responsável dos assuntos do Estado. Trata-se, pois, não apenas da direção de assuntos do governo/administração mas também da prática responsável de actos por parte de outros poderes do Estado, como o poder legislativo e o poder jurisdicional” (CANOTILHO, 2012, p.327 *apud* SIQUEIRA; ROSOLEN, 2017, p. 669). A boa governança, portanto, surge como o paradigma “apto a promover a reconstrução de uma ordem política e financeira reconciliada com o valor fundamental da justiça” (COSTA, 2014, p. 209).

Para melhor definir o princípio da boa governança é pertinente considerá-lo em sua natureza de meta-princípio, resguardada a sua oponibilidade sobre os atos praticados no âmbito da gestão pública. Tal princípio é constituído por um arcabouço que reúne outras fontes de natureza principiológicas que banham o campo das práticas administrativas. Assim, segundo Canotilho (2012) *apud* Costa (2014, p. 205) a boa governança estaria relacionada a uma “estatalidade moderna”, cujo alicerce é constituído pelos princípios da transparência, da coerência, da abertura, da democracia participativa e pelo princípio da justa medida atrelado aos princípios da sustentabilidade, da racionalidade, da eficiência e da avaliação. (COSTA, 2014).

No mesmo sentido, Costa (2014, p. 155) advoga que “a boa governança diz respeito às regras, processos e comportamentos segundo os quais são articulados os interesses, geridos os recursos e exercido o poder na sociedade”, um princípio que é capaz de “integrar a *lógica gestonária* e a *lógica política* (COSTA, 2014, p. 207). A partir dessa definição pode-se inferir que a ideia da boa governança está vinculada à capacidade administrativa e de gestão que não se afasta da capacidade política, visto que estão integradas. Essa harmonia que se busca cultivar entre gestão, política e direito é característica do princípio da *good governance*.

Quando se analisa o espectro da boa governança sob o enfoque da eficiência, da coerência e da transparência das práticas gestonárias vê-se que tal princípio aponta para o exercício responsável, consciente e preocupado com o bem-estar da coletividade, colocando o cidadão no centro das decisões político-administrativas de modo a satisfazer o interesse público primário. Há a adoção de medidas que visam à qualidade e à adequação dos serviços e à primazia das ações de

2 Importante frisar que Siqueira e Rosolen apontam a distinção entre governança e governabilidade. “Eis que enquanto a governabilidade consiste na capacidade política do Estado (legitimidade), a governança traduz na capacidade de execução das políticas públicas.” (SIQUEIRA; ROSOLEN, 2017, p. 668). Em outras palavras, enquanto a governabilidade é a capacidade política, a governança é a capacidade administrativa e de gestão.

governabilidade que consideram o ser humano enquanto sujeito detentor de direitos subjetivos; prerrogativas fundamentais que legitimam a sua atuação e reivindicação por uma contraprestação a contento por parte do Estado.

Portanto, a *good governance*, enquanto princípio que permite a concretização do direito fundamental à boa administração, possui vários braços que se estendem para amparar o gestor público em sua governança e para tornar possível que as mãos do Estado-gestor, alcancem os administrados e aproximem-se dele para bem compreender e atender às suas necessidades. Nesse sentido, Siqueira e Rosolen argumentam que

os princípios adotados pela boa governança dos Estados visam aprimorar a gestão pública, assegurando a transparência dos atos praticados no governo, a participação da população nos negócios do poder público e a responsabilidade dos agentes públicos em fazer a prestação de contas de suas ações. (SIQUEIRA; ROSOLEN, 2017, p. 671).

Destarte, a boa governança também está relacionada à capacidade de formulação e implementação de políticas, à prestação de serviços públicos, bem como à possibilidade de tornar público, transparente, participativo, controlado e democrático o processo de tomada de decisões e de escolha das medidas a serem adotadas, com a respectiva prestação de contas (*accountability*). Sendo corroborada a concepção de que

é no espaço jurídico-constitucional que decorre o diálogo interdiscursivo e é sob o manto do princípio da boa governança que se acomodam, já como normas jurídicas, os conceitos e valores originariamente extrajurídicos, determinantes na gestão da coisa pública. (COSTA, 2014, p. 209).

Prosseguindo na análise das definições e compreensões relacionadas às expressões em epígrafe, passa-se ao exame do direito fundamental à boa administração, que, nos dizeres de Siqueira e Rosolen (2017, p. 667), seria sinônimo de governo honesto, que se perfaz em uma via de mão dupla, porquanto que de um lado há “o dever dos agentes públicos de atuar conforme as regras e princípios éticos estabelecidos pela norma constitucional”, e, do outro lado, há “o direito do indivíduo de exigir a boa gestão dos recursos públicos e disponibilidade de prestação de serviços de qualidade.” (SIQUEIRA; ROSOLEN, 2017, p. 667).

A boa administração está prevista expressamente como direito fundamental na *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, de 2013, e na Carta dos Direitos Fundamentais proclamada pela União Europeia em 2000, na cidade de Nice. Tais documentos servem de parâmetro e de inspiração normativa para a possível inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, do meta-princípio da boa governança e do direito fundamental à boa administração; ainda que o reconhecimento implícito desses postulados já sirva de escudo para a proteção da *res publica* contra atos governamentais contrários a uma administração *proba* e a um governo *honesto*, parafraseando o Ministro do Supremo Tribunal

Federal (STF), Celso de Mello, em seu voto externado nos autos da Ação Penal (AP) 470³.

Neste prisma, consoante argumentado por Souza; Santin e Piedade (2018, p. 18) o direito fundamental à boa administração é um conceito aberto, que, sob os influxos do pós-positivismo, permite a reaproximação do direito com a ética e a justiça. Desse modo, a boa administração se apresenta como um direito importante que está “ligado à dimensão política e democrática do indivíduo e sua participação nas decisões do Estado.” (SOUZA; SANTIN; PIEDADE, 2018, p. 14). Os autores também defendem a existência implícita desse direito no bojo dos dispositivos constitucionais

A boa administração pode ser detectada pela ação administrativa decorrente dos princípios da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), da participação popular do usuário nos serviços públicos (art. 37, §3º, CF), da resolução de conflitos administrativos por processo administrativo, obedecido o devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF), da necessária atuação proba dos governantes (art. 37, §4º, CF) e sujeição a controle interno e externo (art. 70, da CF), e também pelo desenvolvimento sustentável (arts. 3º, 21, IX, 43, 174, §1º, 225 e outros dispositivos constitucionais). (SOUZA; SANTIN; PIEDADE, 2018, p. 15).

Ainda no tocante à definição, Freitas (2015) considera que o direito à boa administração trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, que cumpre as suas obrigações em observância à cogência dos princípios constitucionais que a regem, e que atua nas relações administrativas com o compromisso indeclinável de “transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas” (FREITAS, 2015, p. 198).

Partindo dessas definições torna-se crível considerar a boa administração como sendo direito fundamental, e a “caracterização como direito fundamental permite o maior questionamento de atos e normas que atentem contra o esperado desenvolvimento de uma relação escoreta entre administradores e administrados, numa relação de cidadania” (SOUZA; SANTIN; PIEDADE, 2018, p. 14). E, por assim o ser, assume a “roupagem de direito subjetivo” (CARVALHO, 2013, p. 108) que permite mais que a fiscalização da qualidade e da probidade dos serviços prestados pelo Estado, mas a reivindicação desses serviços nos moldes supramencionados, mediante o acionamento judicial para que haja o controle sobre o modo como estão sendo assegurados os bens e serviços de interesse da coletividade. É o que defendem Souza, Santin e Piedade

A identificação do direito a boa administração como público subjetivo representa uma importante evolução visto que a partir disso pode ser exigido mediante o acionamento judicial, seja na forma de uma prestação de serviço público de qualidade, seja na necessária relação de probidade que esses serviços devem ser prestados. [...] Na ordinária perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, compreendida como faculdade de agir, a compreensão da boa administração como direito fundamental legitima o cidadão a postular, inclusive no Judiciário, a realização de uma administração pública imparcial e justa. (SOUZA; SANTIN; PIEDADE, 2018, pp. 16 e 20).

3 A Ação Penal 470 foi julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 2 de agosto de 2012, caso que ficou conhecido como “mensalão”.

Assim, considerando a importância do direito fundamental à boa administração, vislumbra-se os desdobramentos desse direito que reflete na própria concepção de democracia, tornando-se, de igual forma, a base do Estado de Direito. Assegurar aos cidadãos o direito à boa administração vai ao encontro dos preceitos democráticos, estabelecendo vínculos com uma governança justa, honesta, proba, compatível com o que a Constituição Federal preconiza ao encartar os princípios basilares da Administração Pública no artigo 37.

Uma atuação ética, responsável, coerente e conivente com a boa destinação e manejo dos recursos públicos é o que se espera do perfil de uma boa administração. Mas, não são apenas de mecanismos de gestão pública puramente normativos, financeiros, orçamentários ou gestionários que se constitui a boa administração. É preciso lembrar que esses institutos que interligam direito, gestão e política precisam caminhar juntos, sincronicamente, pois, por detrás das finanças e do ato de administrar o patrimônio público há bens maiores a serem tutelados: a garantia de uma vida digna e o respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

É por meio das políticas públicas oriundas das práticas de gestão que os direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, são prestados pelo Estado. E, nesse sentido, uma boa gestão torna-se capaz de impactar positivamente no atendimento das necessidades públicas. Daí o chamado para que o direito à boa administração seja constantemente reconhecido como um direito fundamental, postulado base e legitimador da reivindicação popular por uma Administração Pública eficiente, transparente, proba e honesta. Pois, enquanto a boa administração não estiver fortemente vinculada à ideia de que o Estado está para servir de forma satisfatória aos cidadãos, persistirá a ocorrência de episódios lamentáveis e vexatórios de corrupção, desvios, abusos e demais atos ou omissões que têm desenhado a arquitetura política do país.

Na mesma linha, Souza, Santin e Piedade, apontam a defesa da boa administração como prioridade, a fim de que o Estado forneça os serviços públicos com qualidade e para que os desvios administrativos e a corrupção sejam combatidos,

A defesa da boa administração, proba e honesta, e da coisa pública deve ser priorizada pela sociedade, para que o Estado possa cumprir com a sua obrigação e finalidade de promover o bem-estar social e fornecer serviços públicos de boa qualidade e adequação, combatendo os desvios administrativos e a corrupção. (SOUZA; SANTIN; PIEDADE, 2018, p. 14)

Portanto, para que o direito à boa administração possa ser um preceito vivo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, norteado pelos princípios da Administração Pública, pelos princípios democráticos e republicanos e com raízes nos direitos fundamentais, é preciso que haja, além da boa consciência administrativa, constante atividade de controle dos atos administrativos, pois, é crível pensar que só se atingirá a meta da *good governance*, e só será entregue uma boa

administração aos cidadãos quando houver massiva responsabilidade, zelo e vigilância diante dos atos governamentais e da atuação dos agentes públicos; o que se conquista mediante rigoroso, constante e eficaz controle; e almejando o rotineiro aprimoramento da gestão pública.

Como se depreende da leitura da Constituição, não há disposição expressa ao princípio da *good governance*. Da mesma forma, o legislador constituinte não fez menção literal a respeito do direito fundamental à boa administração. No entanto, conforme autorização que se extrai do próprio texto constitucional, é possível que haja outros direitos ou garantias fundamentais, pois “aqueles que estão expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (artigo 5º, §2º).

Assim, diante do permissivo constitucional, é possível, no Brasil, a adoção do princípio da *good governance*, sendo também razoável o reconhecimento da boa administração como direito fundamental. Tudo isso em uma operação que visa à acentuação da responsabilidade e do comprometimento dos gestores públicos e representantes do povo, de modo geral, ao manejarem a riqueza do país; a fim de que os recursos sejam destinados à boa, eficaz, coerente, democrática e participativa gestão pública.

3 A IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTROLE E DO APERFEIÇOAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA: DA OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS À CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O alcance da boa governança, por estar relacionada à noção de meta-princípio que bebe na fonte dos direitos fundamentais, é tema discutido, planejado e promovido no âmbito das Nações Unidas. A organização defende o preceito da transparência como sendo reflexo de um governo bom e democrático. Ademais, segundo o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Ban Ki-moon (2009), a governança democrática e o papel do Estado devem ser fortalecidos na mesma proporção em que se alimenta a responsabilidade do governo e do povo, e das pessoas umas com as outras.

A ONU clarifica a ideia de que a governança, a boa governança, é responsável pela promoção da igualdade, da participação, do pluralismo, da transparência, da responsabilidade e da própria arquitetura de um Estado de Direito, de forma efetiva, eficiente e duradoura. As Nações Unidas reconhecem, ainda, que “as maiores ameaças à boa governança vêm da corrupção, da violência e da pobreza, que prejudicam a transparência, a segurança, a participação da população e suas liberdades fundamentais”⁴.

Nesse diapasão, diante do importante papel desempenhado pela boa governança quando

4 As informações sobre “a ONU e a Governança” foram encontradas no sítio oficial das Nações Unidas (Brasil). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/governanca/> Acesso em 30 jun. 2019.

estabelecida para suplantar as adversidades e promover a igualdade e outros direitos decorrentes do regime democrático, toca-se na imprescindibilidade do aperfeiçoamento da gestão pública, tendo em vista que a boa administração, corolário da obediência ao princípio da *good governance*, está intimamente relacionada à busca constante pela otimização da prestação dos serviços públicos, de modo que a coletividade seja atendida em suas demandas de maneira satisfatória.

No mesmo sentido, Siqueira e Rosolen (2017, p. 676), defendem que “os princípios políticos da boa governança incorporam um conjunto de elementos para o aperfeiçoamento da gestão pública”, sendo eles

a) respeito aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito; b) adoção de medidas transparentes nas decisões e nos atos de governo; c) assegurar ampla participação dos cidadãos no desenvolvimento e execução de políticas públicas; d) dever de prestar contas; e) estabelecer responsabilidades dos governantes pelos atos praticados no exercício da função pública; f) fazer o uso dos recursos de forma eficiente e atender o interesse público primário (coletividade). (SIQUEIRA; ROSOLEN, 2017, p. 676).

Conforme mencionado pelos autores supracitados, os recursos públicos precisam ser utilizados de forma consciente e eficiente. E a eficiência⁵, sem dúvida, é um dos princípios que consubstanciam a noção de boa administração, pois aponta para a qualidade prestacional do Estado no fornecimento de serviços públicos tanto no âmbito gestor e financeiro quanto na esfera do pleno atendimento aos direitos fundamentais dos cidadãos, “tendo em vista o caráter de aperfeiçoamento ínsito na própria ideia de eficiência” (CARVALHO, 2013, p. 94). A eficiência também é indicador de legitimidade.

Esse pensamento pode ser corroborado, ainda nas palavras de Carvalho (2013, p. 98), que ponderou que “o princípio da eficiência não deve ter seu alcance limitado ao aspecto econômico-financeiro”, pois limitá-lo ao âmbito financeiro é o mesmo que negar o potencial que tal princípio apresenta, isto é, de verdadeiro “mecanismo de controle democrático dos atos da Administração Pública, permitindo-se ser abarcado pelo conceito mais amplo de dever de boa administração pública”. (CARVALHO, 2013, p. 98).

Em suas considerações, Carvalho faz menção a outra questão fundamental quando se está diante da busca pelo aperfeiçoamento e pela eficiência enquanto indicativos da boa governança pública. Ou seja, ele ressalta a importância dos princípios enquanto mecanismos de controle democrático dos atos da Administração Pública. De modo que o controle e o aperfeiçoamento se tornam integrantes da definição de boa administração.

Segundo António L. de Sousa Franco (1993, p. 1 *apud* COSTA, 2014, p. 25) a palavra controle significa “um segundo registro (ou verificação) organizado para verificar o primeiro, ou o

5 O princípio da eficiência ingressou no texto da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998.

conjunto das acções destinadas a confrontar uma acção principal (controlada) com os seus objectivos ou metas e com os princípios e regras a que deve obedecer”. Assim, dentro de suas dimensões, o controle exercido sobre os atos estatais serve para limitar a ação do Estado e o poder a ele atribuído, subordinando-o às leis, aos princípios e às normas que regem a boa administração, visando detectar violações aos princípios que disciplinam a gestão pública enquanto atividade da Administração.

Por meio do controle torna-se possível, portanto, expor à opinião pública, em obediência ao princípio da publicidade e do dever de transparência, os atos cometidos pelos gestores quando do trato com a coisa pública; o que é fundamental para a saúde governamental e da própria democracia, afinal, “é através da prestação de contas perante os cidadãos que os titulares do poder público veem renovada a legitimidade para o respectivo exercício” (COSTA, 2014, p. 27). Algo que Costa (2014, p. 27) considera ainda como “uma garantia, que comporta uma dimensão ética, que é central num Estado democrático e republicado”.

Quando o assunto é controle, a discussão pode se desdobrar em vários pontos, pois há diferentes tipos de controle⁶ que podem ser exercidos e que estão à disposição das instituições e da sociedade como um todo, a fim de que possam fiscalizar os atos da Administração, enquanto órgão gestor, e as condutas dos demais representantes do povo, enquanto igualmente detentores de poder e de gerência e tutela sobre os recursos públicos.

Segundo Pietro (2018, p. 993) “a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”. No que se refere ao controle que pode (e deve) ser exercido pelo cidadão, Pietro enfatiza o relevante papel a ser exercido pelo administrado, e acrescenta:

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular. (PIETRO, 2018, p. 993).

Nesse sentido, a sociedade, as instituições do Estado, os Tribunais (de Justiça e de Contas), também possuem um papel fundamental na promoção da boa governança. Afinal, a boa governança “desdobrada nos seus diversos princípios concretizadores e refletida em novas dimensões da cidadania, apela a um novo relacionamento entre os poderes públicos e os cidadãos, apontando, concomitantemente, para um novo paradigma de controlo financeiro”. (COSTA, 2014, p. 206).

6 Além do controle jurisdicional dos atos administrativos, há outros controles que podem ser exercidos sobre a estrutura administrativa, podendo, ainda, ser realizados de forma interna ou externa, tendentes a fiscalizar a legalidade, a regularidade financeira e a gestão dos recursos públicos. O primeiro é exercido no âmbito da própria Administração (*a priori*), e o segundo é aquele exercido (*a posteriori*) “por um organismo público independente e externo [Tribunais de Contas] relativamente à entidade controlada” (COSTA, 2014, p. 28).

Assim, na defesa do controle e do aperfeiçoamento dos atos praticados no âmbito da Administração Pública, o que se espera é apontar esses mecanismos na direção da concretização do direito fundamental à boa administração e, conseqüentemente, dar cumprimento aos princípios democráticos e aos direitos fundamentais em sua totalidade. Isso porque o controle exercido de forma abrangente, preocupado com a juridicidade e com a validade substancial dos atos emanados pela Administração, bem como das políticas públicas, é um passo significativo para a obtenção e manutenção de bons resultados na gestão da *res publica* e na responsividade diante dos anseios sociais. É o que ponderou Carvalho

O aspecto de boa administração, portanto, acresce para esse controle mais abrangente ao indicar que a atuação deve se subordinar à juridicidade, legitimando-se pelos resultados conquistados. Isto abre campo à avaliação das políticas públicas sob o aspecto dos resultados efetivamente alcançados e implica na discussão do dever de qualidade dos serviços públicos e dos programas públicos de fomento ou mesmo de ações afirmativas. Ao mesmo tempo em que a cultura de responsabilização pontual de agentes públicos se coloca como resultante (o que, aliás, precisa ser estimulado no Brasil, mas tendo-se a cautela de não desmotivar a participação política) caminha-se para o juízo de adequação ou inadequação daqueles atos globalmente apreciados, permitindo-se o redirecionamento de referidas ações para que se reencontre o pleno atendimento à finalidade e à boa administração. (CARVALHO, 2013, p. 101).

Nessa mesma perspectiva, é pertinente registrar que a margem legal de discricionariedade que o administrador possui quando da tomada de decisões não o isenta de buscar preservar os comandos da boa administração, pois esse direito vincula o gestor público de modo que a sua atuação não pode ultrapassar os limites que os cercam e que buscam afastá-lo de condutas ilícitas e contrárias ao que se julga como compatível à *good governance*. Ou seja, “o administrador público, nos atos ditos discricionários, goza de liberdade para emitir juízos instrumentais de aperfeiçoamento do direito fundamental à boa administração.” (CARVALHO, 2013, p. 214).

Nessa lógica, Freitas (2009 *apud* SOUZA; SANTIN; PIEDADE, 2018, p. 18) vislumbra no direito fundamental a uma boa administração, uma baliza, ou seja, um limite para a discricionariedade abusiva da administração pública, ao mesmo tempo em que permite o aprofundamento da sindicabilidade e da motivação dos atos administrativos e da responsabilidade do Estado. No mesmo sentido, Guerra e Costa (2018, p. 12) defendem que as

condutas na Administração Pública que se desviam flagrantemente do ordenamento jurídico não correspondem ao papel íntegro esperado pelo gestor da res pública. Por isso, o agir divorciado das normas que regulamentam o Estado deve ser revisto assim que for detectada a irregularidade. Sob essa ótica, a pretensão é elucidar como torna-se factível atuar em harmonia com a lei, saneando a Administração Pública, respondendo positivamente ao direito fundamental à boa administração pública. (GUERRA; COSTA, 2018, p. 12).

Partindo das vertentes do aperfeiçoamento e do controle da gestão pública rumo à concretização dos direitos fundamentais, é preciso considerar que o que torna imprescindível o processo de aprimoramento e vigilância sobre a forma com que o dinheiro público está sendo

manejado é o fato de que os recursos financeiros são escassos; sendo essa uma percepção necessária para motivar uma gestão consciente, responsável e econômica. Tendo-se em conta, ainda, que “a má gestão acabará sempre por se traduzir numa sobrecarga dos contribuintes ou na oneração das gerações futuras”. (COSTA, 2014, p. 160). No entanto, essa lógica não pode reduzir a gestão pública apenas a questões contábeis e mercantis, como se fosse uma empresa privada, pois, no manejo da *res publica*, não podem ser “desconsiderados os valores basilares do Estado de Direito democrático e republicano”. (COSTA, 2014, p. 160).

Em suma, diante de todos os entrelaçamentos principiológicos e normativos estabelecidos entre o direito à boa administração, entre a *good governance* e entre os princípios democráticos e os direitos fundamentais, todos consubstanciados na lógica de que o cidadão deve ser o centro do qual irradiam as decisões e políticas adotadas no âmbito da Administração Pública, no mais singelo gesto de participação democrática e de respeito à autoridade popular. É possível concluir que há, dentro da ótica da boa administração, inevitáveis desdobramentos que criam raízes nos princípios basilares do próprio Estado de Democrático Direito.

Olhar a boa governança sob as lentes da realidade brasileira é um exercício que gera perplexidade, pois faz com que os olhos enxerguem um cenário que, na maior parte do tempo, contraria os preceitos ordenados pelo princípio da *good governance*. Talvez seja pela ausência da devida obediência à boa governança que o país não consegue se divorciar da corrupção, do deficitário fornecimento de serviços públicos, dos índices de pobreza e desigualdade social, tudo isso que surge como reflexo da não observância ao princípio da boa governança na execução das tarefas públicas e no expediente das pautas políticas do país.

É salutar a compreensão de que a boa administração, o aperfeiçoamento e o controle da gestão pública são protagonistas no sistema político-administrativo e estão entrelaçados segundo a lógica de que para que haja uma administração de qualidade, norteadada pela transparência, pela participação democrática, pela prestação de contas e pela coerência, é preciso que haja constante processo de aprimoramento da gestão pública e da qualidade do serviço prestado, tendo sempre a eficiência como uma meta-parâmetro.

Ato contínuo, não se pode cogitar a existência e a permanência da boa e eficiente administração sem que, sobre ela, seja exercido controle e fiscalização, seja por parte da sociedade, das instituições do Estado (que compreende os demais Poderes), pelas Cortes de Contas, e pela própria estrutura administrativa interna. O controle exercido, além de auxiliar na busca pelo aperfeiçoamento da gestão pública e no melhor atendimento às necessidades dos cidadãos, é um excelente instrumento para reprovocar e afastar atos pretensos a violar os princípios e as regras

inscritas nas legislações⁷ destinadas a instaurar a lisura e a probidade nas ações e nos espaços públicos.

Por esse ângulo, defende-se animosamente uma nova atitude diante das demonstrações de descaso e de má gestão do dinheiro público, no sentido do que disse Freitas (2015, p. 197) “trata-se de assumir, com ênfase inédita, a sindicabilidade, com os olhos fitos nos princípios da boa administração, assimilados como autênticos nortes vinculativos, em lugar do desleixo tradicional.”. De modo que não se admita, uma Administração Pública “distraída do direito fundamental à boa administração e dos seus fins entrelaçados: equidade inclusiva, combate às falhas de mercado e de governo, sustentabilidade eficaz do bem-estar social, ambiental e econômico das gerações presentes e futuras.” (FREITAS, 2015, p. 204).

Por fim, conclui-se que o direito fundamental à boa administração surge como um “novo direito, apto a promover novas formas de sociabilidade nas relações entre a sociedade moderna e o Estado, capaz de promover a emancipação dos seres humanos, a transformação qualitativa da sociedade e o aperfeiçoamento das instituições.” (SOUZA; SANTIN; PIEDADE, 2018, p. 18).

A boa administração, comprometida com a qualidade de vida dos cidadãos, consubstancia-se em direito hábil a modificar não apenas as estruturas governamentais, mas as estruturas da sociedade como um todo, alterando a arquitetura da Administração Pública e das esferas que gravitam no seu entorno para que estejam majoritariamente voltadas ao interesse público primário e preparadas para combater a má gestão e afugentar posturas que estiverem inclinadas à violação dos preceitos norteadores da atividade administrativa pública, buscando, portanto, a concretização dos princípios democráticos e a efetivação dos direitos fundamentais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o escopo de abordar o tema do direito fundamental à boa administração buscando relacioná-lo à necessidade do constante controle e aperfeiçoamento da gestão pública enquanto desdobramentos dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais; hipótese que foi corroborada.

A pesquisa, em um primeiro momento, apresentou as definições e as respectivas compreensões alusivas à boa administração e à *good governance*. Oportunidade em que ficou sedimentada a ideia de que o princípio da boa governança está relacionado à capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, bem como à possibilidade de tornar público, transparente, participativo, coerente, eficiente, e democrático o

⁷ A título de exemplo: Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação).

processo de tomada de decisões, com a devida prestação de contas. Verificando-se, ainda, que a boa governança é responsável pela promoção da igualdade, da participação, do pluralismo, da transparência, da responsabilidade e da própria arquitetura do Estado Democrático de Direito.

Sob o enfoque da eficiência, da coerência e da transparência das práticas gestionárias, ficou evidenciado que a *good governance* e o direito fundamental à boa administração se fundem e se confundem, apontando, sumariamente, para o exercício responsável, consciente e preocupado com o bem-estar da coletividade, colocando o cidadão no centro das decisões político-administrativas de modo a satisfazer o interesse público primário. Primando-se, ainda, pela adoção de medidas que visem à qualidade e à adequação dos serviços e às ações de governabilidade que considerem o ser humano enquanto sujeito detentor de direitos subjetivos; prerrogativas fundamentais que legitimam a sua atuação e reivindicação por uma contraprestação a contento por parte do Estado.

Ato contínuo foram traçadas algumas delineações sobre a imprescindibilidade do controle e do aperfeiçoamento da gestão pública. Chegando-se à conclusão de que é preciso tornar constante o processo de aprimoramento e vigilância sobre a forma com que o dinheiro público está sendo manejado, por meio do controle da probidade dos atos e da má gestão dos recursos públicos. Atitude necessária para se chegar a uma gestão consciente, responsável e econômica, a fim de que a má gestão do dinheiro público não prejudique e não onere ainda mais os atuais e futuros cidadãos contribuintes.

Portanto, é preciso que haja, além da boa consciência administrativa, constante atividade de controle dos atos administrativos, pois, é crível pensar que só se atingirá a meta da *good governance*, e só será entregue uma boa administração aos cidadãos quando houver massiva responsabilidade, zelo e vigilância diante dos atos governamentais e da atuação dos agentes públicos; o que se conquista mediante rigoroso, constante e eficaz controle, e almejando o rotineiro aprimoramento da gestão pública. E que a gestão da *res publica* seja capaz de devolver ao cidadão, em qualidade e em dignidade, os meios para a satisfação dos anseios básicos e a consequente consolidação dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá, e em todo lugar”: A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v. 919, p.127-196, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. voto Min Celso Mello no inquérito n.º 3983/DF. disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq3983CM.pdf>. Acesso em 10 jun. 2019

CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública: uma análise no contexto dos direitos de cidadania no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2013.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Governança Europeia: um livro branco. 2001**. Disponível em: <http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2006/09/ue-governanca-2001.pdf>. Acesso em 25 de jun. de 2019.

COSTA, Paulo Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Nomos: Revista do programa de Pós-graduação em Direito da UFC**. v. 35.1, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079/1555> Acesso em 25 jun. 2019.

GUERRA, Sidney. COSTA, Raphaela Rodrigues. O Direito fundamental à Boa Administração e a Legalidade dos Atos Administrativos Municipais. **Revista de Direito da Unigranrio**. v. 8, n. 1, pp. 1-21, 2018. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/5094/2620> Acesso em 28 jun. 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e a Governança**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/governanca/> Acesso em 28 jun. 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, n. 5, p. 208-216, fev. 2005. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49> Acesso em: 18 jun. 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. ROSOLEN, André Vinícius. Governança do Estado e o Direito (dever) à Boa Administração Pública: a regra da observância aos preceitos constitucionais. **Revista Argumentum**. Marília – SP, V. 18, N. 3, pp. 665-678, Set.-Dez. 2017. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/208/240>. Acesso em 18 jun. 2019.

SOUZA, Renee do Ó; SANTIN, Valter Foletto; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Sinais de Direito Fundamental a uma Boa Administração no Brasil. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 17, n. 01, p. 11 – 36, 2018. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2571>. Acesso em: 20 jun. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Manual básico: a lei de responsabilidade fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Disponível em:

http://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/a-lei-responsabilidade-fiscal-dez-2012_0.pdf. Acesso em 28 jun. 2019.

EDUCAÇÃO COMO MÉTODO UTILIZADO PELO ESTADO PARA COMBATER O RACISMO

Thauane Vitoria Silva Tavares SOUZA¹

RESUMO

No presente artigo foi aprofundado a eficácia da educação como método para a reparação dos danos e discriminações sofridas pelos negros analisando quais leis foram implantadas para que a educação possa ser um mecanismo do Estado contra o racismo, assim como viajamos no tempo procurando algo que justifique a existência do racismo até os dias de hoje e como a educação pode contribuir para que o racismo se torne um ciclo e, do mesmo modo, como a educação procura acabar com esse ciclo o mais rápido possível para que o Brasil se torne um país com igualdade racial. Para que esse artigo pudesse ser desenvolvido foi usado o método bibliográfico, utilizando pesquisas através de diversos livros que foram citados ao longo do artigo e referenciados. Sempre visando a igualdade entre as etnias, esse artigo foi escrito para que pudesse ser discutido o porquê da discriminação racial existir no Brasil e como a educação e o Estado tentam acabar com esse ato para que não seja visto mais no dia-dia do brasileiro. Assim procurei, na maioria das vezes, mostrar para o leitor o que o negro passa e passou ao longo de sua moradia no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Racismo. Lei. Direito. Igualdade.

ABSTRACT

In the following article was detailed the efficacy of the education as a method for the damage repair e discriminations suffered by the black people reviewing which laws were established so the education can be a mechanism of the State to firth against the racism, as well we traveled through time looking for something that justify the existence of the racism nowadays e how the education may contribute so racism can become to a cycle and, at the same way, as the education looks for an end to that cycle as fast as possible so Brazil devolve into a country with racial equality. So that this article could be developed it was used the bibliographic method, using research through several books which were quoted throughout the article and referred. Looking for racial equality, this article was written so the discrimination can be discussed the reason why racism exists in Brazil and how the education and the State are trying to put an end to it so that it stops to be seen in the routine of the Brazilian. Therefore, I looked, in most times, show to the reader what the black person lives and lived throughout your time living in Brazil.

KEYWORDS: Education. Racism. Law. Rights. Equality.

1 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO DE TODOS

Perante a lei somos todos iguais e merecemos os mesmo direitos porém os direitos já foram negados aos negros com o argumento de que não deveriam ser considerados pessoas dignas destes, inclusive o direito da educação, sendo deixado de lado o povo afro-brasileiro que compõe cerca de 56% da população brasileira.

O direito á educação é assegurado pela nossa constituição federal, sendo papel do Estado

1 Discente do 1º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: thauanesouza@toledoprudente.edu.br.

colocá-lo em prática através de inclusão social e racial nesta, através da lei constitucional muitas outras leis vêm entrando em vigor para dar ainda mais segurança a esse direito e colocá-lo cada vez mais em prática na sociedade brasileira.

Diz o artigo 205 da Constituição Federal de 1988: " A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"

A educação pública oferecida às nossas crianças e adolescentes é muito precária sempre visando formar máquinas trabalhadoras, por mais que hoje em dia se luta muito pela capacidade pensativa nas escolas através das matérias de filosofia, sociologia e literatura, porém, mais uma vez, tenta-se voltar as origens da educação brasileira, formando novamente, máquinas trabalhadoras sem a permissão de formar opiniões sobre determinados temas.

Assim como diz “Derivado do latim educativo, de educare (instruir, ensinar, amestrar), é geralmente empregado para indicar a ação de instruir e de desenvolver as faculdades físicas, morais e intelectuais de uma criança ou mesmo de qualquer ser humano. Nesta razão, educação não possui somente o sentido estrito de ação de ensinar ou de instruir, no conceito intelectual. Abrange toda e qualquer espécie de educação: física, moral e intelectual, consistindo assim em se ministrar ou fazer ministrar lições, que possam influir na formação intelectual, moral ou física, a fim de prepará-la, como é de mister para ser útil à coletividade. (...)”(SILVA, 2012: 511)

Ou seja, a função da educação nas vidas dos brasileiros é formar pensadores não trabalhadores braçais ou do campo como era há anos atrás, onde se formava grandes fazendeiros. O mundo mudou, todos devem ter a capacidade intelectual bem desenvolvida para se adaptar a esse mundo cheio de tecnologias, onde inovações surgem todos os dias.

A relação da educação com o racismo se torna bem clara ao longo do artigo que é a consequência desta em torno da vida de todos os brasileiros, já que todos estamos sendo obrigados a nos adaptar a esse novo mundo onde o racismo ficou pra trás, onde a igualdade tem se tornado cada vez mais desejada e requisitada, não só pelos negros mas também por aqueles que apoiam e entendem suas lutas, suas dores.

“Afirmar o direito da pessoa humana à educação é pois assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo: significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual. É antes de tudo, por conseguinte, assumir a obrigação - levando em conta a constituição e as aptidões que distinguem cada indivíduo - de nada destruir ou malbaratar das possibilidades que ele encerra e que cabe à sociedade ser a primeira a beneficiar, ao invés de deixar que se desperdicem importantes frações e se sufoquem outras” (PIAGET, 2007: 34).

Nesse artigo discutiremos sobre o papel da educação na luta contra o racismo e inclusive como esta pode influenciar a criação do racismo na sociedade brasileira e como o papel dela se desenvolveu juntamente com o racismo.

2 RACISMO NA HISTÓRIA BRASILEIRA

Os negros chegaram ao Brasil em torno de 1530, quando foi necessário substituir os índios nativos, já que eram “selvagens” o que tornava ainda mais difícil a adaptação de serem livres para se tornarem objetos de trabalhos aos senhores do engenho, tornando assim necessário a mudança para os negros, de acordo com Adelino Brandão (2002, p. 70) citando Manuel Diegues Junior (1952, p.56)

[...] ”Os negros vinham para substituir os indígenas, afeitos ao nomadismo, que não se submetiam a trabalhos sedentário e de rotina dos engenhos, na medida dos interesses dos senhores. ”Os recursos á escravização indígena, embora se apresentasse ao colono como necessidade, não deu nem podia dar certo” (...) “o choque cultural era evidente, e como recurso para suprir as necessidades de mão de obra recorreu o colonizador ao escravo negro” [...]

A mão de obra negra veio, primeiramente para os engenhos onde eram produzidos açúcar mas que, depois, foi se expandindo ao dia-dia de portugueses, sendo até mesmo mulheres negras domésticas na casa de seus senhores ou servindo na plantação de cana-de-açúcar ou café.

Logo após a passagem de modo desumano pelo oceano, os negros africanos encontraram aqui uma vida cheia de obrigações e humilhações devido ao modo como eram tratados e também o modo como eram punidos por crimes que, frequentemente, não haviam cometido, tornando, assim, a vida dos africanos cada vez mais complicada.

Assim que a escravidão acabou a falta de auxílio aos negros fez com que estes fossem parar em partes das cidades que ninguém, naquela época, teria coragem de comprar muito menos morar. Essas localidades até hoje fazem parte da vista das cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador etc., pois são as tão famosas “comunidades”, que são lugares onde se encontra grande parte dos moradores negros.

Sendo assim, com a maioria da população brasileira sendo negra, foi percebido que já não havia mais tanta população europeia no Brasil devido a reprodução das mulheres negras com os seus senhores que as estupravam frequentemente, o que foi levado em consideração para que houvesse o branqueamento da população através da vinda de europeus para o Brasil com a promessa de um trabalho simples com um bom retorno financeiro, porém o que foi encontrado por estes foi uma casa e um trabalho quase escravo, mesmo após o fim da escravidão, para que houvesse, então, o branqueamento da população brasileira.

3 RACISMO NOS DIAS DE HOJE

Tendo em vista o que os negros africanos sofreram na época da escravidão podemos discutir sobre o que seus descendentes sofrem depois de 131 anos que todos foram finalmente

libertos.

Com a herança que seus antepassados deixaram, é muito comum ver que a maioria dos negros tem uma casa fixa em lugares afastados, tendo em vista que eram esse locais onde seus antepassados conseguiram morar, já que foram libertos sem nenhuma tipo de auxílio, assim, eles foram para locais onde nem seus antigos senhores nem o estado tinha interesse, construindo comunidades inteiras do zero. Aqueles que um dia conseguiram sair dali por conta de auxílios conquistados com o passar das décadas. C

Por mais que a escravidão seja coisa do passado, muitos negros ainda tem que passar por situações na quais aqueles que se veem como superiores, os humilham dizendo coisas como “a escravidão nunca deveria ter acabado”, “foi justo o porque pelo qual a escravidão existiu”, “a única coisa que seu povo sabe é trabalho pesado”, e por assim vai. Sendo assim, o racismo que existe na sociedade contra os negros são vistos como piadas por muita gente, mas que, para os negros, são lembretes do que seus antepassados passaram e como aquilo foi uma influencia durante toda a sua história de vida, já que eles são os primeiros a serem revistados pela policia, os primeiros a serem vistos como bandidos não importa onde estão, são os primeiros a serem vítimas da brutalidade policial nas ruas de todo o Brasil.

Por mais que várias políticas de inclusão foram implantas no Brasil, uma parte da sociedade ainda não aceita o fato de que mais da metade do país é composto por negros e muito menos que esses negros procuram por igualdade perante aqueles que um dia os dominaram.

Assim como diz Sylvia da Silveira Nunes (2006): “A esperada cidadania após a abolição não aconteceu e, até hoje, é uma luta constante em uma sociedade em que a desigualdade racial é arraigada e as tentativas de apagar a memória da barbárie contra os escravos são permanentes, quer pela eliminação de documentos, quer pela disseminação do mito da democracia racial.”

Sendo assim, fica claro as tentativas da sociedade de apagar e implementar um mito de uma democracia racial por mais que o negro sofra todo dia ao ser visto como um peso pelos seus governantes.

4 LEIS SOBRE RACISMO VIGENTES NO BRASIL

Nos dias de hoje o racismo é visto como crime pela lei 7.716/89, onde podemos encontrar a pena e o que pode ser visto como racismo, sendo esse crime o de recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador, aquele que o fizer é condenado a reclusão de um a três anos (art. 5º), negar ou obstar emprego em empresa privada, sendo a pena reclusão de dois a cinco anos (art. 4º).

Também em vigor temos o Estatuto de Igualdade Racial (Lei n. 12.288/10) que estabelece

direitos aos negros como, por exemplo, o direito a educação, cultura, acesso à terra, saúde, religião, esporte, lazer e trabalho, procurando a igualdade, nesses termos, racial, para que nenhum negro fosse privado dessas coisas pelo simples fato de ser negro.

Por mais que o Estatuto tenha vindo tarde, entrando em vigor em outubro de 2010, ele veio para derrubar o muro que diferenciava negros de cidadãos, mostrando, pois, que os negros deviam ser vistos como pessoas dignas de direitos mesmo vindo de um processo de escravidão que os via como objetos.

[...] O referido projeto veio objetivando a minimização dos efeitos de preconceito sobre as populações discriminadas [...]. A referida legislação busca, em suma, estabelecer políticas de educação, saúde, cultura, esporte, lazer e trabalho, assim como defesa dos direitos das comunidades quilombolas e proteção de religiões de origem africana. (GENRO, ROSSI e RIBAS, s.d., s.p.)

A Constituição Federal aborda de modo explícito o racismo como crime inafiançável e imprescritível, ou seja, a fiança não pode ser estabelecida por uma autoridade policial antes de passar pelo crivo de um magistrado e que pode ser denunciado mesmo anos depois do ato criminal ter acontecido de fato (art. 5º)

Também na Constituição é assegurada a igualdade racial e a dignidade humana, sendo, pois, assegurado a todos os brasileiros o direito de ser visto como ser humano e não como inferior a alguma raça, seja ela qual for. Assim, a Lei Maior brasileira assegura a todas as pessoas (negras, índias, amarelas, etc.) a igualdade racial perante a lei.

5 DIREITOS HUMANOS E RACISMO

Através dos anos podemos perceber a mudança das leis para que os negros pudessem ser vistos cada vez mais como ser humano e menos como objeto, que foi a maneira a qual foi visto primeiramente. Os direitos humanos sempre estiveram presentes nas lutas dos negros pela mudança como eram vistos pela sociedade. Assim, a luta dos negros era para que fossem vistos como humanos fazendo com que, neles, se aplicasse também os direitos humanos declarados pela ONU (Organização das Nações Unidas) assim como pela luta de direito naturais que eram aplicados até mesmo na Grécia e Roma antiga, mas que, no século 20, não valiam para negros que foram separados e humilhados.

Quando uma pessoa negra é vítima de racismo há, expressamente violação dos direitos humanos, pois é rebaixado para um ser que não pode ser visto como pessoa mas sim como objeto que não deve ser visto como nada além de inferior ao branco, tendo que ser fiel ao seu superior.

Segundo Adelino Brandão (2002, p.29): “[...]dava-se por demonstrado “cientificamente” que negros, índios e “amarelos” eram infra-humanos, situados na escala zoo-antropológica abaixo dos brancos por isso mesmo destinados pela Natureza a serem submetidos ao controle dos grupos europóides, colocados no topo da escala [...]

Sendo pois assegurado na nossa constituição (art. 1º, III) e na declaração universal de direitos humanos (art. 1º): a dignidade da pessoa humana, juntamente com a igualdade entre todas as pessoas, tornando cada vez mais simples de ver a violação dos direitos humanos quando se comete o ato de racismo, previsto como crime na Constituição Federal.

6 O ENSINO DA CULTURA AFRICANA NAS ESCOLAS

O ensino da cultura afro-brasileira se tornou obrigatória nacionalmente a partir da lei 10.639 de 2003, que adicionou os artigos 26-A e 79-B da lei 9.394/96 que é a lei de diretrizes e bases da educação. Os artigos remetem ao ensino da cultura afro brasileira, incluindo a luta dos brasileiros negros pelo reconhecimento de seus direitos, o reconhecimento de suas culturas, religiões e a influencia destes na formação do brasil.

"Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, torna-se obrigatório o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira. § 1º O conteúdo programático a que se refere o caput deste artigo incluirá o estudo da História da África e dos Africanos, a luta dos negros no Brasil, a cultura negra brasileira e o negro na formação da sociedade nacional, resgatando a contribuição do povo negro nas áreas social, econômica e política pertinentes à História do Brasil. § 2º Os conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras. "Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como 'Dia Nacional da Consciência Negra'."

Esse ensino, se realmente praticado, poderia fazer com que a nação afro brasileira fosse reconhecida não só pelo estado mas também pela sociedade, já que é esta que comete o crime de racismo para com seus iguais, sem ter a noção da influencia destes na criação da nação brasileira.

Esta lei procura fazer com que o brasileiro possa reconhecer outras culturas presente no brasil, assim como a indígena que influenciou muito a criação da nação e o reconhecimento pelo mundo inteiro pela diversidade étnica presente no Brasil, pois nossa nação foi criada através da mistura das culturas africanas, europeias, indígena e asiática.

Porem mesmo com essa lei vigente, o ensino das culturas africanas não passam da escravidão sem ser aprofundada para a criação de comidas típicas brasileira que derivaram de misturas africanas, muito menos no ensino das religiões de matizes africanas que vieram para cá e se tornaram algo também conhecidos como exclusivamente brasileiro.

Ensinando as crianças e adolescentes sobre a diversidade étnica do Brasil pode fazer com que no futuro eles reconheçam que todos devem ser tratados de modo igual e isso pode influenciar para que não haja tantas denúncias de racismo e discriminação racial no futuro, ou seja, ensinando-as que todos somos iguais e todos vieram de ancestrais que influenciaram nossa cultura atual eles possam respeitar as diferenças presente na tonalidade da pele, as religiões que os negros foram

criados, as culturas, as danças e comidas.

Assim, a educação pode ser um modo de mostrar, ate mesmo, para os adultos, que somos todos iguais e, por mais que os negros vieram parar no Brasil de modo desumano, devemos respeitar sua historia e como isso influencia o viver de negros no brasil nos dias de hoje, já que alguns brancos ainda os veem como objeto de trabalho e não como seres humanos dignos de direitos.

7 DESEMPENHO DOS NEGROS NA ESCOLA

Pelo fato de a maioria dos negros terem que trabalhar quando jovem, isso acaba influenciando o modo como eles se desempenham na escola, mostrando que o desempenho dos negros no ensino fundamental e médio é menor do que aqueles que podem estudar o dia inteiro para as provas, sem se preocupar com o fato de terem que ajudar seus responsáveis nas despesas da casa.

Segundo Eliane Cavalleiro:

[...] Esse ritual pedagógico, que ignora as relações étnicas estabelecidas no espaço escolar, pode estar comprometendo o desempenho e o desenvolvimento da personalidade de crianças e de adolescentes negros, bem como estar contribuindo para a formação de crianças e de adolescentes brancos com um sentimento de superioridade. (CAVALLEIRO, 2003, p. 33)

Ou seja, o fato de professores estarem ignorando a exclusão feita na escola, pode trazer consequências no futuro, não só das crianças negras, mas também nas crianças brancas que crescem com o sentimento de serem superiores, os tornando adultos discriminadores que tornam o racismo um ciclo sem fim já que quando as crianças que foram criadas com o sentimento de superioridade se tornarem adultas vão existir outra leva de crianças com o mesmo sentimento.

Já as crianças que foram criadas com a noção de existir várias culturas e etnias no Brasil acabam se tornando adultos cientes do processo que os africanos tiveram de passar e da influencia desse processo nos negros dos dias de hoje, já que muitos jovens negros dos dias atuais foram criados ouvindo historias de seus avos e avos sobre como a mãe ou pai deles vieram parar no Brasil.

Os professores são tão imparciais que acabam prejudicando seus alunos não contando com a historia de cada um sobre por que eles foram mal na prova, que na maioria das vezes não tiveram tempo para estudar pois estavam atravessando a cidade para trabalhar e se manterem vivos, dando menos importância para a educação mas sim para o dia de amanhã. Assim como dizem Ricardo Franklin Ferreira & Ricardo Mendes Mattos

[...] Essa desigualdade racial, expressa em desigualdade socioeconômica, determina que os negros brasileiros tenham menos chance de chegar a um status econômico mais alto.[...] Nascer negro está relacionado a maior probabilidade de ser pobre e a menor escolaridade. Essa situação não pode ser tratada como simples herança da escravidão. (NASCIMENTO, 2003)

Assim, quando eles vão mal à prova acabam reprovando o que os leva a desistência da educação para ficarem só trabalhando o que os garante o alimento de todo dia sem contar com tanta cobrança e a facilidade de, no fim do mês, terem seu dinheiro, sem ter que esperar por anos para conseguir um certificado.

8 SISTEMA DE COTAS NO ENSINO SUPERIOR

Ao longo de sua vida, ele percebe que a educação é uma coisa essencial para o crescimento de sua vida profissional, fazendo com que este volte a estudar e consiga o certificado de Ensino Médio, porém ao tentar a vaga em alguma universidade ele disputa com a pessoa que pode estudar em seu tempo livre sem ter que se importar com o fato de colocar comida na mesa de sua família.

Assim a probabilidade de conquistar a vaga em uma Universidade Pública, cuja as vagas são menores e mais concorridas, para os negros é muito menor se tornando quase impossível destes chegarem ao ensino superior pela meritocracia, alias eles merecem tanto quanto os outros porém não tiveram as mesmas chances se tornando quase que obrigatória o Sistema de Cotas no Brasil.

O Sistema de Cota Racial busca colocar em prática o Estatuto de Igualdade Racial que visa o direito a educação, não importando seu nível, tentando tirar da teoria algo que deveria ser básico para todos os brasileiros, mas que, porém não passa de uma utopia de nação, onde há igualdade entre todos e todos devem conseguir as coisas através da meritocracia.

A meritocracia não funciona no Brasil, pois as pessoas que foram discriminadas ao longo de sua história no Brasil devem ter um tratamento diferente, aliás não foi essa a primeira intenção com a vinda dos negros ao Brasil? Ter alguém para o trabalho escravo na qual pudesse aguentar tudo o que passaram sem reclamar, pois eram essas as condições dadas a eles.

Pois então, os sistemas de cotas raciais nas Universidades Públicas têm possibilitado a muitos negros a chance de ingressarem no Ensino Superior concorrendo junto com seus iguais, sem ter que concorrer com pessoas que nunca passaram pelo que eles passaram mas sim com aqueles que conhecem a historia de todos com quem concorrem pela chance de ser a primeira pessoa de sua família a se formar no Ensino Superior, uma característica comum daqueles que ingressam no ensino superior pelo sistema de cotas racial.

8.1 Lei que Impõe o Sistema de Cotas

A Lei que estabelece o sistema de cotas, não só raciais mas também sociais, indígenas e para alunos de Escola Pública entrou em vigor no dia 29 de Agosto de 2012 colocando em prática um dos direitos básicos do brasileiro a educação. O sistema de cotas vale somente para Universidades Estaduais, Federais, de Ensino Técnico Estadual e Federal.

Lei n. 12.711/12: Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

A consequência desta Lei nos brasileiros é que através dela, vários negros e pessoas socioeconomicamente oprimidas puderam ter a chance ingressarem em uma faculdade chegando cada vez mais perto da conquista de um certificado de Ensino Superior fazendo com que se torne mais qualificado para o mundo cheio de tecnologias.

A Lei tenta reparar o dano no qual os ancestrais dos negros de hoje passaram, os negros dos estados unidos passaram durando o período de segregação racial onde os negros deveriam estudar em localidade diferente que a dos brancos. O Brasil antes de isso acontecer, reparou e deixou claro que todos são iguais e devem concorrer vagas do ensino superior com o seus iguais, não com aqueles que os discriminam e têm certos privilégios.

Assim a reparação que a lei de cotas raciais vem fazendo ao longo do tempo mostra que todos devemos ter acesso a educação em qualquer nível concorrendo não só com quem aparente ser igual mas com quem entende o que os seus ancestrais passaram tentando reparar o dano causado a todos os negros até os dias de hoje.

9 CONCLUSÃO

Enfim, a educação vêm com a missão de formar futuros apoiadores da luta dos negros contra o racismo e, que para isso, o Poder Legislativo vêm lutando para que cada vez nossas crianças e adolescentes negros possam ser incluídos, não só no Ensino Superior mas também na classe trabalhadora com sucesso sem passarem por situações constrangedoras.

Assim as leis mencionadas no desenvolvimento do artigo, como o Estatuto de Igualdade Racial que procura fazer com que os negros tenham acesso a educação, mas também a Lei n. 10.639/03 que visa tornar obrigatório o ensino da cultura africana e como ela influenciou na criação do Brasil, não só para que os negros possam se sentir incluídos mas também para que as crianças

brasileiras de todas as etnias estejam cientes da diversidade que existente no Brasil. Assim como a Lei n. 12.711/1 que visa facilitar o ingresso dos negros no Ensino Superior para que não se sintam prejudicados na hora de concorrer por uma vaga na Universidade Publica com uma pessoa que não teve que passar pelo que os negros passaram e passam na sociedade brasileira todos os dias.

Ou seja, neste trabalho podemos ver que a procura do Estado de reparar os danos cometidos, não só na época da escravidão mas também com o fato de os negros serem discriminados e rebaixados a objetos durante toda a história brasileira vêm aumentando com a pressão feita pela população negra nos dias de hoje que perceberam os danos e demandam reparação destes o mais rápido possível.

A educação teve um papel essencial ao mostrar não só que todos somos iguais mas também que todos merecemos direitos iguais, que todos queremos receber as mesmas chances que os outros recebem, que merecemos tanto quanto os outros por mais que essa politica não seja revelada logo de cara como, por exemplo com o Sistema de Cotas já que muitos brasileiros se sentem prejudicados pelo Sistema de Cotas Raciais, pois acreditam na meritocracia, que foi citada nesse trabalho como algo que não funcionaria no Brasil pelo simples fato de não termos as mesmas chances que os outros e que a história dos africanos no Brasil requiere uma reparação por meio da educação, acreditando somente no sistema de cotas raciais socioeconômicas, porém eles se esquecem que aqueles que são socioeconomicamente prejudicados são maioria negros, herança da época da escravidão que depois declarada oficialmente acabada, não foi dado nenhuma tipo de apoio social muito menos economicamente já que os africanos já conseguiram o que mais queriam: a liberdade.

Então, a educação vem com a missão de educar nossos brasileiros a respeito da diversidade, do respeito com está e como a etnia de alguém não define quem ela é e muito menos o modo como deve ser tratado. Assim o racismo no Brasil só acabara quando professores e pais tiverem cientes do peso que carregam ao educarem as crianças brasileiras.

REFERÊNCIAS

SILVA, Hédio Jr. Direito de Igualdade Racial. 1.ed.; São Paulo: Editora Juarez de Oliveria Ltda, 2002.

CAVALLEIRO, Eliane. Do Silêncio do Lar ao Silêncio Escolar: racismo, preconceito e discriminação na educação infantil. 2.ed.; São Paulo: Editora Contexto, 2003.

BRANDÃO, Adelino. Direito Racial Brasileiro: teoria e prático. 1.ed.; São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de Preconceito e de Discriminação. 2.ed.; São Paul: Saraiva,

2010.

GENRO, Ângela Saideles; ROSSI, Jaqueline Fogiatto e RIBAS Renata. Análise crítica do Estatuto da Igualdade Racial disponível em <https://jorgecesarassis.jusbrasil.com.br/artigos/121940526/analise-critica-do-estatuto-da-igualdade-racial>. Acesso em: em 21 mar. 2019.

FERREIRA, Ricardo Franklin e MATTOS, Ricardo Mendes. O Afro-Brasileiro e o Debate Sobre o Sistema de Cotas: Um Enfoque Psicossocial. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v27n1/v27n1a05>. Acesso em: 23 mar. 2019.

NUNES, Sylvia da Silveira. Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010365642006000100007&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 01 julho 2019.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA CONCORRÊNCIA

David Guilherme Antonietti FAQUIM¹
Guilherme Prado Bohac de HARO²

RESUMO

O estudo, a partir de bibliografias diversas, sintetiza a correlação entre a ciência jurídica e a econômica. Analisa a evolução histórica das constituições econômicas até o sistema econômico vigente. Após, cuida da análise dos fundamentos da ordem econômica, bem como de seus mecanismos de proteção, mais especificamente no que tange a tutela concorrencial.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito. Constituição econômica. Antitruste. Direito Concorrencial.

ABSTRACT

The study, based on several bibliographies, synthesizes the correlation between legal and economic science. It analyzes the historical evolution of economic constitutions up to the current Economic system. After that, it takes care of the analysis of the fundamentals of the economic order, as well as its mechanisms of protection, more specifically on the competition guardianship.

KEYWORDS: Law and Economics. Economic constitutions. Antitrust. Competition Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se preocupou em compreender como se relacionam os estudos das ciências econômica e jurídica e a influência de uma sobre a outra, especialmente de que maneira se amolda na constituição de cada Estado o sistema produtivo elencado como apto para garantir aos seus cidadãos vida digna, volvendo esta análise ao surgimento do Estado moderno, de modo que se traçou um paralelo histórico entre as constituições que foram marco da mudança de paradigmas no sistema econômico e as Constituições brasileiras.

Com essa noção, buscou assimilar a ordem econômica vigente a partir de seus elementos fundantes, valorização do trabalho e livre iniciativa, e, de modo geral, o conjunto normativo pelo qual se busca protegê-los, inserindo-se nesse as normas protetivas da concorrência, principal objeto estudado.

Buscou também entender o contexto do surgimento das normas pioneiras na tutela

1 Discente do 7º termo do Curso de Direito na Toledo Prudente Centro Universitário. Discente do 1º termo do Curso de Processos Gerenciais na Fundação Getúlio Vargas – FGV.

2 Aluno Especial da Pós Graduação *Stricto Sensu* (Doutorado) da Universidade de Marília – UNIMAR. Aluno Especial da Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito Civil e Processo Civil, em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário e Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Docente pela Toledo Prudente Centro Universitário e ministra aulas em cursos preparatórios para Concursos. É advogado, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial.

específica da concorrência, relacionadas ao direito norte-americano, influência do direito concorrencial pátrio, bem como as diferentes visões, dentro daquele contexto posto, dos objetivos iniciais do legislador.

Após, delineou quais são as condutas que se manifestam lesivas à concorrência, e, portanto, à ordem econômica constitucional; como estas são reprimidas – e contra quem as sanções se impõem; explicou a importância do controle prévio de atos de concentração empresarial, eventualmente danosos ao livre exercício concorrencial; por fim, expôs acerca da advocacia da concorrência, meio não contencioso de manutenção e de prevenção da livre concorrência.

2 A CORRELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Como introito ao estudo do Direito Concorrencial, necessário entender a importância do estudo interdisciplinar entre a ciência jurídica e a econômica. Sinteticamente, tem-se que ambas apresentam fins prognósticos, no sentido de viabilizar a existência de um ambiente social – e econômico – estável e previsível, de modo a garantir aos indivíduos a maximização do seu bem-estar (e, em consequência, proteção à sua dignidade) e a pacificação de eventuais conflitos de interesses.

Os seres humanos buscam naturalmente a melhoria de suas condições pessoais (fins), quaisquer que sejam, e, para tanto, utilizam de meios que os levam a atingir esses objetivos (espirituais, filosóficos ou econômicos, por exemplo) satisfatoriamente. Dessa relação meio-fins, decorre a necessária noção que compreende o binômio desejo-possibilidade (método de ponderação na escolha humana).

Desejo, primeiro elemento do binômio, tende a ser ilimitado, enquanto o segundo – *possibilidade* de utilização dos recursos (meios) – é limitado. Por assim os serem, os indivíduos deverão se utilizar da ponderação para conciliá-los, e, dessa maneira, utilizar os recursos disponíveis para perfazer suficientemente a sua vontade.³

É esse, primordialmente, o objeto da ciência econômica: em como os indivíduos utilizarão eficiente e eficazmente os recursos limitados disponíveis para tangenciarem os seus fins, em regra inalcançáveis diante da insuficiência de meios. Ou melhor, concentra-se na ação humana diante da escassez de recursos (em sua escolha). Rodrigo Constantino, segundo a praxeologia – estudo da

3 Tratando-se de recurso infinito, não se fala em bem econômico. Ora, se infinita a disponibilidade de determinado bem, será *possível* dele se utilizar sem qualquer restrição. Não há, portanto, cálculo econômico a ser feito, pois aquilo nunca faltará, não possuindo, portanto, valor. Por outro lado, se o bem não for *desejável*, útil, também não será objeto de escolha humana (aquilo que não se deseja, não se aloca recursos). De modo geral, o Direito tente a acentuar a regulação sobre um bem ou serviço na medida em que ele é ou se torna necessário e escasso, fatores que influenciam no seu valor. Conforme Fábio Nusdeo, “quanto mais um bem se tornar econômico, mais o Direito vai se interessar por ele” (**Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001).

ação humana – proposta por Mises, ensina:

O homem é um ser de ação que escolhe, determina e tenta alcançar uma finalidade. A ação humana significa o emprego de meios para a obtenção de certos fins. O homem estará agindo sempre que as condições para a interferência humana estiverem presentes – a inação, neste caso, também é uma escolha. Agir não é somente fazer algo, mas também se omitir quando algo era possível de ser feito. A ação pressupõe desconforto; é a tentativa de migrar de uma situação menos satisfatória para outra mais satisfatória, segundo avaliação subjetiva do agente.⁴

O conjunto das ações humanas – positivas ou negativas – é o que impulsiona o processo de mercado. Sob um sistema baseado na divisão social do trabalho e na proteção à propriedade privada, a que convencionou chamar de economia de mercado, os seres humanos interagem voluntariamente entre si buscando, primeiramente, a sua satisfação, e, por consequência, cooperaram para que os demais indivíduos daquela sociedade também se satisfaçam na medida em que oferecem em contrapartida algo que outros atribuam valor. Sobre o tema, perfeita e didática a colocação de Rothbard:

A economia de mercado desenvolvida, por mais complexa que seu sistema possa parecer na superfície, nada mais é que uma vasta rede de troca voluntárias e de comum acordo estabelecidas entre duas pessoas [...]. Assim, quando compro um jornal por uma moeda, ocorre uma troca que beneficia mutuamente duas pessoas: eu transfiro minha propriedade da moeda ao dono da banca de jornal, e ele transfere a propriedade do jornal para mim. Fazemos isto porque, sob a divisão do trabalho, eu calculo que o jornal vale mais para mim que a moeda, enquanto o dono da banca prefere a moeda a ficar com o jornal. Ou, quando leciono numa universidade, eu calculo preferir meu salário a não gastar meu trabalho de ensinar, enquanto os responsáveis pela universidade calculam que preferem ganhar meus serviços como professor a não me pagar aquele dinheiro. Se o dono da banca de jornal insistir em cobrar 50 centavos pelo jornal, eu posso muito bem decidir que ele não vale aquele preço; da mesma maneira, se eu insistir em receber o triplo do meu salário atual, a universidade poderá muito bem decidir abrir mão dos meus serviços.⁵

Enquanto a ciência econômica estuda – como exposto – a ação humana, o Direito as regula. O faz não necessariamente por meio da análise econômica pura (custo-benefício), de ponderação do binômio desejo-possibilidade, mas utiliza critérios socialmente tidos como justos para garantir aos indivíduos dignidade, atributo que lhes é imanente.⁶ Destarte, tem por escopo a Justiça.

Essa diferença não significa, porém, que sejam ciências antagônicas (como apontam alguns autores) ou completamente dissociadas; apenas reflete a autonomia de seus métodos e objetos.

A interdisciplinaridade se revela quando, por exemplo, por meio da análise econômica se verifica a (im)possibilidade de uma norma jurídica positivada (meio) ser congruente com o objetivo

4 CONSTANTINO, Rodrigo. **Economia do indivíduo**: o legado da Escola Austríaca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2009. p. 25.

5 ROTHBARD, Murray N. **Por uma nova liberdade**: o manifesto libertário. Tradução de Rafael de Sales Azevedo. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. p. 57.

6 O que significa que do homem a dignidade não se dissocia, perece; o atributo lhe é essencial e eterno. Sobre o tema vide: HARO, Guilherme Prado Bohac de. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2006. 256 f. Monografia (Bacharel em Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2006. p. 97-147.

comum à sociedade (fim). Ignorar a relação de causalidade entre o desejo (*mens legis*) e a possibilidade do meio (lei) alcançá-lo⁷ pode implicar em um resultado indesejado. Advém desse estudo uma nova disciplina: a Análise Econômica do Direito, que compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.⁸

Evidencia-se a conjugação das matérias, de outro lado, da necessidade de observância pelo agente econômico dos preceitos normativos estabelecidos em uma determinada sociedade – na qual aquele age. O indivíduo só poderá agir para atingir seus fins empregando meios *disponíveis* e *lícitos*, sob pena de sofrer sanção pessoal e/ou patrimonial ulterior, comprometendo ainda mais os seus recursos escassos.

A conjunção “e” entre “meio disponíveis e lícitos” no parágrafo precedente não é empregada com a intenção de sustentar que existem duas condicionantes à utilização do meio (de um lado a disponibilidade, de outro a licitude). Em verdade, a ideia de disponibilidade do meio abarca, mas não só, a de licitude. Se disponível o meio, é também lícito. Trata-se mera de reiteração de requisito único – disponibilidade -, bem como de demonstração da importância do Direito à ciência econômica, na medida em que aquele pode restringir, total ou parcialmente, a possibilidade de utilização do bem, tornando-o mais escasso – econômico – do que naturalmente é.⁹

Dispondo sobre os limites à utilização de meios para consecução dos fins individuais é que o ordenamento jurídico definirá a quem incumbe responder os principais problemas econômicos – a escolha de: o que produzir; quem produzir; como produzir; a quem produzir. Moldado nas normas jurídicas, dessa forma, o sistema econômico.

Identifica-se que as duas perspectivas trazem o elemento *previsibilidade*. Eis a razão de se abordar as ciência jurídica e a econômica interdisciplinarmente.

2.1 A Proteção da Economia pelo Direito

Entendendo o porquê do estudo interdisciplinar dos temas, ao Direito Econômico (cujo enfoque são as normas regulamentadoras da economia) importa também observar como uma ciência pode influenciar positiva ou negativamente na outra.

Por definição da ciência jurídica, a regulação jurídico-econômica busca a maximização do

7 Em outros termos: não compreender os efeitos econômicos – em sentido amplo – decorrentes de uma lei.

8 POSNER, Richard A. “The Economic Approach to Law”. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4, 1975 apud SALAMA, Bruno Meyerhof. “O que é Pesquisa em Direito e Economia?”. **Cadernos DireitoGV**, n. 22, p. 9, 2008.

9 Esse fenômeno pode ser observado em qualquer ordenamento jurídico. No Brasil, verifica-se, exemplificativamente: em profissões regulamentadas e centralizadas em um conselho de classe (OAB, CRM, CRC, CRA, e outros); na absorção de determinado mercado pelo Estado (exploração petrolífera) ou em serviços sob o regime de privilégios (Correios); em diversas legislações protecionistas (transporte aéreo, tarifas de importação, e outros); na proibição ou na fixação de taxas, tributos ou impostos de bens; dentre outras. Vide JORDÃO, Eduardo Ferreira. “A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal”. **Revista Brasileiro de Direito Público**, v. 24, p. 125-154, 2009, p. 2.

bem-estar social. Dessa forma, o sistema econômico, isto é, o “conjunto de instituições por meio das quais uma determinada sociedade tenta resolver o problema da escassez”,¹⁰ adotado por um Estado é o meio possível tido como apto para que a sociedade como um todo atinja o mencionado fim. Desde o surgimento do Estado Moderno, diversas modificações estruturais puderam ser observadas em suas constituições econômicas, senão vejamos.

Os primeiros Estados pós Revolução Francesa, absentéistas que eram, foram palco da economia de *laissez-faire*, deixando ao mercado (conjunto de ações humanas) o protagonismo na resolução do problema da escassez. Vigorava a economia de mercado, na qual os indivíduos trocaram voluntariamente entre si para atingir os seus desejos utilizando de seus próprios meios, sem a interferência do Estado sobre eles.

Ensina Elival da Silva Ramos que as “Constituições liberais continham muito poucas disposições voltadas à economia. Afinal, a ameaça à liberdade individual provinha apenas do poder político do Estado e jamais do poder econômico dos particulares”.¹¹ Ainda que parcas as normas nesse sentido, continham grande significado econômico, pois, ao deixar de regular massivamente o mercado, o Estado adota o sistema capitalista.^{12 e 13.} Seguiam esse modelo as Constituições do Império (1824) e da Primeira República (1891)

Em um segundo momento, com o objetivo de corrigir distorções e abusos sociais causados por agentes privados em uma economia livre, o Estado, agora prestacional, toma para si a condução econômica. Tem como marco inicial a Constituição Mexicana de 1917¹⁴ e a Constituição de Weimar de 1919,¹⁵ as quais inseriram diversas regras sociais e econômicas em seu texto. No Brasil, normas com o mesmo cunho foram inseridas em todas as Constituições a partir da de 1934.¹⁶

Não mais se resumem as constituições à proteção vertical do indivíduo em face do Estado, mas reconhece-se o abuso também entre os particulares – notadamente a partir do acúmulo de capital -, passando a protegê-los horizontalmente (sem prejuízo da anterior proteção vertical). São “Constituições econômico-formais bem mais extensas, [...] como meios de dar cumprimento aos objetivos econômicos e sociais [...] sediados em normas programáticas”.¹⁷

A despeito dos valores sociais nelas insculpidos, do ponto de vista econômico, massivamente intervencionistas, tais Estados fracassaram. Não só fracassaram, como, em alguns

10 NUSDEO, 2001, op. cit.

11 RAMOS, Elival Silva. “O estado na ordem econômica”. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 6, p. 345-354.

12 Também chamado de: sistema da autonomia; capitalismo de primeiro momento; economia de mercado.

13 Vide: RAMOS, loc. cit., e GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998: interpretação e crítica**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p.71.

14 No original: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857*.

15 No original: *Weimarer Verfassung*.

16 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed., rev., e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 62.

17 RAMOS, loc. cit.

casos, suas constituições dirigentes deram margem para que líderes populistas e autoritários a utilizassem de forma extremamente deletéria à humanidade.

Após, desde a segunda metade do século passado, verifica-se nas constituições econômicas dos países democráticos todo um conjunto normativo pelo qual se identifica e se compreende o verdadeiro sistema de produção adotado.¹⁸ Costuma-se privilegiar o sistema capitalista, limitando-o por preceitos sociais e de fraternidade.

Não regridem ao capitalismo de primeiro momento, nem se mantêm como principal agente econômico; são essencialmente intervencionistas, variando no grau de liberdade de atuação privada ou de intervenção estatal na economia. É cediço, porém, que em nenhum Estado Democrático de Direito a constituição econômica se funda unicamente em um sistema capitalista (nenhuma intervenção econômica) ou socialista (absoluta intervenção econômica).

É assim a Constituição de 1988, que, em seu artigo 170, funda a ordem econômica da República Federativa do Brasil “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”¹⁹ (meios), visando “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (fim).²⁰ e ²¹. Define como conjunto de regras aptas a assegurar para todos os cidadãos existência digna, valor supremo da constituição, o sistema capitalista combinado com preceitos da justiça social.²²

E a partir do momento que a Constituição dispõe sobre regras aplicáveis à economia local, definindo seu sistema econômico, o conjunto normativo deverá abarcar, também e obviamente, mecanismos que o sustentam e protegem.

Na consolidação do Estado Burguês, a tutela econômica pelo Estado se resumia basicamente à garantia da propriedade privada, à emissão da moeda e ao controle da taxa de juros, tal como proposto pela tradição econômica clássica smithiana. Nada mais era necessário, eis que

18 RAMOS, loc. cit.

19 Esses são fundamentos não só da ordem econômica, mas também, ao lado de outros, da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88).

20 Vale dizer que a ordem econômica estabelecida constitucionalmente não é delineada unicamente no título “Da Ordem Econômica e Financeira”. Ao contrário, sobre o sistema econômico irradiam-se efeitos provenientes de inúmeras normas fundamentais. Vide, por exemplo, os artigos 1º, IV; 3º; 5º, XIII, XVIII, XIX, XXII, XXIII, XXIV a XXIX; 9º; 11; 20; 24, I; 201 a 203; dentre inúmeros outros. Segundo Lafayete Josué Petter: “[...] por *constituição econômica* há de se entender o conjunto de normas constitucionais que, exclusivamente ou não, regulam fatos que repercutem no *modo de ser econômico* da sociedade. É a regulação. É a regulação jurídica da Economia, no sentido mais amplo que esta afirmativa comporta. Neste sentido, preceitos outros, atinentes à ordem econômica, encontram-se não apenas o art. 170 e seguintes, mas em diversas passagens do texto constitucional”. **(Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: RT, 2005, p. 149)

21 Para tanto, os seguintes princípios deverão ser observados: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

22 Ainda que exista entendimento, principalmente sob a ótica marxista, no sentido de que os meios escolhidos são conflitantes (força do capital *versus* força do trabalho), em verdade, são complementares. Sem um deles, a nada se presta o outro. Cooperam as duas forças para a consecução do objetivo constitucional de garantir existência digna a todos. É esta a visão esculpida na Carta Magna.

vigorava o capitalismo de primeiro momento.

No contexto atual, de intervencionismo moderado, diversas políticas públicas objetivam a valorização do trabalhador, primeiro fundamento da ordem econômica, a fim de garantir-lhe dignidade, inclusive por meio de normas protetivas. A Constituição de 1988 laureia o processo de constitucionalização justralhista iniciado na Constituição de 1934 na medida em que nela se inserem diversos princípios relativos à matéria. Leciona Delgado:

Mais do que isso, a Constituição da República firmou no Brasil o conceito e estrutura normativos de Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho, especialmente do emprego, o que insere o ramo justralhista no coração e mente jurídicos definidores do melhor espírito da Constituição.²³

Ao trabalhador é assegurada a livre associação profissional ou sindical (CF/88, art. 8º) e o direito à greve (CF/88, art. 9º), por exemplo. Outrossim, norteiam-se as relações justralhistas, pelos princípios da proteção ao trabalhador, da aplicação de norma mais favorável à parte hipossuficiente em caso de conflito normativo, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da manutenção da condição mais benéfica ao trabalhador, da continuidade da relação de emprego, dentre outros, sempre com vistas à proteção de elemento fundante da ordem republicana e econômica.

O segundo elemento basilar à ordem econômica estabelecida – livre iniciativa –, é também, obviamente, protegido constitucionalmente. Limitam-se as interferências estatais na economia a casos específicos, bem como se reprimem condutas de agentes – público ou privado – que a ofenda.

Para servir de fundamento à ordem econômica, a livre iniciativa deve observar, dentre outros, o princípio da livre concorrência, que não existe sem aquela. A proteção de um serve como instrumento à garantia do outro, sendo complementares. A liberdade de iniciativa é mais ampla (relacionada inclusive à escolhas não econômicas) que a de concorrência e acaba por abarcá-la. Irradiam efeitos assecuratórios à livre iniciativa normas de natureza diversas, dentre as quais a de cunho concorrencial. Para diferenciar os conceitos, classifica Eros Grau:

- a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico);
 - a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública;
 - a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;
- b) liberdade de concorrência:
 - b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada;
 - b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada;
 - b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.²⁴

À proteção da concorrência, vertente da proteção da livre iniciativa (e por isso, da própria

23 DELGADO, loc. cit., p. 81-82.

24 GRAU, 2012. loc. cit., p. 201-202.

ordem econômica), também se confere *status* constitucional (CF/88, arts. 170, IV, e 173, § 4º), o que exprime a importância que o constituinte teve com a preservação da concorrência do ponto de vista sistêmico-estrutural, determinando ao legislador que elaborasse o que se convencionou chamar de leis antitruste, objeto do direito concorrencial, as quais nos atentaremos.

3 O DIREITO CONCORRENCIAL

Normas que regulam a concorrência, ainda que indiretamente, remontam à própria origem da civilização. A sistematização da disciplina, possível com o desenvolvimento da ciência econômica, se inicia, porém, na segunda metade do século XIX com o avanço da economia de mercado.

Paula Forgioni explica a profunda modificação do sistema de produção ocorrida durante a revolução industrial, período em que se o Estado se limitava – como previamente exposto – a garantir o sistema econômico burguês, baseado na liberdade de atuar e de concorrer sem interferência exógena. Foi quando se percebeu que “essa livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar elevação concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado”.²⁵

Por serem poucos os detentores da maioria do capital, ao lado abuso estatal, quem passou a o concentrar poderia abusar também do poder econômico aparecido, potencialmente tão deletério quanto o outro. Como resposta ao poder econômico o legislador edita, dentre outras, legislações antitruste (os conglomerados empresariais eram denominados trustes, daí o nome).

A primeira lei concorrencial surge no Canadá, em 1889, com o *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*,²⁶ com o escopo de combater cartéis. Mas a mais importante contribuição a esse ramo do direito é a estadunidense. Editado em 1890, o *Sherman Act* visava impedir que organizações monopolistas que nasciam na metade daquele século abusassem de seu poder econômico (não se limitando ao combate a cartéis). É nesse ato em que se baseia a maioria dos países que têm leis antitruste, inclusive o Brasil.²⁷

Duas são as principais ideias que as fundamentam historicamente, quais sejam: o liberalismo de *laissez-faire* é autodestrutível, sendo que a ausência de regulação de mercado implica em sua inviabilização; e que o direito concorrencial protege a sociedade do abuso do poder econômico, eis que, sem a intervenção estatal, os *players* de mercado, capaz de controlá-lo,

25 FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2005. p. 65.

26 “Ato para a prevenção e supressão das combinações formadas em restrição ao comércio”, tradução livre.

27 Neste sentido: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste: combate aos cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 94-95. E também: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72.

prejudicarão os consumidores.

No primeiro sentido se identifica o posicionamento de Paula Forgioni, para quem a potencialidade lesiva da competição selvagem existente poderia levar à destruição do sistema econômico então vigente e, para preservá-lo, é que a concorrência foi regulamentada. Aduz:

Essa regulamentação, é bom que se diga desde logo, visava somente à correção do sistema, propiciando a manutenção do que lhe era essencial: o livre mercado. [...] [...] a eliminação das distorções conjunturais, decorrentes do mercado ou do modo de produção, visa à preservação do mesmo mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores – e, portanto, competir – livremente.²⁸

Salomão Filho, sem negar o escopo de proteção aos demais concorrentes, defende, por outro lado, que a principal preocupação das legislações antitruste é a com os interesses dos consumidores, “titulares imediatos das regras concorrenciais”.²⁹ A maior atenção do legislador “relativamente aos monopólios naquela época eram os efeitos econômicos negativos sobre o consumidor”.³⁰

Uma parcela mínima, que também merece destaque, sustenta que ambas as premissas são equivocadas, fazendo com que “a regulação antitruste provoque, na prática, efeitos contrários aos supostamente pretendidos”.³¹ Para esses autores, o Estado é o único responsável pela criação ou sustentação de monopólios ou oligopólios nocivos aos consumidores, razão pela qual a existência de qualquer legislação limitadora da concorrência é contraditória à ideia de livre iniciativa.³²

28 FORGIONI, loc. cit., p. 67-69. Lafayette Josué Petter também defende a tutela da concorrência para assegurar a liberdade de iniciativa (em sentido amplo, o sistema econômico): “No mercado [...] verifica-se que em muitos segmentos há a ocorrência do fenômeno da concentração do poder econômico, que fica, por assim dizer, assenhorado nas mãos de uns poucos, com ofensa à livre iniciativa, invocando a necessidade de tutela e intervenção do Estado, pena de aquela, literalmente, sucumbir. Então, ao contrário do que se poderia imaginar, a intervenção do Estado no domínio econômico (CF, art. 174), muito antes de limitar a iniciativa e a liberdade do particular, tem por fim, mesmo, preservá-la”. (loc. cit., p. 161-162).

29 SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 37.

30 SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 60.

31 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20.

32 Essa corrente não nega a existência de monopólios. Diferencia, porém, os de natureza coerciva dos que são percebidos em razão de sua eficiência. Estes se sustentam enquanto atenderem aos interesses dos consumidores, enquanto aqueles são criados ou sustentados pela interferência estatal na economia. Portanto, para ela, não é inerente aos monopólios o prejuízo concorrencial e consumerista, mas sim à distorção econômica provocada por meios coercivos do Estado. Hans F. Sennholz explica que uma empresa que detém considerável fatia de determinado mercado em um ambiente de liberdade de iniciativa é incapaz de controlar, sem interferência exógena, o ambiente na qual está inserida por três fatores: (i) a concorrência potencial; (ii) a concorrência de substitutos; e (iii) a elasticidade de demanda. Concorrência potencial significa que, não existindo barreiras legais à entrada no setor monopolizado, o monopolista continua concorrendo com os potenciais competidores que, percebendo o lucro potencial, poderão empreender no setor. Em outros termos, os monopolistas estarão sempre competindo com concorrentes potenciais, e, por isso, devem praticar preços baixos, sob pena de outros empreendedores adentrarem no mesmo mercado. Diz que “em um setor em que haja liberdade de entrada e livre concorrência, qualquer monopólio sempre será um monopólio eficiente”. Já pela concorrência de substituto se entende que, na inesperada hipótese de concorrência potencial não implicar em restrição natural sobre os monopolistas, estes ainda assim competirão com setores substitutos dos seus. Neste sentido, “na fabricação de roupas, por exemplo, dúzias de diferentes materiais concorrem entre si pelo dinheiro do consumidor. O monopolista de qualquer um desses materiais é completamente impotente, pois sua precificação monopolista iria induzir os consumidores a saírem imediatamente à procura de outros materiais substitutos. Os produtores de suspensórios concorrem não apenas entre si e com outros potenciais concorrentes, mas também com os produtores de cintos. Na indústria de transporte, os

Em que pese o último entendimento, prevalecem os dois primeiros. Regula-se o poder econômico dos agentes sobre o mercado, assumindo que estes são capazes de abusar de sua posição monopolista para eliminar a possibilidade de escolha dos consumidores, bem como para criar barreiras de entrada a concorrentes no setor.³³

No Brasil a primeira legislação antitruste advém em 1945, sendo revogada poucos dias depois pelo presidente José Linhares, que ocupou provisoriamente o cargo após a deposição do ditador Getúlio Vargas – quem assinou o Decreto-Lei nº 7.666/45, chamado de Lei Malaia, pioneira na matéria neste país.

No ano seguinte, promulgada a Constituição, à proteção da concorrência já se dá *status* constitucional,³⁴ mas apenas com a promulgação da Lei nº 4.137, de 1962, é o dispositivo ganha eficácia, instituindo-se o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica),³⁵ incumbido de apurar e reprimir os abusos de poder econômico (Lei nº 4.137/62, art. 8º) conforme os considerava o artigo 2º. Explica Calixto Salomão Filho que seu escopo inicial foi a proteção do consumidor:

[...] o direito concorrencial brasileiro teve origem nos dispositivos constitucionais e penais de proteção à economia popular. O ponto de partida é, portanto, uma perspectiva eminentemente de proteção do consumidor contra qualquer tipo de falseamento de seu processo de escolha.³⁶ [grifo do autor]

Mesmo Paula Forgioni, que identifica no *Sherman Act* a intenção de garantir a autopreservação do sistema capitalista, concorda com o supracitado autor quanto à *mens legis* das primeiras leis antitruste brasileiras:

Dentro da nossa linha de evolução histórica, essa constatação não deve causar qualquer surpresa, mas sim fazer sobressair o fato de que a evolução da disciplina, no Brasil, não se deu como nos países com uma certa legislação antitruste: *o antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico entre o liberalismo econômico e (manutenção da) concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.* [grifo da autora]

Em 1991, sem revogar a lei anterior, promulga-se a Lei nº 8.158/91, que pretendia “dar maior celeridade ao procedimento administrativo e à apuração das práticas de violação à ordem econômica”,³⁷ até então quase não percebida. Cerca de três anos depois, constituindo o CADE em

trens concorrem com caminhões, carros, aviões, oleodutos e navios”. A concorrência de substituto contribui ao último fator, o da elasticidade de demanda, segundo o qual a variação no preço de um produto ou de um serviço influi diretamente sobre sua demanda. Aumentando-se significativamente o preço de um produto, por a demanda ser elástica, os consumidores irão limitar seu consumo e, conseqüentemente, diminuir a lucratividade do produtor. [“Monopólio bom e monopólio ruim – como são gerados e como são mantidos”. **Instituto Ludwig von Mises Brasil**. 2013. Disponível em <<http://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=1057>>. Acesso em 21 de ago. de 2017]

33 SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 50.

34 Art. 148 da Constituição de 1946: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

35 Aponta a doutrina que as intervenções do CADE foram insignificantes à época, caracterizando-o por sua inoperância. (GABAN; DOMINGUES; op. cit., p. 107).

36 SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 72.

37 GABAN; DOMINGUES; op. cit. p. 107.

Autarquia Federal;³⁸ sistematiza-se a matéria antitruste na Lei nº 8.884/94, que vigorou até 2011, ano em que se estruturou o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência³⁹ – por meio da Lei nº 12.529/11, vigente no momento.

Amparada no art. 173, § 4º, da Constituição de 1998, a Lei nº 12.529/2011 objetiva a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (art. 1º). Não sanciona o poder econômico em si, mas sim o abuso deste, identificado a partir de condutas manifestadas capazes de produzir efeitos prejudiciais à liberdade concorrencial e lesivos à coletividade, titular dos bens jurídicos tutelados (art. 1º, parágrafo único).⁴⁰ Eis o que dispõe o artigo 36:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Portanto, a qualquer conduta de que possa decorrer – ou que tenha por objeto – a limitação ou falseamento da concorrência, o domínio de mercado relevante de bens ou serviços,⁴¹ o aumento arbitrário dos lucros ou o exercício abusivo de posição dominante,⁴² impõe-se limitação. São essas as formas de manifestação do abuso do poder econômico, capaz de macular a livre concorrência e a livre iniciativa, pilar da ordem econômica.

Para melhor compreensão de condutas que se enquadram em alguma das hipóteses previstas no caput do art. 36, o legislador traz, desde logo, um rol exemplificativo (§ 3º). Não que fosse necessário, pois a manifestação das condutas listadas já constitui infração à ordem econômica conforme o caput. Apenas exemplificam-se condutas que possam levar a restrição da concorrência: formação de cartéis; criação de barreiras de entrada à concorrentes potenciais ou de permanência a concorrentes reais; provocação enganosa da oscilação de preços de terceiros; abuso do direito em matéria de propriedade industrial ou intelectual; e outras.

Lesar a ordem econômica significa inutilizar (ou subutilizar – que já é gravoso) meio cuja

38 Lei nº 8.884/94: “Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa da Econômica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, [...] passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei”.

39 Formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (art. 3º).

40 No mesmo sentido, Calixto Salomão Filho: “O direito antitruste não sanciona o poder de mercado em si. Investe, isso sim, contra o poder de mercado estruturado de forma a prejudicar concorrentes e/ou consumidores”. (op. cit., p. 131).

41 Ressalvada “a conquista de mercado resultante de seu processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” (art. 36, § 1º, da Lei nº 12.529/94).

42 Diz a lei: “Art. 36. [...] § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

finalidade é assegurar a todos existência digna (CF/88, art. 170); por corolário lógico, nenhuma ação neste sentido pode ser tolerada. Qualquer conduta lesiva será, então, reprimida. Vale dizer que eventual responsabilização pelo ato, independentemente de culpa, pode recair sobre a própria empresa, seus dirigentes e administradores ou empresas com as quais a infratora componha grupo econômico – de fato ou de direito -, solidariamente, inclusive cabendo desconsideração (Lei nº 12.529/2011, arts. 32 a 34).

Se empresas, sujeitam-se a penas que chegam a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto obtido no exercício anterior ao processo administrativo; nos demais casos, poderá chegar a R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). Em ambos, a reincidência comina pena em dobro. Além disso, ainda em âmbito administrativo, sem prejuízo de responsabilização por ilícitos tutelados por outros ramos do direito, pode ser imposta, dentre outras, isolada ou cumulativamente:⁴³

Art. 38. [...]

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. [grifo nosso]

Diante da importância da proteção à concorrência, o legislador não se resume a atuação estatal à repressão de práticas concorrencialmente lesivas. É certo que a repressão é essencial; sem pena imposta, o mandamento proibitivo tornar-se-ia absolutamente ineficaz.

Acrescenta-se à repressão, outrossim, o controle prévio dos atos de concentração empresarial. Considera-se ato de concentração passível de análise prévia a fusão entre empresas anteriormente independentes, a incorporação de uma empresa por outra ou outras ou a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* (Lei nº 12.529/11, art. 90). Cumulam-se outros dois requisitos, a saber:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de

43 À aplicação das penalidades mencionadas, deve-se observar a gravidade da infração, a boa-fé do infrator, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, a situação econômica do infrator, e a reincidência (Lei nº 12.529/11, art. 45).

concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Este controle é de extrema importância à viabilização da concorrência, eis que, verificado que as empresas, ao se concentrarem, incorrerão nos atos descritos no art. 36 da Lei do CADE, evitar-se-á processo repressivo futuro. Por um lado, protege-se a coletividade, impedindo que os grupos envolvidos na operação lesem de qualquer forma os direitos subjetivos dos consumidores e dos demais concorrentes. De outro, é garantia às próprias empresas, já que essas operações de concentração, por si só, envolvem grande dispêndio de recursos, que poderá ser ainda mais elevado quando do reconhecimento de prática lesiva e da consequente determinação de reversão do processo, além de outras sanções já mencionadas que podem ser vultosas e implicar em crise à empresa.

Há mais uma função a qual o CADE se incumbe:⁴⁴ a promoção da concorrência (ou, como se convencionou, a “advocacia da concorrência”). Trata-se das “ações empreendidas (em geral) pelas entidades de defesa da concorrência para divulgar a filosofia concorrencial”.⁴⁵ Permeiam o texto legal diversos dispositivos que objetivam a manutenção pela via não contenciosa da liberdade concorrencial (Lei nº 12.529/11, art. 9º, IX e XIV; art. 11, IV; art. 13, XIV e XV; art. 19; e outros).

Praticamente unânime na doutrina, como aponta Eduardo Ferreira Jordão,⁴⁶ poucos são os efeitos percebidos no Brasil, notadamente ineficaz perante os agentes públicos. Ainda assim merece destaque, pois, se bem empreendida, pode ser mais eficaz e eficiente do que os processos administrativos comuns.

4 CONCLUSÃO

Como se buscou demonstrar, a conformação do estudo jurídico pela economia ou do estudo econômico pelo direito se dá pelo elemento previsibilidade. Ambas, também, objetivam a maximização do bem-estar social (ou, no Direito, a asseguaração da dignidade humana).

O Direito regula as ações humanas, manifestadas a partir da ponderação subjetiva do binômio desejo-possibilidade, que são o principal objeto de estudo da Economia. Ao dispor sobre

44 Embora o CADE seja certamente incumbido desta função, não é o único competente para tanto; os próprios particulares podem exercê-la, uma vez que “a realização das atividades inerentes à advocacia da concorrência (ou pelo menos a maioria delas) não depende de atribuição legislativa da competência correspondente. Isto porque elas não implicam a utilização de *poderes de autoridade*”. (JORDÃO, 2009, op. cit., p.7)

45 JORDÃO, 2009, op. cit., p. 4.

46 “A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal”. **Revista Brasileiro de Direito Público**, v. 24, p. 125-154, 2009.

limites do agir individual, o Estado escolhe, explícita ou implicitamente, o sistema de produção da sociedade capaz de garantir-lhe existência digna.

Atualmente os Estados Democráticos priorizam um sistema baseado na garantia à propriedade privada e na divisão social de trabalho, limitando-o por preceitos de justiça social, ou seja, privilegia-se o capitalismo mitigado (ou intervencionismo mitigado). No mesmo sentido, o Brasil, que funda sua ordem econômica na proteção ao trabalho e na livre iniciativa.

De suma relevância à preservação da ordem econômica se revela o estudo do direito concorrencial, vertente da tutela econômica pelo Direito. Tratando-se a concorrência, em última análise, de meio pelo qual se confere aos cidadãos dignidade, à sua proteção confere-se *status* constitucional.

Em uma visão mais restrita (sem prejuízo da compressão da concorrência como meio à garantia da dignidade), este ramo do direito se incumbe de proteger os consumidores e os concorrentes, titulares imediatos das normas concorrenciais, de abusos – ainda que potenciais – de agentes com poder econômico, manifestados a partir da limitação da concorrência, do domínio de determinado mercado, do aumento arbitrário dos lucros e do exercício abusivo de posição dominante.

A proteção contra as supramencionadas formas de abuso do poder econômico incumbe-se principalmente ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, autarquia competente para reprimi-las (quando manifestadas) e preveni-las (em análise prévia de atos de concentração), bem como para a promoção da advocacia da concorrência.

Sem a tutela da concorrência todo o sistema econômico está comprometido. É certo que há avanços a ser feitos, sendo imprescindível a discussão ampla e irrestrita sobre o tema, sendo que o presente artigo buscou a isso contribuir.

REFERÊNCIAS

CONSTANTINO, Rodrigo. **Economia do indivíduo**: o legado da Escola Austríaca. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2009. p. 25.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed., rev., e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2005.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**: combate aos cartéis. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998**: interpretação e crítica. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

- HARO, Guilherme Prado Bohac de. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2006. 256 f. Monografia (Bacharel em Direito). Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2006. Disponível em:
<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/520/516>>. Acesso em 01 jun. 2019.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. “A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal”. **Revista Brasileiro de Direito Público**, v. 24, p. 125-154, 2009.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2005.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20.
- ROTHBARD, Murray N. **Por uma nova liberdade: o manifesto libertário**. Tradução de Rafael de Sales Azevedo. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.
- SALGADO, Lucia Helena. **A economia política da ação antitruste: o debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro**. São Paulo: Singular, 1997.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SENNHOLZ, Hans F. “Monopólio bom e monopólio ruim – como são gerados e como são mantidos”. **Instituto Ludwig von Mises Brasil**. 2013. Disponível em
<<http://www.mises.org.br/ArticlePrint.aspx?id=1057>>. Acesso em 21 de ago. de 2017.

LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA: SOBRE UMA PERSPECTIVA SOCIAL E ECONÔMICA NA VIDA DO TRABALHADOR

Gustavo Henrique PASCHOAL¹
Samara da Silva MACHADO²

RESUMO

O presente trabalho teve como ponto principal o tema do limbo previdenciário-trabalhista, para tanto, inicialmente faz uma análise do meio ambiente com o intuito de mostrar a importância de se ter um meio ambiente de trabalho seguro e digno; após, a definição do conceito de acidente do trabalho; a descrição do processo de comunicação de acidente do trabalho; a análise da responsabilidade previdenciária e, por fim, o tema principal – o limbo previdenciário-trabalhista. Conclui-se que a melhor forma de resolver este problema econômico e social, seria a inclusão, no ordenamento jurídico pátrio, da chamada ação regressiva reversa. Pois, se tem uma ausência de legislação específica que trate deste tema com o devido amparo legal que lhe é inerente. Para que se possa garantir o respeito aos princípios trabalhistas e constitucionais basilares de qualquer relação trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Limbo previdenciário-trabalhista. Acidente do trabalho. Auxílio-previdenciário. Responsabilidade previdenciária.

ABSTRACT

The present work had as its main point the theme of the social security-labor limbo, for which it initially analyzes the environment in order to show the importance of having a safe and dignified working environment; after, the definition of the concept of work accident; the description of the process of communication of work accident; the analysis of social security responsibility and, finally, the main theme - the social security limbo. It is concluded that the best way to solve this economic and social problem would be the inclusion in the legal order of the country of the so-called reverse regressive action. For if there is an absence of specific legislation that deals with this subject with the due legal protection that is inherent to it. In order to ensure respect for the labor and constitutional principles of any labor relationship.

KEYWORDS: Limbo pension-labor. Work accident. Social security assistance. Social security responsibility.

INTRODUÇÃO

Atualmente muito se discute sobre tornar as relações trabalhistas mais humanas, haja vista, que com o advento da nossa Constituição Federal de 1988, esta trouxe expressamente em seu texto a proteção dos direitos dos trabalhadores, sobretudo, a garantia de um trabalho digno e, conseqüentemente, a sua própria dignidade como uma pessoa que busca na força do seu labor a sua

1 Procurador do Município de Ourinhos. Doutorando em Ciência Jurídica pela UENP – Jacarezinho/PR. Mestre em Direito Constitucional pela ITE – Bauru/SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo UNIVEM – Marília/SP. Professor dos cursos de graduação em direito da UENP – Jacarezinho/PR e da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP. Professor convidado dos cursos de pós-graduação *lato sensu* do ProJuris Cursos Jurídicos – Ourinhos/SP, da UniToledo – Araçatuba/SP e da UNOPAR – Bandeirantes/PR.

2 Aluna do curso de graduação em direito da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP.

subsistência.

E para tanto, não seja mais obrigado a se submeter a trabalhos forçados e desumanos como acontecia na época da escravidão em nosso país. Contudo, em algumas situações esta tal dignidade que a lei estabelece como fundamental nas relações trabalhistas fica em uma situação de risco.

Situação esta que se pode exemplificar como a que ocorre no que ficou conhecido como limbo previdenciário-trabalhista. O limbo previdenciário-trabalhista nada mais é que a sujeição do trabalhador há uma situação totalmente humilhante, em que fica no meio de um impasse entre o seu empregador e a autarquia do INSS.

O objetivo geral do trabalho é investigar os motivos deste impasse entre a autarquia do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o empregador, buscando retratar suas consequências para o maior prejudicado nesta situação que é o segurado/empregado.

Os objetivos específicos são: analisar o meio ambiente e trabalho em condições adversas; definir o conceito de acidente do trabalho; descrever o processo de comunicação da ocorrência de acidente de trabalho e o processo de concessão de auxílios; definir a responsabilidade previdenciária; entender as consequências do limbo previdenciário-trabalhista.

A metodologia utilizada caracteriza-se na modalidade descritiva, em um primeiro momento, e após, em um segundo momento, caracteriza-se na modalidade explicativa, porém, ambas com abordagem qualitativa. Tendo como objetivo final, o de mostrar a situação vexatória que o empregado/segurado é exposto e a importância do debate sobre o limbo previdenciário-trabalhista na busca por uma solução concreta.

O limbo previdenciário-trabalhista é um tema bastante pertinente e que por vezes, encontra-se esquecido, principalmente, pelas pessoas que caberiam analisar com maior profundidade para buscar soluções rápidas e eficazes para este problema. Problema este que não encontra apenas respaldo em questões de ordem econômica, mas em questões de ordem social.

Haja vista, que com a ocorrência do limbo previdenciário-trabalhista o empregado, por vezes é desprovido de qualquer tipo de renda para a sua própria subsistência, uma vez que, por causa do impasse do INSS que o considera capacitado para o retorno ao trabalho e, portanto, concede a alta médica assim cessando o benefício previdenciário anteriormente recebido. Este empregado, então, se dirige ao seu empregador e, este após o exame médico de retorno ao trabalho, é atestado sua inaptidão para voltar a exercer as suas atividades habituais o que gera uma ausência de recursos financeiros para custear seu próprio sustento e o sustento de seus familiares.

Ficando sem receber o benefício previdenciário/salário, além de estar em uma situação de grande fragilidade, seja porque se encontra doente, seja porque sofreu acidente de trabalho e ainda não consegue voltar a ocupar o seu posto de trabalho. Ainda tem que suportar a escassez de

recursos financeiros o que ataca diretamente em sua dignidade como uma pessoa que por muito tempo trabalhou para não deixar faltar nada a sua família e que por conta deste trabalho contribuiu com a previdência para que em uma eventualidade, como esta que esta passando, não ficasse a mercê de sua própria sorte. Porém, não é o que sustenta a dura realidade.

Portanto, este trabalho de conclusão de curso tem como principal fundamento o de retratar esta situação bastante complicada enfrentada por inúmeros trabalhadores, que devido há um impasse entre o INSS e seu empregador, ficam a espera de uma solução. Solução esta até que se defina, traz sérios prejuízos para a parte mais frágil desta situação – o trabalhador - e que, infelizmente, pouco é debatido por aqueles que deveriam intervir por uma solução mais clara e objetiva para este problema.

Assim, é o que se busca no presente trabalho, dar uma maior visibilidade ao limbo previdenciário-trabalhista ao debater sobre esta questão utilizando para tanto a legislação que trata sobre este tema e demonstrando as consequências na vida do trabalhador em decorrência da inércia de se buscar a solução para o limbo previdenciário-trabalhista.

1. MEIO AMBIENTE E TRABALHO EM CONDIÇÕES ADVERSAS

1.1 O Meio Ambiente de Trabalho

O meio ambiente de trabalho muito interfere na saúde do trabalhador e na sua produtividade. Muito embora, o que se percebe é uma busca desenfreada pelo lucro a todo custo, inclusive, utilizando o trabalhador apenas como um objeto para atingir um fim e não como uma pessoa que é um meio para atingir tal fim.

Uma pessoa que possui direitos amparados por nossa legislação e que merece, no mínimo, um meio ambiente de trabalho que atenda os requisitos previstos em nossa Constituição Federal em seu artigo 7º, inc. XXII: “Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. E também citado no artigo 200, inc. VIII da CF: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Portanto, há uma necessidade de se atentar mais para este importante fator que contribui e muito para a busca por um ambiente de trabalho seguro.

Além disso, se reveste de inequívoca socialidade, por ser evidente o predomínio do interesse social sobre o meramente individual, assim ensejando a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da empresa e função social da propriedade, pois os efeitos provocados não atingem apenas as pessoas dos contratantes, de modo que se revela insuficiente a alternativa de apenas pagar um adicional (de insalubridade ou periculosidade) ao invés de melhorar, de forma efetiva, as condições do

meio ambiente do trabalho.³

Uma forma errônea de pensar do trabalhador é colocar os adicionais de insalubridade ou periculosidade apenas como um método de ascensão salarial, ou seja, uma maneira de aumentar o salário base de determinada categoria profissional. Uma vez que, o real motivo de se pagar tais adicionais é que este empregado ficará exposto a um ambiente de trabalho que oferece maiores riscos a sua saúde. Portanto, o empregado deve ter em mente que não basta apenas que o seu empregador pague tais adicionais, mas que este invista em melhores condições de trabalho para se não extinguir, atenuar os riscos que este meio ambiente pode lhe oferecer.

Por conseguinte, um ambiente de trabalho que não atenda aos requisitos mínimos para torná-lo mais seguro, por vezes acarretará prejuízos para toda uma sociedade. Pois, gerará maiores riscos da incidência de doenças profissionais e de acidentes de trabalho. No caso dos acidentes de trabalho, por exemplo, aumentarão os custos da previdência social com o pagamento de auxílio-acidente para aqueles que precisarem ficar por mais de 15 (quinze) dias afastados do seu posto de trabalho, conseqüentemente, um maior gasto do erário para custear todos estes benefícios.

Em uma visão social deste mesmo problema, se tem uma exclusão social da família deste empregado, uma vez que com o afastamento dele do seu trabalho e com o recebimento do auxílio-acidente, há uma redução da renda familiar e com isto os filhos deste empregado ficarão em uma situação que terão que buscar um trabalho para poderem complementar a renda da família, ao invés de se dedicarem apenas aos estudos. Com isto, aumentando os números de evasão escolar.

Investir na melhoria das condições de trabalho, para que o ambiente seja saudável e seguro, cria um círculo virtuoso em benefício de todos os envolvidos. Traz vantagens para o empregador, que não perde tempo e dinheiro investidos no treinamento e pode contar com um empregado sadio e bem treinado. Reduz o número de acidentes e doenças profissionais, diminuindo os gastos previdenciários com auxílio-doença e aposentadorias precoces; evita o comprometimento da empregabilidade futura do trabalhador, a desagregação familiar e os casos recorrentes de alcoolismo e violência doméstica.⁴

Como visto no trecho citado, um meio ambiente de trabalho que atenda os requisitos previstos na própria legislação, só traz ganhos as partes envolvidas. Isto porque, o empregador ganha ao ter em sua empresa um empregado que exerce suas funções de forma segura, assim aumentando a sua produtividade o que gerará mais lucros. E o empregado ganha ao ter um meio ambiente de trabalho seguro o que garante a continuidade do exercício de sua função evitando, desta maneira, acidentes e doenças profissionais, conseqüentemente, garantindo a sua dignidade como um cidadão que trabalha para o sustento seu e de sua família, além de garantir a sua saúde física e mental.

3 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. **Meio ambiente de trabalho:** precaução e prevenção. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 56, jan./abr. 2012, p. 52.

4 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel, *Op cit*, p. 56/57.

1.2 Trabalho em Condições Adversas

Outro fator a ser considerado, é o trabalho em condições adversas que também está inserido no contexto do meio ambiente de trabalho:

Determinadas atividades profissionais expõem o trabalhador a condições adversas de trabalho, mais especificamente quando fica exposto a agentes insalubres ou perigosos ou a ambientes propícios à ocorrência de acidentes de trabalho. Também são condições adversas aquelas que causam o agravamento de doenças preexistentes.⁵

Os agentes insalubres ou perigosos merecem uma maior atenção por parte do empregador, ao ser responsável por oferecer um meio ambiente seguro a seus funcionários e também a atenção da própria legislação ao classificar tais agentes. E quem ficará a cargo de realizar a perícia para classificar um ambiente insalubre ou uma atividade perigosa será o engenheiro do trabalho ou médico do trabalho, registrados no Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) classifica os agentes perigosos em seu artigo 193:

Art.193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I – inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II – roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

[...]

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades do trabalhador em motocicleta.

Além destes agentes perigosos, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), também incluiu no rol dos elementos perigosos a radiação ionizante, conforme exposto na OJ nº 345 da SDI-1 do TST:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÃO IONIZANTE OU SUBSTÂNCIA RADIOATIVA. DEVIDO (DJU 22.06.2005). A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho nºs 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003), ao reputar perigosa a atividade reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, “caput”, e inciso VI, da CLT. No período de 12.12.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho e Emprego, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.

E todo trabalhador que exerça sua atividade em contato com algum destes agentes perigosos, agentes estes que representam um risco imediato a vida do trabalhador, a CF determina em seu artigo 7º, inc. XXIII, o adicional de renumeração, sendo estipulado pela CLT em seu artigo 193, § 1º, este adicional no montante de 30% (trinta por cento) sobre o salário, porém, não entrando para este cálculo as gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

A CLT em seu parágrafo 2º, do artigo 193, veda o recebimento de forma cumulativa do

5 PASCHOAL, Gustavo Henrique. **Elementos de direito do trabalho**. 2 ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018, p. 292.

adicional de periculosidade com o adicional de insalubridade, cabendo ao trabalhador escolher o adicional mais benéfico para ele.

Além dos agentes perigosos, há os agentes insalubres, os quais detêm previsão expressa na CLT em seu artigo 189, *caput*:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Assim, como ocorre com o trabalhador que labora em atividade perigosa e por este motivo recebe adicional de periculosidade, o trabalhador que exerce sua profissão em um ambiente insalubre – insalubre sendo o ambiente de trabalho e não a atividade exercida -, também terá direito ao adicional de insalubridade. Porém, como já citado, este não pode cumular com o adicional de periculosidade.

Tal adicional possui respaldo normativo na própria Constituição Federal em seu artigo 7º, inc. XXIII, que combinado com o artigo 192, *caput*, da CLT, traz as porcentagens que recairão sobre o salário mínimo da região em que é exercida tal atividade em condição insalubre. Tendo a percepção de adicional de 40% (quarenta por cento) para grau máximo; de 20% (vinte por cento) para grau médio e de 10% (dez por cento) para grau mínimo.

Portanto, o ambiente de trabalho deve conter os agentes insalubres acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, estes que poderão ser: agentes Físicos (temperatura, ruído, trepidação, etc.); agentes Químicos (poeira, líquido, etc.) e agentes Biológicos (vírus, bactérias, fungos, etc.) para que o trabalhador tenha direito a tal adicional.

Contudo, para que o trabalhador tenha direito ao adicional de insalubridade não basta apenas o laudo pericial atestando que tal atividade é insalubre, é necessário constar na lista do MT, especificamente, na NR-15. É que o demonstra a Súmula nº 448 do TST:

Atividade insalubre. Caracterização. Previsão na Norma Regulamentadora n.15 da Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.214/78. Instalações sanitárias.
I – Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.
[...]

O adicional de insalubridade integra a renumeração do trabalhador enquanto for recebido, conforme estipulado na Súmula nº 139 do TST, além de servir de base de cálculo para as outras verbas trabalhistas. Porém, ele pode ser eliminado, conforme Súmula nº 80 do TST, uma vez comprovado, através de órgão competente do poder executivo, a eliminação da insalubridade por aparelhos protetores. Por fim, a Súmula nº 248 do TST, que trata de uma eventual reclassificação ou descaracterização da insalubridade, permite que o adicional seja retirado não ofendendo, assim,

direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

2. ACIDENTE DO TRABALHO

2.1 Conceito de Acidente do Trabalho

O conceito de acidente do trabalho encontra-se definido na Lei nº 8.213/1991, em seu artigo 19:

Art. 19, *caput*. Acidente de Trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Tal definição é utilizada para tratar sobre o acidente do trabalho típico, ou seja, aquele que ocorre na execução do trabalho. Ainda, temos outras modalidades de acidente do trabalho que a legislação traz, tais como: acidente de trajeto (é o que ocorre no trajeto do empregado de sua residência para o seu local do trabalho e vice-versa) e doença ocupacional, esta que se subdivide em doença profissional e doença do trabalho, como especificado na Lei nº 8.213/1991, em seu artigo 20, incisos I e II:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante de respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência-Social;
II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Ademais, o parágrafo 2º, do artigo 20 do mesmo diploma legal, ainda traz a hipótese de acidente do trabalho não previsto nos incisos anteriormente citados, uma vez que, de forma excepcional, se a doença resultou de condições especiais em que o trabalho é executado e com ele mantêm relação direta, a Previdência Social deve levar o acidente ao status de acidente do trabalho.

Como visto, o acidente de trabalho pode causar lesão corporal ou perturbação funcional (problemas psicológicos); a morte do empregado; perda ou redução da capacidade laborativa (podendo ser permanente ou temporária). A perda da capacidade permanente gera a aposentadoria por invalidez, se este empregado ficou incapacitado e impossibilitado para toda e qualquer atividade. Porém, se este empregado sofreu uma redução permanente, mas ainda possui condições de exercer outra atividade laborativa, então terá direito a reabilitação.

2.2 Causas e Consequências de Acidente do Trabalho

Com o advento das máquinas, principalmente devido à Revolução Industrial ocorrida na Europa entre os séculos XV e meados do século XVIII, houve uma enorme mudança nos meios de

produção, uma vez que com a inserção das indústrias passou-se a priorizar a produção em escala, conseqüentemente, uma sobrecarga dos trabalhadores que trabalhavam em jornadas excessivas em um meio ambiente de trabalho totalmente inseguro que não prezava por sua saúde e segurança.

O que vem em contramão ao antigo sistema de manufatura, que agora tem seus trabalhadores migrando para este sistema industrial sem qualquer tipo de preparo para lidar com as máquinas. O que, invariavelmente, irá ocasionar inúmeros acidentes do trabalho.

O homem cria condições altamente perigosas ao introduzir avanços tecnológicos proporcionados pela visão cartesiana (elevadas velocidades, temperaturas, pressões) e, no controle dos riscos, utiliza em demasia, consciente ou inconscientemente, instrumentos subjetivos como “torcer para dar certo” e explicações do tipo “foi fatalidade”, “deu azar”.⁶

Não obstante, o que se percebe é que por mais que haja o avanço tecnológico, certas posturas continuam enraizadas no comportamento humano, tais como as citadas acima. Por mais que as máquinas tenham revolucionado o meio de produção, ainda, se vê uma postura arcaica por parte das pessoas ao fundamentarem a ocorrência de acidentes apenas na fatalidade, sem se preocupar com medidas para minimizarem tais acidentes.

A liderança exerce forte influência na formação dos valores da organização. O mais forte instrumento para comunicar valores é o exemplo. Suponhamos que no passado da organização algumas pessoas desafiaram normas de segurança para alcançar metas de produção. Se essas pessoas galgaram postos elevados, fica evidente que a produção é o valor maior da administração. Esse valor incorpora-se à cultura e de nada adiantam discursos e políticas escritas, afirmando que o desempenho em segurança será elevado em conta nas avaliações e promoções.⁵

Mais importante que definir estratégias para alcançar um meio ambiente de trabalho seguro e, portanto, diminuir a incidência de acidentes do trabalho, é colocá-las em prática. Não bastam apenas discursos acalorados na Semana Interna de Prevenção de Acidentes no Trabalho (SIPAT) - evento este, realizado nas empresas, de forma obrigatória e uma vez por ano, com a atribuição das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPA) -, é necessário por em prática, principalmente, por meio de atitudes concretas que mostraram os valores que aquela empresa estima como, no caso em tela, uma prevenção efetiva dos acidentes do trabalho.

O que se deve buscar não é uma reparação ao trabalhador por ter sofrido acidente do trabalho, mas uma prevenção. Não deve deixar acontecer a “fatalidade”, fatalidade esta que poderia ter sido evitada se houvesse uma prevenção eficaz. Porém, não é a realidade que hoje temos no Brasil ou no mundo.

Os dados fornecidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), demonstram, estatisticamente, as conseqüências que um acidente de trabalho pode ocasionar:

De acordo com as estatísticas da OIT, a cada 15 segundos, morre um/a trabalhador/a em virtude de um acidente de trabalho ou de uma doença relacionada com a sua atividade

6 CARDELLA, Benedito. **Segurança no trabalho e prevenção de acidentes**: uma abordagem holística. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 12. *Ibid*, p. 45/46.

profissional. Ou seja, 6300 mortes por dia num total de 2,3 milhões de mortes por ano. 313 milhões de trabalhadores e trabalhadoras sofrem lesões profissionais não fatais todos os anos, ou seja, 860.000 pessoas feridas no trabalho todos os dias.⁷ (grifo nosso)

Infelizmente, considerando os dados isolados no Brasil a notícia também não é nada satisfatória. De acordo com o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Brasil ocupa o Quarto lugar no ranking mundial, onde ***a cada 48 (quarenta e oito) segundos acontece um acidente de trabalho e a cada 3h38 (três horas e trinta e oito segundos) um trabalhador perde a vida em um acidente de trabalho.***⁸

Não se pode admitir que uma pessoa perca sua vida ou fique mutilado em decorrência de seu próprio trabalho porque não lhe é garantido um meio ambiente seguro, não lhe é garantido condições mínimas para exercer sua profissão sem correr riscos que poderiam e deveriam ser evitados.

3. PROCESSO DE COMUNICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO E O PROCESSO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIOS

3.1 Processo de Comunicação da Ocorrência de Acidente do Trabalho

A Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT) é uma medida coercitiva que deve ser tomada pelo empregador assim que constatado a ocorrência de acidente do trabalho sofrida por seus empregados, mesmo que tal acidente não gere a necessidade de afastamento de suas atividades laborais. A CAT deve ser feita no primeiro dia útil seguinte a ocorrência do acidente e no caso de morte do trabalhador, esta comunicação deve ser feita imediatamente, conforme explana a Lei nº 8.213/91:

Art. 22. A empresa ou o empregador doméstico deverão comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.

§1º Da comunicação a que se refere este artigo receberão cópia fiel o acidentado ou seus dependentes, bem como o sindicato a que corresponde a sua categoria.

§2º Na falta de comunicação por parte da empresa, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo nestes casos o prazo previsto neste artigo.

§3º A comunicação a que se refere o §2º, não exime a empresa de responsabilidade pela falta do cumprimento do disposto neste artigo.

§4º Os sindicatos e entidades representativas de classe poderão acompanhar a cobrança, pela Previdência Social, das multas previstas neste artigo.

§5º A multa de que trata este artigo não se aplica na hipótese do *caput* do art. 21-A.

Art. 23. Considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data de início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para esse

7 Dados disponíveis em: https://www.ilo.org/lisbon/temas/WCMS_650864/lang--pt/index.htm. Acesso em 31/01/2019.

8 Dados disponíveis em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/7441f527-ad53-4a0a-901f-66e40f1a1cae. Acesso em 31/01/2019.

efeito o que ocorrer primeiro.

Denota-se a clara preocupação que o legislador teve ao redigir o presente diploma legal, isto porque, há vários mecanismos que podem ser acionados caso a empresa não cumpra sua obrigação de comunicar a Previdência Social o acidente. Sendo uma forma de proteção ao trabalhador acidentado que não ficará a mercê da boa vontade do seu empregador em realizar a CAT.

Não obstante, sabe-se que não é incomum a ausência de comunicação pelo empregador quando da ocorrência de acidente do trabalho, haja vista, que ele pode perder alguns privilégios, como por exemplo, a redução em até 50% (cinquenta por cento) das alíquotas – estas que são destinadas aos casos de aposentadoria especial ou em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, conforme dispõe a Lei nº 10.666/2013 em seu artigo 10.

No entanto, caso haja uma maior incidência de incapacidade laborativa, conforme prevê o já citado artigo 10 da lei nº 10.666/2013, a redução que seria de até 50% (cinquenta por cento) para uma eventual queda no número de incapacidades, agora irá para um aumento de até 100% (cem por cento) nas alíquotas. Um fator determinante para a omissão das empresas em realizar a CAT.

3.2 Processo de Concessão de Auxílios

Os auxílios, seja por motivo de doença (auxílio-doença), seja por motivo de acidente do trabalho (auxílio-acidente), são prestações previdenciárias enquadrados como benefícios devidos aos segurados da Previdência Social que por algum motivo estão incapacitados de exercer sua atividade laboral de maneira temporária total ou parcial.

A carência para o auxílio-doença comum é de doze contribuições mensais. O auxílio-doença acidentário não tem carência, bem como não há carência para os portadores de doenças graves relacionadas na Portaria Interministerial MPAS/MS n. 2.998, de 23 de agosto de 2001.⁹

A carência exigida pelo INSS para os demais casos que não envolvam auxílio-doença acidentário ou doenças graves previstas na portaria interministerial é com fundamento na premissa que a previdência social tem caráter contributivo e, como tal, deve haver uma contraprestação por parte do segurado para ter direito a tais benefícios. Benefícios estes que só poderão ser requeridos caso o segurado tenha contribuído, no mínimo, com doze contribuições mensais.

Vale lembrar, que no caso dos afastamentos por motivo de acidente ou doença os quinze primeiros dias correm por conta da empresa a responsabilidade de arcar com o pagamento do

9 HORVATH JÚNIOR, Miguel; AMORIM, José Roberto Neves (Coor.). **Direito Previdenciário**. Barueri: Manole, 2011, p. 67. *Ibid.*, p. 69.

salário de seu empregado. Só a partir do 16º dia é que esta responsabilidade fica a cargo do INSS com o respectivo pagamento do auxílio-acidente ou auxílio-doença.

Para o segurado empregado, a partir do 16º dia do afastamento da atividade quando requerido o benefício até trinta dias a contar da data de seu afastamento da empresa. Após trinta dias, o benefício será devido a partir da data de entrada do requerimento. Nesse caso, quando o acidentado não se afasta do trabalho no dia do acidente, os quinze dias de responsabilidade da empresa serão contados a partir do afastamento.⁸

Contudo, se este afastamento for inferior a quinze dias, o empregado não faz jus ao recebimento do auxílio-doença. Isto porque, como já dito anteriormente, os quinze primeiros dias ficam a cargo da empresa o pagamento do salário, porém, caso o empregado fique afastado por dez dias e num lapso temporal de sessenta dias vier a se afastar novamente por decorrência do mesmo fato, o empregador terá que pagar somente os cinco dias que faltam para completar os quinze dias e a partir do 6º dia este empregado terá direito ao recebimento do auxílio-doença.

O valor do auxílio-doença e auxílio-acidente, de acordo com a Lei nº 8.213/1991 em seu artigo 29, inciso II, será de 80% (oitenta por cento) de acordo com a média aritmética simples dos maiores salários do contribuinte de todo o período de contribuição. O mesmo artigo ainda traz em seu parágrafo 2º, a vedação do valor do benefício ser inferior ao salário mínimo, este também não poderá ser superior ao limite máximo do salário de contribuição, ou seja, o teto previdenciário na data de início do benefício.

O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP) utiliza informações de códigos da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e de códigos da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE) para verificar a relação entre a atividade laborativa exercida pelo empregado e a natureza de sua incapacidade.

O NTEP não dispensa o exame por parte da perícia médica do INSS, que pode confirmar ou descaracterizar o NTEP havendo elementos para tanto. A perícia médica pode estabelecer o nexo causal com base em outros elementos que não o NTEP e a CAT – Comunicação de Acidente do Trabalho. Cabe ao médico perito a análise do conjunto probatório, devendo a APS (Agência da Previdência Social) comunicar o resultado da análise à empresa e ao segurado. Da decisão, proferida pela perícia médica, caberá recurso, pelo prazo de trinta dias, para as partes interessadas, com efeito suspensivo. O benefício somente será alterado após o julgamento final pelo CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social. Assim, o NTEP não garante automaticamente o benefício acidentário, que depende da constatação de incapacidade por parte da perícia médica do INSS.¹⁰

Assim, o NTEP não substitui o médico perito do INSS, uma vez que é de competência do mesmo a realização do exame médico-pericial para fixar a Data do Início da Doença (DID), esta que é fixada de forma aproximada analisando apenas a data em que os sintomas da doença se intensificaram, assim discriminando o início biológico de tal doença. Fixando, também de forma aproximada, a Data de Início da Incapacidade (DII), na qual se verifica em que momento os

10 HORVATH JÚNIOR, AMORIM (Coor.), *op. cit.*, p. 69.

sintomas da doença em questão evoluíram de tal forma que incapacitaram o trabalhador a continuar seu trabalho.

Há várias formas de incapacidade, pois existe a incapacidade na modalidade temporária que pode ser total ou parcial gerando o auxílio-doença acidentário; também na modalidade incapacidade definitiva parcial que gerou uma incapacidade definitiva, mas esta é parcial, pois ainda permite que o acidentado realize alguma atividade laboral o que gera o auxílio-acidente e, por fim, a incapacidade permanente total, esta que não permite que o acidentado realize qualquer atividade laborativa.

As prestações de acidente de trabalho são entregues com base na teoria do risco social. A atual legislação enfrenta o acidente do trabalho como risco social, pondo em voga o princípio da solidariedade social. O risco se diz social porque o trabalho é um valor da sociedade e, portanto, protegido pelo direito social (segundo terminologia atual adotada pela maioria dos doutrinadores, embora todo direito seja social). O risco social engloba risco genérico (incapacidade ou morte que não se originaram da atividade laboral) e risco profissional (incapacidade, redução da capacidade ou morte decorrente da atividade laboral).¹¹

O princípio da solidariedade social citado acima é sem dúvida a base de toda interpretação que se faça da respectiva legislação sobre acidente do trabalho e concessão de auxílios, isto porque, a solidariedade é atingida quando se respeita o lugar do outro. Além de ter previsão expressa na Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso I, este princípio é de suma importância para se verificar a real necessidade de se conceder o auxílio-acidente, uma vez que não basta apenas uma análise superficial do tipo de acidente do trabalho sem verificar o *modus operandi* daquele acidentado no exercício de suas funções.

4. RESPONSABILIDADE PREVIDENCIÁRIA

Como já visto nas páginas anteriores, o empregado que sofre acidente do trabalho e desenvolve ou é agravada uma doença que possui relação com a atividade profissional que desempenha, a isto chamamos de doença profissional. Este possui o direito de receber benefício previdenciário se seu afastamento for superior a quinze dias.

Pois bem, é cediço que durante o recebimento do benefício há duas situações que podem ocorrer. A primeira delas, e a mais polêmica também, é a possibilidade do perito médico do INSS estabelecer mediante avaliação pericial ou com base na documentação médica apresentada pelo segurado a alta médica programada.

A alta médica programa que possui previsão na Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/10, em seu artigo 277, *caput*: “O INSS poderá estabelecer, mediante avaliação médico-pericial, o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado”. Ou seja, o

11 HORVATH JÚNIOR, AMORIM (Coor.), *op. cit.*, p. 84.

perito médico do INSS, pode fixar prazo de duração do benefício que será pago ao segurado, assim prevendo o tempo de recuperação deste até que possa voltar a exercer sua atividade laboral de antes da ocorrência do acidente do trabalho ou da doença profissional.

Esta possibilidade gera certa polêmica, principalmente, no quesito do perito médico do INSS “prever” a data certa que aquele segurado terá se recuperado e assim tendo condições para voltar a trabalhar, sem, contudo, haver a necessidade de se sujeitar a realização de uma nova perícia médica do INSS para atestar esta suposta recuperação.

A segunda situação é a possibilidade do pedido de prorrogação quando o tempo de benefício concedido ao segurado não for suficiente para este voltar a trabalhar. Também havendo previsão legal na Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/10, artigo 277, § 2º:

Art. 277, § 2º. Caso o prazo fixado para a recuperação da capacidade para o trabalho seja insuficiente, o segurado poderá solicitar a realização de nova perícia médica por meio de pedido de prorrogação - PP nos quinze dias que anteceder a cessação do benefício, cuja perícia poderá ser realizada pelo mesmo profissional responsável pela avaliação anterior”.

No caso do pedido de prorrogação, deve ser feito nos quinze dias anteriores a cessação do benefício para que, em tese, o segurado não fique desamparado caso não haja condições para voltar a trabalhar e assim não seja interrompido o pagamento de seu benefício, haja vista, que este depende exclusivamente deste pagamento para custear seu sustento e de seus dependentes, uma vez que seu contrato de trabalho continua suspenso, assim não recebe salário de seu empregador durante o período de seu afastamento.

Infelizmente não é o que ocorre na maioria esmagadora das vezes, isto porque, o segurado ao receber a alta médica programada e ainda não estar recuperado para voltar a trabalhar ou ao tentar um pedido de prorrogação do benefício, este muitas vezes é negado pelo perito médico do INSS.

O perito médico do INSS que ao realizar a perícia e constatar que este segurado possui condições de voltar a trabalhar acaba concedendo alta médica o que acarreta automaticamente na cessação do benefício previdenciário. E este empregado ao tentar retornar a empresa a qual trabalha e passar por exame de retorno ao trabalho realizado pelo médico do trabalho, nos casos que seu afastamento se deu por mais de trinta dias, recebe a notícia que não possui condições de retorno, que está inapto para retornar as suas atividades.

Consequentemente, acarretando na situação de total desamparo por parte do trabalhador que por decorrência de um desinteresse tanto do INSS – que não mais se considera responsável pelo pagamento do benefício previdenciário porque este, supostamente, está capaz para retornar as suas atividades – como por parte do empregador – que através de exame realizado pelo médico do trabalho de sua empresa o considera inapto para voltar a trabalhar.

Há dois posicionamentos na atual Jurisprudência Trabalhista sobre a responsabilidade previdenciária em conferir a quem ficará a obrigação pela continuidade do pagamento do benefício previdenciário ou o pagamento do segurado/empregado após ser negado o seu retorno ao trabalho pelo médico da empresa, mesmo este tendo recebido a alta médica pelo perito médico do INSS.

O primeiro posicionamento, embora seja a minoria da jurisprudência trabalhista que entenda desta forma, é decidir pela impossibilidade do empregador ter que arcar com o pagamento do salário de seu empregado que foi considerado inapto pelo médico da empresa para voltar a exercer sua atividade laboral.

Este entendimento é embasado no argumento que não há fundamentos legais que obriguem a empresa a arcar com o referido pagamento, uma vez que a partir do décimo sexto dia de afastamento do empregado, este se encontra sobre a responsabilidade do INSS para efetuar os pagamentos referentes ao auxílio previdenciário que irá receber. Pois, seu contrato de trabalho fica suspenso durante este período de afastamento o que não gera a obrigação do empregado trabalhar e nem da empresa pagar os salários dele.

AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA DO INSS. EMPREGADA CONSIDERADA INAPTA PELO MÉDICO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PAGAMENTO DE SALÁRIOS AO EMPREGADOR. Não houve recusa injustificada da empresa em reintegrar a obreira ao trabalho. Toda a prova documental produzida demonstra que a reclamada não agiu de má-fé e cumpriu todas as suas obrigações, não exigindo da trabalhadora a prestação de serviços, por reputá-la incapaz para o trabalho e fornecendo a documentação necessária para que a reclamante pudesse pleitear seus direitos junto ao INSS. Como bem salientado a quo, não há impedimento legal para que as empresas, diante dos documentos que atestam a inaptidão do obreiro, como o laudo do médico do trabalho, obstem seu retorno ao trabalho enquanto durar o procedimento administrativo de recursos perante a Previdência Social, também não há obrigatoriedade de reenumerar mencionado período, já que, esse período em que o empregado permanece afastado pedindo reconsideração do pedido de auxílio-doença deve ser considerado como de suspensão do contrato de trabalho. Outrossim, não há fundamento legal para autorizar o pagamento dos salários pretendidos. Recurso ordinário da reclamante a que se nega provimento. (TRT-2 – RO: 00013640720135020087 SP 00013640720135020087 A28, rel. Maria Cristina Fisch, Data de Julgamento: 25.2.2015, 18ª Turma, Data de Publicação: 2.3.2015).

Tal incapacidade, segundo esta linha de raciocínio jurisprudencial, não pode ser analisada considerando apenas a causa da incapacidade que levou este segurado a concessão do auxílio-doença, mas deve ser analisada com igual valor, a maneira como aquele funcionário exerce seu trabalho, ou seja, seu *modus operandi*. Isto porque, não é crível, que se analise apenas um fator determinante para a concessão da alta médica pelo perito médico do INSS.

Não obstante, há um segundo posicionamento da jurisprudência trabalhista, este sim seguido de forma majoritária pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) como se pode comprovar na seguinte decisão:

DANO MORAL. FIM DO AUXÍLIO-DOENÇA. RETORNO AO TRABALHO. EMBARAÇOS. “LIMBO PREVIDENCIÁRIO”. DANO MORAL.

CONFIGURAÇÃO. Se o trabalhador, após o período de auxílio-doença, for “devolvido” ao INSS e impedido de retornar ao trabalho, sendo relegado a uma situação de total desamparo, que se convencionou denominar de “limbo previdenciário”, resta configurado o abuso de direito por parte do empregador, que ofende a esfera moral do obreiro. Nesse sentido, restando evidenciada a ofensa ao patrimônio imaterial do trabalhador, a conduta indevida da ré e o nexo de causalidade entre ambos, faz jus o empregado ao pagamento de indenização pelo correspondente dano moral. (TRT-1 – RO: 00113601620155010207, rel. Raquel de Oliveira Maciel, Data de Julgamento: 31.8.2016, 3ª Turma, Data de Publicação: 6.10.2016).

Além desta decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, ainda temos outro fator determinante para ser esta a posição majoritária que são os precedentes do próprio Tribunal Superior do Trabalho – TST:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. 1. ALTA PREVIDENCIÁRIA. RECLAMANTE CONSIDERADO INAPTO PARA O TRABALHO PELA RECLAMADA. RENOVAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NEGADO. PAGAMENTO DO SALÁRIO. O Tribunal Regional ressaltou que o trabalhador tentou renovar o benefício previdenciário, mas não conseguiu, e que a Reclamada, apesar de reconhecer que ele não se encontrava apto para o trabalho, não chegou a oferecer função compatível com seu estado de saúde. Esta Corte Superior entende que, se o empregado, após receber alta do INSS, tenta retornar ao trabalho e a empresa se nega a aceitá-lo porque o considera inapto, a empregadora é responsável pelo pagamento dos salários, durante o período de afastamento, visto que cabe a ela, no mínimo, readaptar o empregado em função compatível com sua condição de saúde e não, simplesmente, negar-lhe o direito de retornar ao trabalho. Recurso de revista conhecido e não provido.” (RR-1495-38.2011.5.15.0071, Data de Julgamento: 18/5/2016, Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/5/2016).

Não é louvável, que o empregador após ter o seu empregado de volta a sua empresa depois de ter recebido alta do perito médico do INSS simplesmente se abstenha de prestar algum suporte a este, unicamente pelo motivo de não ter recebido o aval do médico do trabalho para voltar a suas atividades habituais. E por conta disto, apenas “devolve” o empregado ao INSS para que ele, e somente ele, recorra desta decisão enquanto fica sem receber salário durante este impasse.

É importante ressaltar, que a decisão do perito médico do INSS em conceder alta e, conseqüentemente, a cessação do benefício previdenciário, possui caráter administrativo dotada de presunção de legitimidade e veracidade. Porquanto, uma decisão que deve ser levada em conta e qualquer indício de insatisfação da mesma devem ser tomadas atitudes por conta do empregador que é a parte mais forte do vínculo empregatício.

Há certo debate sobre a possibilidade do médico do trabalho responder criminalmente por danos que venham a ocorrer com o trabalhador que é regido pelo Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), o qual é de sua responsabilidade coordenar-lo:

[...]. Na prática do Médico do Trabalho, cabe a ele produzir a melhoria da saúde dos trabalhadores e sua manutenção. No entanto, falhando nesse quesito, com um PCMSO sem eficácia, de modo grosseiro, o MPT pede a condenação do Médico do Trabalho, pelo crime tipificado no art. 132 do CP, de expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente. [...]. Portanto, o crime tipificado pelo art. 132 tem como objeto material a pessoa que tem sua vida ou sua saúde exposta a perigo direto e iminente, e isso pode ser provado facilmente com autos de infração de Auditores-Fiscais do Trabalho (AFT) provando que o

PCMSO não é eficiente, o que não protege os trabalhadores de acidentes de trabalho.¹²

É sem dúvida um grande avanço termos este debate sobre a possibilidade do médico do trabalho ser responsabilizado, isto porque, como é sua atribuição coordenar tal programa, também deve ser responsável por eventuais falhas que este possa trazer aos trabalhadores que fazem parte do mesmo. Trazendo a responsabilidade pelos seus atos ou a falta deles, para que assim possa ter a real noção de todo o cuidado que precisa manter ao coordenar o PCMSO e de todas as consequências que possam vir a lhe ser atribuído em uma eventual falha.

Seria uma situação muito confortável a empresa se fosse adotada a primeira corrente da jurisprudência trabalhista sobre o limbo previdenciário-trabalhista aqui demonstrada. Contudo, o entendimento que impera na jurisprudência trabalhista acerca deste assunto, como citado em páginas anteriores, é no sentido de atribuir tal responsabilidade ao empregador, uma vez que a partir do momento que seu empregado recebe alta do INSS, este está a sua disposição, portanto, a empresa é obrigada a pagar os salários de seu funcionário.

5. LIMBO PREVIDENCIÁRIO-TRABALHISTA

Primeiramente, é importante buscar compreender o que afinal seria o limbo previdenciário-trabalhista. Segundo definição do Dicionário Aurélio de Português Online¹³, “Limbo é um estado de indefinição ou incerteza”.

Portanto, uma situação em que o empregado fica na ausência: de trabalho, de recebimento de salário, de recebimento de auxílio previdenciário. Uma situação incerta, pois não sabe o que será dele e de seus dependentes sem receber qualquer quantia para custar sua sobrevivência durante o período que se encontra capaz para volta a trabalhar pelo perito médico do INSS e, por outro lado, pelo médico do trabalho, encontra-se inapto para voltar a ocupar seu posto de trabalho.

Um estado de completo esquecimento, no qual fica no meio da omissão de seu empregador em cumprir com suas obrigações contratuais derivadas do contrato de trabalho no que se refere ao pagamento de salários e ao reconhecimento que há um vínculo empregatício entre ambos e que deve ser respeitado mesmo por divergências entre o médico do trabalho da sua empresa e o perito médico do INSS.

Decerto, que esta situação de desamparo enfrentado pelo trabalhador no momento que seu empregador simplesmente decide que não vai tomar nenhuma atitude para rever esta alta médica e que cabe a ele tentar mudar esta decisão do INSS em lhe conceder alta, ofende princípios

12 Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14085. Acesso em 13/02/2019.

13 Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/limbo>. Acesso em 19.06.2019.

trabalhistas e, sobretudo, princípios constitucionais.

No que tange ao princípio trabalhista violado, podemos citar o Princípio da Proteção Integral, que segundo Maurício Godinho Delgado é:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro —, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.¹⁴

É de fácil percepção quem seria a parte hipossuficiente da relação de trabalho, uma vez que o empregado depende economicamente de seu empregador através do salário que lhe é pago em troca de sua mão-de-obra. Portanto, faz jus haver uma proteção integral para lhe assegurar seus direitos, ainda mais em uma situação na qual encontra-se desamparado por uma conflito entre o INSS e seu empregador.

Há ainda os princípios constitucionais violados por esta situação, no mínimo, degradante que tantos trabalhadores enfrentam, tais como: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com previsão legal na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, como um fundamento do Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana constitui um valor inerente à pessoa, tanto no aspecto moral como espiritual, e que se manifesta singularmente em cada indivíduo de forma consciente e com o objetivo de respeito da própria vida e das demais pessoas que compõe o tecido social.¹⁵

Este princípio não pode e não deve ser algo apenas abstrato contido na letra fria da lei, no caso no texto constitucional, é fundamental que seja um princípio atuante em nosso dia-a-dia. Contém sua finalidade em proteger o ser humano, pois, é dirigido as pessoas pelo simples fato de serem humanos e como tal devem ser tratados de forma digna por todos em uma verdadeira reciprocidade.

Assim, em uma situação como a do limbo previdenciário-trabalhista em que um trabalhador, pois, antes dele ser trabalhador é um ser humano, fica totalmente ausente de recursos financeiros para custear sua sobrevivência é claramente uma situação de desrespeito a este princípio constitucional. Onde sua dignidade esta posta em segundo plano por causa de interesses que se sobrepõem ao seu direito de viver dignamente, ou seja, um desrespeito à vida.

Há, ainda, outro princípio constitucional violado que é o Princípio do Valor Social do Trabalho, com fundamento legal também no artigo 1º, inciso IV, c/c, o artigo 193, *caput*, ambos da Constituição Federal.

O trabalho dignifica a pessoa na medida que permite sua auto-afirmação no seio da família e da sociedade, permitindo-lhe, ainda, participar integralmente da vida social. O trabalho, também, é um fator de civilização e de progresso. Desde que surgiu na terra a

14 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16º ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 213.

15 Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/4739>. Acesso em 20.02.2018.

espécie humana, tem sido o trabalho grande fator de estabilidade e de progresso dos grupos sociais, dominando, assim, todo o cenário da história.¹⁶

Haja vista, que o trabalho tem como uma das suas funções a de dignificar o homem e não o de tornar um fardo na vida do trabalhador. Portanto, como um valor social que tem a sua origem no sustento do trabalhador e de sua família este não pode ser desrespeitado, a ponto de esquecer toda a contribuição que deu ao crescimento e fortalecimento da atividade econômica desenvolvida por seu empregador através do trabalho realizado por seu empregado e permitir que este fique a mercê de sua própria sorte quando não concordar com a alta do perito médico do INSS, assim, deixando seu empregado sem salário.

Há caminhos para tentar solucionar esta situação indigna que é direcionada ao empregado justamente no momento que está em uma situação de maior fragilidade, uma vez que esta voltando de um afastamento derivado de um acidente do trabalho ou de uma doença profissional.

No ordenamento jurídico pátrio, há a possibilidade de proposição de uma ação regressiva contra o empregador caso o acidente do trabalho seja provocado por dolo ou culpa do mesmo, isto estando previsto nos artigos 120 e 121 da Lei nº 8.213/1991:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a previdência social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Art. 121. O pagamento, pela previdência social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

Pois bem, esta previsão de propor por parte da previdência social ação regressiva em face do empregador quando este por dolo ou culpa provocou o acidente do trabalho, é uma medida para responsabilizar o mesmo uma vez que aquele acidente poderia e deveria ter sido evitando se, por exemplo, seguisse as normas atinentes a segurança e medicina do trabalho. Tal direito de regresso por parte da previdência social é um direito próprio, independentemente, de uma possível ação indenizatória proposta pelo empregado em face de seu empregador, como a própria lei traz.

Em que pese existir tal modalidade de ação regressiva por parte do INSS em face do empregador, esta com previsão legal no ordenamento jurídico, como já citado anteriormente. Ainda, se tem a ausência de uma legislação específica acerca desta provável solução. Surgindo a possibilidade de propor uma ação regressiva reversa por parte do empregador em face do INSS.

Assim, fazendo uma leitura contrario sensu, a empresa possui interesse processual e legitimidade para se opor ao ato administrativo manifestamente ilegal que lhe acarreta prejuízos financeiros (pagamento de licença remunerada decorrente de incapacidade laborativa), sendo possível a propositura de ação regressiva contra o INSS para reaver a título de perdas e danos o valor da remuneração paga ao empregado que recebeu indevidamente a alta oficial do INSS e foi equivocadamente considerado apto para o retorno ao mercado de trabalho. É, portanto, facilmente demonstrável a existência do ato ilícito praticado pela autarquia-previdenciária, do dano (prejuízo financeiro) e do nexo de

16 FINATI, Cláudio Roberto. **O valor social do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 8, jan./dez. 1996, p. 30.

Esta ação regressiva reversa mostra-se um caminho mais razoável a ser tomado quando há divergências entre o perito médico do INSS e o médico do trabalho, haja vista, que não causa nenhum tipo de lesão à parte mais frágil deste embate – o trabalhador -, isto porque a forma como é encarado este problema do limbo previdenciário-trabalhista causa inúmeros contratempus na vida do empregado que repercutem na esfera social e principalmente, econômica.

A própria desembargadora federal do trabalho do TRT da 2ª Região, Doutora Ivani Contini Bramante, é adepta a esta forma de solução do limbo previdenciário- trabalhista, no qual se utiliza a ação regressiva reversa. Uma vez que há o inconformismo do empregador com a decisão do INSS em conceder alta médica indevida, este pode entrar com uma ação judicial em face do INSS para reformar esta decisão e, ainda, requerer perdas e danos referentes a todos os pagamentos de salário durante a licença renumerada.

Esta seria a forma mais justa de se resolver o problema do limbo previdenciário-trabalhista. Uma vez que, pela análise da corrente minoritária, o empregador ficaria em uma posição de comodidade, já que como não concorda com a alta médica do INSS, considera-se desimpedido de qualquer obrigação contratual para com seu empregado como, por exemplo, o pagamento de salários. Conseqüentemente, expondo seu empregado a uma situação vexatória conhecida como limbo previdenciário-trabalhista.

CONCLUSÃO

É indiscutível que o trabalho é o pilar de sustentação da sociedade, sendo algo fundamental para o desenvolvimento da civilização. Porém, em algumas situações esta importância fica ausente de seu devido reconhecimento, pois, esquecemos que o trabalhador é um ser humano que possui necessidades e requer que sua dignidade não seja posta em jogo sempre que houver um conflito de interesses.

Infelizmente, não é o que ocorre quando vemos situações em que esta dignidade é colocada totalmente em segundo plano por decorrência de divergências entre a autarquia do INSS com o empregador gerando o limbo previdenciário-trabalhista.

Com a análise deste trabalho de conclusão de curso, podemos facilmente entender todo o dilema que este empregado/segurado enfrenta quando recebe alta médica do INSS e ao retornar a sua empresa não tem a permissão de voltar a trabalhar por decorrência do médico do trabalho o considerar inapto. Por outro lado, não conseguimos entender como ainda é permitido que esta situação continue ocorrendo sem nenhuma atitude mais palpável sendo tomada para eliminar tal

¹⁷ Disponível em: <https://alfonsin.com.br/limbo-previdencirio-e-ao-regressiva/>. Acesso em 20.02.2019.

problema de cunho social e econômico.

Tal situação desafia a crença de inúmeros trabalhadores que são pessoas com direitos e que tais direitos devem ser respeitados. Já que em uma situação que chega ao ponto do trabalhador passar fome, mesmo depois de ter contribuído com a previdência social para que em uma eventualidade fosse amparado ou mesmo pelo seu empregador depois de toda a dedicação com o trabalho que por decorrência deste, gerou uma doença profissional ou, ainda, um acidente do trabalho - que por vezes possui certa conduta dolosa ou culposa deste empregador que não seguiu corretamente as normas de segurança do trabalho. Fica sem receber nenhuma renda, seja o auxílio previdenciário, seja o seu salário.

Conclui-se a importância de haver uma regulamentação para que se possa dar um amparo legal à chamada ação regressiva reversa, uma vez que se mostra o caminho mais rápido e o mais justo para resolver o limbo. Assim, evitando que mais trabalhadores passem por esta situação humilhante que causa sofrimento a quem já está fragilizado, pois, acaba de sair de um afastamento previdenciário por motivo de acidente do trabalho ou doença profissional. Para que com isto possa realmente ter assegurado seus direitos trabalhistas e, principalmente, sua dignidade como pessoa.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Ricardo. **Limbo previdenciário e ação regressiva**, disponível em:

<https://alfonsin.com.br/limbo-previdenciario-e-ao-regressiva/>. Acesso em 20/02/2019

AMBITO JURÍDICO. **Responsabilidade ética e judicial da atuação do médico do trabalho**, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14085.

Acesso em 13/02/2019.

CARDELLA, Benedito. **Segurança no trabalho e prevenção de acidentes**: uma abordagem holística. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARTA FORENSE. **O princípio da dignidade da pessoa humana**, disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/4739>. Acesso em 20/02/2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16º ed. São Paulo: LTr, 2017.

DICIONÁRIO AURÉLIO DE PORTUGUÊS ONLINE. **Significado de limbo**, disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/limbo>. Acesso em 19.06.2019.

FINATI, Cláudio Roberto. **O valor social do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 8, jan./dez. 1996.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. **Meio ambiente de trabalho**: precaução e prevenção. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 56, jan./abr. 2012.

HORVATH JÚNIOR, Miguel; AMORIM, José Roberto Neves (Coor.). **Direito Previdenciário**. Barueri: Manole, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Brasil é o quarto lugar no ranking mundial de acidentes de trabalho**, dados disponíveis em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/7441f527-ad53-4a0a-901f-66e40f1a1cae. Acesso em 31/01/2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A prevenção das doenças profissionais**. 1 ed. 2013.

_____. **Segurança e saúde no trabalho**, dados disponíveis em: https://www.ilo.org/lisbon/temas/WCMS_650864/lang--pt/index.htm. Acesso em 31/01/2019.

PASCHOAL, Gustavo Henrique. **Elementos de direito do trabalho**. 2 ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

O “LIXO SOCIAL” E A DEMOCRATIZAÇÃO DAS TERRAS NO BRASIL FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO

Matheus Conde PIRES
Matheus Amancio PIOTTO¹

RESUMO

O presente artigo urge da necessidade de compreender uma faceta das raízes da exclusão social brasileira, especialmente no que diz respeito à histórica concentração da propriedade imóvel e marginalização da população camponesa e urbana. Neste sentido, inicia-se uma reflexão sobre a conjuntura histórica sócio-política, com o fito de perceber as raízes dos acúmulos latifundiários e compreender de maneira adequada o cenário em que se estabelece o conflito. Posteriormente o estudo se dirige às disposições constitucionais a respeito da temática e da necessidade da redistribuição de terras. Por fim, a pesquisa trata de abordar, de maneira crítica, os dispositivos jurídicos que possuem como fito efetivar não somente o acesso à terra, mas também a garantia à moradia. Busca-se compreender se o ordenamento jurídico posto oferece condições materiais de efetivar as garantias constitucionais. Para tanto, a presente pesquisa traz para discussão o litígio travado na Fazenda Santo Henrique, atualmente ocupada pela Empresa Sucocítrico Cutrale. Tal pretensão se justifica na tentativa de demonstrar o prejuízo e o flagelo sofrido não somente pelos marginalizados, mas também pela sociedade como um todo. Destaca-se que a pesquisa se fez possível por meio do método indutivo, com a utilização de uma revisão literária de obras relativas à temática trabalhada.

PALAVRAS-CHAVE: Distribuição Democrática de Terras; Direito à Moradia; Função Social da Terra.

ABSTRACT

The present article urges the need to understand a facet of the roots of Brazilian social exclusion, especially with regard to the historical concentration of immovable property and marginalization of the peasant and urban population. In this sense, it began a reflection on the socio-political historical context, with the aim to realize the roots of landowners accumulations and understand properly the scenario in which settles the conflict. Subsequently, the study is constitutional provisions on thematic issues and the need for redistribution of land. Finally, the research tries to critically address the juridical devices that aim to effect not only the access to land, but also the guarantee of housing. It seeks to understand if the legal order put forward offers material conditions to effect the constitutional guarantees. To this end, the present research brings to the discussion the litigation in Fazenda Santo Henrique, currently occupied by Sucocítrico Cutrale. This pretension is justified in the attempt to demonstrate the rejuvenation and the scourge suffered not only by the marginalized, but also by society as a whole. It is noteworthy that the research was made possible by means of the inductive method, with the use of a literary revision of the doctrines related to the subject matter.

KEYWORDS: Democratic Land Distribution; Right to Housing; Social Function of the Earth.

INTRODUÇÃO

¹ Advogado, Bacharel em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2018), cursando Especialização Lat Sensu em Direito Público - PUC Minas. Atualmente é consultor jurídico do Centro de Referência Especializada em Assistência Social e Assessor para Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal de Agudos.

A sociedade contemporânea perpassa por diversas transformações que geram mudanças paradigmáticas na estrutura da sociedade. Diante disto, observa-se no Brasil um processo de modernização conservadora, por meio do qual o Estado investiu e incentivou a agricultura latifundiária, a qual fomentou, por consequência, a desigualdade. Nesta gênese, surgem conflitos diários inerentes a movimentos sociais que nascem com o objetivo de denunciar a realidade das ocupações de terra.

Resta latente, desde já, a envergadura da temática que acaba por afetar grande parte da sociedade, o que *per si*, implica na necessidade de reflexões sobre o ordenamento jurídico com a intenção de concretizar o acesso à moradia e às condições mínimas de subsistência.

Para tanto, em um primeiro momento, busca-se compreender a conjuntura sócio-política da sociedade contemporânea, para que seja possível uma visão adequada das transformações sociais que fundamentaram uma sociedade desigual. Mais além, pretende-se tornar inteligível os óbices que se apresentam na efetivação das garantias dispostas constitucionalmente.

A partir daí a pesquisa percorre por um estudo sobre a prescrição constitucional da função social da terra e dos dispositivos jurídicos, os quais permitem uma distribuição adequada das porções de terras ociosas. Pretende-se observar se o ordenamento jurídico vigente é capaz de ao menos amenizar as condições paradoxais inerentes à sociedade contemporânea que envolvem o tema em questão.

Por fim, de maneira derradeira, a pesquisa se deita em uma reflexão da efetividade dos dispositivos jurídicos que permitiriam uma distribuição democrática da terra, com o fito de compreender se as garantias constitucionais podem ser efetivadas por meio do ordenamento jurídico posto.

De forma a ilustrar a realidade, traz-se ao cerne da discussão o caso do litígio travado na fazenda Santo Henrique, localizada no interior de São Paulo. Ocorre que as porções de terra em questão foram adquiridas pela União com o objetivo de promover a reforma agrária. Contudo, tem-se que o espaço em questão está sendo ocupado pela Empresa Suco Cítrico Cutrale. Sem entrar no cerne do mérito jurídico, o estudo que aqui se apresenta pretende ilustrar o grau de eficiência do Estado não só em promover uma resposta para o referido conflito, mas também em propiciar meios eficazes de uma distribuição de terras de maneira democrática.

Ou seja, em que pese os litígios travados, o que se pretende é desenvolver uma reflexão sobre a eficiência dos dispositivos jurídicos existentes em ao menos amenizar as condições desiguais existentes no Brasil, oriundas de uma formação história que fomentou a desigualdade nacional. Destaca-se que a presente pesquisa se faz possível por meio de uma revisão literária de estudos pertinentes à temática, utilizando-se do método indutivo.

1. O “LIXO SOCIAL” E SUAS ORIGENS

A sociedade capitalista impõe aos indivíduos uma forma de se relacionar completamente diferente, como bem diz Leonardo Avritzer (1995, p. 6): “as formas de conexão entre os indivíduos se modificam após a criação do mercado e do Estado moderno e precisam ser aprendidas por aqueles que interagem no interior dessas estruturas”.

Para Bauman (2007, 2001), as conexões entre os indivíduos na *Pós Modernidade* são simplesmente ferramentas pontuais, nas quais o indivíduo pode se conectar com o outro e se desconectar ao mesmo tempo. Na verdade, o grande salto das relações sociais é o fato de que não é muito trabalhoso o processo de conexão e desconexão entre os indivíduos, de modo tal que não são criados fortes laços entre os mesmos.

Nota-se um cenário fragmentado, no qual a ausência de empatia se mostra como algo perene e impede a formação de políticas públicas capazes de atender aqueles que se encontram marginalizados socialmente. Ademais, este ambiente é permeado por condições paradoxais como “máximo desenvolvimento, máximo deslumbramento, de um lado, e máxima miséria, máximo esquecimento, máxima alienação, máximo individualismo de outro lado” (BITTAR, 2011, p. 243).

Urge, portanto, a necessidade de se compreender melhor a realidade contemporânea, para que assim seja possível desenvolver proposituras capazes de ao menos amenizar as aflições inerentes a este período. Esta é exatamente a preocupação destacada por Dallmayr (2001, p. 21), ao passo que “a questão que pode ser levantada, entretanto, é se as iniciativas pós-modernas têm um potencial capacitados ou incapacitados da vida pública”.

Natural a consideração que a ocupação de terras possui uma ligação indissociável com a vida pública, tendo inclusive a Constituição Federal garantido em seu artigo 6º a moradia como um direito social. Mais além, visando efetivar a distribuição de terras, a própria Lei Maior em seu artigo 5º, inciso XXIII prescreve a necessidade do cumprimento da função social da propriedade.

Ocorre que no Brasil houve um processo de Modernização Conservadora, no qual não houve um processo adequado de distribuição de terras, mas sim um acúmulo dos meios de produção pelos grandes latifundiários (PIRES, RAMOS, 2009). É possível perceber um duplo descompasso no desenvolvimento agrário brasileiro, o primeiro no que diz respeito à “liberação de mão-de-obra pelo complexo rural ou autarcia familiar” e o outro “de integração dessa mesma mão-de-obra no quadro da economia social (de mercado ou socialista) – é precisamente o traço dominante do fenômeno estudado como crise agrária” (RANGEL, 2000, p. 144).

Tornando latente a responsabilidade do Estado neste processo de concentração de terras, destaca-se o fato de que o próprio Banco do Brasil acabou privilegiando os grandes produtores, em

razão destes representaram uma transação de maior porte (SZMRECSÁNYI E RAMOS, 2002). Nesta transição tecnológica, financiada pelo poder público, é possível identificar que alguns indivíduos sem acesso ao financiamento público ou ao capital necessário para se atualizar, permaneceram sem condições de acompanhar a modernização, fazendo com que:

[...] parte da superpopulação relativa no campo, como membros não-remunerados da força de trabalho familiar nas pequenas explorações ou são lançados nas zonas urbanas ao “rebotallo da sociedade” – o lumpesinato –, constituído pelos trombadinhas, prostitutas, mendigos e ladrões. (GRAZIANO DA SILVA, 1999, p. 103).

Complementando o excerto parte desta superpopulação marginalizada, começa a se articular em movimentos sociais, com o fito de denunciar a realidade social de ocupação das terras no Brasil. A modernização brasileira passou a representar um avanço técnico que fundamentava a desigualdade social e passava a propiciar um ambiente de grande marginalidade social:

[...] cada vez mais havia a penetração do progresso técnico nas grandes unidades de exploração agropecuárias nacionais e mais terras eram libertas pelo capital, que, adicionadas às áreas de expansão da fronteira agrícola, ampliaram muito o estoque de terras disponíveis para fins mercantis (PIRES, RAMOS, 2009, p. 419).

Somado ao fator de concentração de terras e marginalização social, tem-se o medo do fantasma da inutilidade, ou seja, o temor de se tornar inútil perante a sociedade e poder ser descartado a qualquer momento (SENNETT, 2006). Inicia-se assim, uma luta de tudo e todos, vez que “o capitalismo é essencialmente desigualitário, por fundamentar-se na lei do mais forte, na luta pela sobrevivência no campo de batalha do mercado” (RAMONEDA, 2000, p. 73).

Neste cenário belicoso é natural a compreensão de que haja vencedores e vencidos e é a partir deste momento que se inicia um processo de criação de pessoas *excedentes* ou *supérfluas*, excluídas de maneira permanente do corpo social (BAUMAN, 2007). Bauman (2009, p. 24) compreende esses indivíduos como um *underclass*:

[...] gente que não se soma a qualquer categoria social legítima, indivíduos que ficaram fora das classes, que não desempenham nenhuma das funções reconhecidas, aprovadas, úteis, ou melhor, indispensáveis, em geral realizadas pelos membros “normais” da sociedade; gente que não contribui para a vida social.

A Modernização Conservadora no Brasil gerou esta massa de indivíduos dispensáveis representando uma verdadeira camada de lixo social, que “para falar de forma mais brutal, sem meios-termos, para as ‘pessoas de bem’, seria melhor que essas outras pessoas desaparecessem de vez” (BAUMAN, 2007, p. 80). Esta crítica incisiva à cultura contemporânea, de uma sociedade fragmentarizadas e sem qualquer tipo de empatia para com o próximo, retrata um problema social a ser enfrentado pelo direito. Tornando ainda mais cristalina a problemática tem-se o seguinte ponto:

A questão agrária tornou-se então mais grave, haja vista que o descompasso entre a expulsão de mão-de-obra livre do setor rural foi mais forte vis-à-vis à absorção destes trabalhadores pelos núcleos capitalistas. Por sua vez, estes estoques de trabalhadores rurais livres tiveram um papel fundamental para o processo de acumulação de capital,

principalmente em uma economia crivada pela heterogeneidade estrutural como a brasileira, porque rebaixou mais o poder de compra dos trabalhadores. (PIRES, RAMOS, 2009, p. 420).

Explicitando ainda mais as razões da marginalização social e o fato de indivíduos restarem desprovido de terras e condições para subsistir, necessário destacar o seguinte ponto: “ao impor a rápida modernização de lugares muito distantes, o grande mundo do livre mercado, da livre circulação financeira, criou uma enorme quantidade de gente “supérflua”, que perdeu todos os meios de sustento e não pode continuar a viver como seus antepassados. (BAUMAN, 2009, p.79). Neste cenário é possível inferir que “com o desaparecimento da propriedade coletiva, sobreveio a da família, que, paulatinamente foi sendo aniquilada” (DINIZ, 2015, p.126)

É possível perceber na gênese constitucional latina, a falta da cultura de inclusão, cooperação e integração, que de alguma forma fosse capaz de gerar desenvolvimento econômico, distribuição de bens e de renda nas populações que nasciam no período pós-independência. Assim, ao invés da garantia de instituições abertas à inclusão e a cidadania, foi gerado um processo de violência e marginalização de grande parte da população (ALARCÓN, 2017).

Ante o exposto, nota-se uma das faces geradoras de uma massa sem classe, despida de qualquer função na estrutura social construída historicamente, consubstanciando em um aglutinado de pessoas estigmatizadas como um *lixo social*. Obviamente, este não deve ser um estudo delegado somente à sociologia, vez que apresenta preocupações contundentes e práticas de ordem jurídica, devendo os operadores do direito buscar a compreensão da realidade social para desenvolver uma hermenêutica capaz de acolher aqueles que se encontram marginalizados e, por conseguinte, diminuir as situações paradoxais do mundo contemporâneo, no qual se observa, em um mesmo *locus*, o máximo desenvolvimento e máxima miséria.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA E A NECESSIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO

Como visto, a ocupação de terras no Brasil foi marcada por um cenário conflituoso, no qual a acumulação se fez possível em razão do próprio apoio estatal. Interessante se faz, diante desta realidade a concepção de alguns autores que encaram o surgimento da propriedade privada de maneira simultânea ao próprio Estado (DINIZ, 2015).

As Leis Maiores surgem a princípio com o objetivo principal de limitar o poderio Estatal, assim como se pode ver na Carta Magna do Rei João Sem Terra, na Declaração de Direitos e no nascimento do *due process of law*, ou em sua forma brasileira, o devido processo legal. Assim, a moradia e a propriedade nascem “como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET,

2015, p. 324). Ou seja, são consagrados direitos negativos que impõe limites de atuação do corpo social frente às individualidades e seus direitos entendidos como próprios (MENDES, BRANCO, 2013).

Interessante notar a maneira pela qual o direito à propriedade é tratado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em seu artigo XVII, prescrevendo que “todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”. Destaca-se que o disposto não prevê uma garantia a propriedade de forma estática, mas sim impõe uma perspectiva dinâmica que busca a efetivação do direito à moradia para todos e não a simples tutela daqueles que já possuem uma propriedade (FACCHINI NETO, 2018).

Deve-se frisar de início que a evolução dos direitos fundamentais possui um elo intrínseco com o nascimento do Estado Constitucional, que por sua vez existe para a devida tutela dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2015). Deste modo “correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que valores mais caros da existência humana” (MENDES; BRANCO, 2013, p.135).

Neste toar surge a concepção de um direito à moradia, com a intenção de proporcionar a todos não somente a sobrevivência, mas também uma vida digna capaz de oferecer o mínimo existencial para cada ser. Tal direito, portanto, se manifesta de maneira inequívoca em sua fundamentabilidade, conforme se vê:

Hoje, contudo, não há mais dúvidas de que o direito à moradia é um direito fundamental autônomo, de forte conteúdo existencial, considerado, por alguns, até mesmo um direito de personalidade (pelo menos naquilo em que vinculado à dignidade da pessoa humana e às condições para o pleno desenvolvimento da personalidade), não se confundindo com o direito à (e de) propriedade, já que se trata de direitos distintos. (SARLET, 2015, p. 658)

Percebe-se que o Estado Brasileiro, em seu apogeu constitucional em 1988, foi referenciado por um modelo de Estado Democrático de Direito, com uma Constituição de cunho profundamente social. Contudo, a mera existência de dispositivos jurídicos, naturalmente não se fazem suficientes para romper com as desigualdades sociais até então existentes, sendo necessária a efetivação do conteúdo prescrito. Outrossim, analisando o artigo 5º da Lei Maior brasileira, é possível perceber que esta tratou a propriedade não simplesmente como um direito individual, mas sim fundamental, tendo como fito garantir a todos a propriedade e inclusive oportunizando mecanismos de desapropriação em razão de interesses sociais. Neste toar, assim “como os demais direitos fundamentais, o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito a prestação) (SARLET, 2018, p. 580).

Colocando ainda mais em evidência a conjuntura político-social que possibilitou a

compreensão do direito à propriedade e à moradia como fundamental, Bobbio (2004, p. 8) entende que o surgimento ou aceitação destes direitos como fundamentais e inerentes ao homem:

Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

Complementando esta concepção, diante de uma visão material, os direitos fundamentais compõem opções dos constituintes em razão dos valores encarados como imprescindíveis à sociedade (ROTHENBURG, 2010). Deste modo a Constituição Federal de 88 demonstra o fito de resguardar condições mínimas para que cada indivíduo possa desenvolver seus objetivos pessoais e poder viver de maneira digna. Mais além, a Lei Maior brasileira se manifesta como uma resposta natural aos acúmulos de terras, gerados diante de uma modernização conservadora, que fomentou a desigualdade social por meio das próprias políticas públicas estatais ao longo dos anos. Contudo, de acordo com Pietro Alarcón (2017, p. 25), tem-se em um primeiro momento a ideia constitucional frágil e debilitada, resultando naturalmente em:

[...] um Constitucionalismo pouco criativo, mistura instrumentalmente adaptada da Europa e Estados Unidos, porém tímido diante de uma realidade de conflitos próprios de sociedades inseguras e dependentes. A Constituição cumpria o papel de estatuto formal da sociedade, enquanto a cultura dos códigos era reproduzida desde o ensino jurídico e se entrelaçava com as necessidades de expansão do capital de poucas famílias espalhadas ao longo do território dos Estados.

Destaca-se, portanto, um distanciamento entre o disposto no ordenamento jurídico e a condição material da sociedade. Neste cenário, a Lei Maior passa a ser mera regulamentação formal da sociedade que nada efetiva para mitigar as desigualdades, ou promover direitos elementares, seguindo-se simplesmente a lógica do capitalismo desleal que fomenta cada vez mais a desigualdade social, conforme perspectiva de Sennett (2006).

A América Latina possui uma peculiaridade em sua gênese jurídica, apresentando barreiras na consagração dos direitos fundamentais, assim como ressalta Flávia Piovesan (2017, p. 1359 – 1360):

A região latino-americana marcada por sociedades pós-coloniais tem assim sido caracterizada por elevado grau de exclusão e violência ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região sofre com um centralismo autoritário de poder, o que vem a gerar o fenômeno do “hiperpresidencialismo” ou formas de “democracia delegativa”. A democratização fortaleceu a proteção de direitos, sem, contudo, efetivar reformas institucionais profundas necessárias à consolidação do Estado Democrático de Direito. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Percebe-se um cenário de não efetivação das normas constitucionais, que gera por consequência natural o nascimento de conflitos e lutas campesinas em diversos pontos de ocupação de terras pelo país. Neste ambiente propício ao berço dos movimentos sociais, camponeses

organizados através da via campesina, buscam a democratização da terra, e a reforma popular com a intenção de reformular justamente a estrutura fundiária, assim como se nota no seguinte excerto:

[...] não é pulverização antieconômica da terra; é sim, uma redistribuição da renda, do poder e de direitos, aparecendo as formas multifamiliar e cooperativada como alternativas viáveis para o não fracionamento da propriedade [...] não desejam a mera distribuição de pequenos lotes, o que apenas os habilitaria a continuarem sendo uma forma de barateamento de mão-de-obra para as grandes propriedades. Mas almejam uma mudança na estrutura política e social no campo, sobre a qual se assenta o poder dos grandes proprietários de terras (SILVA, 2001, p. 54-55).

Assim, a ideia de reforma agrária a ser pensada, segundo os movimentos sociais, é a necessidade de romper com as oligarquias detentoras de terra, conforme exposto em um primeiro momento, e democratizar o cultivo, introduzindo gradativamente a mudança de paradigma social necessário. Nota-se, portanto, que a Constituição Federal surge de maneira ímpar no seio social possibilitando dispositivos que buscam amenizar os efeitos da Modernização Conservadora ocorrida no Brasil.

Pari passu, a disposição constitucional sobre a necessidade do cumprimento da função social da terra, em seu artigo 5º, inciso XXIII, se manifesta como um instituto jurídico imprescindível para a democratização das terras e efetivação do direito à moradia, ao passo que possibilita a distribuição de terras não utilizadas de maneira harmoniosa ao direito fundamental à propriedade. Para Paulo Nader (2016), quando se nota que a atividade legislativa prescreve a necessidade do cumprimento da função social da propriedade e oferece mecanismos de conversão da posse em domínio – como a utilização da usucapião para fins sociais – percebe-se que existe uma legislação preocupada com o bem-estar social da sociedade.

Outrossim, uma vez que a concentração de terras se deu em razão da própria atuação do poder público, é inexorável que este tenha uma conduta ativa ao se tratar do assunto para que seja concretizada não somente a Lei Básica brasileira, mas principalmente as condições mínimas e dignas para que todo cidadão possa se transcender como indivíduo.

3. A DISTRIBUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE TERRAS E SUA (IN)EFICIÊNCIA NO CENÁRIO BRASILEIRO

Como visto, o ordenamento jurídico nacional possibilita mecanismos que visam a concretização da distribuição das terras, porém se faz necessário um procedimento para averiguar não somente a necessidade do feito, como também as possibilidades. Ou seja, ao mesmo tempo em que se deve averiguar as condições daqueles que buscam por uma moradia digna é necessária a verificação do devido cumprimento da função social das terras litigiosas. Contudo, a mora processual por vezes se apresentam como um óbice para a concretização dos direitos discutidos em

questão.

Para ilustrar a questão, a presente pesquisa traz à discussão o conflito travado na fazenda Santo Henrique. O litígio tem início no século XX, quando a União, no intuito de promover a colonização agrária do interior do Estado de São Paulo, achou por bem adquirir inúmeras glebas rurais, totalizando aproximadamente 50.000 (cinquenta mil) hectares de terras particulares – onde atualmente localizam-se partes dos Municípios de Iaras, Agudos, Lençóis Paulista, Borebi e Águas de Santa Bárbara - a fim de garantir o desenvolvimento da região através da fixação de colonos que na época migravam para o Brasil (PELEGRIN, 2011).

No entanto, a região em questão perpassa por um conflito litigioso no judiciário autuado sob o número 2006.61.25.002729-2/SP originária da 1ª Vara Federal de Ourinhos, no qual o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) requereu imediata imissão na posse em face de ocupação ilegal por parte da Sucocítrico Cutrale na Fazenda Santo Henrique, em 31 agosto de 2006. Porém, até o desfecho da presente pesquisa ainda existem recursos pendentes de julgamentos nos tribunais superiores questionando a legitimidade do Incra para a propositura da ação.

Em que pese tamanho preciosismo da discussão quanto à legitimidade para propositura da ação, passaram-se 13 anos em um impasse sem qualquer análise sobre a matéria de fato. Enquanto isto, a sociedade permanece em um conflito diário travado na região, conforme retrata a mídia nacional.²

Não bastasse tamanha morosidade nos processos judiciais, as questões em âmbito administrativo demonstram um óbice ainda maior na concretização da distribuição de terras no Brasil. Isto pois, no início do ano corrente, por meio do Memorando-Circular nº 6/2019/DF/SEDE/INCRA, houve o “sobrestamento no local onde se encontram, a partir desta data, de todos os processos de aquisição, desapropriação, adjudicação ou outra forma de obtenção em curso até ulterior deliberação por parte desta Diretoria” (INCRA, 2019a, *online*).

Não o bastante, o Memorando-Circular nº 8/2019/DF/SEDE/INCRA determinou também “sobrestamento da tramitação de todos os processos em curso, exceto os processos oriundos de decisão judicial, até ulterior deliberação por parte desta Diretoria” (INCRA, 2019b, *online*). Inobstante, o Memorando-Circular nº 26/2019/GABT-1/GABT/GAB/P/SEDE/INCRA, “considerando interpretação equivocada de parte das orientações neles contidos e a fim de evitar

2 Apenas para ilustrar a envergadura dos conflitos e a cobertura midiática, tem-se as seguintes reportagens acessadas no dia 25 de junho de 2016: <<https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2018/09/11/suspeito-de-liderar-invasoes-do-mst-em-fazenda-de-borebi-e-presos-em-agudos.ghtml>>; <<https://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2019/02/18/suspeito-de-liderar-invasoes-do-mst-em-fazenda-de-borebi-e-novamente-presos.ghtml>>; <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,integrantes-do-mst-sao-despejados-em-agudos-sp,531516>>; <<https://www.jcnet.com.br/Regional/2014/05/mst-invade-fazenda-em-domelia-districto-de-agudos.html>>

prejuízos à tramitação dos processos administrativos em questão” determinou a “imediate revogação dos memorandos-circulares supracitados, bem como determino ainda a suspensão do sobrestamento dos processos administrativos das duas diretorias afetados pelos memorandos mencionados” (INCRA, 2019, *online*).

Em que pese a revogação dos memorandos que apresentavam barreiras na concretização da Reforma Agrária no Brasil, é notória a desarticulação das políticas públicas que visam efetivar o direito à moradia e a democratização das terras. Necessário se faz pontuar o prescrito no artigo 184 da Lei Maior nacional:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Nota-se a importância constitucional da temática e a preocupação do legislador em oportunizar meios para que o Estado não só efetivasse o cumprimento da função social da terra, como também oportunizasse a todos os cidadãos meios de acesso às glebas ociosas. Assim, “sempre que a propriedade rural afronte o princípio da função social que é emprestado ao bem, impõe-se a sanção expropriatória por interesse social que para fins de reforma agrária” (MOLINARO, 2018, p. 1973). Vale o destaque para o fato de que:

[...] a força normativa do princípio da função social da propriedade destina-se a todos: ao legislador, que, ao inovar no plano normativo, necessariamente deverá levar em conta a função social da propriedade; ao jurista em geral, que, ao interpretar a legislação ordinária (seja a disciplina codificada do direito das coisas, seja a legislação o estatuto da cidade, estatuto da terra, lei de locações ou qualquer outra que se refira a posse, utilização, acesso ou domínio de bens), deverá fazê-lo à luz desse princípio; ao magistrado, que, na aplicação do Direito ao caso concreto, igualmente deverá estar consciente das implicações práticas de tal princípio; bem como também aos particulares, que nas suas relações entre si não poderão ignorar o significado e alcance do princípio da função social. (FACHINNI NETO, 2018, p. 340)

Inobstante, em face à condição material apresentada no cenário nacional é possível perceber o esvaziamento da ordem constitucional, no qual o administrador público ainda não percebeu que a Constituição da República não é um mero de livro com dicas a serem seguidas se assim lhe aprouver, mas trata-se verdadeiramente do pacto social e suas ordens e as implementação de sua efetivação são dever do administrador público (BARROSO, 2005).

Outrossim, além dos dispositivos jurídicos apresentarem naturalmente uma morosidade demasiada, deixando de promover uma resposta prática à distribuição de terras e o acesso à moradia, nota-se que o governo permanece desarticulado em uma política de Reforma Agrária que poderia por termo aos conflitos em questão.

Alarmando ainda mais a situação, tem-se que o Brasil apresenta um Déficit habitacional de

6,355 milhões de unidades (FJP, 2018). Paralelamente a esta realidade, tem-se que dos imóveis vagos, “6,893 milhões estão em condições de serem ocupados” (FJP, 2018, p. 37). Resta latente, portanto, a ausência de políticas públicas eficientes em efetivar a distribuição de terras e evitar, por conseguinte, os conflitos que são travados diariamente nos meandros sociais, sejam em áreas urbanas ou rurais. O que se pode perceber em face deste cenário é a inexistência de ações paradigmáticas que busquem contundentemente realocar os indivíduos sem moradia nos seios sociais capazes de recebê-los.

Ante todo o exposto, em que pese a preocupação da Carta Política em tratar da temática, buscando facilitar a democratização das terras, tem-se que a morosidade processual se apresenta como óbice na concretização do acesso a moradia e do cumprimento da função social da terra. Ademais, mesmo diante das prescrições constitucionais sobre a Reforma Agrária, a ineficiência estatal se manifesta de modo tal que os dispositivos jurídicos passam a ser simples desígnios formais desprovidos de qualquer efetivação prática e material na conjuntura social. Por derradeiro, compreende-se que a Constituição Federal tratou a temática de maneira ímpar ao prescrever dispositivos que tivessem como objetivo a democratização de terras, embora seja inegável a necessidade de aperfeiçoamento dos mesmos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual cenário conflituoso que envolve a ocupação de terras no Brasil, a presente pesquisa urge com o fito de analisar de maneira crítica este embate, buscando compreender as raízes da desigualdade social brasileira atrelada à distribuição de glebas, para que assim se faça possível uma análise crítica do ordenamento jurídico e suas disposições sobre a temática.

Para tanto, em um primeiro momento, a presente pesquisa se preocupa em contextualizar as formas de ocupação das terras no Brasil e o devido processo de modernização nacional. Por meio deste se fez possível identificar que a Modernização brasileira tratou-se de um processo conservador, no qual a concentração de terras foi incentivada pela própria política pública estatal por meio de incentivos e financiamentos de grandes produtores latifundiários.

Neste cenário, percebe-se uma grande massa de indivíduos marginalizados, assombrados pelo *fantasma da inutilidade* e etiquetados como uma aglutinação social *underclass*. Compreende-se, nesse sentido, que o Estado brasileiro corroborou para com a formação de uma sociedade marginalizada e desigual, ambiente propício para o surgimento de diversos conflitos relacionados à ocupação da terra.

Posteriormente, buscou-se compreender a maneira pela qual a Carta Política nacional encara o direito à propriedade e à moradia, de modo a proporcionar uma compreensão adequada ao

tema. Pontua-se que a Constituição de 88 aborda o assunto de maneira ímpar ao consagrar a propriedade como um direito fundamental e estipular que esta deve cumprir a sua função social. Nesse sentido, referido direito não perpassa simplesmente como uma ação negativa do poder público, mas também positiva, vez que é responsabilizado por averiguar o devido cumprimento da função social e fazer, quando necessário, a correspondente distribuição das terras com o fito de efetivar a incumbência constitucional.

Ademais, tem-se na Lei Maior a consagração da moradia como um direito social que deve ser garantido a todos, indicando de maneira ainda mais incisiva a necessidade do Estado em praticar ações que visem efetivar o disposto constitucionalmente. Contudo, tem-se que não bastam meras disposições que garantam supostos direitos, sem que haja uma atuação estatal para que estes sejam cristalizados de maneira material.

Contudo, em uma derradeira reflexão, o presente artigo buscou analisar a mora processual inerente aos conflitos de terra no Brasil. Para tanto, utilizou-se do processo 2006.61.25.002729-2/SP para ilustrar como uma ação perpassa por cerca de 13 anos sem ao menos analisar o mérito da questão. Em que pese a importância da discussão sobre a legitimidade da propositura da ação, tem-se que no decorrer deste processo vários conflitos foram travados e pessoas continuam sem a garantia de uma moradia e de subsídios para a sua subsistência. Ou seja, a questão material da efetivação do direito à moradia não é concretizada e o Estado se apresenta de maneira ineficiente diante de uma sociedade permeada por um ambiente belicoso.

Ademais, pontua-se em um último momento, diante do cenário analisado, a desarticulação da União em concretizar políticas públicas que poderiam findar os litígios relacionados à terra ou ao menos amenizá-los.

Nota-se, portanto, que embora o ordenamento jurídico pátrio apresente mecanismos que possibilitam a distribuição de terras de forma democrática, a morosidade judicial se apresenta como um impasse para a concretização de direito. Mais além, o déficit habitacional brasileiro se apresenta de maneira relativamente proporcional ao número de habitações vagas em condições de serem ocupadas, deixando ainda mais latente a falta de políticas públicas, devidamente articuladas, que sejam capazes de efetivar o acesso adequado às moradias.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. 1ª. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017;

AVRITZER, Leonardo. Cultura política, atores sociais e democratização: uma crítica às teorias da transição para a democracia. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 10, n. 28, 1995;

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v.58, p. 129-173, jan.2005;

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007;

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009;

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;

BITTAR, Eduardo Carlos. Bianca. **Democracia, Justiça e Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011;

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugida: algumas reflexões modernas e pós-modernas. In: Souza, Jessé (org.) **Democracia Hoje**. Brasília: UNB, 2001;

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em:
<<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2019;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHINNI NETO, Eugênio. **Art. 5º, XXIII**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coordenadores). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

FUNDAÇÃO JOAO PINHEIRO. **Déficit Habitacional no Brasil**. Belo Horizonte: FJP, 2018

GRAZIANO DA SILVA, José. **Tecnologia e agricultura familiar**. Porto Alegre: Editora UFRGS, 1999;

INCRA. **Memorando-Circular nº 26/2019/GABT-1/GABT/GAB/P/SEDE/INCRA** Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/01/SEI_INCRA-2541208-Memorando-Circular.pdf> Acesso: 27/06/2019 (2019a);

INCRA. **Memorando-Circular nº 6/2019/DT/SEDE/INCRA** Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/01/SEI_INCRA-2522126-Memorando-Circular.pdf> Acesso:27/06/2019 (2019b);

INCRA. **Memorando-Circular nº 8/2019/DF/SEDE/INCRA** Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/01/SEI_INCRA-2522549-Memorando-Circular.pdf> Acesso: 27/06/2019 (2019c);

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

MOLINARO, Carlos Alberto. **Art. 184**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coordenadores). **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito das Coisas. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

PELEGRIN, Rodolfo Augusto Monteiro. MST Cutrale e Núcleo Colonial Monção: Estudos Preliminares de um conflito. **GT 2: Sem-Terra, Indígena e Quilombola e as Disputas Territoriais no Brasil – Programa de Mestrado IPPRI – Unesp.** Marília, 2011;

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017;

PIRES, Murilo José de Souza; RAMOS, Pedro. O termo modernização conservadora: sua origem e utilização no Brasil. **Revista Econômica do Nordeste**, v. 40, n. 3, p. 411-424, 2009.

RAMONEDA, Josep. **Depois da paixão política.** São Paulo: Editora SENAC, 2000;

RANGEL, Ignácio. **Questão agrária, industrialização e crise urbana no Brasil.** Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2000;

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito Constitucional.** 1ªed. São Paulo: Verbatim, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Art. 6º.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (coordenadores). **Comentários à Constituição Federal do Brasil.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

SARLET. Ingo Wolfgang; MARINONI. Luiz Guilherme; Mitidiero. Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo.** Rio de Janeiro: Record, 2006;

SILVA, José Graziano da. O que é questão agrária. São Paulo: Brasiliense, 2001;

SZMRECSÁNYI, Tamás; RAMOS, Pedro. O papel das políticas governamentais na modernização da agricultura brasileira. In: SZMRECSÁNYI, T.; SUZIGAN, W. **História econômica do Brasil contemporâneo.** São Paulo: EDUSP, 2002.

O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO UM DEVER DO ESTADO: NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

João Victor Nardo ANDREASSA¹
Pedro Rodrigues de Freitas LIPPE²

RESUMO

A realidade atual é aquela que nomina-se de sociedade da informação, onde lida-se com a utilização de novas tecnologias diariamente e com mudanças constantes. Disto, resulta novos anseios sociais, que devem ser elevados. Destas necessidades surge a hipótese de pesquisa: o acesso à informação é um direito fundamental na sociedade da informação? Sendo este o objetivo geral do presente artigo científico. O tema mostra-se importante para designar o patamar do direito à informação. Além do objetivo geral, têm-se como objetivos específicos a avaliação da sociedade da informação, e a evolução dos direitos fundamentais por intermédio do estudo das dimensões destes. O método aplicado é o dedutivo, em que, utilizando-se de duas premissas gerais, uma maior e outra menor, seja possível chegar-se a um resultado lógico. Emprega-se a pesquisa bibliográfica e documental como procedimentos metodológicos. Conclui-se que o acesso à informação é um direito fundamental de quarta geração, ante seu caráter fundamental para os indivíduos da sociedade da informação.

PALAVRAS-CHAVE: Dimensões dos direitos fundamentais; Tecnologia; Tutela estatal.

ABSTRACT

The current reality is one that is noticed by the information society, where it deals with the use of new technologies daily and with constant changes. This results in new social desires, which must be elevated. The research hypothesis arises from these needs: is access to information a fundamental right in the information society? This is the general objective of this scientific article. The theme is important to designate the level of the right to information. In addition to the general objective, specific objectives are the evaluation of the information society, and the evolution of fundamental rights through the study of the dimensions of these. The method applied is the deductive, in which, using two general assumptions, one larger and one smaller, it is possible to reach a logical result. We employ bibliographic and documental research as methodological procedures. It is concluded that access to information is a fundamental right of fourth generation, before its fundamental character for individuals in the information society.

KEYWORDS: Dimensions of fundamental rights; Technology; State guardianship.

INTRODUÇÃO

O momento histórico atual demonstra a globalização, o rompimento das barreiras culturais que existiram anteriormente na humanidade. Um dos novos elementos, a internet, surge, e com ela,

1 Mestrando em Direito pelo Programa de Estudo Pós-Graduado em Direito - Mestrado, do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP na modalidade Auxílio para Pagamento de Taxas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - Uni-FIO. Advogado.

2 Mestrando em Direito no Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, possui especialização em Gestão e Legislação Tributária (2018), graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2015). Atualmente é servidor público do Estado de São Paulo.

uma nova forma de poder eleva-se. Através dela, pode-se modificar comportamentos, o mercado financeiro, e até mesmo eleger e derrubar governos. A sociedade atual é a sociedade da informação.

A sociedade da informação, com suas mudanças sociais impostas, revela uma série de mudanças necessárias a adequar a vida do cidadão. Por conseguinte, surgem novos anseios, e, um deste, é a imperiosidade do acesso à informação.

Mostra-se, diante do tema, a relevância de pesquisar-se sobre o acesso à informação, de maneira a definir o status deste direito, e especificar o modo de regulamentação que deve ser feito pelo Estado.

A hipótese de pesquisa consiste em responder à questão: o acesso à informação é um direito fundamental na sociedade da informação? Explicita-se que este é o objetivo geral deste trabalho. Têm-se, ainda, como objetivos específicos, a avaliação da sociedade da informação, bem como a evolução dos direitos fundamentais.

Os objetivos traçados são trabalhados pelo método dedutivo, com a premissa maior da rotulação do grupo social atual como a sociedade da informação, a premissa menor das dimensões dos direitos fundamentais, e, da análise lógica destas, chegar-se-á a uma conclusão. Utilizar-se-á de pesquisas bibliográficas e documentais como procedimentos metodológicos.

Com relação ao caminho percorrido, inicia-se pela análise da sociedade da informação. Será apresentado um breve panorama da evolução das relações humanas, passando, após, a tratar da inclusão digital, e como esta influencia a vida cotidiana.

No seguimento do desenvolvimento, apresenta-se definições da literatura sobre a evolução dos direitos fundamentais. A evolução dos direitos fundamentais será abordada por meio das dimensões dos direitos fundamentais, forma didática de demonstração da evolução dos direitos humanos, destacando-se a primeira dimensão, relacionada ao direito de liberdade, a segunda, do dever de efetivação dos direitos sociais, a terceira, pertinente à fraternidade e a quarta dimensão, na qual irá propor-se nesta o encaixe do direito à informação, dando-se ênfase para a obra de Bonavides e Sarlet.

Após, tratar-se-á da informação como um direito fundamental, utilizando-se, para esta finalidade, de mandamentos postos na Constituição Federal brasileira de 1988 e da legislação ordinária, fazendo uma relação lógica com as duas premissas apresentadas nos tópicos anteriores, o que culminará, ao fim, em uma conclusão.

1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A era atual é a da informação. A inclusão digital se mostra de grande importância para todos os aspectos da vida dos cidadãos. Em qualquer atividade, exige-se um conhecimento básico

sobre as novas tecnologias que guiam os ramos estatais e privados. Desta forma, conhecer a sociedade da informação é uma forma importante de mensurar a importância que o Estado deve dar a esse direito.

Apesar de sua criação se dar em período anterior, a internet se popularizou nos anos 1990, tornando-se uma ferramenta de comunicação mundial, o que remodelou as relações socioeconômicas (REIS; ZIEMANN, 2016, p. 7). Anteriormente, a internet não impactava a sociedade, já atualmente, grande parte da população tem, em seu bolso, um aparelho capaz de interligá-lo com qualquer pessoa do mundo.

A dinâmica mundial nunca mais será a mesma. Os acontecimentos, por exemplo, ocorridos na China, chegam ao outro lado do mundo quase que instantaneamente, tendo implicações diretas no contexto social, econômico, cultural. Isto demonstra a Revolução Digital ocorrida na sociedade do final do século XX.

Dito de outra forma, desde que os mecanismos de comunicação, como telefone, televisão, e, é claro, o computador, passaram a integrar a realidade essa passou a se modificar. Alteraram-se as formas de interação interpessoal, modificaram-se as formas de comprar e vender, e, inclusive, remodelaram-se as formas de ensinar e aprender. Assim, a economia, o direito, a sociologia, enfim, as mais variadas áreas do conhecimento (e da vida) viram-se invadidas por uma nova forma de interação (REIS; ZIEMANN, 2016, p. 7-8).

As formas tradicionais de relações humanas desaparecem. Exemplo disto é o comércio digital, que revolucionou a maneira como as pessoas consomem produtos, impactando, inclusive, no fechamento de vários estabelecimentos físicos, dada a diminuição de demanda nestes estabelecimentos.

É comum deparar-se com crianças de poucos anos de vida que manuseiam *smartphones* de forma muito mais acurada do que adultos. A tecnologia é introduzida com rapidez na vida do indivíduo, pois os nascidos nesta geração estão habituados às mudanças tecnológicas constantes, diferentemente das gerações passadas.

As redes sociais constituem outra vertente desta revolução. A vida passou-se a ser compartilhada, e este compartilhamento vem influenciando a construção pessoal dos usuários das redes sociais. O Facebook, Twitter, Instagram e WhatsApp, para citar as mais utilizadas no Brasil, são o principal meio de acesso a notícias sobre o mundo e sobre as pessoas próximas ao usuário, revelando o poder de influência que esta ferramenta pode ter.

As redes sociais são multilíngue, com nacionalidades de quase todos os países do mundo, de várias etnias e religiões, e onde as empresas, a mídia e a governação têm já presença muito significativa. Foi no Facebook que o Presidente Obama dos EUA anunciou a sua recandidatura; presidentes, casas reais, primeiros-ministros, parlamentos, etc., são utilizadores assíduos desta rede, e também os órgãos de comunicação social e as empresas mais competitivas estão presentes (MENDES, 2017, p. 70).

O momento mundial é o da integração, diminuição de fronteiras pela via digital, de

influenciadores digitais ditando comportamentos, aumentando o consumo de produtos, e, até, determinando resultados de eleições. A população vive na Sociedade da Informação.

Assim, a cada dia que passa a internet tem-se tornado o meio de comunicação mais usado intensamente no mundo inteiro; e com esse uso frequente por seus navegadores, surgem diversas redes sociais, em que cada um tem o livre acesso de publicação de sua vida, seus preceitos, seus gostos, suas políticas, bem como liberdade para adicionar pessoas, postar fotos, jogos e uma infinidade de opções que proporciona na bendita e maldita rede social (LEITE; FIORILLO, 2016, p. 347).

A capacidade dessa nova realidade é assustadora, e tal expressão pode ser entendida nos aspectos positivos e negativos. A parcela positiva da tecnologia é a facilidade, segurança, sociabilidade, cultura e conhecimento que podem trazer de maneira imediata para qualquer cidadão que tenha a disponibilidade da internet em suas mãos. Atualmente é possível entrar em um ambiente de realidade virtual para se curar traumas e doenças mentais, com médicos de outra parte do planeta.

No entanto a tecnologia possui pontos negativos, tal como a liberdade de expressão de maneira preconceituosa, anonimato, crimes eletrônicos, falsa veiculação de informações, uso da internet para manipulação econômica e social. Esses pontos de destaque possuem um poder de impacto em uma pessoa, comunidade, cidade, país, cuja reparação é muito mais complexa, demorada e até irreversível em alguns casos. Sendo assim, a era digital pode trazer esses dois campos óticos de possibilidades.

Os pensamentos difundidos são de fácil criação e maleáveis. O conhecimento e a informação têm inúmeros detentores, sendo que, os consumidores desta informação, tem uma maior capacidade de assimilar o conteúdo transmitido. Sobre a flexibilidade e capacidade criacional, Fiorillo e Ferreira dissertam:

Marcadamente a definição de sociedade da informação está permeada de complexidade e contradições, mas sobretudo é marcada por duas características essenciais: sua intensa flexibilidade e capacidade criacional. Flexibilidade porque absorve a maior velocidade das trocas de informação e, com isso, mantém sua fluidez no tempo e no espaço. Capacidade criacional porque proporciona maior interação entre informante e informado, propiciando uma abertura no domínio da titularidade do conhecimento gerado e posto em divulgação (FIORILLO; FERREIRA, 2017, p. 23).

A população mundial está diante de um momento histórico, uma nova forma de interação entre os povos, que pode ser utilizada para o crescimento próspero da humanidade, ou, para fins escusos, a depender de quem utiliza os meios postos. Esta nova era é a Sociedade da Informação.

Momentos de luz que pode-se citar o avanço na área médica, engenharia, agrícola, enfim, em quase todas as atividades profissionais, hoje atuam como um pilar e até uma forma de acelerar os processos destas. No âmbito jurídico, temos a digitalização dos processos, em alguns estados quase tudo é feito de forma eletrônica, assim economizando recursos, tempo e pessoas para

processar um volume maior de processos.

Porém existem episódios escuros neste avanço, eleições sendo manipuladas por outras nações, partidos políticos e grandes corporações, autoridades e pessoas públicas sofrendo abalos em suas imagens em virtude de notícias falsas veiculadas em grandes mídias com algum interesse por de baixo da aparência. Tal cuidado que a sociedade da informação deve encontrar quando no uso destas tecnologias.

A sociedade da informação é uma era que vem depois da pós-modernidade (MALHEIRO, 2018, p. 3). É o período no qual se encontra atualmente a sociedade. As mudanças tecnológicas são constantes e atingem diretamente a vida em sociedade.

No século XX, tinha-se a sociedade industrial, que foi substituída pela sociedade da informação do século XXI, em que as informações evoluem num ritmo inimaginável (MALHEIRO, 2018, p. 3).

É oportuno demonstrar que, como ensinam Fiorillo e Ferreira (2017, p. 20), a expressão Sociedade da Informação, é “utilizada para demonstrar as inter-relações globais que ocorrem por meio das tecnologias da comunicação, não apenas se liga aos fatores de expansão do capitalismo, mas, ao mesmo tempo, identifica importante troca de conhecimentos, sons, imagens e culturas”.

Marcacini (2016, p. 14) explica que, ao proporcionar comunicação entre as pessoas, as novas tecnologias tornaram-se instrumentos revolucionários em relação aos costumes, mudando a vida, a organização política, econômica, constatando que a comunicação propicia acesso à informação, e acesso à informação significa poder.

A Sociedade da Informação impôs a coletividade uma mudança de rumos, saindo-se de qualquer zona de conforto que poder-se-ia ter anteriormente. Deste modo, aquele que não tem informação, está em desvantagem.

Uma das mudanças abruptas da Sociedade da Informação pode ser verificada na esfera pública, onde, para a participação efetiva, é necessário o domínio de um nível maior de complexidade, tendo de saber-se como filtrar e selecionar as informações recebidas e compartilhadas (REIS; ZIEMANN, 2016, p. 8).

Entretanto, a maior parcela da população não detém esta capacidade, sendo facilmente ludibriada pelas *fake news*, que deturbam a realidade e induzem o administrado a não conhecer o que se passa realmente com o governo municipal, estadual e federal.

Malheiro (2018, p. 6) prescreve as formas de comunicações tecnológicas colaboram com a base material para integração global, fomentando o intercâmbio de informações entre os indivíduos, corporações e instituições.

O uso de ferramentas tecnológicas como a internet pode conferir suporte para

manifestações de diferentes ordens, tais como as realizadas por comunidades indígenas, quilombolas e outros atores individuais e coletivos. Ao mesmo tempo iniciativas estatais ou ainda promovidas a partir das corporações podem ser divulgadas de modo a facilitar o diálogo interno e externo de cada nação (FIORILLO; FERREIRA, 2017, p. 20).

O patamar de relevância atingido pela informação na sociedade atual, não pode ser deixada de lado. É preciso posicionar corretamente o direito à informação, de modo a dar-lhe a seriedade que este instituto merece.

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Expostas as considerações acerca da sociedade da informação, faz-se necessário dissertar sobre a evolução e as dimensões dos direitos fundamentais, para melhor compreender os direitos fundamentais, e a elevação da informação a este patamar.

As Constituições Modernas visam limitar e vincular os poderes, para que estes não sejam absolutos (CAMBI, 2018, p. 31). Constitui, os direitos fundamentais, princípios, que devem permear toda a esfera jurídica, podendo ser analisado na dimensão vertical, que se dá na relação Estado e cidadão, e na esfera privada, com particulares formalmente igual, mas com desequilíbrio entre estes, com a dimensão horizontal (CAMBI, 2018, p. 32-33).

Por princípio, deve-se expressar que os direitos fundamentais não são separados por dimensões, uma vez que os direitos fundamentais estão sempre em constante mutação, e o novo direito não exclui o anteriormente conquistado (SARLET, 2015, p. 46). Estas conquistas são realizadas no decorrer da passagem humana, e, disto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são históricos.

Os direitos fundamentais são históricos, porque nascem e se desenvolvem, gradualmente, em certas circunstâncias de lutas sociais e políticas pela defesa de novas liberdades contra velhos poderes (v.g., movimentos liberais, socialistas, feministas, antirracistas, ecológicos, pacifistas etc.) (CAMBI, 2018, p. 40).

Oriundo do lema revolucionário do século XVII, o lema francês trouxe os princípios da sequência histórica dos direitos fundamentais, a liberdade, igualdade e fraternidade, onde os direitos fundamentais passaram a manifestar-se em três gerações sucessivas, tendo por norte a universalidade (BONAVIDES, 2011, p. 563).

Os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles que afirmam o indivíduo perante o Estado, impondo a este uma zona de não intervenção, sendo direitos de cunho negativo ao Poder Público (SARLET, 2015, p. 46-47).

Estes direitos são os primeiros a demonstrarem no instrumento normativo constitucional os direitos civis e políticos, correspondendo à um prisma histórico inaugural do constitucionalismo do Ocidente (BONAVIDES, 2011, p. 563).

Por ter o homem como figura individual, esta dimensão destaca-se pelos direitos de liberdade de consciência, culto, inviolabilidade de domicílio (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 79). São os direitos ligados a liberdade, mas notadamente, a liberdade formal, àquela perante a lei, de mesma forma algumas garantias processuais, como o devido processo legal, *habeas corpus* e direito de petição (SARLET, 2015, p. 47).

Os direitos econômicos, sociais e culturais reportam-se a segunda dimensão, que não mais pensava-se em uma postura distante do Estado, pelo contrário, necessitava-se de ações positivas do Estado, como assistência à saúde, educação, trabalho, entre outros. Sarlet destaca este caráter ao expressar:

Estes direitos fundamentais, que embrionária, e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1848 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos e prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação e trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa (SARLET, 2015, p. 47).

Estes direitos nasceram do constitucionalismo de diferentes formas de Estado social, decorrentes da política antiliberal do século XX, sendo intimamente ligados ao princípio da igualdade (BONAVIDES, 2011, p. 564). Reforçando o caráter participativo do Estado para efetivação destes direitos, Bonavides disserta:

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criado”, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração (BONAVIDES, 2011, p. 567).

Ainda sobre os direitos de segunda dimensão, estes não compreendem apenas a prestações positivas do Estado, mas também as liberdades sociais, tendo por exemplos, a liberdade de sindicalização, direito de greve, direitos dos trabalhadores, e se reportam ainda ao indivíduo, e não aos direitos coletivos e difusos, que reportam-se à terceira dimensão (SARLET, 2015, p. 48).

Na terceira dimensão, têm-se os direitos de solidariedade e fraternidade, o destinatário é o gênero humano, afirmado em um momento de massivo de sua afirmação “como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2011, p. 569). O homem-indivíduo deixa de ser a figura central destes direitos, concentrando-se na universalidade, visando a proteção de grupos humanos.

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 (SARLET, 2015, p. 49).

A tradicional doutrina elenca apenas estas três dimensões dos direitos fundamentais. Entretanto, vários autores apontam para a existência de uma quarta dimensão. Nesta, seriam os direitos dos povos, objetivando preservar o ser humano, como a biossegurança, a democracia e a inclusão digital (MALHEIRO, 2018, p. 8).

Bonavides (2011, p. 571) ensina que, em razão da globalização, é necessário também, globalizar os direitos fundamentais, de forma a universalizá-los no campo institucional, auferindo humanização e legitimidade.

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (BONAVIDES, 2011, p. 571).

A democracia que diz respeito à esta dimensão deverá ser uma democracia direta, possível pelos avanços da tecnologia e comunicação, e legitimamente sustentável pela informação correta às aberturas pluralistas do sistema global (BONAVIDES, 2011, p. 571).

Os direitos sociais da segunda dimensão, e os direitos ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, à paz e à fraternidade, da terceira dimensão, continuam ativos nesta quarta dimensão, são estruturas básicas à democracia (BONAVIDES, 2011, p. 572). Bonavides explica ainda que:

Os direitos de quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la, a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão ficam opulentos em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico (BONAVIDES, 2011, p. 572).

A paz harmônica no globo é requisito essencial para que haja uma verdadeira relação política entre as diferentes nações, fazendo-se que os direitos fundamentais se disseminem e atinjam a todos. Sobre este tema, Sarler leciona:

Para além da qualificação jurídico-dogmática da paz como direito fundamental na ordem constitucional, aspecto que merece maior desenvolvimento, o que importa – e quanto a este ponto, absolutamente precisa e oportuna a sua revalorização – é a percepção de que a paz (interna ou externa), em todos os sentidos que possa assumir, não reduzida à ausência de guerra entre as nações ou de ausência de guerra civil (interna), é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto, portanto (embora não exclusivo), para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral (SARLET, 2015, p. 52).

A informação afigura-se nesta quarta dimensão dos direitos fundamentais. Grande parte da vida pessoal e profissional das pessoas dependem da informação. Destarte, já figura como dever do Estado proporcionar acesso à informação para todos, como tratar-se-á no próximo tópico.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO

A importância da informação na presente sociedade pende para a imperiosidade de

implementação de acesso à informação para a população. É possível, assim, pensar-se na informação como um dever do Estado.

A proteção legal à informação seria possível, inclusive, pela via constitucional, dado que o artigo 5º, inciso XVI, da Constituição Federal de 1988, assegura a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte, sendo um direito a um conjunto de dados (MALHEIRO, 2018, p. 6).

Já existem atualmente dispositivos que versam sobre alguns temas envolvendo a informação. A Constituição Federal de 1988 assegura a privacidade e o sigilo da informação em detrimento ao acesso e a divulgação ilimitado desta. Conforme menciona Ferrari e Siqueira (2016), uma rápida leitura do texto constitucional, leva ao encontro dos incisos X, XII e XIV do artigo 5º. Estes dispositivos remetem a privacidade das informações íntimas e pessoais, o sigilo das correspondências, conversas telefônicas e até mesmo no sentido amplo das mensagens de meio eletrônico, assim como o sigilo de informações dentro do cunho profissional.

Tais ferramentas constitucionais podem e devem ser utilizadas amplamente no que refere-se a informação como direito fundamental. A explicação para tal é que, uma vez com o acesso universal e fundamental na vida das pessoas, o direito a não exposição destas informações ganha maior relevância e necessidade da concretização destes dispositivos constitucionais.

Este mandamento constitucional realmente pode fundamentar o direito à informação. Contudo, o acesso à informação demonstra-se um preceito fundamental pela necessidade de tutela existente nesta sociedade globalizada.

Os direitos fundamentais não são postos, mas, sim, são frutos de mutações sociais, que ensejam novas situações que merecem a proteção do Estado. Esta proteção normalmente advém de uma conquista popular, o que deve ter-se neste caso.

Ainda no sentido da efetividade do direito fundamental, deve-se lembrar a diferença entre o direito à informação e o direito a liberdade à informação, previsão constitucional está com tema amplamente debatido entre os doutrinadores constitucionais brasileiros. O primeiro, assunto do presente artigo, refere-se ao efetivo acesso do cidadão as informações mundiais em todos os aspectos, desde uma informação de um órgão do Estado até uma simples notícia midiática sobre determinado artista reconhecido localmente. É o cidadão poder ter o contato com a informação por meio da internet.

Internet que na atualidade no Brasil não é universal a todos, de um lado temos regiões do país, o qual possui cobertura de internet de grande velocidade em quase todo seu território, já por outro lado temos regiões, o qual possui este serviço com precariedade. É neste momento que entra a necessidade do debate em relação ao direito fundamental a informação.

Já no que tange ao segundo direito, este previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, prevê que as

informações de órgãos oficiais devem ser publicizadas sempre que possível, permitindo assim que todo cidadão consiga exercer o controle social nas decisões e gastos estatais, assim como, poder fiscalizar e cobrar os agentes públicos eleitos. Com isso, dá-se a efetivação da democracia.

Representando um grande avanço, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 passou a regulamentar os mandamentos constitucionais relativos ao citado inciso XXXIII do artigo 5º, juntamente com o inciso II do § 3º do artigo 37 e o § 2º do artigo 216 da Constituição Federal.

Esta lei visa efetivar o acesso às informações que devam ser prestadas pela administração pública, como fica claro no caput do artigo 3º, que exprime: “Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes”. Salientando a importância da edição desta lei, Barros e Pereira prelecionam:

A lei de acesso à informação coloca o Brasil em uma tendência mundial de regularização da transparência pública, tendo em ambiente virtual espaço fértil para a divulgação dos dados públicos e a partir daí a emergência de uma cidadania participativa mais efetiva na construção da democracia (BARROS; PEREIRA, 2015, p. 6).

Apesar de tratar apenas da informação no âmbito da relação administração e administrado, nota-se um vislumbre da real importância da informação na sociedade atual, e como ela deve ser amparada pelo poder estatal não só na esfera pública, mas também em relação ao direito privado.

Um já decretado direito fundamental, o outro ainda galgando tal status, são imprescindíveis para a manutenção do Estado Democrático de Direito e garantir os direitos fundamentais individuais, uma vez que, a informação consegue ser uma ponte para efetivações de outros direitos fundamentais escusos pelo Estado ou cuja garantia não efetivada. É o único modo do cidadão ter acesso a legislação, artigos acadêmicos, real prestação de serviços públicos, assim como meras divulgações midiáticas que auxiliam na informação.

A maquiagem da informação por um particular e pelo Estado a fim de demonstrar resultados que não conseguiu efetivar é um atentado contra a democracia, tal como cita Lopes:

Sempre é bom lembrar que a manipulação de dados divulgados por governos com o intuito de fazer com que seus resultados pareçam melhores do que realmente são é algo bastante comum em democracias, mesmo nas mais consolidadas. Metodologia, forma de divulgação, base de comparação, apresentação de informações, enfim, uma série de fatores pode ser utilizada para a maquiagem de dados oficiais (LOPES, 2007, p. 22-23).

Em relação ao direito a informação, a mídia popular é um caminho essencial para efetivar o direito a informação, porém, pode ser uma armadilha contra a democracia e o cidadão caso os detentores e divulgadores da informação, a mídia, usem estratégias de divulgação tendenciosas que norteiam percepções errôneas dos ouvintes ou telespectadores, causando danos irreversíveis ao Estado Democrático.

Em término de análise, até mesmo a elevação de preços, precariedade no sinal e pouca

disponibilidade do serviço de internet pode ser um atentado ao direito ao acesso à informação, cujo, possui a rede mundial de computadores como sistema principal de divulgação de informação de todos os sentidos. Porém, também é uma ferramenta perigosa que exige atenção e senso crítico de quem a usa, visto que, informações falsas e tendenciosas disponibilizadas de forma proposital com intuito de causar abalos em determinada instituição, sistema ou pessoa é um alerta do que a informação pode causar.

Desta forma, a realidade brasileira já demonstra que, das mudanças sociais ocorridas pela globalização e disseminação da informação, esta é uma mutação social que deverá ser regulada e tutelada pelo Estado. Os direitos que compreendem à quarta dimensão dos direitos fundamentais necessitam de uma atuação ativa do Estado, e não pode ser ignorada por aqueles que administram as funções estatais.

CONCLUSÃO

A coletividade é composta nos dias atuais de informação. A informação gera poder, e, quem tem este poder pode utilizá-lo para vender seus produtos, serviços, quando tratando-se de um ramo comercial, ou para governar um país, valendo-se das redes sociais para comunicar-se com a população. Esta é a sociedade da informação, do mundo globalizado e sem fronteiras, onde o acesso a informação determina a integração do indivíduo na sociedade.

Como demonstrado, está ligada intensamente a todos os pormenores da vida. Necessita-se de informação para a saúde, como nos casos de políticas públicas de prevenções a doenças, na educação, sendo que um grande de número de pessoas no Brasil está ingressando no ensino superior por intermédio dos cursos EAD, na segurança, e demais preceitos básicos de um Estado. É uma imposição da sociedade da informação.

Os direitos fundamentais, classificado em dimensões neste trabalho, demonstra que não há rigidez nestas dimensões. Os direitos são concebidos das transformações sociais que acontecem durante a história, em um ciclo em que criam-se direitos a medida que a sociedade evolui. Destas mudanças, emergem premências para que se resguardem o bem-estar social. Desta forma, pelo Estado, o dever de salvaguardar os direitos sobrevividos das novas realidades.

Pela universalidade, a garantia da democracia, pluralismo e informação, os direitos fundamentais de quarta dimensão mostram-se aqueles necessários a harmonizar e zelar pela convivência pacífica da população globalizada e integrada.

Como a sociedade da informação exige que a informação seja democrática, de acesso amplo a todos, mostra-se que surgiu um novo direito fundamental. Seu aspecto fundamental mostra-se na carência daqueles que não têm acesso à informação.

Conclui-se, pelas duas premissas verdadeiras, e com as informações citadas no presente artigo que o acesso à informação é um direito fundamental de quarta geração em construção, devendo ser devidamente positivado e otimizado pelo Estado, de maneira a garantir-se a todos este direito. Porém, há observações aos direitos individuais já garantidos constitucionalmente, tal como a privacidade e ao sigilo nas informações devem ser resguardados com rigor na era da informação.

Além disso, cabe ao Estado a positivação e também o cuidado com os desdobramentos que esse direito fundamental trará, como já mencionados anteriormente, o simples abuso nos preços da disponibilização desse serviço já é motivo para o Estado estar zelando pela nova garantia constitucional de quarta geração.

REFERÊNCIAS

BARROS, Bruno Mello Corrêa de; PEREIRA, Marília do Nascimento. O direito fundamental à informação: do paradigma da cidadania à consolidação democrática. *In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*, 12., 2015, Santa Cruz do Sul. **VIII Mostra de trabalhos jurídicos científicos**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13156/2247>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** – 26. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 05 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 24 jun. 2019.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. – 2. ed. – São Paulo: Almedina, 2018.

FERRARI, Caroline Clariano; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O direito a informação como direito fundamental ao estado democrático. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** – vol. 4, n. 2 – Bebedouro: UNIFAFIBE, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.25245/rdsp.v4i2.174>. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/174/pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Cidadania e controle social em

face da sociedade da informação no Estado democrático de direito: a tutela jurídica do meio ambiente digital em face aos adolescentes. *In*: CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, 2. 2017, Mação. **Area Domeniu**. Vol. 6. Mação: Instituto Terra e Memória, 2017. Disponível em:

<http://pacadnetwork.com/sitemuseu/images/publicacoes/II%20congresso%20Luso%20Brasileiro%20de%20Direitos%20Humanos%20na%20Sociedade%20de%20Informa%C3%A7%C3%A3o.%20-%20Area%20Domeniu.pdf.pdf#page=17>. Acesso em: 04 jun. 2019.

GRUMAN, Marcelo. Lei de Acesso à informação: Notas e um breve exemplo. **Revista Debates**. vol. 6. n. 3 – Porto Alegre: UFRGS, 2012. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/debates/article/view/34229/23345>. Acesso em: 25 jun. 2019.

LEITE, Flávia Piva Almeida; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Sustentabilidade no meio ambiente cultural – o exercício da liberdade de expressão na sociedade da informação. **Veredas do Direito** – v.13, n.26 – Belo Horizonte: Dom Helder Escola de Direito, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v13i26.858>. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/858/510>. Acesso em: 03 jun. 2019.

LOPES, Cristiano Alencar. Acesso à informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos – literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro. **Caderno de Finanças Públicas**. n. 8 – Brasília: Escola de Administração Fazendária, 2007. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bEPRD-uj3zsJ:www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/cadernos-de-financas-publicas-1/arquivo.2013-04-18.4951615613+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 25 jun. 2019.

MALHEIROS, Emerson Penha. A inclusão digital como direito fundamental na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais (Online)** – Vol. 987/2018 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016a926d440fb53f4e5a&docguid=Ic6303d50fa7411e7beb0010000000000&hitguid=Ic6303d50fa7411e7beb0010000000000&spos=8&epos=8&td=4000&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 maio 2019.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Aspectos fundamentais do Marco Civil da Internet**: Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Edição do Autor, 2016.

MENDES, José Ribeiro. O homem digital na sociedade de informação. *In*: CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, 2. 2017, Mação. **Area Domeniu**. Vol. 6. Mação: Instituto Terra e Memória, 2017. Disponível em: <http://pacadnetwork.com/sitemuseu/images/publicacoes/II%20congresso%20Luso%20Brasileiro%20de%20Direitos%20Humanos%20na%20Sociedade%20de%20Informa%C3%A7%C3%A3o.%20-%20Area%20Domeniu.pdf.pdf#page=17>. Acesso em: 04 jun. 2019.

REIS, Jorge Renato dos; ZIEMANN, Aneline dos Santos. Direitos fundamentais na sociedade da informação e a influência dos blogs. *In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*, 12., 2016, Santa Cruz do Sul. **II Mostra nacional de trabalhos científicos**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14735/3566>. Acesso em: 04 jun. 2019.

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

VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ** – n. 28 – Rio de Janeiro: UERJ, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/20298>. Acesso em: 04 maio 2019.

O APADRINHAMENTO AFETIVO VISANDO GARANTIR A CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA LEI Nº 13.509/17

Mariana Delminda Bernardes UTIYAMA¹

RESUMO

O presente trabalho aborda inicialmente as inovações trazidas pela Lei nº 13.509/17, principalmente em relação a redução dos prazos para destituição do poder familiar e da adoção, além de discorrer acerca da incansável busca pela família natural, o que acaba por gerar mais danos ao infante, tendo em vista o sentimento de “devolução” e culpa. Outro aspecto relevante apresentado é a divergência entre o número de adotantes e de adotandos disponíveis no CNA, assim, as crianças maiores de dois anos vão se tornando “inadotáveis” e assim, são privadas do convívio familiar. Deste modo, a fim de garantir um desenvolvimento digno, a Lei expressamente prevê o instituto do apadrinhamento afetivo, em especial, aqueles com maior idade e de difícil adoção. Ressalta-se que o artigo 19-B, §2º, proíbe que os padrinhos/madrinhas adotem o afilhado, no entanto, tal artigo merece ser mitigado em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois, não entende-se como um meio de burlar o sistema, e sim, como maneira de oferecer ao infante, com remotas possibilidades de ser adotado pelo CNA, uma família. Além disso, é necessário que o Estado e a sociedade divulguem de maneira efetiva o apadrinhamento. Utilizou-se o método dedutivo de pesquisa, baseado em dados, livros, reportagens e artigos.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção; Morosidade Judicial; Institucionalização; Direito Fundamental.

ABSTRACT

The present work initially addresses the innovations brought by Law nº 13.509/17, mainly in relation to the reduction of the deadlines for destitution of family power and adoption, as well as to talk about the relentless search for the natural family, which ends up causing more damage to the family. infant, in view of the feeling of "devolution" and guilt. Another relevant aspect presented is the divergence between the number of adopters and adopters available in the CNA, thus, children over two years of age become "unauthorized" and thus are deprived of family life. Thus, in order to ensure a dignified development, the Law expressly provides for the institute of affective sponsorship, especially those with greater age and difficult to adopt. It should be emphasized that Article 19-B, §2º, prohibits godparents from adopting the godchild, however, this article deserves to be mitigated with regard to the principle of the best interests of children and adolescents, since it is not understood as a means of circumventing the system, but as a way of offering the infant, with remote possibilities of being adopted by the CNA, a family. In addition, it is necessary for the State and society to effectively disclose sponsorship. We used the deductive method of research, based on data, books, reports and articles.

KEYWORDS: Adoption; Judicial delinquency; Institutionalization; Fundamental right.

INTRODUÇÃO

O direito à convivência familiar está previsto no artigo 227 da Constituição Federal. Assim, visando garantir a sua eficácia, aprovou-se a Lei nº13.509/17 a fim de reduzir os prazos para

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Estagiária do Tribunal de Justiça do Paraná. Integrante do Grupo de Pesquisa INTERVEPES, vinculado ao Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: marianadbu@gmail.com

a destituição do poder familiar e do processo de adoção, tendo em vista que a morosidade judicial é um grande entrave do atual sistema.

No entanto, em que pese as inovações benéficas trazidas, conforme dados do CNA, em sua maioria, os adotantes desejam crianças menores de dois anos, ocorre que, nas instituições de acolhimento, há crianças em idades superiores, grupos de irmãos e deficientes. Portanto, esses infantes são privados da convivência familiar e de um desenvolvimento digno.

Deste modo, buscou-se meios para garantir tais direitos fundamentais, por exemplo, o apadrinhamento afetivo, pois, em que pese o programa de acolhimento institucional seja adequado nos casos de ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes, o fato é que o caráter provisório da medida é constantemente descumprido.

Assim, a essência do apadrinhamento é evitar que o acolhimento prive direitos essenciais ao crescimento adequado, portanto, é necessário estreitar vínculos afetivos nesses infantes que na maioria das vezes, se encontram sem esperanças de reinserção no núcleo familiar e comunitário.

Porém, a referida Lei foi deveras vaga na implementação e fiscalização do instituto e, por mais que as instituições possuam certa autonomia, é necessário maior esclarecimento para que não ocorra mais danos aos infantes.

Além disso, o artigo 19-B, § 2º, dispõe a respeito do requisito para os interessados em apadrinhar, impossibilitando-os de estarem inseridos no CNA, fato este que tem fomentado divergências e controvérsias. Tais situações devem ser analisadas no caso concreto, pois, muitos infantes se encontram há anos abrigados institucionalmente e sem perspectiva de adoção.

Isso acontece porque, não raras vezes, o apadrinhamento acaba representando um potencial instrumento eficiente e capaz de proporcionar a construção de laços afetivos a ponto de suscitar o desejo pela adoção.

Inicialmente, fora feito uma análise do projeto de Lei nº 5.850/16, que acarretou na Lei nº 13.509/17, demonstrando suas alterações mais significativas, além da necessidade da celeridade e da divergência entre os números de adotantes e adotandos.

Ademais, há certas incongruências na referida Lei, como no caso do direito da genitora ao sigilo e a busca incessante à família extensa preferencial à adotiva, gerando mais demora no processo de destituição do poder familiar.

Em momento posterior, analisou o instituto do apadrinhamento afetivo, o qual visa resguardar o vínculo familiar, e as famílias cadastradas junto à Vara de Infância e Juventude, após serem aprovadas, recebem o infante para acolhimento. Por fim, discorreu acerca das dificuldades do apadrinhamento e da morosidade judicial.

1 ASPECTOS DA LEI Nº13.509/17

Em 2016, o deputado federal Augusto Coutinho propôs o projeto de Lei nº 5.850, objetivando minimizar as burocracias e a morosidade judicial do processo de adoção e de destituição do poder familiar.

O presente projeto de lei cuida de alterar a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com vistas a tornar mais céleres os procedimentos relacionados à destituição de poder familiar e à adoção de crianças e adolescentes, tendo em vista os efeitos especialmente nocivos que a morosidade pode acarretar aos menores de dezoito anos neste campo de atuação do Poder Judiciário. Nesse sentido, busca-se reforçar a supremacia dos direitos e interesses da criança e do adolescente, enunciando-se esta expressamente entre as normas concernentes à adoção do aludido Estatuto, a fim de que isto possa facilitar a solução rápida de conflitos e questões variadas que surjam no curso de procedimentos de destituição de poder familiar e de adoção.²

Deste modo, a Lei modifica diversos aspectos essenciais visando garantir a eficácia do Direito das Crianças e Adolescentes. Nesse tocante, tem-se que a celeridade é primordial, pois os prejuízos em razão da morosidade são irreversíveis, principalmente em relação a adoção.

Assim, pretende-se que os princípios sejam seguidos, pois, a duração razoável do processo é imprescindível nessas situações, tornando-se um dos fatores decisivos para o resultado, tendo em vista que, enquanto 92,7% dos pretendentes desejam uma criança com idade entre zero e 5 anos, o CNA informa que apenas 8,8% das crianças e adolescentes aptos à adoção têm essa idade.

A fim de se adequar a realidade, a Lei 13.509 buscou aprimorar o sistema e fazê-lo um reflexo dos que estão institucionalizados, portanto, priorizou os adotantes que desejam os grupos com maiores dificuldades em serem adotados.

A adoção de crianças e adolescentes, com a Lei 13.509, de 22.11.2017, ganhou novas regras, as quais pretendem tornar ainda mais célere o processo, privilegiando interessados em adotar grupo de irmãos, crianças e adolescente com deficiência, doença crônica ou necessidades específicas de saúde.³

Tal inovação legislativa é voltado à inclusão social e extremamente relevante, visto que, historicamente, as possibilidades de uma família substituta são remotas.

Além disso, alterou-se o prazo máximo de permanência em instituições de acolhimento, passando de dois anos para dezoito meses. Assim como, o prazo do estágio de convivência foi fixado em noventa dias, período que era ato de discricionariedade do magistrado.

Outro propósito da nova legislação, refere-se aos casos em que a gestante ou mãe possui interesse na entrega de seu filho para adoção, assim, em razão do estado gestacional e puerperal, a decisão necessita de acompanhamento técnico e orientação profissional.

2 Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.850/2016**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C97C8A844CFF632FF16E03EE96EB2A0D.proposicoesWebExterno1?codteor=1515981&filename=Avulso+-PL+5850/2016. 2016. Acesso em: 10 julho 2019.

3 VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 238.

Assim, surge uma incongruência na legislação, o que foi ocasionado pelo parágrafo terceiro do artigo 19-A da Lei n. 13.509 de 2017, que prevê a busca pela família extensa da criança entregue à adoção.

Deste modo, colidem o direito da genitora ao sigilo e o direito do infante à convivência familiar e comunitária, sendo a família extensa preferencial à adotiva. Entretanto, o parecer do CAOPCAE⁴ do Ministério Público do Estado do Paraná manifesta-se em defesa do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente:

No entendimento deste CAOP da Criança e do Adolescente o melhor entendimento é aquele que considera em primeiro lugar o superior interesse da criança. Por óbvio deve-se amparar e acompanhar a mãe seja do ponto de vista social ou psicológico, mas a prevalência é o direito da criança a convivência familiar, e esta deve ser priorizada quando houver choque com o direito da genitora à privacidade.

Deste modo, evidencia-se diversos benefícios advindos com a nova legislação, no entanto, a legislação e o ECA priorizam incansavelmente a família natural, sendo excepcionalidade a família substituta.

Assim, o processo de destituição do poder familiar acaba por levar anos, deixando de ser algo cauteloso para ser um entrave à adoção.

A adoção acaba sendo empregada apenas em casos de absoluta impossibilidade de permanência na família natural, motivo pelo qual foi objeto de crítica, pois ficou conhecida como Lei da Adoção, quando na verdade, ela busca promover a família natural de todas as formas possíveis.

O fato é que a adoção transformou-se em medida excepcional, a qual deve se recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa (ECA 39, §1º). Assim, a chamada lei da adoção não consegue alcançar seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão, tanto que onze vezes faz referência à prioridade da família natural.⁵

Portanto, até que se chegue à adoção, existe um longo caminho para o infante, quer na procura de algum familiar, quer na procura por pais, e somente depois de frustradas todas as tentativas de manter o menor na família biológica ou extensa é que começará a destituição do poder familiar.

Porém, a decretação da destituição do poder familiar deverá ser realizada em no máximo cento e vinte dias. Então, quando finalizada é que haverá a inclusão no cadastro de adoção, ressalta-se que durante esse percurso estes jovens ficam sem amparo familiar.

4 **Evento da CAOPCAE/MPPR em comemoração aos 27 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

Disponível em:

http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/eca/comparativo_eca_x_lei_13509_2017_caopcae.pdf. Acesso em: 10 julho 2019.

5 DIAS, Maria Berenice. **Adoção sem preconceito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-22/depender-lei-adocao-continuara-sonho>>. Acesso em: 11 de julho 2019.

Além disso, na maioria das vezes, o tempo prolongado na instituição acarreta danos irreversíveis às crianças e aos adolescentes que, mediante intervenção estatal, teriam seus direitos assegurados.

Por isso, a legislação prevê um prazo máximo de dois anos para que a situação seja resolvida, além de que, de seis em seis meses, realize-se reavaliações visando abreviar o afastamento do convívio familiar.

A adoção é o único que cumpre com todas as funções que caracterizam uma família, porque permite refazer os vínculos da relação filial. É o único sistema que colabora amplamente na internalização do sentimento de autoestima, chave para o processo de uma personalidade sadia e construtiva. É um sistema que não marginaliza, pelo contrário, integra, fazendo com que a criança possa adquirir o equilíbrio e o amadurecimento que lhe permitirão, quando adulto, assumir suas futuras responsabilidades sociais e familiares, e o pleno exercício de sua cidadania.⁶

O ECA e a Lei nº 12.010/09 preveem o fortalecimento da família, sendo esse também um dos objetivos da Lei nº 13.509, a qual traz vários artigos que mencionam a criação de políticas e programas governamentais de apoio às famílias, com o intuito de preservar o desenvolvimento integral à criança.

A relatora da Lei 13.509/17, Marta Suplicy, considera que:

Essas crianças que estão nos abrigos gostariam de ter um lar, mas é tanta burocracia que elas não conseguem ser adotadas. Demora tanto tempo para chegar ao cadastro nacional que aí elas crescem e muitas famílias se desinteressam desse processo. Esse projeto foca nesse gargalo para agilizar os procedimentos relacionados à destituição do poder familiar e à adoção de crianças e adolescentes.⁷

Nota-se que a intenção do legislador foi de proteger os infantes em situação de fragilidade, conforme João Seabra Diniz, “a decisão de entregar uma criança pode significar um esforço generoso para garantir a ela condições que a mãe não lhe pode oferecer, o que não deve ser considerado necessariamente uma rejeição”.⁸

Entre os mitos e preconceitos que interferem na opção pela adoção não se pode quedar a existência da mãe biológica. Ela, que por vezes tenta, e diante de tanta desestrutura, desabafa e entrega seu filho às vezes tardiamente. Ela, que na grande maioria é abandonada pelo companheiro, pelo Estado e carrega o peso da culpa para o resto de sua vida.⁹

Deste modo, o acompanhamento psicológico da mãe durante a gestação é primordial, porém, não há necessidade de tantas tentativas em manter a criança em sua família extensa, fato que apenas prolonga o processo de destituição do poder familiar e, conseqüentemente, o sofrimento do infante.

6 FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e Adoção**. Curitiba: Terre des hommes, 1994, p. 7.

7 Da Redação. Sancionada lei que acelera processos de adoção. Senado Notícias, 24.11.2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/24/sancionada-lei-que-acelera-processos-de-adocao>> Acesso em: 17 de junho de 2019.

8 FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e adoção**. Curitiba: Terre des hommes, 1994, p. 21.

9 BOCHINA, Simone Franzoni. **Da adoção – Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 205.

2 O INSTITUTO DO APADRINHAMENTO AFETIVO

Os responsáveis pela efetivação do direito fundamental à convivência familiar elencado no artigo 227 da Constituição Federal são: “a família, a sociedade em geral, a comunidade e o Estado.” (FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. *ADOÇÃO – Guia Prático Doutrinário e Processual*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 16)

A Constituição Federal deu conformação estrutural especial aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, criando um dever de asseguramento prioritário deles, imposto aos adultos (representados no trinômio Família-Sociedade-Estado, referindo na CF 227, *caput*), fazendo com que esses direitos fundamentais gerem obrigações essencialmente comissivas aos obrigados.¹⁰

Isto é, para que as crianças não cresçam e se desenvolvam em abrigos e/ou instituições de acolhimento, buscou-se uma alternativa acolhedora que possa suprir, de certo modo, a ausência de uma família.

Entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição encontra-se o da convivência familiar, onde o instituto da adoção acaba sendo reconhecido como uma das formas para a sua realização. Em outras palavras, a criança e o adolescente têm direito a conviver em uma família, e há a necessidade de se desenvolver políticas públicas, no âmbito federal, estadual, e municipal, que venham a garantir tal direito.¹¹

Assim, além de expresso na Carta Magna, a convivência familiar encontra amparo na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e no ECA. Nesse sentido, segundo Vladimir Brega Filho entende-se como um direito “necessário para garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana, englobando, portanto, todos aqueles direitos considerados indispensáveis para assegurar uma existência digna”.¹²

O princípio norteador de todas as ações na área de infância e juventude é o da doutrina da proteção integral, instituído no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, fazendo o direito à convivência familiar um dos direitos fundamentais da família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar. Em virtude deste direito fundamental de convivência familiar, o abrigo foi relegado a última plano, devendo ser visto apenas como forma de “solução” de problemas e excepcionalmente aplicado.¹³

Portanto, com base no artigo 92 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 2016 elaborou-se o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária a fim de estabelecer diretrizes em prol dos infantes institucionalizados.

10 MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p.74.

11 FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **ADOÇÃO – Guia Prático Doutrinário e Processual**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 17.

12 BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1998**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 71.

13 BOCHINA, Simone Franzoni. **Da adoção – Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 188.

Entretanto, apenas com o advento da Lei nº 13.509/17, o apadrinhamento passou a ser definido expressamente na legislação, conforme §1º do artigo 19-B:

Art. 19-B [...]

§ 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

Assim, visando resguardar o vínculo familiar, procurou-se instaurar o apadrinhamento afetivo, no qual, as famílias cadastradas junto à Vara de Infância e Juventude, após serem aprovadas, recebem o infante para acolhimento, mediante o pagamento por parte do Poder Público de um subsídio mensal pelo prazo de seis meses.

Para isso, a referida Lei nº 13.509/2017 apresenta alguns quesitos para habilitar os pretendentes ao apadrinhamento, quais sejam: pessoa maior de dezoito anos; pessoa não inscrita nos cadastros de adoção, pois, possui como intuito único proporcionar o desenvolvimento do vínculo afetivo, tão ausente nas instituições de acolhimentos.; e demais exigências elaboradas pelos programas.

Um problema notável nas instituições de acolhimento é a constatação de crianças e adolescentes que se encontram em um verdadeiro limbo: não podem ser reintegrados à família natural, não fazem parte do perfil desejado por brasileiros, não são elegíveis, em tese, à adoção internacional e, ao completarem 18 anos, serão lançadas ao mundo.¹⁴

Além disso, o programa determina o apadrinhamento de apenas uma criança, a fim de que seja respeitada a individualização do acolhido.

Quanto ao art. 19-B110, o dispositivo visa inserir no arcabouço legal federal a figura do apadrinhamento, programa já desenvolvido em alguns Estados brasileiros com o intuito de proporcionar a crianças e adolescentes que estão em acolhimento vínculos externos com pessoas que podem colaborar com o seu desenvolvimento emocional, não inscritos no cadastro de adoção. Crianças com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva são o público prioritário dos programas, o que evitará sobreposição entre os cadastros de adoção e do apadrinhamento.

Deve-se mencionar que, os candidatos são capacitados, assim como, os infantes a serem apadrinhados, através de cursos preparatórios, objetivando uma clareza e respeito ao programa.

Desse modo, é permitido a manifestação pessoal e individual dos infantes quanto às suas expectativas a respeito do perfil dos futuros padrinhos e madrinhas.

Nesse sentido, é responsabilidade de cada programa de apadrinhamento definir o perfil da criança, sempre priorizando aquelas que se encontram em situação de “remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva”. Em comparativo ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o CAOPCAE do Ministério Público do Estado do Paraná comenta um dos dispositivos

14 LEAL, Livia Teixeira. **O Programa de Apadrinhamento como Instrumento Facilitador da Adoção Homoafetiva**. 2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92194/programa_apadrinhamento_instrumento_leal.pdf. Acesso em: 17 junho 2019.

trazidos pela nova Lei:

Ficará a cargo de cada programa municipal de acolhimento a definição de normas específicas, mas dá-se prioridade de colocação de crianças e adolescentes com remota inserção familiar ou colocação em família substituta. A ideia é assegurar para estas crianças e adolescentes a necessária convivência familiar e comunitária que a instituição de acolhimento tem dificuldade em suprir, bem como a criação de vínculos afetivos que servirão de suporte para toda a vida, primordialmente naquelas situações onde não se consegue a colocação em família substituta, e o jovem sai do acolhimento para a vida adulta e autônoma.

Nota-se que há uma expressiva liberdade delegada aos municípios, sendo que cada programa poderá organizar sua logística, visando a coletividade.

Imperioso ressaltar o §4º do art. 19 – B, em que visa a inclusão dos infantes com ínfimas possibilidades de reinserção na família natural e na adoção. Portanto, conforme já exposto, crianças maiores de seis anos são priorizadas.

O apadrinhamento afetivo é um programa voltado para crianças e adolescentes que vivem em situação de acolhimento ou em famílias acolhedoras, com o objetivo de promover vínculos afetivos seguros e duradouros entre eles e pessoas da comunidade que se dispõem a ser padrinhos e madrinhas.¹⁵

Ressalta-se que mesmo antes da previsão legal, o apadrinhamento ocorria no Brasil, demonstrando o sucesso e a eficácia do instituto. Por exemplo, O Aconchego, grupo de apoio em Brasília/DF, que regulamentava de maneira própria os requisitos: idade mínima de 21 anos e diferença de 16 anos entre padrinho e afilhado, disponibilidade de tempo e carinho, além de não estar no cadastro de adoção.

Apesar da escassez de estudos científicos específicos sobre o tema, este Programa de Apadrinhamento Afetivo vem se estruturando desde 2002, com base na proposta do Instituto Amigos de Lucas, que é desenvolvido em parceria com Secretaria do Trabalho, Cidadania e Assistência Social do Estado do Rio Grande do Sul, Ministério Público Estadual e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Naquele mesmo ano, a equipe técnica do Projeto Aconchego – Grupo de Apoio à Adoção, baseando-se na metodologia desenvolvida pela Instituição Amigos de Lucas, apresentou este Programa à Vara da Infância e Juventude do DF e às Instituições de Acolhimento de Brasília e, em parceria com as referidas instituições, realizou a primeira turma de preparação de pretendentes a padrinhos/madrinhas. Desde então, o Programa ganhou notoriedade em vários Estados, apresentando metodologias específicas e adequadas a cada região.¹⁶

Ainda há o “Apadrinhar”, o “Instituto Fazendo História”, o “Programa de Apadrinhamento Afetivo” de Palhoça/SC. Destaca-se o projeto “Apadrinhar – Amar e Agir para Materializar Sonhos”, desenvolvido conjuntamente com a 4ª Vara da Infância, Juventude e do Idoso no Rio de Janeiro/RJ, no qual desenvolve três modelos de apadrinhamento: o prestador de serviço, o provedor e o afetivo.

15 FARELLO, Luiza de Carvalho. **Apadrinhamento afetivo proporciona convivência familiar para crianças.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79680-apadrinhamento-afetivo-proporciona-convivencia-familiar-para-criancas-do-df>. 2015. Acesso em: 10 julho 2019.

16 ACONCHEGO - GRUPO DE APOIO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa de Formação para Núcleos de Adoção e Apadrinhamento Afetivo. Brasília: SDH/PR, 2015.

O apadrinhamento provedor oferece o suporte material às instituições de acolhimento, com a doação de objetos, materiais de construção, limpeza, higiene, pagamento de mão de obra, reformas no espaço físico etc. O apadrinhamento prestador de serviços permite, como o próprio nome indica, a prestação de serviços gratuitos às instituições de acolhimento, de acordo com as áreas de formação ou de interesse das madrinhas e dos padrinhos. E o apadrinhamento afetivo possibilita a assistência afetiva e educacional à criança ou ao adolescente, estabelecendo vínculos afetivos e possibilitando o convívio fora das instituições de acolhimento.¹⁷

Nesse sentido, uma possibilidade que mostra-se inovadora e contraditória na atual legislação, é a possibilidade de pessoas jurídicas constituírem como possíveis padrinhos, conforme parágrafo §3º do art. 19-B. Tal auxílio é estritamente financeiro, assim, não promove a convivência familiar, mas de fato, contribui de maneiras positivas.

De todo modo, ainda que não haja dados concretos, todos os programas mencionados possuem altos índices de sucesso, sendo notório que promove à convivência familiar e comunitária, preparando de maneira consciente para a vida adulta.

Por fim, deve-se ressaltar o impedimento legal da adoção entre padrinhos/madrinhas e afilhados, pois, é necessário que entendam que os vínculos não serão eternos, principalmente, nos casos em que houver a adoção do infante, mas, têm-se de haver a consciência e responsabilidade adequada.

Tornar-se referência na vida de uma criança/adolescente que sofreu separações e perdas em idade precoce, ou em algum tempo de seu desenvolvimento, requer disponibilidade não apenas para criar vínculos, mas para honrar compromissos, assumir responsabilidades e também sobreviver à falta de gratidão dessas crianças e adolescentes, geralmente considerados “carentes”. Sua tarefa não é somente exercer a filantropia ou a caridade, pregar moralidade ou oferecer bens materiais. É, essencialmente, incluir o afilhado ou a afilhada em seu projeto de vida, em sua rede pessoal; é poder proporcionar vivências afetivas que assegurem o desenvolvimento, a autoestima e a manifestação da espontaneidade, em seu afilhado ou afilhada, possibilitando a descoberta de novas respostas às experiências antigas e facilite o encontro de novas saídas para seus conflitos existenciais, rompendo com um “ciclo vicioso” da dor do abandono e da rejeição.¹⁸

Assim, é essencial a preparação dos padrinhos/madrinhas para que entendam que em que pese haver um prazo estipulado, não é uma relação efêmera para o afilhado, principalmente porque, no caso de uma experiência negativa, gerará novos danos emocionais. Portanto, também necessário o acompanhamento dos infantoadolescentes.

3 DIFICULDADES NO APADRINHAMENTO AFETIVO E A MOROSIDADE JUDICIAL

Inicialmente, é necessário ressaltar dois pontos essenciais. Primeiramente, nota-se que a Lei 13.509/17 apresenta o instituto de forma superficial, assim, em que pese, as instituições

17 APADRINHAR – AMAR E AGIR PARA MATERIALIZAR SONHOS (Rio de Janeiro/RJ). Apadrinhar. Disponível em: . Acesso em: 31 mai. 2018

18 ACONCHEGO - GRUPO DE APOIO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa de Formação para Núcleos de Adoção e Apadrinhamento Afetivo. Brasília: SDH/PR, 2015.

possuam autonomia para viabilizar o apadrinhamento afetivo, ausente um norte guiador, mostra-se deveras moroso.

Nota-se que a Lei inclui o instituto na Legislação Federal, no entanto, não o regula, ou defini normas de controle. Assim, não se trata de desburocratizar, mas sim de registrar as possibilidades e permitir um funcionamento adequado e duradouro, principalmente por tratar-se de crianças e adolescentes que vivenciaram diversos traumas.

Além disso, na maioria dos casos, os afilhados serão os “inadotáveis”, portanto, a vedação de uma possível adoção entre o infante e o padrinho/madrinha, não resguarda o melhor interesse da criança, mas lhe tira uma chance de possuir uma família.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Entende-se que isto é algo que deve ser trabalhado intensamente com a criança, tendo em vista que poderá sentir-se rejeitada em casos que o padrinho/madrinha deseja apenas o apadrinhamento, mas não deve lhe ser retirada essa opção tendo em vista se apresentar desfavorável às crianças e adolescente.

No tocante às possíveis “burlagens” do CNA alegando a existência concreta de vínculos afetivos, necessário realizar uma ponderação e criar mecanismos que evitem tal ato, por exemplo, a criação de uma lista única e um intenso trabalho psicológico, e ainda, ressalta-se, novamente, que, a maior parte de infantes aptos ao apadrinhamento são aqueles “mais velhos” e de difícil adoção.

Como o programa de apadrinhamento afetivo destina-se a crianças com “remotas chances de reintegração familiar ou de adoção”, nada justifica impedir que candidatos habilitados à adoção façam parte do programa. Tal proibição acaba por negar ao afilhado o direito de ser adotado pelos padrinhos, ainda que tenha se estabelecido entre eles vínculo de filiação socioafetivo. O efeito será nefasto. O acúmulo de mais frustrações e a certeza de que nunca terá uma família.¹⁹

Assim, a proibição retira uma chance ínfima de adoção, ademais, o apadrinhamento também possui como finalidade sensibilizar a sociedade para que notem o número assustador de crianças e adolescentes em abrigos, principalmente, os maiores de sete anos, grupo de irmãos e com deficiência.

Para mim, o art. 19-B, § 2º, ECA, ao vedar habilitados à adoção de apadrinharem crianças e adolescentes, para os quais não há pretendentes, padece de manifesta inconstitucionalidade, pois viola o Princípio Constitucional da Absoluta Prioridade (art. 227, CF). Invertemos a ordem natural das coisas, priorizam-se os interesses dos pretendentes e valoriza-se uma

19 Senado Federal. **Emenda n. 7 ao PLC 101/2017**. 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7242809&ts=1528981439307&disposition=inline&ts=1528981439307>. Acesso em 29 junho 2019.

disputa de poder entre Governo e Congresso, sendo que os interesses de nossos infantes estão ficando em segundo plano.²⁰

Portanto, pretende-se que, não haja óbice a adoção do infante por mera restrição jurídica, devendo sempre buscar meios que facilitem o afeto e garantam o melhor interesse da criança e do adolescente.

Diversos padrinhos/madrinhas de fato não se sentem preparados para se responsabilizar por uma criança ou um adolescente “para sempre”. Porém, muitos destes somente não sabiam que eram capazes de se tornarem pais e mães exemplares e dedicados até passarem a exercer este papel. Segundo depoimento colhido pela Revista IstoÉ²¹:

Alguns padrinhos criam vínculos afetivos tão grandes com os afilhados que não querem mais romper. Foi assim com a securitária Conceição da Silva, 42 anos, que resolveu ser madrinha de dois meninos, de 16 e 13 anos. “Eles passam a se mostrar mais confiantes, se esforçam mais para estudar, brincam mais”, conta ela. “É um aprendizado para os dois lados. Com o tempo, fui vendo que eles não pedem nada de material, apenas carinho, querem alguém que se importe com eles.” Ela e seu marido gostaram tanto da experiência que resolveram adotar os dois. A psicóloga Edna, no entanto, alerta: o apadrinhamento afetivo não pode ser encarado como um teste para a adoção. “Se elas não são adotadas, ficam muito frustradas”, explica ela. “Desde o início, explicamos a elas que aquelas pessoas são padrinhos, que elas verão apenas alguns dias na semana. Isso evita falsas expectativas.”

Deste modo, nota-se que a letra da lei está somente restringido o direito das crianças e dos adolescentes e não protegendo.

É preciso destacar que o programa de apadrinhamento não visa à adoção, e, por isso mesmo, deve ter como prioridade “crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva”, conforme bem indica o § 3º do art. 19-B. Contudo, caso aconteça de a criança ou o adolescente não ter qualquer pretendente inscrito no cadastro de adotantes, não parece haver impedimentos a que seus “padrinhos”, desajando, os adotem.²²

De certo que deve-se sempre agir com cautela a fim de não gerar falsas esperanças nos infantes, mas a legislação se mostra distante da realidade de fato, devendo, portanto, ser analisado pelo magistrado caso a caso com a devida atenção e celeridade.

Outra questão, é o desconhecimento do apadrinhamento afetivo, entende-se que é algo relativamente recente, no entanto, há falta de políticas públicas a fim de promover o instituto e deste modo, garantir às crianças e adolescentes um vínculo próximo ao familiar, visto ainda, o número estrondoso de infantes em abrigos.

Essas dificuldades não são invisíveis, pois os abrigos e instituições estão cheios de histórias reais, em que não são observados os direitos à convivência familiar e o afeto restando

20 Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Congresso derruba vetos presidenciais e altera, mais uma vez, regras da Lei de Adoção**. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6539/Congresso+derruba+vetos+presidenciais+e+altera%2C+mais+uma+vez%2C+regras+da+Lei+de+Ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 junho 2019.

21 Revista Istoé. **Padrinhos pelo afeto**. 2010. Disponível em: https://istoe.com.br/113660_PADRINHOS+PELO+AFETO/. Acesso em: 30 junho 2019.

22 VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 238.

negado a essas crianças e a esses adolescentes a possibilidade de, desde logo, obterem a filiação socioafetiva.²³

Não há como discorrer acerca do apadrinhamento afetivo sem mencionar os males que acometem o instituto da adoção e da destituição do poder familiar, tendo em vista que estão intimamente relacionados.

Com a instauração do CNA, notou-se a existência de uma demanda onerosa para determinados perfis de adotandos, e mínima para a grande maioria de infantes acolhidos institucionalmente.

Enquanto 92,7% dos pretendentes desejam uma criança com idade entre zero e 5 anos, o CNA informa que apenas 8,8% das crianças e adolescentes aptos à adoção têm essa idade.

Acerca dispõe Gabriela Schreiner, “isto se deve em parte, ao imaginário popular que perpetua a ideia de que a adoção é bonita porque se escolhe a criança. Sim, famílias adotivas escolhem, mas não as crianças e sim a adoção”²⁴.

Para cada criança apta à adoção, há uma média de seis pessoas disponíveis para adotá-la, pois há mais de 44 mil crianças e adolescente em abrigos, entretanto, apenas 4.481 estão aptas a serem adotadas, conforme relatório do CNJ.²⁵

Deste modo, evidente que o instituto do apadrinhamento afetivo em muito contribuirá para que esses infantes não apenas deixem de serem “encarcerados”, mas também possuam um convívio familiar adequado e digno, e, em certos casos, deverá permitir-se a adoção tardia.

A adoção é considerada tardia quando a criança a ser adotada tiver mais de dois anos. Tais crianças ou foram abandonadas tardiamente pelas mães, que, por circunstâncias pessoais ou socioeconômicas não puderam continuar se encarregando delas ou foram retiradas dos pais pelo Poder Judiciário, ou, ainda foram “esquecidas” pelo Estado desde muito pequenas em “orfanatos” que, na realidade, abrigam uma minoria de órfãos.²⁶

Se a família conseguiu construir um vínculo afetivo mesmo quando todas as dificuldades que o infante apresentou e demonstra um real desejo em permanecer com a criança, mas não como madrinha/padrinho e afilhado, e sim como mãe/pai e filho não deve-se negar esta vontade, que se mostra benéfica a ambas as partes.

Há pais para todas as crianças ou adolescentes que precisam de pais. Eles precisam ser encontrados por nós e por eles próprios, precisam ter acesso à informação, precisam saber que é possível, para que possam avaliar e avaliar-se dentro das alternativas e optar pelo melhor projeto de paternidade/maternidade que podem levar adiante.²⁷

23 BOCHINA, Simone Franzoni. **Da adoção – Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88.

24 SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da Adoção para a criança?** São Paulo: Editora Consciência Social, 2004, p. 19.

25 CNJ. Relatórios estatísticos. Cadastro Nacional da Adoção, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso: 22 de junho de 2019.

26 VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998, p. 35.

27 SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da adoção para a criança?** São Paulo: Editora Consciência Social,

Assim, esses infantes têm direito à convivência familiar, ainda que seja necessário um maior e melhor investimento Estatal. Ademais, outra problemática é a morosidade judicial, pois tratando-se do interesse da criança e do adolescente, necessário a devida atenção, especialmente do Ministério Público e da sociedade, considerando-o como ser em desenvolvimento. Nesse sentido, Fernando Moreira Freitas enumera alguns aspectos que contribuem para a lentidão no processo de adoção:

Ausência de ajuizamento da ação de destituição do poder familiar pelo Ministério Público, havendo infindáveis tentativas de retorno da criança e do adolescente ao lar biológico; b) Tentativas incessantes de buscar parentes biológicos com os quais a criança e o adolescente não possuem qualquer relação de afetividade, privilegiando-se os vínculos consanguíneos em detrimento dos vínculos afetivos; c) Muitos juízes e tribunais deixam de conceder a guarda provisória para fins de adoção, no curso do processo de destituição do poder familiar, retirando da criança e do adolescente a possibilidade de convivência familiar; d) Inúmeras possibilidades recursais sem qualquer observância ao Princípio da Prioridade Absoluta no julgamento do processo; e) Ausência de equipe técnica (assistentes sociais e psicólogos) estruturada, nos próprios quadros do Poder Judiciário, necessitando, muitas vezes, buscar auxílio dos municípios, que já possuem suas deficiências estruturais e financeiras; f) Por fim, o vertiginoso número de processos em trâmite no Judiciário somado à ausência de afinidade de muitos profissionais envolvidos com a causa da adoção.²⁸

Acerca desse tema, Berenice Dias (2015, p. 507), conceitua a triste situação das crianças e adolescentes que são penalizados pela burocracia que retarda a possibilidade de serem adotadas em tempo hábil:

A enorme burocracia que cerca adoção faz com que as crianças se tornem “inadotáveis”, palavra feia, quase um palavrão, que significa crianças que ninguém que, seja porque já não são bebês, seja porque não são brancas, não são perfeitas. Pelo jeito ninguém lembra o porquê de as crianças lá estarem: ou foram abandonadas, ou pais foram destituídos do poder familiar por maus-tratos ou por abuso sexual. Nessa última hipótese, aliás, é bem mais difícil que sejam adotadas.²⁹

Desse modo, resta apresentado que a morosidade judicial acarreta danos irreparáveis aos infantes que estão aguardando a destituição do poder familiar, mas sabem que serão filhos de ninguém, tendo em vista a dificuldade de adotantes interessados em maiores de 05 anos, portanto, é necessário desenvolver de modo eficiente o apadrinhamento afetivo e concomitantemente aprimorar o instituto da adoção.

Assim, o apadrinhamento afetivo mostra-se, atualmente, como o melhor caminho aos que estão institucionalizados, pois, supre necessidades e contribui para um desenvolvimento do afilhado. Porém, a ausência de divulgação, incentivo e apoio aos projetos, aliado às empresas que consideram como ato superficial e somente financeiro, prejudica o futuro de algo tão recente.

2004, p. 27.

28 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Série “**Um olhar sobre a adoção**”. Assessoria de Comunicação do IBDFAM, 16.08.2017. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6385/S%C3%A9rie+%A3o>> Acesso em: 20 junho 2019

29 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.118.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, a Lei nº 13.509/17 alterou de forma positiva diversos dispositivos, em essencial, reduzindo de forma significativa os prazos, a fim de evitar a morosidade judicial que tanto gera danos no processo de destituição do poder familiar e da adoção.

No entanto, alterou-se a Lei, mas não o sistema como um todo, assim, aparentemente, torna-se ineficaz, pois não há membros suficientes para todas as demandas previstas, por exemplo, a incansável busca pela família sanguínea.

Nesse tocante, imperioso ressaltar que a primazia pela manutenção na família natural, é contrária ao melhor interesse da criança e do adolescente, pois, ao invés de agilizar a adoção, impõe mais entraves, demonstrando-se prejudicial.

Não resta dúvidas acerca dos prejuízos causados devido à longa permanência dos infantes nos abrigos; há privação da individualização, ausência de afeto, além de infringir o princípio constitucional de direito à família, portanto, gera danos irreversíveis.

Assim, visando proporcionar a manutenção do convívio familiar, em 2017 o instituto do apadrinhamento afetivo passou a constar de forma expressa na legislação. Sendo que, conforme exposto, diversas instituições já desenvolvem o instituto através de requisitos próprios, demonstrando a sua eficácia.

Portanto, o apadrinhamento é uma estratégia a fim de garantir o desenvolvimento no seio familiar. Deste modo, incentivar o apadrinhamento afetivo é de suma importância, pois, infelizmente, ainda há um grande desconhecimento por parte da sociedade.

Além disso, o artigo 19-B, §2º da referida Lei, visando evitar fraudes ao CNA, proíbe a adoção entre padrinhos/madrinhas e afilhados.

No entanto, o apadrinhamento é voltado para os infantes com menor probabilidade de adoção, assim, tal proibição mostra-se descabida por violar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Ademais, é inaceitável que as benesses do instituto sejam reduzidos por mera restrição judicial, demonstrando a distância entre a realidade e a Lei, pois, não deve privar o desenvolvimento, ainda que tardio, no seio familiar.

Deste modo, há uma ruptura de estigmas por meio desse mecanismo, e portanto, necessário um investimento governamental para a propagação e divulgação, assim como, deve-se mitigar o artigo 19-B, §2º.

REFERÊNCIAS

- ACONCHEGO - GRUPO DE APOIO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa de Formação para Núcleos de Adoção e Apadrinhamento Afetivo**. Brasília: SDH/PR, 2015.
- BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BOCHINA, Simone Franzoni. **Da adoção – Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BOWLBY, John. **Apego e perda: vol. 1**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 3ª Ed., 2002.
- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1998**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 3ª Ed., 2004.
- Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.850/2016**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C97C8A844CFF632F16E03EE96EB2A0D.proposicoesWebExterno1?codteor=1515981&filename=Avulso+-PL+5850/2016. 2016. Acesso em: 10 julho 2019.
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção, Guarda e Convivência Familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª Ed., 2013.
- CNJ. **Relatórios estatísticos**. Cadastro Nacional da Adoção, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso: 22 de junho de 2019.
- DELGADO, José Augusto Delgado. **Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Revista de Processo. São Paulo, v. 40, 1985.
- DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: RT, 1994.
- DIAS, Maria Berenice. **Adoção sem preconceito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-22/depender-lei-adocao-continuara-sonho>>. Acesso em: 11 de julho 2019.
- FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Apadrinhamento afetivo proporciona convivência familiar para crianças**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79680-apadrinhamento-afetivo-proporciona-convivencia-familiar-para-criancas-do-df>. Acesso em: 10 julho 2019.
- FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **ADOÇÃO – Guia Prático Doutrinário e Processual**. São Paulo: Cortez, 2010.
- FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e Adoção**. Curitiba: Terre des hommes, 1994.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - volume 6: direito de família**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Série **“Um olhar sobre a adoção”**.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM, 16.08.2017. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6385/S%C3%A9rie+%A3o>> Acesso em: 20 de junho de 2019.

_____. **Congresso derruba vetos presidenciais e altera, mais uma vez, regras da Lei de Adoção.** 2018. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6539/Congresso+derruba+vetos+presidenciais+e+altera+%2C+mais+uma+vez%2C+regras+da+Lei+de+Ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 junho 2019.

LEAL, Livia Teixeira. **O Programa de Apadrinhamento como Instrumento Facilitador da Adoção Homoafetiva.** Disponível em:

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92194/programa_apadrinhamento_instrumento_leal.pdf. Acesso em: 17 junho 2019.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção internacional.** São Paulo: Malheiros, 1995.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri: Manole, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes,** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. **Adoção uma porta para a vida.** Campinas: Servanda, 2010.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção – Aspectos jurídicos, práticos e efetivos.** Leme/SP: Mundo Jurídico, 2. ed., 2017.

PORTAL DA ADOÇÃO. **O que é "busca ativa"?** Disponível em:

<<http://portaldaadocao.com.br/artigos/apalavra-do-especialista/23-o-que-%C3%A9-busca-ativa>> Acesso em: 23 de junho de 2019.

Revista Istoé. **Padrinhos pelo afeto.** 2010. Disponível em:

https://istoe.com.br/113660_PADRINHOS+PELO+AFETO/. Acesso em: 29 junho 2019.

SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da Adoção para a criança?** São Paulo: Editora Consciência Social, 2004.

SENADO FEDERAL. **Sancionada lei que acelera os processos de adoção.** Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/11/24/sancionada-lei-que-acelera-processos-de-adocao>> Acesso em: 17 de junho de 2019.

_____. **Emenda n. 7 ao PLC 101/2017.** 2017. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7242809&ts=1528981439307&disposition=inline&ts=1528981439307>. Acesso em 29 junho 2019.

SILVA, Bruno. **Comentário do Artigo: “Responsabilidade Civil do Estado pela Morosidade Jurisdicional”,** Disponível

em: <<http://agsassociados.jusbrasil.com.br/artigos/111691687/responsabilidade-civil-do-estado->

pela-morosidade-jurisdicional> Acesso em 17 de junho de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 898060**. Dispõe sobre a paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622)

incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622> Acesso em: 23 de junho de 2019.

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

O POSICIONAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO EM RELAÇÃO AOS REFUGIADOS

Júlia Caroline Xavier dos SANTOS¹

RESUMO

Apesar das experiências de terror que a humanidade já vivenciou, o mundo continua tendo demonstrações lamentáveis da capacidade humana de destruição do espaço em que vive, o poder nocivo que provoca extinção de diversas espécies representando perigo inclusive a própria humanidade, o risco da violação dos direitos humanos ainda assombra a população mundial e infelizmente atinge a vida de muitas pessoas, colocando-as muitas vezes em necessidade de fuga para sobrevivência. Com a globalização os efeitos de conflitos e guerras tem refletido suas consequências em maiores proporções, pedidos de refúgio se tornam mais expressivos pelo mundo em razão da incapacidade ou recusa de alguns Estados em dar proteção e garantir a dignidade de seu povo. Desse modo torna-se necessária a análise do tema sobre os refugiados, principalmente sobre a atuação de um país como o Brasil, que incentiva atos que promovem a democracia e a efetivação dos direitos humanos, mas que assim como outros países tem tido algumas pontualidades questionáveis quanto a realidade pratica para com os refugiados devido a demanda atual. Por meio de pesquisa bibliográfica, pretendeu-se dar embasamento a exposição do assunto e propiciar maior compreensão da realidade tanto do refugiado como do Estado enquanto responsável pela decisão e poder de agir em prol da concessão ou não do status de refugiado, além da necessidade de assumir o compromisso com a tomada de decisões mais eficazes e condizentes com as proposições a que aderiu legalmente e que são inerentes aos interesses dos refugiados, conciliando os atos em consonância aos interesses pautados na realidade do país.

PALAVRAS-CHAVE: refugiados, Brasil, dignidade, direitos.

ABSTRACT

Despite the experiences of terror that humanity has experienced, the world continues to have lamentable demonstrations of the human capacity to destroy the space in which it lives, the harmful power that causes extinction of several species representing danger, including humanity itself, the risk of violation of rights humans still haunts the world's population and sadly affects the lives of many people, often placing them in need of escape for survival. With globalization the effects of conflicts and wars have reflected their consequences in greater proportions, requests for refuge become more expressive throughout the world due to the inability or refusal of some States to give protection and guarantee the dignity of its people. In this way, it is necessary to analyze the issue of refugees, especially on the role of a country such as Brazil, which encourages acts that promote democracy and the realization of human rights, but which, like other countries, have had some questionable punctuality as the reality practices towards the refugees due to the current demand. Through bibliographic research, it was intended to give background to the exposition of the subject and to provide a better understanding of the reality of both the refugee and the State as responsible

1 Possui graduação em Direito pela Faculdade do Norte Novo de Apucarana (2018). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Pós-graduação em Direito do Estado pela Faculdade do Norte Novo de Apucarana (2017-2018). Especialização em Administração I ? Curso de Secretariado pela Universidade Estadual do Paraná ? Campus de Apucarana-PR (2019). VIII encontro científico e de extensão Participante - Tema: Adoção de maior de idade capaz (2016). VIII encontro científico e de extensão Participante - Tema: Atuação do Ministério Público no Tribunal do Juri (2016). XIX encontro científico Participante - Tema: A inconstitucionalidade e homofobia na portaria que regulamenta a doação de sangue no Brasil (2017). VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito Participante - Tema; A inconstitucionalidade e homofobia na portaria que regulamenta a doação de sangue no Brasil (2018). IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito Participante - Tema: O posicionamento do Estado brasileiro em relação aos refugiados (2019).

for the decision and power to act in favor of granting refugee status or not, as well as the need to to make a commitment to take decisions that are more effective and consistent with the propositions to which it has legally adhered and which are inherent in the interests of the refugees, reconciling the actions in line with the interests based on the reality of the country.

KEYWORDS: refugees, Brazil, dignity, rights.

1. INTRODUÇÃO

A imigração em busca de melhores condições de vida causada por crises humanitárias ocorre a séculos pelo mundo. No Brasil após a chegada dos portugueses que tomaram para si as terras dos nativos, e deu maior conhecimento de sua existência para outras nações, fez com que por sua vez fosse visto como uma terra de oportunidades, de grande extensão, fértil com muitas riquezas, distante dos constantes conflitos, com oportunidades para trabalho e desenvolvimento de uma nova vida com mais segurança e dignidade.

No cenário internacional o Brasil tem tradição em receber pessoas das mais variadas nacionalidades, ocorre que a condição de refugiado se distingue da do imigrante no que se refere a algumas circunstancias especificas que se caracterizam a exemplo daqueles que o fazem em casos de guerras, catástrofes naturais, que sofrem perseguição por razões políticas, religiosa, grave violação de direitos humanos, dentre outras.

Porém se por um lado o Brasil tende a se apresentar como um pais hospitaleiro e que se predispõe a dar asilo aqueles que se encontrarem em situação de real necessidade de refúgio, por outro, há a realidade interna do pais, que lida diariamente com os problemas de natureza política, econômica e social, não tendo a organização de políticas públicas suficientes para a população brasileira e tampouco para recepcionar e dar respaldo a demanda de refugiados que buscam no território brasileiro a percepção da garantia dos direitos que tiveram violados em seu pais de origem.

A população de alguns países tem sofrido com a constante violação dos direitos humanos, com o uso de força bélica ou catástrofes naturais devastadoras ao passar dos anos, em tais circunstancias muitos se veem forçados a buscar refúgio em outras nações com o Brasil.

Assim sendo, em virtude da relevância do tema, o presente trabalho se dará por revisão bibliográfica, utilizando-se do método indutivo, através da observação dos fatos e textos que dão embasamento a colocação do tema escolhido, pretende-se identificar as características do posicionamento brasileiro em relação aos refugiados, os resultados dos atos e omissões em relação ao assunto e as conclusões acerca dos resultados analisados.

O aumento na demanda de pedidos de concessão de refúgio pelo mundo traz à tona a

necessidade de repensar a forma como tem ocorrido a apreciação do assunto em termos globais, porém este trabalho focara mais no Brasil que se predispõe como contumaz defensor dos direitos humanos, inclusive do refugiado, sendo também um país de grande miscigenação e representatividade internacional, tem tido algumas dificuldades como outras nações, para a regularização, alocação dos refugiados e dar providencias aos pedidos de reconhecimento.

O conteúdo expõe primeiramente sobre algumas normativas e documentos legais dos quais o Brasil é adepto e que possui relevância para o tema, na sequência é demonstrado a situação da demanda de refugiados e a necessidade do tratamento humanitário pautado nos interesses relativos aos direitos humanos, em continuação será observada algumas questões mais particulares aos atos brasileiros para com os refugiados, os reflexos das ações e as possibilidades práticas em benefícios mútuos para o Estado, para os refugiados e para a sociedade como um todo.

2. AÇÕES AFIRMATIVAS EM TERMOS LEGAIS PARA PRERROGATIVAS DOS REFUGIADOS NO BRASIL

A preocupação com os direitos humanos decorre da necessidade de dar proteção e garantia de uma vida digna com direitos a todo ser humano indistintamente. Durante a história até os dias de hoje, muitos foram e são os casos em que violam os então instituídos direitos humanos que resultou da necessidade de proteção a humanidade de suas próprias ações nocivas, como nos casos do uso de força bélica, em que os conflitos e guerras tomaram proporções que passaram a afetar de maneira global as relações entre as nações, desestabilizando economia e segurança, em consequência a cooperação em âmbito internacional para estabelecer uma relação de certo controle se fez precisa, essa necessidade aflorou principalmente após o fim da segunda guerra mundial, sendo criada em 1945 a Organização das Nações Unidas (ONU).²

Em intenção de promover relações de paz entre os povos, a ONU celebrou no ano de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de modo que houvesse maior diplomacia entre as negociações e soluções de conflitos além de promover os direitos humanos. Segundo o que propõe a ONU “os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição”³. Após a adoção da declaração, diversos tratados em âmbito internacional foram feitos compreendendo a promoção dos direitos humanos, até mesmos algumas constituições fizeram apreciações em seu texto legal, a exemplo o Brasil, um dos países que mantém o incentivo constante ao compromisso com a defesa e garantia a tais direitos.

2 NAÇÕES Unidas no Brasil. **Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

3 NAÇÕES Unidas no Brasil. O que são os direitos humanos. **Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

Nesse sentido, o Brasil tem adotado medidas que permitem a concretização das premissas estabelecidas pela ONU, sendo os refugiados uma das preocupações abordadas neste contexto. As crises humanitárias vividas por aqueles que se arriscam em situações de extrema vulnerabilidade para tentar conseguir abrigo em outro país, carecem de atenção pautada na garantia de direitos inerentes a todo ser humano. A exemplo do compromisso brasileiro no cenário internacional como adepto dos interesses relativos a defesa dos direitos humanos, no ano de 1960 aderiu aos termos da conhecida “Convenção de Genebra”.

O Brasil sempre teve um papel pioneiro e de liderança na proteção internacional dos refugiados. Foi o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no ano de 1960. Foi ainda um dos primeiros países integrantes do Comitê Executivo do ACNUR, responsável pela aprovação dos programas e orçamentos anuais da agência.⁴

O Brasil é também signatário do Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados, que foi realizado devido as novas situações da condição de refugiados que surgiram após a convenção de 1951.

[...]. Em 1967 um Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados entrou em vigor implicando uma mudança fundamental: os recortes espaciais e territoriais foram retirados, ampliando assim as definições de refúgio. Para além disso, encontram-se orientações sobre como agir em situações mais específicas, como por exemplo, os casos nos quais a convenção não é aplicável, quando há evidências de que a pessoa solicitante de refúgio cometeu algum crime contra a paz e a humanidade. Também são elencados os deveres do refugiado para com o país de refúgio, bem como, as obrigações dos Estados em colocar em vigor as afirmativas da Convenção, sem discriminações de ordens políticas, sociais, raciais ou religiosas. [...].⁵

Quanto ao Estatuto dos Refugiados de 1951, o Brasil sancionou em julho de 1997 a Lei 9.474 que implementa de fato os termos da convenção e determina outras providencias. Em apoio ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), o Ministério da Justiça do Governo Federal faz o trabalho conjunto através do Departamento de Migrações para a cooperação dos órgãos da administração pública para asseverar as garantias do refugiado e do migrante.⁶

A Constituição brasileira de 1988 é também conhecida por Constituição Cidadã, e como mencionado tem em seu conteúdo dispositivos que dizem respeito aos direitos humanos, com princípios que servem como norteadores para a formulação de todo plexo legal, regulatório e normativo brasileiro. No artigo 5º existe clara apreciação aos que são intitulados direitos e garantias fundamentais: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

4 ACNUR no Brasil. **UNHCR ACNUR**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

5 SANTOS, Amanda Basílio; MACHADO, Juliana Porto; COLVERO, Ronaldo Bernardino (orgs). **Interdisciplinaridade nas Ciências Humanas: Caminhos da pesquisa contemporânea**. 1. ed. Jaguarão, RS: Claec editora, 2017.

6 BRASIL. Departamento de Migrações. **Ministério da Justiça**. Brasília. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/quemequem/departamento-de-estrangeiros>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”⁷. Nesse sentido de proteção, cabe mencionar também o artigo 6º da Constituição, que descreve expressamente o direito de assistência aos desamparados: “Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁸

O Brasil tem importante papel representativo no tratamento para com a situação de refugiados e com a defesa e garantia dos direitos humanos no cenário internacional mas principalmente na América do Sul, onde há esforços constantes para a manutenção da democracia e diminuição das desigualdades sociais. Em um contexto histórico as Américas possuem grande miscigenação étnica e cultural, com território extenso e rico em diversos aspectos, mas como em outros lugares do mundo tem que lidar com as dificuldades inerentes a temas políticos e humanitários, o que por vezes interfere nas relações de integração regional.

É exatamente no sentido de que o Brasil como país de maior extensão territorial, com a maior população da América do Sul e representação expressiva internacionalmente dentre os países Sul Americanos, com atos reconhecidos no que diz respeito ao trabalho em prol dos direitos humanos e da afirmação da democracia que o país mantém o diálogo com as demais nações a fim de cumprir com os compromissos assumidos e estimular os demais países a reconhecerem a importância de suas ações e até mesmo omissões nos casos em que há lesão a dignidade e a democracia. O artigo 4º da Constituição dispõe sobre os princípios que devem reger as relações internacionais do Brasil:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.⁹

A condição de imigrantes refugiados carece da atenção e do desenvolvimento de medidas e ações conjuntas entre as nações, além claro dos atos de política e assistência interna de cada ente, de modo que a tolerância para com estes não se dê em acordo com interesses escusos como ocorre em alguns casos para uso de mão de obra barata, escrava, ou outras intenções ocultas que não tenham como fundamento principal garantir a dignidade lesada, nesse sentido no livro Direito Internacional

7 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Planalto**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

8 BRASIL, *loc. cit.*

9 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Planalto**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2018.

em movimento há uma observação que diz respeito exatamente a importância do compromisso dos países para a observação dos direitos humanos no trato para com os refugiados para facilitar a relação ante as diferenças culturais e legais de cada Estado.

Não há uma corrente entre a universalista e a multiculturalista que esteja integralmente correta e que deva ser extremadamente utilizada. A cultura de cada país é importante e se valora de acordo com cada processo evolutivo, também de dignidade humana. Uma organização internacional, por mais que tenha representantes de cada um de seus países conjuntos não consegue criar algo que seria axiologicamente igual para todos. Assim, deve-se pelo caráter da razoabilidade entender e promover Direitos Humanos, principalmente pelo seu próprio caráter abstrato [...].¹⁰

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Estatuto dos Refugiados de 1951, o do Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados, a Lei 9.474 e a Constituição Federal brasileira de 1988 representam a disposição para a estruturação de um embasamento regulamentar com medidas e feitos que produzam resultados eficazes na proteção dos direitos humanos e estão pautados na razoabilidade, porém a aplicabilidade das medidas adotadas, como citado, se depara com questões particulares em cada país, por isso mesmo com a natureza jurídica dos direitos humanos e seu “caráter abstrato”, é necessário proporcionar condições relacionadas a dignidade para uma quantidade expressiva de refugiados como tem ocorrido desde a última década.

3. OBSERVAÇÕES SOBRE O AUMENTO EXPRESSIVO DE REFUGIADOS

Não se via tamanha quantidade de pessoas migrando na situação de refugiada desde a primeira e segunda guerra mundial. A exemplo, o Brasil que mantinha presença junto a Missão das Nações Unidas no Haiti, foi visto como opção mais viável de migração para os haitianos desde o terremoto que ocorreu no Haiti em 2010 resultando em muitas mortes e destruição de um país já fragilizado, desde então centenas migram para o Brasil principalmente de maneira irregular. Os haitianos de acordo com as leis brasileiras não são caracterizados como refugiados, mas devido as condições humanitárias que vivenciam foi feita concessão de visto com especificidades cabíveis a situação.¹¹

Milhões de sírios tem migrado para fugir da guerra que começou em 2011 com um conflito interno, representando a maior quantidade de pessoas refugiadas e aguardando o processo de refúgio, pessoas se arriscam tentando fazer perigosas travessias por mar e por terra para tentar se salvar dos horrores que a guerra tem causado. Segundo publicação da ACNUR “mais de 5,6 milhões de pessoas foram forçadas a fugir da Síria desde 2011 [...], 13,1 milhões de pessoas na Síria

10 BERTOLAZO, Ivana Nobre (coord); NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Direito internacional em movimento**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 27.

11 NOVO, Benigno Núñez. Direito dos refugiados e a nova lei de migração. **Conteúdo Jurídico**. Brasília, DF. 21 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-dos-refugiados-e-a-nova-lei-de-migracao,590473.html>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

precisam de assistência, 6,6 milhões de deslocados internos, 2,98 milhões de pessoas em áreas sitiadas ou de difícil acesso”¹². Até abril deste ano (2018) os dados do Ministério da Justiça era de que os sírios representavam 35% da população de refugiados com registro ativo no Brasil, além dos pedidos de registro, os sírios seriam, portanto, maioria entre os refugiados no Brasil.¹³

Os refugiados no Brasil são de mais de setenta nacionalidades diferentes, das informações divulgadas os dados publicados pela Acnur datam ainda do ano de 2017, nos quais constam que:

Até o final de 2017, o Brasil reconheceu 10.145 refugiados de diversas nacionalidades. Desses, apenas 5.134 continuam com registro ativo no país. O status pode tornar-se inativo por diversas causas, como aquisição da nacionalidade brasileira, óbito, mudança de país, cessação ou perda declarada pelo Conare nos termos da lei 9474/97. [...]. O ano de 2017 foi o maior em número de pedidos de refúgio, desconsiderando a chegada dos venezuelanos e dos haitianos. [...]. No total, 33.866 pessoas solicitaram o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil em 2017. Os venezuelanos representam mais da metade dos pedidos realizados, com 17.865 solicitações. Na sequência estão os cubanos (2.373), os haitianos (2.362) e os angolanos (2.036). Os estados com mais pedidos de refúgio são Roraima (15.955), São Paulo (9.591) e Amazonas (2.864), segundo dados da Polícia Federal.¹⁴

A Venezuela vive uma situação política também complicada, com informações dúbias, e suspeitas sobre as eleições terem sido fraudadas, além da pressão de países como os Estados Unidos para uma intervenção mais severa. De um lado o presidente Nicolás Maduro se põe como vítima da oposição, que por sua vez são perseguidos pelo governo, e nessa situação o país sofre com a recessão e sanções econômicas, os produtos básicos estão em falta e a população passa por necessidades, tendo elevado os casos de desnutrição, ante tal situação a população se vê obrigada a buscar por recursos ou refúgio em outros países próximos, sendo o Brasil um desses destinos, uma demonstração clara da condição precária que vivem os venezuelanos além dos casos de desnutrição e outros, são os casos de sarampo, doença que estava erradicada no Brasil e que ressurgiu com a entrada de imigrantes e refugiados contaminados, requerendo ações de saúde pública na região para vacinar a população, a quantidade de venezuelanos que entram no território brasileiro é incerta e não são todos que permanecem, muitos apenas vem para comprar mercadorias necessárias, outros passam e vão para outros países, mas ainda assim os números daqueles que ficam e que pedem refúgio cresce a cada dia.¹⁵

Abordar as relações entre os Estados Latino Americanos é complexo pois há complicações delicadas no relacionamento político e econômico, além de divergências relacionadas ainda a

12 ACNUR. Síria. **UNHCR ACNUR**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/siria/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

13 ACNUR. De 10,1 mil refugiados, apenas 5,1 mil continuam com registro ativo no Brasil Mais da metade dos refugiados mora em São Paulo e a maioria é de sírios, representando 35% da população. **UNHCR ACNUR**. 18 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/04/11/de-101-mil-refugiados-apenas-51-mil-continuam-no-brasil/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

14 ACNUR, *loc. cit.*

15 CHARLEAUX, João Paulo. Como o Brasil lida com a imigração venezuelana. **Nexo**. 02 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/14/Como-o-Brasil-lida-com-a-imigra%C3%A7%C3%A3o-venezuelana>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

contextos históricos que não foram superados por algumas nações.

Pensar sobre o constitucionalismo latino-americano implica refletir, ainda que de forma extremamente tênue, sobre a história da América Latina. Afinal, as constituições tendem a serem resultados de golpes de Estado ou de revoltas populares, espelhando, muitas vezes, as forças de poder hegemônicas e as influências políticas, econômicas e culturais sofridas pelo seu povo.¹⁶

Cabe aqui abordagem mais ampla no caso dos venezuelanos, principalmente por se tratar de um país fronteiro com o Brasil. A rota de entrada dos Venezuelanos em Roraima e no Amazonas, são de acesso complexo e com recursos não suficientes para a demanda, os que ali tem chego estão permanecendo na região, dentre outros motivos pela proximidade de seu país de origem. Além disso a demora do governo brasileiro em reconhecer os pedidos de refúgio para regularização e realização do processo de interiorização adequado, somada ao aumentando de ações claramente voltadas a segurança com as forças armadas, tem demonstrando o interesse em desestimular a migração venezuelana para o país, aumentando a tensão entre os brasileiros que residem nas regiões de fronteira que são rotas por onde chegam os imigrantes e refugiados, e retardando as medidas urgentes para a solução do problema de alta concentração populacional nessas regiões. Quanto aos venezuelanos especificamente, apesar de a quantidade desses refugiados parecer exacerbada por parte do senso comum da população brasileira, os números apurados são menores que o de países vizinhos, que tem recebido quantidade bem maiores.¹⁷

O acúmulo de pedidos de refúgio das mais variadas nacionalidades revela algo que contraria as tão elogiadas ações legais brasileiras em prol dos direitos humanos relacionados aos refugiados, desde 2016 quando houve alteração drástica no governo a partir do impeachment da presidente da república, as decisões relacionadas aos refugiados passaram a ir na contra mão do que foi anteriormente defendido, tratando a condição do imigrante refugiado ou não como um problema indesejado no qual se presta ajuda por pura obrigação assumida anteriormente, incitando a desconfiança da população com ações relacionadas mais a medidas de segurança do que de administração realmente prática e humanitária da questão, negligenciando a realidade da situação.

Como exemplo da mudança na abordagem, e nas medidas, um dos discursos do ex-presidente Luiz Inácio citado por Erlan José é exemplo de como mudou a visão e o trato com o migrante ou mesmo o refugiado que também o é só que por condições de maior vulnerabilidade. “Defendemos que a questão da migração irregular tem aspectos humanitários e não pode ser confundida com criminalidade”¹⁸. Ou seja, a regularização do indivíduo que migra e do refugiado

16 BERTOLAZO, Ivana Nobre (coord); NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Direito internacional em movimento**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p.181.

17 CHARLEAUX, João Paulo. Como o Brasil lida com a imigração venezuelana. **Nexo**. 02 jul. 2018. Disponível em: < <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/02/14/Como-o-Brasil-lida-com-a-imigra%C3%A7%C3%A3o-venezuelana>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

18 SILVA, 2009; PRADO, Erlan José Peixoto do Prado; COELHO, Renata (orgs). **Migração e trabalho**. Brasília:

deve ser feita sem tardar, para que tenham condições de serem reconhecidos e poderem exercer atos da vida civil legalmente no país. Assim como deseja o brasileiro que pretende viver em outro Estado.

O tratado de Emer de Vattel no livro *O direito das gentes* traz uma noção de “dever” da nação em dar assistência a um povo desolado, aqueles que se enquadram na condição de refugiados foram em seus países expostos a condições extremas, pois muitas vezes falta o básico, e em detrimento desta condição de fragilidade faz-se necessária atitudes de apoio organizado e cooperativo.

§5º: A NAÇÃO DEVE ASSISTIR UM POVO DESOLADO PELA FOME E POR OUTRAS CALAMIDADES: Pela mesma razão, se um povo for atingido pela fome, todos aqueles que tiverem provisões devem assisti-lo em sua necessidade, sem, todavia, se exporem à penúria. Mas se esse povo puder pagar pelas provisões que lhe são fornecidas, é permitido vender as provisões por justo preço pois não se lhe deve doar o que ele pode obter por si mesmo e, conseqüentemente, ninguém está obrigado a doar cousas que ele próprio tenha condições de comprar. A assistência nessa penosa circunstância é tão essencial à humanidade que não se conhece Nação, mesmo pouco civilizada, que a ela tenha faltado. O grande Henrique IV não pôde negar essa assistência aos rebeldes obstinados que desejavam a sua destruição.¹⁹

Quando o governo de um país entra em colapso, o povo costuma ser o que mais sofre com as conseqüências, se vendo obrigado a sair de sua terra de origem por motivos de segurança e necessidade de sobrevivência para uma outra nação seja ela já conhecida ou não como o é na maioria das vezes, não é algo almejado, é uma situação lamentável que requer sensibilidade das nações acolhedoras, muitas vezes existe a esperança daqueles que buscam refúgio, em um dia poderem retornar ao seu país em paz e com dignidade.

Muito se vê em países desenvolvidos economicamente reclamações para com a situação dos refugiados que procuram acolhimento, porém são os países em desenvolvimento que mais tem recebido essas pessoas, com exceção da Alemanha que tem sido um dos países que mais recebem solicitações de refúgio e ainda assim tem dado respostas com certa agilidade.²⁰

Os questionamentos sobre as circunstâncias como as que o mundo vive estão intimamente relacionadas ao uso manipulador do discurso sobre os direitos humanos como mecanismo de manobras políticas, baseadas em interesses escusos ao caráter humanitário, fazendo com que por vezes as movimentações de refugiados sejam tratadas como meio de propaganda ideológica e decisões negociadas com interesses econômicos como propõe Silveira:

A globalização não reflete, no entanto, apenas a dimensão econômica do poder. Vai além, condicionando padrões de comportamento, em especial por meio da cultura o que acentua a preeminência dos valores mercantis sobre os humanistas e implica um sério problema, já

Ministério Público do Trabalho, 2015, p. 34.

19 VATTEL, Emmerich de; RANGEL, Vicente Marotta (trad.). **O direito das gentes**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004, p. 195.

20 ACNUR. Onde os indivíduos pedem refúgio. **UNHCR ACNUR**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/solicitantes-de-refugio/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

que o “bem-estar”, principalmente na periferia do capitalismo, está condicionado a fatos e decisões que escapam à atuação dos Estados, expondo-os a crises externas.²¹

Carvalho também faz menção ao uso dos direitos humanos para fins que deturpam a essência das pretensões que deram origem a formulação de tais garantias, inserindo num jogo de poder sádico pessoas fragilizadas que se tornam estatísticas a mercê daqueles que se dispuserem a oferecer-lhes o mínimo auxílio se possível.

Os direitos humanos são, sem dúvida, um tema cadente. Tornou-se politicamente correto defender sua aplicação e defesa no mundo. Contudo, muitos Estados fazem uso do discurso de proteção aos direitos humanos como meio para atacar politicamente outros Estados, ou para atingir fins econômicos e de manipulação ideológica, social e ambiental.²²

Nesse sentido de uso deturpado do tema direitos humanos em situações de grave ameaça ou de real violação, o autor relembra casos em que a retórica pautada nos direitos humanos foi utilizada para a prática de ações extremamente abusivas, dizendo que “quando se trata de direitos humanos, o uso indiscriminado da força e do discurso representam mortes injustificáveis e miséria humana absoluta”.²³

O Brasil se posicionou por diversas vezes, contrário a intervenções de natureza agressiva ou mesmo com sanções econômicas para com os países que se encontram em momentos complicados, principalmente em casos que geram migrações maciças, exatamente pelo fato de que o resultado de ações pautadas nessas condições, tendem a agravar ainda mais a situação de precariedade da população mais exposta as dificuldades que se sucedem. O posicionamento é de extrema importância, mas mesmo demonstrando interesse em defender o incentivo a concretização dos direitos humanos, em termos de tratamento aos refugiados o governo Brasileiro tem de demonstrar através de atos mais concretos e práticos a efetivação para com o imigrante que chega ao país em tais condições.

4. POSICIONAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO EM RELAÇÃO AOS REFUGIADOS E AÇÕES NECESSÁRIAS PARA APOIO E RESPOSTAS AS SOLICITAÇÕES DE REFÚGIO

Os países Sul Americanos ainda vivem a sombra de constantes acusações de ameaça à democracia e a garantia dos direitos humanos, preocupações que permanecem em outras partes do globo que não apenas nas Américas, as “diferenças” políticas e as desigualdades sociais têm sido considerações que entravam as relações Latino Americanas, mas em termos humanitários o Brasil tem tido papel diplomático importante quanto a esforços direcionados para a cooperação dos países

21 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendes. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

22 CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Geopolítica e relações internacionais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 233.

23 CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Geopolítica e relações internacionais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 235.

em desenvolvimento, em função de ações pacíficas e de diálogo com países que vivem em conflito, de modo que não se agrave a situação delicada em que já se encontram.

Que o Estado brasileiro assume o compromisso de proteção ao imigrante refugiado é fato já legalizado, mas como mencionado, o governo tem negligenciado a realidade das pessoas que se encontram em tal condição, há demora na apreciação dos pedidos de reconhecimento da condição de refugiado aos solicitantes. A regularização dá maior segurança civil, com documentação e garantia de não ser enviado ao país de origem, aliás o princípio da não expulsão é uma das aparentes motivações para os fatos que dão forma a procrastinação duvidosa das ações e omissões do atual governo brasileiro, que através da abordagem pouco humanitária proporciona ainda mais o sentimento de insegurança aos brasileiros, principalmente nas cidades de fronteira, a não expulsão torna o país ainda mais responsável pelo imigrante, e esse claramente não é o interesse no momento, o que preocupa no sentido de o país nega o compromisso com aqueles que pedem refúgio e assume posicionamento protecionista.

Os limites da intervenção externa num Estado violador dos direitos humanos não se deve pautar por interesses geopolíticos e econômicos, mas sim, pela preservação da vida, da dignidade humana, do meio ambiente, da herança genética e do patrimônio da humanidade. E, para que este quadro mude, é preciso que haja, necessariamente, uma mudança de comportamento e de mentalidade.²⁴

A regularização e interiorização dos refugiados se faz necessária, no sentido de que diminuiria a concentração de refugiados em regiões específicas, que por sua vez vivem situações de tensão entre a população brasileira e imigrantes ou refugiados, pois os recursos acabam por serem insuficientes, além de o serviço público também não conseguir dar providencia devido a demanda crescente de atendimento, como tem ocorrido no estado de Roraima. O Brasil tendo o território mais extenso da América do Sul, possui capacidade de acomodar todos aqueles refugiados que buscam por um lugar no país, mas isso requer posicionamento e atos conjuntos, comprometidos e responsáveis das instituições governamentais e não governamentais.

O Brasil vive um momento delicado em termos econômicos e políticos, bem como outras circunstancias de insatisfação popular para com a administração e funcionamento dos serviços públicos, e no que se refere a segurança pública, casos como o do Rio de Janeiro tem representado cenário de grave ameaça para a população, frequentemente comparado as guerras que assolam os países de onde vem tantas pessoas em busca de refúgio. Entre os confrontos das forças armadas dos militares, milícias e facções criminosas, são mortos centenas de inocentes por ano, crianças tem o desenvolvimento prejudicado, escolas fechadas por conta dos constantes tiroteios, além da também crescente violência no nordeste do país, e demais regiões chamado a atenção das autoridades. Ademais, indicativos revelaram no primeiro semestre de 2019 que o desemprego atinge cerca de 3,3

²⁴ CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Geopolítica e relações internacionais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 237.

milhões de pessoas no Brasil e segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada “vem crescendo o número de desempregados que estão nesta situação há mais de dois anos”²⁵.

Mas vale salientar que a crise humanitária está ocorrendo nos países de origem dos refugiados, que fogem em massa para outras regiões, e que pela maneira que se dá essa migração, em sua maioria condições precárias e situações arriscadas, muitas famílias se separam ou sofrem com as percas dos familiares, ou seja, a marginalização é a ação retrograda que não deve ser praticada, a pretensão de garantir os direitos humanos as pessoas em situação de refúgio frequentemente o é por ter sido levada a condições degradantes ou aterrorizantes, e com certeza não carece de mais maus tratos.

Ignorar a situação fática da crise de refugiados que se espalha pelo mundo é ignorância inútil e prejudicial para todos, enquanto há recusa em tratar adequadamente o problema a quantidade de refugiados em condição ilegal pelo mundo aguardando o reconhecimento desta condição aumenta, é necessário que haja cooperação entre as nações, de modo que seja possível uma elaboração de medidas capazes de amenizar a situação vulnerável dos refugiados e controlar as consequências de imigrações em massa, compartilhando responsabilidades entre os Estados e alocando mais proporcionalmente as pessoas que se encontrem nas condições de refugiado.

O Estado enquanto ente regulador não deve se abster de funções que lhe são inerentes, as ações de proteção e apoio ao refugiado são necessárias para regularizar a presença no território brasileiro por exemplo, de modo que possam ter tratamento de estrangeiro legalizado, e com isso fazer as documentações necessárias que permita mobilidade e possibilidade de trabalhar, além disso, mediante a crescente demanda pelo pedido de refúgio é essencial que o refugiado seja internalizado e que receba os auxílios necessários que propiciem condições para poderem se manter por conta própria até que possam retornar ao país de origem se for possível.

Medidas de natureza humanitárias podem representar melhora significativa na vida dos refugiados e retorno de grande valia para o Brasil, tanto para o governo como para a sociedade. Segundo Silveira “existe uma perspectiva negativa da dignidade, pela qual a pessoa não pode ser objeto de ofensas e humilhações, e uma perspectiva positiva, que traduz o pleno desenvolvimento da personalidade no âmbito social [...]”²⁶.

A presença de imigrantes atualmente no país, considerando seu tamanho, não chega a ter a média mundial, os imigrantes refugiados podem proporcionar vivências culturais diferentes, com a troca de conhecimentos, além de significarem mais mão de obra, e aumento no mercado

25 LAMEIRAS, Maria Andreia Parente, et al. Mercado de Trabalho. **IPEA**. 18 jun. 2019. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/category/mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

26 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendes. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.

consumidor interno, ademais alguns possuem condições de ter seu próprio negócio, a presença de pessoas de outras nações podem atrair investimentos internacionais, refugiados possuem a capacidade de movimentar a economia como qualquer cidadão desde que esteja regularizado, devidamente alocado e com ajuda para adaptação. Refugiados são indivíduos capazes que carecem de um lugar com mais paz e contrário aquele em que se encontrava.

O respeito e a proteção aos direitos humanos, sejam quais forem e de onde partirem, independem do reconhecimento e preocupação constantes. Depende da luta diária e conjunta. Depende da vigilância de todos e da sua solidariedade. Também porque o comércio e as relações internacionais dependem de pessoas capazes, sadias, dignas e vivas.²⁷

O governo, no entanto, se viu pressionado pela população nacional e pelos imigrantes que chegaram no país, o que foi feito a princípio envolveu ações como a de saúde devido ao risco de contaminação viral pela falta de imunização daqueles que entram pela fronteira, foram feitos também abrigos temporários, além disso a partir da regularização de alguns refugiados, o governo brasileiro mesmo com as dificuldades de dar assistência ao próprio povo concedeu a alguns o bolsa família, ainda assim há insatisfações por parte de alguns refugiados por motivos dos quais a população brasileira já tem conhecimento desde sempre, como falta de trabalho, segurança, entre outras.

A exemplo de medidas que auxiliam a adaptação do refugiado no Brasil, muitas organizações promovem ações de ensino do idioma brasileiro e propõe aos refugiados darem aulas ensinando seu idioma a população que tenha interesse, outras atividades advindas da diversidade de culturas que chegam ao país tem representado ações com características de fato humanitárias, algumas universidades oferecem auxílio gratuito de assistência jurídica, psicológica, assistencial e outras. No livro *Direito Internacional em Movimento* é ressaltada a importância do acompanhamento das políticas públicas no sentido de dar apoio mais efetivo as mudanças na realidade social em função dos direitos humanos salientando que:

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.²⁸

Com o exposto não se pretende banalizar as implicações de impacto que significa a concessão do reconhecimento de refúgio, visto que esse instituto possui suas especificidades, e tampouco menosprezar as ações já tomadas pelo governo brasileiro, o que se intenta é demonstrar que não basta promover os direitos humanos e dever de proteção para com os refugiados apenas no

27 CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Geopolítica e relações internacionais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 237.

28 BERTOLAZO, Ivana Nobre (coord); NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Direito internacional em movimento**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 137.

discurso se na prática as ações se mostrarem contrárias, incitando ações contra refugiados e imigrantes de outra natureza. O tratamento digno e ações pautadas nos ideais humanitário tem impactos muito mais positivos e amplos que as atitudes de restrição e disseminação de desconfiança que geram tensões, atrapalhando as relações nessas situações específicas.

O governo esperou pela necessidade de ação em caráter emergencial para dar respostas aos pedidos de ajuda para com a situação que se formava nas fronteiras e outras formas de chegada dos imigrantes refugiados para agir, tomando medidas momentâneas, e já na sequência está direcionando suas intenções por um viés que não representa disposição de ajuda humanitária embasada por políticas públicas louváveis, mas sim de repulsa pelos refugiados e pouco interesse em organizar as condições daqueles que foram reconhecidos como refugiados.

Além de políticas públicas, a própria legislação carece de dispositivos regulamentares que deem mais aparato para as ações em prol do refugiado perante o Estado, estimulando o empenho em conjunto com as organizações para esforços financeiros, políticos, jurídicos, assistenciais e outras medidas que representem a solução da questão com tratamento digno.

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conclui-se que os direitos humanos são a afirmação do respeito à dignidade humana, que precípua a garantia de uma vida segura, sendo a Declaração dos Direitos Humanos documento de importância ímpar como referência para o desenvolvimento normativo legal pautado na responsabilidade dos Estados para com a defesa da humanidade contra atos que ofereçam risco ou violação de direitos que lhes são devidos.

Antes de ser um cidadão de uma determinada nação somos todos cidadãos habitantes do mesmo planeta! É importante que os Estados como ente administrativo e os povos dessas nações tenham consciência acerca das condições que caracterizam a situação do refugiado, da necessidade de auxílio e do compromisso ao reconhecer a fragilidade dessas pessoas, tomando parte em medidas conjuntas externas e internas focadas em minimizar as consequências negativas que impõe aos indivíduos essa condição.

Não se trata de um impasse relativo apenas a pessoa daquele que se refugia, do Estado de onde ela sai e daquele para onde ela vai, mas sim do resultado de situações que envolvem o interesse que é pertinente a todos os seres humanos, na medida em que se violam direitos inerentes a toda humanidade, e que os danos se repercutem de alguma maneira no contexto global, interferindo nas relações internacionais, na economia, na sociedade, enfim, se alastra de algum modo até que não se possa mais ignorar pelas proporções negativas que são capazes de alcançar.

Assim sendo, o Brasil em seu dever de Estado tem que direcionar suas ações para o

desenvolvimento de políticas públicas que permitam concretização das garantias legais para com os refugiados, de modo que tenham como exercer a vida civil legalmente e com dignidade, proporcionando também o incentivo ao convívio pacífico com trocas de informações culturais entre brasileiros e imigrantes refugiados para melhor adaptação social, estabelecendo a cooperação entre os povos.

REFERÊNCIAS

ACNUR no Brasil. **UNHCR ACNUR**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

ACNUR. De 10,1 mil refugiados, apenas 5,1 mil continuam com registro ativo no Brasil Mais da metade dos refugiados mora em São Paulo e a maioria é de sírios, representando 35% da população. **UNHCR ACNUR**. 18 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2018/04/11/de-101-mil-refugiados-apenas-51-mil-continuam-no-brasil/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ACNUR. Onde os indivíduos pedem refúgio. **UNHCR ACNUR**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/solicitantes-de-refugio/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

ACNUR. Síria. **UNHCR ACNUR**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/siria/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS (1951). **UNHCR ACNUR**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BARUFFI, Helder (org.). **Direitos fundamentais sociais: Estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal**. Dourados, MG: UFGD, 2009.

BERTOLAZO, Ivana Nobre (coord); NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Direito internacional em movimento**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

BOBBIO, Norberto; Marco Aurélio Nogueira (trad.). **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra** Tradução Daniela Beccaccia Versiani; organização Pietro Polito; prefácio à edição brasileira Celso Lafer; Revisão Técnica: Frederico Diehl e Valdemar Braghetto Junqueira -- Barueri, SP: Manole, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República federativa do Brasil. **Planalto**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Planalto**. Brasília, 22 de jul. 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em 25 ago. 2018.

BRASIL. Departamento de Migrações. **Ministério da Justiça**. Brasília. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/quemequem/departamento-de-estrangeiros>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Geopolítica e relações internacionais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CHARLEAUX, João Paulo. Como o Brasil lida com a imigração venezuelana. **Nexo**. 02 jul. 2018. Disponível em: < <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/14/Como-o-Brasil-lida-com-a-imigra%C3%A7%C3%A3o-venezuelana>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. **Responsabilização objetiva do Estado**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LAMEIRAS, Maria Andreia Parente, et al. Mercado de Trabalho. **IPEA**. 18 jun. 2019. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/category/mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

NAÇÕES Unidas no Brasil. **Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

NAÇÕES Unidas no Brasil. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Nações Unidas**. Disponível em: < https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

NAÇÕES Unidas no Brasil. O que são os direitos humanos. **Nações Unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

NOVO, Benigno Núñez. Direito dos refugiados e a nova lei de migração. **Conteúdo Jurídico**. Brasília, DF. 21 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-dos-refugiados-e-a-nova-lei-de-migracao,590473.html>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos humanos e hospitalidade**: a proteção internacional para apátridas e refugiados. São Paulo: Atlas, 2014.

PORTAL Operacional Situações de Refugiados. **Data2 UNHCR**. 13 set. 2018. Disponível em: < https://data2.unhcr.org/en/situations/syria#_ga=2.159933949.1321899877.1537411631-

437543352.1536716487>. Acesso em: 13 set. 2018.

PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata (org.). **Migrações e trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**. 6. ed. ver. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Amanda Basílio; MACHADO, Juliana Porto; COLVERO, Ronaldo Bernardino (orgs). **Interdisciplinaridade nas Ciências Humanas: Caminhos da pesquisa contemporânea**. 1. ed. Jaguarão, RS: Claec editora, 2017.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Carina de Oliveira. A proteção internacional dos refugiados e o sistema brasileiro de concessão de refúgio. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9430>. Acesso em 25 ago. 2018.

VATTEL, Emmerich de; RANGEL, Vicente Marotta (trad.). **O direito das gentes**. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

POLÍTICA FISCAL E AS REFORMAS EM CURSO NO BRASIL: UMA ANÁLISE PARA BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA

Mateus Maran LEITE¹
Daniela Ramos Marinho GOMES

RESUMO

Ao longo dos anos, o paradigma da política fiscal do Estado brasileiro tem sido um efêmero e mutável modelo de organização econômica estatal, sujeito a alterações constantes de acordo com a manutenção do governo e a dinamicidade da sociedade, de modo que os ordenamentos jurídico, político, social e econômico se adaptam de acordo com a mutabilidade social, culminando em períodos de instabilidade, os quais, por sua vez, ensejam em reformas. O presente artigo pretende realizar uma perquirição destes fenômenos sob a óptica da política fiscal e analisar as propostas de reforma em curso, relacionadas à manutenção da política fiscal, como diagnóstico para a crise econômica vigente. Para tanto, a pesquisa será feita com base em revisão bibliográfica de livros e artigos científicos, com abordagem quali-quantitativa, utilizando-se do método indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Política fiscal; reformas; direito econômico; economia; direito constitucional; direito tributário.

ABSTRACT

Over the years the paradigm of the fiscal policy of the Brazilian State have been an ephemeral and mutable model of state economic organization, susceptible to constant alterations according to the government maintenance and the dynamicity of the society, in order to the juridical, political, social and economic orders adapt according to the social motability, with a peak to instability periods whom in turn occasionate reforms. The present article intends to realize an examination of these phenomenon by the optic of the fiscal policy and analyze the proposals of reform ongoing related to the maintenance of the fiscal policies as diagnose to the current economic crisis. For this purpose the research will be done on the basis of bibliographic review of books and scientific articles, with the qualitative and quantitative approach, using the inductive method.

KEYWORDS: Fiscal policy; reforms; economic law; economy; constitutional law; tax law.

1. INTRODUÇÃO

A política fiscal de um Estado é uma das mais importantes variáveis no paradigma econômico, uma vez que esta é a responsável por gerir as receitas e os gastos públicos, sendo estes, a mais importante incógnita que permeia o desenvolvimento ou não da economia. Isto se dá, pelo fato de que a condição do resultado primário das receitas estatais, o qual consiste no coeficiente entre a arrecadação e as despesas, está intimamente ligado com a política fiscal adotada pelo governo.

O Brasil já adotou diversos modelos de política fiscal, os quais dependem, tanto do posicionamento político do governante, quanto dos fatores econômicos e sociais que permeiam a

1 Possui curso Técnico em Serviços Jurídicos pela ETEC - Antônio Devisate - Marília/SP(2017). Tem experiência na área de Direito.

situação da Nação em determinado momento. Destarte, do mesmo modo que a economia depende da política fiscal para seu desenvolvimento, a política fiscal depende da situação micro e macroeconômica, em âmbito nacional e mundial, para ser aplicada com eficiência.

Desta forma, o Brasil está sendo palco de um período de recessão econômica, culminada no ano de 2014, no qual o país fechou o ano em déficit primário, ou seja, com gastos que suplantaram a arrecadação, dentro do qual, um dos fatores influenciadores é a crise fiscal. Esta, apesar de não poder ser diagnosticada com exatidão, mostrou ser um reflexo da política fiscal, a qual foi superada pelos avanços sociais e tecnológicos.

Diante da crise enfrentada, a qual será abordada em tópico oportuno, o Brasil vem caminhando rumo às reformas, sobretudo previdenciária e tributária, de modo que tais reformas possuem como principal argumentação a necessidade de ajustes da política fiscal nacional.

O presente artigo busca fazer uma análise dos modelos de política fiscal e analisar as reformas em curso a fim de verificar um novo paradigma de Estado. Para tanto, a pesquisa será feita com base em revisão bibliográfica de livros e artigos científicos e os dados serão pesquisados com abordagem quali-quantitativa, utilizando-se do método indutivo.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PARTICIPAÇÃO FISCAL DO ESTADO NAS SOCIEDADES

Apesar de ser considerada um fenômeno recente, concretizado e positivado apenas na Idade Contemporânea, a intervenção fiscal do Estado no domínio econômico tem seus primeiros registros datados desde a Idade Antiga, com o surgimento da polis grega e, após, com a ascensão do Império Romano.

Conforme preceitua Van Creveld (2004), à partir da formação das primeiras cidades-estados gregas e romanas, dando origem a uma civilização mais moderna e organizada, a qual possuía as características mais notórias de Estado, quais sejam limitação territorial, população e poderio militar, além de estas terem sido palco de grande desenvolvimento mercantil, houve a necessidade de formação de um tesouro público, conhecido pelos romanos como *aerarium*.

Desta forma, um dos meios mais utilizados na política fiscal destas organizações estatais, de acordo com Van Creveld (2004), era a tributação. Todavia, esta não ocorria de forma estritamente formalizada, podendo ser mais minimalista em períodos de paz e estabilidade social, ficando em evidência os tributos do mercado e frutos do poder judiciário, como multas e expropriações, e mais rígida e custosa em períodos de guerra, principalmente para a manutenção das forças militares. Além disso, cidades que possuíam minas ou outras fontes de riquezas em suas dependências, arrendavam-nas a seus cidadãos, voltando suas receitas a fins públicos. Noutra giro, ainda conforme

o autor, outras cidades cobravam taxas alfandegárias e portuárias, além de contribuições relacionadas à moradia e ao direito de exploração mercantil. Não obstante, algumas cidades conquistavam outras, cobrando-lhes tributos em troca da proteção.²

Entretanto, destacam-se entre as formas de obtenção de riquezas, tanto das cidades gregas quanto romanas, as liturgias. Estas, de acordo com Van Creveld (2004), consistiam em contribuições feitas por ricos, mormente voltadas a fins políticos e socioculturais. Eram atribuídas pelos magistrados, os quais as cobravam após o arrolamento de bens e contribuições feitas pelo potencial contribuinte, de modo que aquele que possuía mais bens e menos contribuía, era alvo de cobrança.

Já no período imperial, os tributos eram fixados pelos imperadores, que formavam seu tesouro próprio com base na arrecadação. Além dos impostos, surgem, com mais evidência, as figuras dos monopólios, os quais consistiam na posse exclusiva do imperador sobre os produtos e fontes mais valiosos, de modo que estes eram arrendados para os comerciantes de maior poder econômico em troca de parte de sua produção.

Neste ínterim, nota-se que a política fiscal dos governos da antiguidade era pautada nas necessidades, de modo que poucas cidades possuíam um tesouro único e próprio, devido a diversidade de fontes de renda. Destarte, as cargas tributárias e os fatos geradores se modificavam de acordo com a demanda governamental e política, estando as receitas em fluxo constante.

Van Creveld (2004) acentua que, na Idade Média, com o advento do feudalismo, os meios de produção concentravam-se quase que exclusivamente nas mãos da nobreza e da Igreja, de modo que, seguindo a lógica dos monopólios imperiais, os servos que deles se utilizavam pagavam altos impostos – na maioria das vezes, parte da produção – além de serem taxados pela “proteção” garantida pelo feudo. Este sistema também possuía uma interligação baseada na lealdade hierárquica, sendo nobres de menor posição social sujeitos aos ditames da alta nobreza e do rei.

Contudo, opondo-se a este sistema, surgem, novamente, as cidades, conforme apresentado pelo autor. Van Creveld (2004) mostra que, como no feudalismo a população se concentrava nos feudos (grandes propriedades, na maioria das vezes, rurais) e nos vilarejos em suas dependências, quando a população começou a novamente se concentrar em conglomerados habitacionais, logo surgiram as cidades. Estas possuíam grande potencial econômico, principalmente com o crescimento do mercantilismo, de modo que transacionavam entre si, fazendo com que as riquezas circulassem, ensejando em impostos cobrados por esta circulação.

Com o crescimento das cidades e o declínio do regime feudal, a burocracia começa a se desenvolver cada vez mais nos governos, refletindo diretamente em sua política fiscal. Na Idade

2 Van Creveld, Martin – Ascensão e Declínio do Estado, 2004, p. 45.

Moderna, os Estados começam a ganhar forma, delimitando-se territorialidade à jurisdição de determinado monarca, bem como da atuação de seus funcionários, criando o que Van Creveld (2004) conheceu como a forma mais arcaica de Administração Pública.

Neste diapasão, os tributos arbitrados meramente conforme as necessidades ou simplesmente recebidos da iniciativa privada começam a minguar, de modo que uma tributação fixa e universal é implementada pelos monarcas. Entretanto, esta deixa, também, de ter caráter pessoal, compondo apenas o tesouro do rei, mas ganha caráter impessoal, formando-se, assim, os primeiros tesouros nacionais, administrados pelo ministério da fazenda. Além disso, foram instituídos os primeiros tributos de âmbito nacional.³

Adentrando à contemporaneidade, as riquezas em espécie começam a perder lugar para o dinheiro, o qual, inicialmente, era representado por moedas cunhadas em metais preciosos. Todavia, tendo em vista a instabilidade das fontes provedoras destes metais e a consolidação dos Estados-nações, tornou-se viável a produção de um tipo de moeda mais líquida e certa, ensejando, por fim, na utilização do papel-moeda.

Preceitua Van Creveld (2004) que, com seu uso, as figuras dos bancos, já em constante crescente desde o mercantilismo e a circulação das moedas metálicas, tomam um papel de extrema notoriedade na administração dos Estados, sendo estes responsáveis pela emissão do papel-moeda. Contudo, a sua produção desenfreada acabou por gerar inúmeras crises e períodos de instabilidade econômica, haja vista a não regulamentação da produção do dinheiro. Destarte, uma das soluções estatais para este imbróglio foi a instituição do monopólio da produção monetária ao Estado, por intermédio dos Bancos-centrais.⁴

Com a consolidação do papel-moeda como letra de câmbio, a política fiscal tomou um caráter mais formal, sendo estipulados tributos a serem cobrados sobre o dinheiro em moeda, não mais em espécie, além de ser conferido aos Bancos-centrais o poder de regulamentação do mercado financeiro. Com o passar dos anos, e com o surgimento e desenvolvimento do *welfare state*, o controle de receita e gastos estatais se formalizou e tomou caráter de necessidade na administração dos Estados, sendo uma das medidas mais importantes a serem tomadas pelo governo da situação no desenvolvimento de sua economia.

2.1. A Formatação do Estado Brasileiro

De acordo com Prado Júnior (2012), a partir das navegações e, posteriormente, do colonialismo extrativista, o Brasil, país dantes selvagem e inexplorado, exceto pelos silvícolas,

3 Idem, p. 208

4 Ibidem, p. 328.

torna-se uma potencial fonte de riquezas ao mundo ocidental. Por intermédio do chamado Pacto Colonial, a colônia brasileira mantinha uma relação de monopólio mercantil com sua metrópole, Portugal, de modo que era totalmente dependente economicamente, sendo toda a sua produção destinada a suprir as demandas portuguesas, que impunham o preço que bem entendessem sobre seus produtos, não permitindo o desenvolvimento e a autonomia econômica da colônia.

Configura-se, então, um capitalismo mercantil, o qual consistia na permuta de bens, principalmente matérias primas naturais advindas da fauna e flora brasileira, por manufaturas produzidas pelos países europeus, em vias de industrialização. Tal sistema, entretanto, teve seu colapso, principalmente a partir dos movimentos de independência, o qual foi responsável por consagrar um liberalismo econômico arcaico na colônia, doravante Estado independente.

Deste modo, conforme preconiza Prado Júnior (2012), o anterior capitalismo mercantil dá lugar a uma perspectiva de capitalismo industrial, fazendo com que a economia nacional, recém independente, iniciasse um paulatino período de desenvolvimento. A partir desse momento, a política fiscal, que anteriormente se resumia ao monopólio metropolitano instituído pelo Pacto Colonial, transacionando capital em espécie, começa a se estender ao campo monetário, pois logo que as relações comerciais são tidas com outros Estados, a moeda – principalmente em ouro – começa a tomar lugar na economia brasileira.

Quando o ouro, principal moeda da época, começa a se escassear, outros metais o substituem como moeda, sendo inicialmente a prata e posteriormente o cobre. Todavia, pelo seu baixo valor em relação ao ouro, estes não logram sucesso, dando espaço, por fim, ao surgimento do papel-moeda. Este, assim como tratado no capítulo anterior, tinha um caráter extremamente dinâmico e instável.⁵

A economia nacional, a partir do século XIX, baseada na agricultura e pecuária, era mormente voltada ao comércio externo, mas também buscava suprir as necessidades do mercado interno do país, de modo a ensejar seu desenvolvimento, conforme exposto por Furtado (2005). Desta forma, as áreas em que os principais frutos eram produzidos foram amplamente povoadas, como é o exemplo de São Paulo, região produtora de café. Desenvolve-se, então, a mão de obra assalariada.

No século XX, o fluxo de renda, agora totalmente pautado no papel-moeda, era constante. A balança comercial corriqueiramente se encontrava em desequilíbrio e o valor cambial da moeda brasileira era instável, principalmente no âmbito internacional. Isto acarretou em diversas crises econômicas, principalmente com o advento das Guerras Mundiais, o que potencializou os gastos militares da nação, causando um desequilíbrio entre na receita patrimonial do Estado. Em resposta,

5 Júnior, Caio Prado – História Econômica do Brasil, 2012, p. 95.

como exposto por Furtado (2005), fora instituída uma política cambial de majoração dos preços da exportação, buscando revitalizar o equilíbrio das finanças públicas.

Por fim, o Estado passa a se preocupar com mais veemência ao fenômeno da inflação, a qual acarreta na constante alta dos preços de mercado. Como resposta, as políticas fiscais ganham uma forma mais sólida, tornando-se um componente intrínseco dos planos de governo ulteriores, ampliando sua atuação, no meio tributário e no mercado de investimento com a capitalização.

3. POLÍTICA FISCAL

3.1 Conceito

De acordo como Fonseca (2017), a política fiscal de um Estado está intimamente ligada com sua Constituição Econômica. Esta, por sua vez, parte de um moderno conceito doutrinário que identifica, através das normas constitucionais programáticas em relação à economia, uma ordem econômica prevista no ordenamento constitucional, a qual deve ser seguida pelos governos sob sua égide.⁶

Dentro desta ordem econômica constitucional, está presente a política fiscal. Esta consiste no controle das finanças do Estado, relacionando a receita, ou seja, a entrada de capital no tesouro público, e as despesas. A receita possui várias fontes, sendo a principal os tributos, os quais derivam de impostos, taxas e contribuições. Em contrapartida, os gastos são dispendidos de diversas formas, não apenas com as necessidades inerentes à sociedade, como saúde, educação, segurança, etc., mas também em obras públicas e planos de políticas sociais.

Ainda nas palavras do autor, na intervenção fiscal, o Estado:

[...] edita normas de conteúdo financeiro ou fiscal através das quais impulsiona medidas de fomento ou de dissuasão. Concedendo benefícios fiscais ou impondo cargas tributárias mais ou menos pesadas, o Estado estimula determinadas atividades econômicas ou desestimula outras. (FONSECA, 2017, p. 177).

Conforme exposto, a política fiscal do Estado é uma forma de intervenção indireta na economia, a qual “[...] o Estado o faz através de normas, que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar; [...] esta forma de atuação do Estado está prevista no art. 174 da Constituição Federal.” (FONSECA, 2017).

Deste modo, de acordo com Costin (2010), o resultado fiscal das finanças do Estado é relacionado pelo coeficiente entre os gastos e finanças públicas. Caso estes operem de modo que a receita sobreponha os gastos, obtendo-se um resultado positivo ao erário, tem-se um superávit primário. Por outro lado, obtendo-se um coeficiente negativo, no qual os gastos suplantam a

6 Fonseca, João Bosco Leopoldino da – Direito Econômico, 2017, p. 79.

arrecadação, o governo opera sob déficit.⁷

3.2. Tipos

A política fiscal possui dois tipos: expansionista e contracionista. Tem-se uma política expansionista, quando o governo busca diminuir os tributos e aumentar seus gastos, investindo no mercado, com o escopo de fazer com que este se reestruture. Destarte, o fluxo monetário aumenta, fazendo com que a procura por bens e serviços também aumente, causando um ápice na circulação de riquezas no país (DWECK; TEIXEIRA, 2018).

Esta medida é utilizada pelo executivo quando a economia se encontra em déficit, com o mercado estagnado, não havendo grande fluxo de capital. A curto prazo, o mercado pode ser impulsionado pela alta da circulação monetária. Porém, devido a este fluxo e ao aumento da procura, os preços tendem a aumentar, dando ensejo à inflação e a desvalorização da moeda.

Já a medida contracionista se contrapõe à supracitada. Nas Palavras de Dweck e Teixeira:

[...] papel restrito do Estado e o uso da política fiscal com o objetivo fundamental de garantir a sustentabilidade da dívida pública, de modo a sinalizar ao mercado que não haverá risco de *default* e evitar a instabilidade das principais variáveis macroeconômicas, especialmente as taxas de juros e de inflação. (DWECK; TEIXEIRA, 2018, p. 286).

Nela, o governo inicia uma política de contenção de gastos, diminuindo os investimentos e mantendo os tributos estáveis, de modo a reverter uma situação de déficit a um superávit, visando primordialmente a sustentabilidade da dívida pública. Em alguns casos, há a majoração dos tributos, potencializando a positividade do erário.

Tal política apresenta-se como uma opção à recuperação de uma economia em déficit, aumentando a arrecadação e diminuindo os gastos. Todavia, pelo fato de congelar os investimentos públicos, pode também agravar recessões, aumentando a taxa de desemprego e diminuindo sobremaneira a procura por bens e serviços.⁸

4. CRISE FISCAL BRASILEIRA: O INCHAÇO DO ESTADO E AS REFORMAS NECESSÁRIAS

4.1. Apresentação de estatísticas dos últimos 10 anos

Após a crise econômica em esfera mundial, a qual eclodiu no ano de 2008, o então presidente Lula deu início a uma política fiscal expansionista, caracterizada como social desenvolvimentista, a qual buscou potencializar os gastos públicos com obras e projetos planos de política pública, em especial relacionados à redistribuição de rendas. Além disso, minorou os

7 Costin, Cláudia – Administração Pública, 2010, p. 117.

8 Nusdeo, Fábio – Curso de Economia, 2014, p. 199.

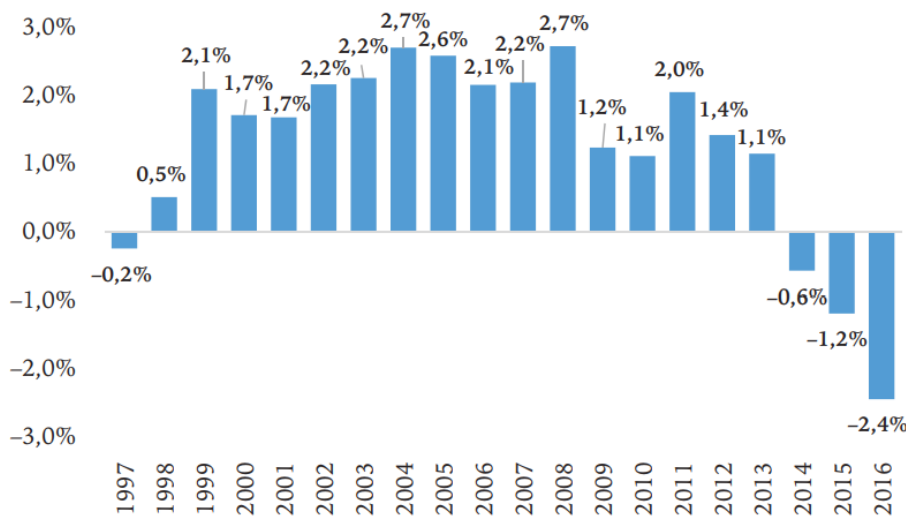
impostos incidentes sobre as camadas economicamente mais frágeis da sociedade e majorou sobre os mais abastados.

Deste modo, a partir de 2009 a taxa de emprego cresceu, concomitantemente com os salários, viabilizando a distribuição igualitária da renda e retomando a estabilidade financeira. Após um curto período de desenvolvimento em 2010, Dilma Roussef toma posse em um cenário econômico relativamente favorável.

Tendo em vista o então sucesso do plano econômico de seu predecessor, de acordo com Dweck e Teixeira (2018, apud BIASOTO JÚNIOR, 2014, p. 251) a presidente mantém a política expansionista, mantendo as finanças semelhantemente ao governo anterior, com gastos e investimentos em alta. Todavia, a crescente dos gastos não acompanharam o crescimento do PIB, de modo a causar um desequilíbrio no resultado primário, que entrou em um período de baixa constante, até que, a partir de 2014, atingiu o nível de déficit, ensejando em uma recessão econômica profunda no ano de 2015, conforme se depreende da análise do gráfico abaixo:⁹

Gráfico do resultado primário do governo federal até 2016

Gráfico 1: Resultado primário do governo federal, ajustado* (% do PIB)



Fonte: STN ajustada. Elaboração própria.

* Ajustado passivos, sem FSB e sem cessão onerosa e capitalização da Petrobras.

Fonte: DWECK, Esther; TEIXEIRA, Rodrigo Alves. Os impactos da regra fiscal em um contexto de desaceleração econômica. Para além da política econômica. São Paulo, v. 1, p. 291, 2018.

Inobstante aos gastos com obras públicas, saúde, educação, entre outros, a política fiscal do governo até então vigente manteve a taxa de juros em ascensão constante, representando esta, também, um dos maiores impulsionadores do déficit, tendo em vista esta taxa não acompanhar o

9 Carneiro, Ricardo; Baltar, Paulo e Sarti, Fernando – Para Além da Política Econômica, 2018, p. 290.

crescimento do PIB, que até então, operava em baixa constante.

Neste contexto, após todo um período de instabilidade política e econômica vivenciado pelo advento do *impeachment* da atual governante, seu vice-presidente, Michel Temer, assume o poder em um contexto de déficit primário acentuado. Desta forma, buscando reparar esta crise fiscal estrutural, dá início a um programa de intensas reformas, principalmente no setor econômico e fiscal, visando a minoração dos gastos públicos e a retomada do superávit primário.

Dentre estas, a primeira foi a PEC 241, conhecida como PEC dos gastos públicos, a qual visada, como diz o nome, estipular um teto para os gastos do setor público, visando sua manutenção de acordo com um cenário de superávit, impedindo que estes superassem a receita do erário. Seguida por esta, a proposta de Reforma da Previdência, a qual mostrou-se necessária, tendo em vista a fragilidade das reservas previdenciárias, foi proposta, mantendo-se em trâmite no ulterior governo Bolsonaro. Outras propostas, como a reforma tributária, estão também em desenvolvimento para auxiliar o país na retomada do desenvolvimento econômico. Estas reformas serão tratadas nos capítulos seguintes.

4.2. PEC de Gastos Públicos

O Projeto de emenda Constitucional n. ° 241, também conhecido como PEC de teto de gastos, foi uma das primeiras medidas tomadas pelo então governo Temer (logo após o impedimento de Dilma Rousseff) para a contenção de gastos públicos, diminuição da dívida bruta e reforma da política fiscal, buscando tirar o país do endividamento extremo e trazer, novamente, uma segurança financeira, ensejando na retomada do desenvolvimento econômico.

Como diz o título, tal projeto tem como escopo a diminuição dos gastos em relação à arrecadação, de modo a trazer de volta um equilíbrio orçamentário. Isto se dará com uma delimitação de teto limite para os gastos, sendo este baseado nos gastos de 2016, ajustados de acordo com a inflação do ano anterior. Tal medida pretende ser aplicada por um período de vinte anos, dentro do qual se espera que a economia se recupere gradativamente e que os cofres públicos retomem seu equilíbrio em relação a gastos e arrecadação.

Deste modo, Horta (2017) aduz que o projeto de nova matriz de política fiscal tem a pretensão de aumentar a previsibilidade da política macroeconômica, ensejando a confiança dos agentes e, conseqüentemente, viabilizando maiores investimentos; eliminar a tendência de aumento do gasto público; e diminuir o risco-país.¹⁰

Tal medida, evidentemente contracionista, parte do pressuposto de que, mantendo os gastos congelados, corrigidos de acordo com as mutações inflacionárias, o déficit fiscal é contido, de modo

10 Horta, Guilherme Tinoco de Lima, 2017, revista BNDES 47.

que os gastos são equilibrados com a arrecadação, recuperando, paulatinamente, a situação de superávit e desenvolvimento econômico.

Neste ínterim, projeções feitas por Horta (2017), indicam uma recuperação gradativa do PIB ao longo dos anos com a PEC de gastos, além de uma contenção inflacionária, o que culmina no desenvolvimento da economia, na geração de empregos e no aquecimento do mercado interno. Ademais, com a diminuição do risco-país, proporciona-se melhores condições de investimentos, permitindo a entrada de capital para o fomento da indústria brasileira, contribuindo, também, para o equilíbrio da balança comercial.

Todavia, tal medida deve ser tomada com cautela, tendo em vista que as massas populacionais usufrutuárias dos bens e serviços estatais são fragilizadas, de modo a causar um déficit nas finanças familiares e a diminuição da renda per capita nacional, impedindo, destarte, que a inflação diminua. Inobstante a isso, importantes setores de serviços públicos, como a educação e a saúde, têm de tomar medidas que muitas vezes afetam a sociedade e o estado de bem-estar social.

Portanto, aliado a estes cortes de gastos, as instituições devem exercer uma administração dirigente, de modo a cumprir com as principais demandas daqueles que realmente necessitam daquele bem ou serviço, de modo essencial, evitando gastos supérfluos.

4.3. Reforma Tributária

Desde a promulgação da Constituição de 1988, diversos projetos de reforma tributária, buscando a unificação dos tributos, o fim das cobranças cumulativas e da guerra fiscal entre estados e municípios, foram propostos e discutidos no Congresso Nacional. Todavia, por sinalizarem um risco às receitas públicas e à estabilidade orçamentária estatal, nenhuma delas obteve êxito.

Segundo Oliveira (2018), outro aspecto que contribuiu para a persistência dos parlamentares à não aprovação de uma reforma tributária com tais aspectos, fora o do acordo de ajuste fiscal do FMI, o qual estipulou que os Estado mantivessem seus gastos aliados às receitas, buscando um resultado de superávit primário constante.¹¹

Todavia, frente ao imbróglho fiscal vivenciado pelo governo brasileiro hodiernamente, a reforma tributária voltou a ser uma das pautas de discussão no Congresso Nacional, tendo sido aprovado o relatório apresentado pelo ex-deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-SP), acerca de um projeto de Emenda Constitucional referente a esta reforma, sendo este apoiado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ).

Esta proposta, idealizada por Bernard Appy, diretor do CCiF (Centro de Cidadania Fiscal), consiste em uma unificação tributária, ensejando a simplificação do sistema, o qual é tido pela

11 Oliveira, Fabrício Augusto de – A Reforma Tributária Necessária: Uma Introdução Geral, 2018, pag. 85

maioria dos economistas e juristas como complexo. Tal complexidade dificulta a justa arrecadação e dá maior substrato aos crimes de sonegação, além de causarem uma intensa guerra fiscal entre Estados e Municípios. Inobstante a isso, é extremamente prejudicial ao desenvolvimento empresarial brasileiro, o qual sofre com tributações cumulativas, principalmente sobre bens e produtos aumentando sua onerosidade, não só à empresa, mas também ao consumidor final, que paga uma gama de tributos indiretos cumulativos embutidos na precificação do bem ou serviço.

Desta feita, a proposta pretendo extinguir oito tributos federais, quais sejam, IPI, IOF, CSLL, PIS, Pasep, Cofins, Salário-Educação e Cide-Combustíveis, além do ICMS em âmbito estadual e o ISS em âmbito municipal, dando lugar a um imposto estadual sobre o valor agregado, denominado IBS (Imposto sobre Operações com Bens e Serviços) e um imposto sobre bens e serviços específicos, de competência federal.¹²

Noutro giro, outra proposta que, apesar de semelhante, possui alguns contrastes à já apresentada, foi idealizada pelo secretário especial da Receita Federal, Marcos Cintra. Em sua proposta, traz a unificação dos impostos em um imposto que recai sobre toda a movimentação financeira, nos moldes da CPMF, gerando discussões no âmbito legislativo e executivo sobre a viabilidade das propostas.

Ademais, Cintra também propões uma desoneração sobre a folha de pagamento.

A reforma tributária no Brasil deve seguir nessa direção, começando pela substituição de tributos que pesam sobre a folha de salários. O país onera fortemente o fator trabalho, e a troca dos 20% de contribuição previdenciária por uma contribuição eletrônica de 0,6% sobre os pagamentos é uma forma de dar início à adequação da estrutura tributária nacional à economia digital e promover a necessária desoneração do custo trabalhista". (CINTRA, 2019).¹³

Tal projeto harmoniza o sistema tributário brasileiro ao dos países componentes da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), e pretende viabilizar a recuperação do crescimento do PIB brasileiro, além de amenizar os problemas e a crise fiscal, diminuindo a burocracia e os crimes de sonegação fiscal.

4.4 Reforma da Previdência

Aliada à crise fiscal, está a crise no sistema previdenciário brasileiro, a qual já era observada há anos atrás. Isto se dá porque, nos últimos anos, os gastos com a previdência têm suplantado a arrecadação. Há uma gama de usufrutuários da previdência – principalmente funcionários públicos, os quais se aposentam com uma idade irrisória e usufruem de boa parte da

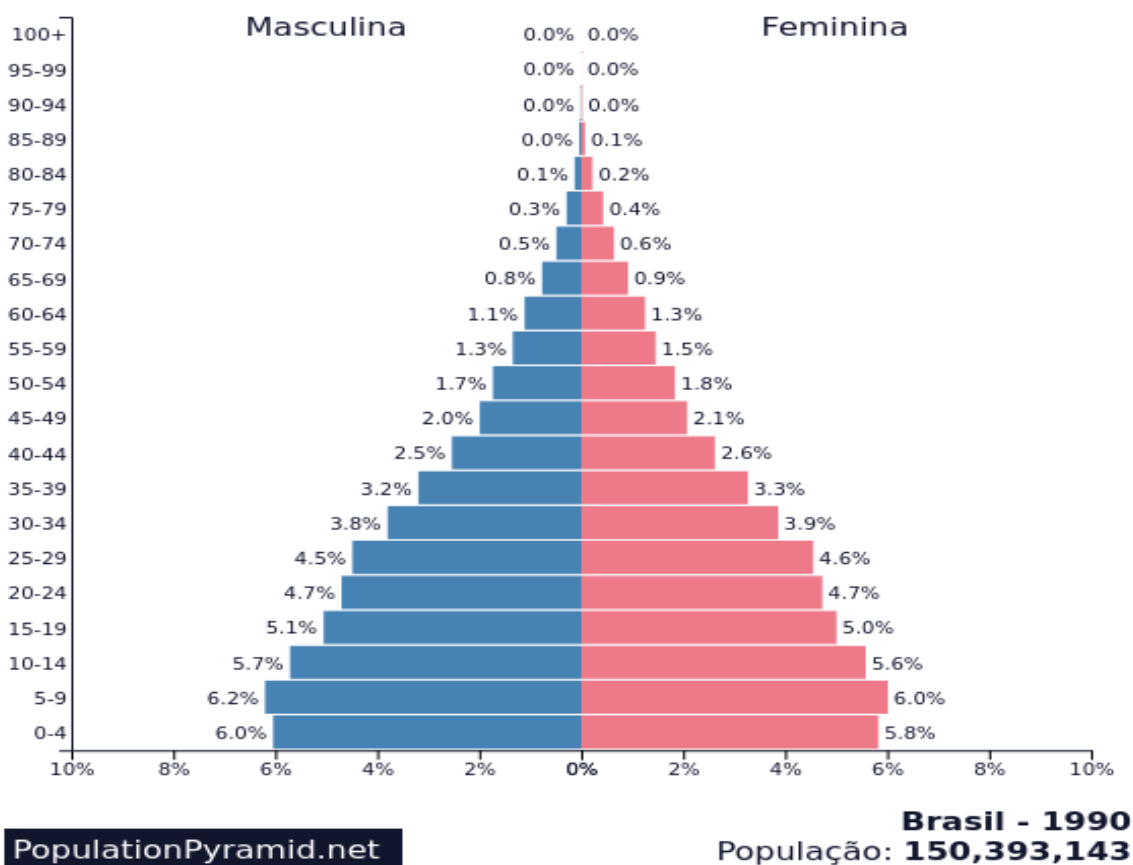
12 Câmara, notícias – Disponível em: www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/569756-COMISSAO-ESPECIAL-APROVA-REFORMA-TRIBUTARIA-PARECER-DE-HAULY-VAI-A-PLENARIO.html. Acesso em: 10/05/2019.

13 Cintra, Marcos - Economia digital e custo trabalhista, 2019. Disponível em: www.marcoscindra.org/single-post/2019/03/22/Economia-digital-e-custo-trabalhista. Acesso em: 16/-7/2019.

receita previdenciária – enquanto o número de contribuintes se diminui gradativamente.

Isto ocorre em decorrência de um fenômeno social chamado pirâmide etária. Esta, por sua vez, consiste em um gráfico, no qual é feita uma relação entre a população brasileira e a faixa etária correspondente aos cidadãos, visualizando-se a quantidade de pessoas por determinada faixa de idade. Partindo da análise das pirâmides etárias brasileiras, bem como dos momentos históricos vivenciados, pode-se constatar que, à época da promulgação da constituição vigente (1988), a pirâmide etária possuía uma base maior, diminuindo no decorrer da subida, indicando uma taxa de natalidade alta, um número de jovens e adultos maior e um número de idosos muito menor em relação ao restante da pirâmide. Consequentemente, o número de contribuintes da previdência neste período, suplantava, em muito, o número de usufrutuários, de modo que a receita previdenciária era completamente favorável.

Pirâmide etária de 1990.



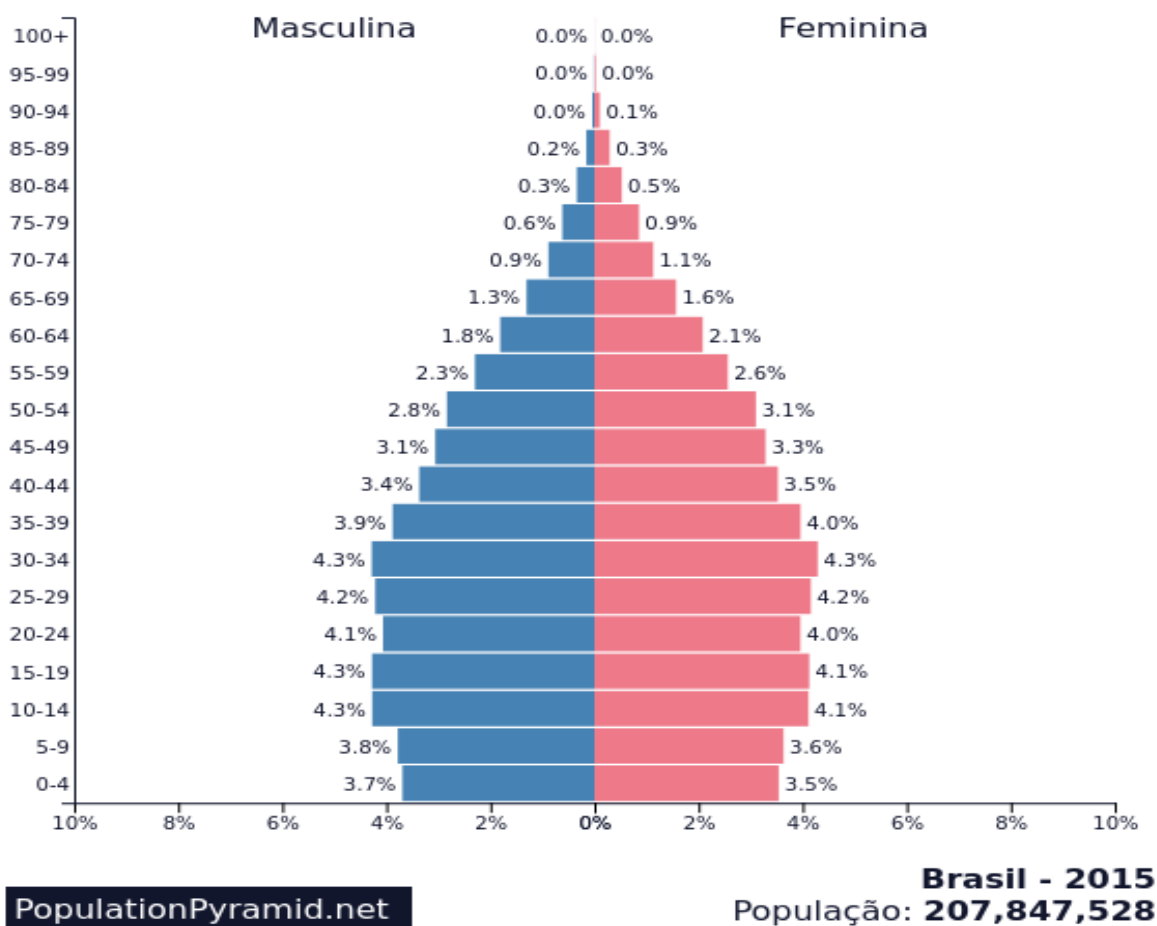
Fonte: www.populationpyramid.net/pt/brasil/1990/. Acesso em: 22/02/2019.

Todavia, após tão grande taxa de natalidade, as famílias começaram a optar por gerarem menos filhos, o que culminou em uma baixa neste coeficiente. Como resultado, o número de jovens e adultos, contribuintes em potencial da previdência, começou a diminuir, enquanto o número de

idosos cresceu consideravelmente. Destarte, os gastos com a previdência começaram a crescer em relação à arrecadação, com um número de aposentados cada vez maior e um número de contribuintes cada vez menor.

Desta forma, a previdência começou a se deteriorar gradativamente, culminando em uma crise ferrenha nos últimos anos, o que põe em risco não só a economia do país, mas o bem estar e a segurança social do brasileiro, que labora por boa parte de sua vida e corre o risco de não receber o merecido auxílio em sua velhice em decorrência do déficit nas finanças previdenciárias. Além do mais, conforme o passar dos anos, a medicina avançou de forma considerável, resultando em um aumento da longevidade da população, de modo que, além de o número de idosos ser maior, estes vivem mais, necessitando mais da aposentadoria.

Pirâmide etária de 2015



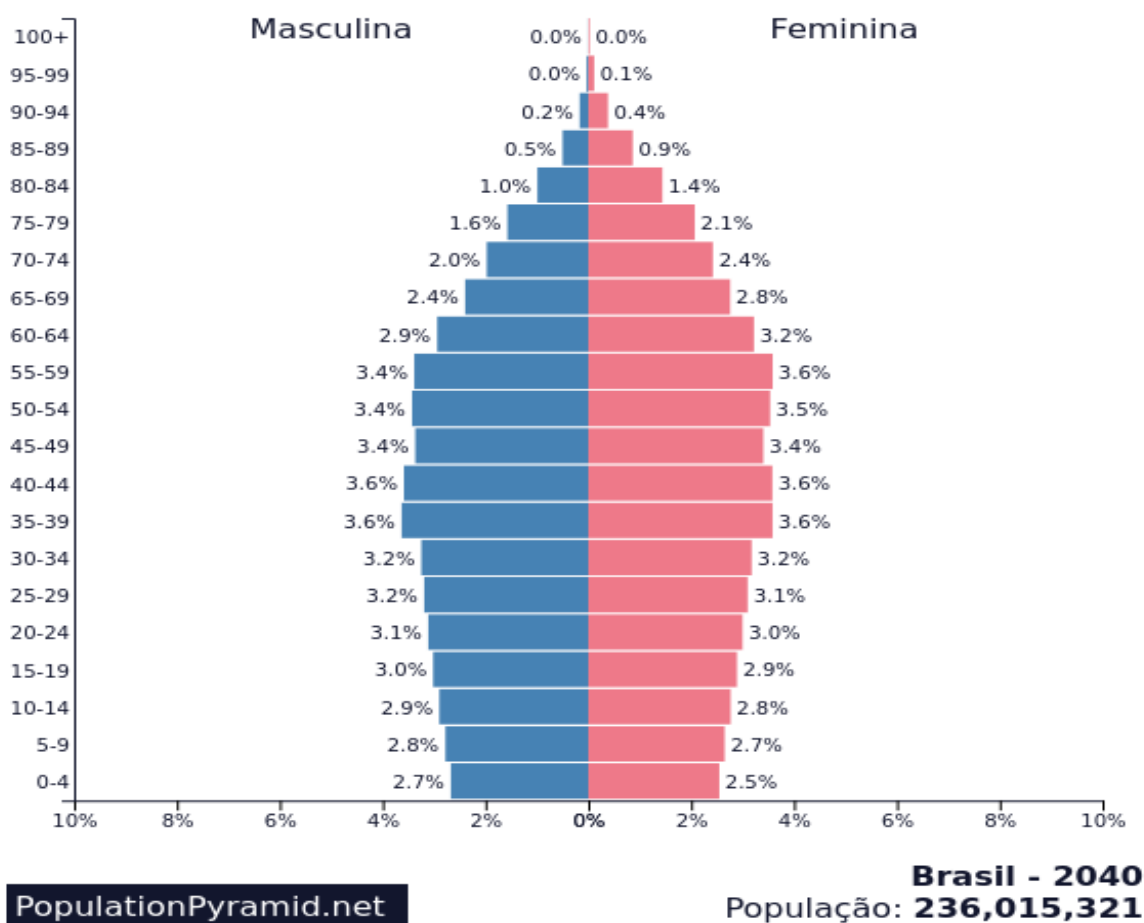
Fonte: www.populationpyramid.net/pt/brasil/2015/. Acesso em: 22/02/2019.

Entretanto, com tais avanços e com tamanha melhora na qualidade de vida e de labor das pessoas, fica evidente que a idade na qual os trabalhadores, principalmente funcionários públicos, se aposentavam antigamente – por volta dos 50 anos de idade – está totalmente desatualizada

conforme a longevidade da população. Neste íterim, uma reforma no sistema previdenciário, não só se faz necessária para o reparo da crise fiscal, mas também para que se possa garantir, com segurança, a aposentadoria para aqueles que realmente se encontram em idade avançada e inapta ao labor, devendo usufruir de sua vida e de toda a justa contribuição.

Deste modo, se faz mister uma reforma da previdência, a qual, de forma equitativa à pirâmide etária e a expectativa de vida dos brasileiros, deve aumentar o tempo de contribuição daqueles que ainda se encontram em aptidão ao labor, de modo a permitir que aqueles que realmente carecem de possibilidade laboral possam ser amparados financeiramente e aproveitar o restante de sua vida em tranquilidade.

Projeção da pirâmide etária de 2040



Fonte: www.populationpyramid.net/pt/brasil/2040/. Acesso em: 22/02/2019.

Não obstante, conforme projeções, a tendência é de que, cada vez mais, a pirâmide etária se estreite aos mais jovens e se alargue aos mais velhos, de modo a causar uma desproporcionalidade na razão entre contribuintes e usufrutuários, o que pode causar um risco imenso, não só àqueles que já usufruem da aposentadoria, mas também às futuras gerações, que

podem se deparar com uma previdência depravada e não encontrar o devido amparo após anos de trabalho.

Destarte, outra proposta que busca garantir a aposentadoria, independentemente das variáveis sociais e relação à pirâmide etária, é a de transformar o atual sistema, pautado na contribuição por repartição, ou seja, as finanças arrecadadas são unificadas, suprimindo os usufrutuários e recebendo de todos os trabalhadores, em um sistema de capitalização.

Este consiste em individualizar as contribuições, como uma forma de investimento, de modo que o contribuinte usufruirá das contribuições feitas por ele mesmo, de forma que estas, valorizadas por taxas de juros, são retornadas ao contribuinte, garantindo-lhe segurança no usufruto da aposentadoria, vez que esta é diretamente proporcional com sua contribuição, de modo a não ensejar em riscos de não recebimento.

Noutro giro, a política de desoneração também busca diminuir as contribuições compulsórias na folha de pagamento dos salários em relação às empresas ao fundo previdenciário, permitindo uma melhor distribuição salarial e geração de empregos, diminuindo o custo empregatício no âmbito empresarial brasileiro.

Neste diapasão, tem-se que a reforma da previdência, não só é necessária para garantir aos brasileiros uma seguridade de aposentadoria, conforme previsto na Constituição, mas também será uma das medidas mais importantes para diminuir os gastos e, conseqüentemente, a dívida pública, contribuindo para a retomada do desenvolvimento econômico, da segurança financeira e do bem-estar social.

5. CONCLUSÃO

Conforme analisado, constata-se a existência de uma crise fiscal envolvendo a economia brasileira, ensejada por fatores macroeconômicos, sociais e jurídicos. Desta forma, tendo em vista o Direito ser, de acordo com Durkheim, um fato social, deve este buscar acompanhar as mutações sociais.

De tal forma, observou-se que uma das formas de intervenção direta na economia pelo Estado, se dá por intermédio da política fiscal, a qual consiste no controle das receitas e das despesas do erário. Neste ínterim, pode a política fiscal ocorrer de forma contracionista, de modo a manter a dívida pública equilibrada, refreando os investimentos e a carga tributária, ou expansionista, potencializando os investimentos visando a maior circulação de riquezas e a retomada do crescimento econômico.

Nesse palmilhar, o Brasil se encontra, hodiernamente, em um período de mudanças no âmbito econômico, as quais buscam aplacar a crise fiscal evidenciada, propondo reformas que

refletem no modelo de política fiscal adotado. Destarte, as reformas no teto de gastos públicos, previdenciária e tributária, se apresentam como algumas formas que pretendem estabelecer, paulatinamente, um novo paradigma de política fiscal nacional.

Portanto, as reformas relacionadas à política fiscal podem ser vistas como uma resposta político-jurídica ao dinamismo econômico do século vigente. Entretanto, devem estas respeitar os ditames da Constituição Federal de 1988, de modo a manter um equilíbrio entre a contenção de gastos e a manutenção do bem-estar social.

Em face do exposto, a análise da crise econômica, das mazelas sociais e da resposta jurídica a estes imbróglios, deve ser amplamente discorrida no âmbito acadêmico, haja vista ter íntima relação com o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, os operadores do direito. Ademais, uma eficiente política fiscal, adequada aos moldes econômico-sociais e voltada à resolução dos principais problemas causadores do regresso econômico, é um ponto a ser frisado na retomada do crescimento e desenvolvimento do país.

Deste modo, a manutenção da política fiscal de modo condizente com as necessidades da sociedade, será um importante passo na busca da igualdade e da pacificação social, cumprindo a economia com seus desígnios estipulados pela Carta Magna pátria.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTIN, Cláudia. **Administração Pública**, vol. 1, ed. 1, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

CINTRA, Marcos - **Economia digital e custo trabalhista**. Disponível em: www.marcoscindra.org/single-post/2019/03/22/Economia-digital-e-custo-trabalhista. Acesso em: 16/07/2019.

DWECK, Esther; TEIXEIRA, Rodrigo Alves. **Os impactos da regra fiscal em um contexto de desaceleração econômica**. In. CARNEIRO, Ricardo; BALTAR, Paulo; SARTI, Fernando (orgs.). Para além da política econômica. São Paulo, vol. 1, p. 283-327, São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**, vol. 1, ed. 9, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**, vol. 1, ed. 32, São Paulo: Editora Nacional, 2005.

HORTA, Guilherme Tinoco de Lima. **Regras fiscais no Brasil: uma análise da PEC 241**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n.º 47, p. 259-308, jun. 2017

JANARY, Júnior. Disponível em: www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/569756-COMISSAO-SPECIAL-PROVA-REFORMA-TRIBUTARIA-PARECER-DE-HAULY-VAI-A-PLENARIO.html. Acesso em: 10/05/2019.

JÚNIOR, Caio Prado. **História Econômica do Brasil**, vol. 1, ed. 26, São Paulo: Editora Brasiliense, 2012.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**, vol. 1, ed. 8, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de – **A Reforma Tributária Necessária: Uma Introdução Geral**. In FAGNANI, Eduardo (org.). *A Reforma Tributária Necessária – Diagnóstico e premissas*. Brasília: ANFIP: FENAFISCO: São Paulo: Plataforma Política Social, 2018. 804 p.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e Declínio do Estado**, vol. 1, ed. 1, São Paulo: Martins Fontes, 2004.