

ESTUDOS CRÍTICOS E A DINAMICIDADE DO DIREITO PÚBLICO

Estudos relevantes alcançados no I Colóquio Interinstitucional da Pós-graduação em Direito Público do Centro Universitário Newton Paiva

Autores

Ana Beatriz Moreira Ribeiro
Caio Frederico Silva Rocha
Cynthia Teixeira Pereira Carneiro Lafeté
Dirceu Elber Gomes Silva
Hugo Rios Bretas
Iara Elías da Silva
Jéssica Avelino
Karla Alves Drummond Silva
Laura Martins Duarte de Lima
Lorena Stefany da Silva Pádua
Lucimar Renata de Carvalho Silva
Pedro Américo Batista de Oliveira
Thiago Luiz Attié

Hugo Rios Bretas

Doutor e Mestre em Direito Privado, Pós-graduado em Direito Civil e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenador das pós-graduações em Direito Público, Direito de Família e das Sucessões, Professor da Escola de Direito, EAD, Extensão e Conteudista do Centro Universitário Newton Paiva; Coordenador da Pós-graduação em Direito Público, Constitucional e Ambiental, membro do colegiado e professor da pós-graduação e graduação da FUNCESI. Professor das Pós-graduações do SENAC, UNIPAC, ANADEM e MILTON CAMPOS. Membro da Comissão Estadual de Advogados Professores da Ordem dos Advogados do Brasil (OABMG).

Cynthia Teixeira Pereira Carneiro Lafeté

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa/Portugal, Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Membro do Colegiado do Curso de Direito e Professora Titular do Centro Universitário Newton Paiva; Professora da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Newton Paiva, da Faculdade de Direito Promove e da Rede de Ensino Doctum. Membro da Comissão de Advogados Professores, da Comissão de Direito Previdenciário e da Comissão de Arbitragem e Mediação da OAB/MG. Diretora de Relações Internacionais em Matéria Previdenciária do Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV. Advogada

ESTUDOS CRÍTICOS E A DINAMICIDADE DO DIREITO PÚBLICO

Estudos relevantes alcançados no I Colóquio Interinstitucional da Pós-graduação em Direito Público do Centro Universitário Newton Paiva

Autores

Ana Beatriz Moreira Ribeiro, Caio Frederico Silva Rocha, Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafeté, Dirceu Elber Gomes Silva, Hugo Rios Bretas, Iara Elias da Silva, Jéssica Avelino, Karla Alves Drummond Silva, Laura Martins Duarte de Lima, Lorena Stefany da Silva Pádua, Lucimar Renata de Carvalho Silva, Pedro Américo Batista de Oliveira, Thiago Luiz Attié

Organizadores

Hugo Rios Bretas

Doutor e Mestre em Direito Privado, Pós-graduado em Direito Civil e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenador das pós-graduações em Direito Público, Direito de Família e das Sucessões, Professor da Escola de Direito, EAD, Extensão e Conteudista do Centro Universitário Newton Paiva; Coordenador da Pós-graduação em Direito Público, Constitucional e Ambiental, membro do colegiado e professor da pós-graduação e graduação da FUNCESI. Professor das Pós-graduações do SENAC, UNIPAC, ANADEM e MILTON CAMPOS. Membro da Comissão Estadual de Advogados Professores da Ordem dos Advogados do Brasil (OABMG).

Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafeté

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa/Portugal, Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Membro do Colegiado do Curso de Direito e Professora Titular do Centro Universitário Newton Paiva; Professora da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Newton Paiva, da Faculdade de Direito Promove e da Rede de Ensino Doctum. Membro da Comissão de Advogados Professores, da Comissão de Direito Previdenciário e da Comissão de Arbitragem e Mediação da OAB/MG. Diretora de Relações Internacionais em Matéria Previdenciária do Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV. Advogada



Belo Horizonte, 2022

ESTRUTURA INSTITUCIONAL

Antônio Roberto Beldi
Presidente da mantenedora

Marcelo Maduell Guimarães
Coordenação da Escola de Direito

Camila Romeiro
Reitora

Hugo Rios Bretas
Cynthia Teixeira Pereira Carneiro Lafetá
Organizadores

Patrícia da Silva Klahr
Pró-Reitoria Acadêmica da Newton

Ana Paula Matias
Procuradora Institucional

ISBN 978-65-87392-16-5

E82

**Estudos Críticos e a Dinamicidade do Direito Público: estudos relevantes alcançados no I Colóquio Interinstitucional da Pós-graduação em Direito Público do Centro Universitário Newton Paiva / Organização Hugo Rios Bretas, Cynthia Teixeira Pereira Carneiro Lafetá... [et.al.] – Belo Horizonte: Editora Newton, 2022.
214 p.**

ISBN 978-65-87392-16-5

1. Direito. 2. Direito Público. 3. Direito Constitucional. I. Bretas, Hugo Rios. II. Título

CDU 347:614

(Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Centro Universitário Newton)

Ariane Lopes

Responsável pelo Núcleo de Publicações Acadêmicas do Centro Universitário Newton Paiva



SETOR DE MARKETING E COMUNICAÇÃO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Av. Presidente Carlos Luz, 650 - Caiçara

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Hugo Rios Bretas, Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafetá..... 6

INTRODUÇÃO AO DIREITO PÚBLICO E A SUA DINAMICIDADE NA ERA DA TECNOLOGIA 4.0: A INAFASTÁVEL IMPERATIVIDADE DA HUMANIZAÇÃO COMO PRESSUPOSTO HERMENÊUTICO, APESAR DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E DO CENÁRIO EXTRAORDINÁRIO

Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafetá, Hugo Rios Bretas..... 7

TRATAMENTO DE PACIENTES MENORES: AUTONOMIA PRIVADA E REPRESENTAÇÃO PARENTAL

Thiago Luiz Attié..... 28

OS REFUGIADOS E A PANDEMIA: ATUAÇÃO DOS ESTADOS EM MEIO À CRISE HUMANITÁRIA

Jéssica Caroline Avelino de Souza..... 48

IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA. APÓS COVID 19 AINDA É ADQUADO TER O ESTABELECIMENTO PRESTADOR PARA FINS DE ISS.HE PROVIDER ESTABLISHMENT FOR PURPOSE OF ISS

Lucimar Renata de Carvalho Silva..... 60

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Laura Martins Duarte de Lima..... 70

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRIBUTÁRIO

Caio Frederico Silva Rocha..... 87

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Iara Elias da Silva..... 104

O NEPOTISMO À LUZ DOS CARGOS POLÍTICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ABORDAGEM SEGUNDO A SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dirceu Elber Gomes Silva..... 121

DO DEVER VINCULADO DO ESTADO DE IMPLEMENTAR
POLÍTICAS PÚBLICAS COM VISTA A REDUZIR AS
DESIGUALDADES SOCIAIS

Ana Beatriz Moreira Ribeiro.....145

A APLICABILIDADE DO INSTRUMENTO DAS DIRETIVAS
ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

Karla Alves Drummond Silva, Lorena Stefany da Silva Pádua.....170

DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO: BREVES ASPECTOS
DA POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA EM FACE DO ACESSO
E UNIVERSALIZAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS À ÁGUA
E AO ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Pedro Américo Batista de Oliveira..... 197

APRESENTAÇÃO

Os artigos contidos nesta obra são reflexos da busca incessante pela problematização de pilares do Direito Público, frutos da inquietação acadêmica dos autores: professores, pós-graduandos e mestrandos de distintas Instituições de Ensino.

Os estudos alcançados revisitam emergentemente searas das Ciências Políticas, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direitos Humanos, Direito Tributário, entre outros.

Os temas discutidos não se limitam ao modismo intelectual, posto que são assuntos novos e criativos, antenados e coerentes, a partir de variáveis econômicas, políticas, sociais, tecnológicas e pandêmicas.

Estes trabalhos foram logrados em virtude de eloquentes debates instaurados no I Colóquio da Pós-graduação em Direito Público do Centro Universitário Newton Paiva, organizado pelo professor Hugo Rios Bretas, coordenador deste curso, em parceria com a professora Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafeté.

A realização deste evento demonstra a preocupação institucional no que toca a formação de seus alunos de pós-graduação e a busca pela excelência acadêmica, na medida em que inseriu o aluno na condição de protagonista, responsável por ministrar palestras e produzir artigos científicos de qualidade. Este panorama solidifica, uma vez mais, o quão destacável é o Centro Universitário Newton Paiva, ao construir o amadurecimento científico genuíno de seus discentes, a partir de cursos e eventos diferenciados e destacáveis.

Por derradeiro, reputamos que os estudos alcançados de fato são contributivos para a comunidade acadêmica.

Hugo Rios Bretas e Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafeté

INTRODUÇÃO AO DIREITO PÚBLICO E A SUA DINAMICIDADE NA ERA DA TECNOLOGIA 4.0: A INFASTÁVEL IMPERATIVIDADE DA HUMANIZAÇÃO COMO PRESSUPOSTO HERMENÊUTICO, APESAR DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E DO CENÁRIO EXTRAORDINÁRIO

Cyntia Teixeira Pereira Carneiro Lafeté

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa/Portugal, Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho, Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Membro do Colegiado do Curso de Direito e Professora Titular do Centro Universitário Newton Paiva; Professora da Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Newton Paiva, da Faculdade de Direito Promove e da Rede de Ensino Doctum. Membro da Comissão de Advogados Professores, da Comissão de Direito Previdenciário e da Comissão de Arbitragem e Mediação da OAB/MG. Diretora de Relações Internacionais em Matéria Previdenciária do Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV. Advogada

Hugo Rios Bretas

Doutor e Mestre em Direito Privado, Pós-graduado em Direito Civil e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenador das pós-graduações em Direito Público, Direito de Família e das Sucessões; Professor da Escola de Direito, EAD, Extensão e Conteudista do Centro Universitário Newton Paiva; Coordenador das Pós-graduações em Direito Público, Direito de Família e Soluções Alternativas de Conflitos, Constitucional e Ambiental, membro do colegiado e professor da pós-graduação e graduação da FUNCESI. Professor das Pós-graduações do SENAC, UCA -ANADEM (DF), UNIPAC, Milton Campos e UNIASSELVI. Membro da Comissão de Advogados professores da OAB/MG. Advogado

RESUMO: A pandemia, provocada pela COVID-19, lamentavelmente gerou incontáveis impactos, um dos quais consistiu na abrupta aceleração da premência da tecnologia nos ambientes sociais e laborativos. Neste horizonte, o Direito Público também foi afetado, por óbvio, a começar pelas implicações econômicas, oriundas do auxílio emergencial. Apesar de todo esse cenário, há que salvaguardar a centralidade da humanização como pilar de toda a hermenêutica, ante a imprescindibilidade da dignidade da pessoa humana. Para se atingir tal proposição, ao longo deste artigo, serão estudados os princípios da Supremacia Constitucional, a interdependência entre imagem, personalidade e dignidade, a essência e a dinamicidade do Direito Público. Em outros termos, o relacionamento entre Estado e Cidadão só é legítimo se houver respeito aos parâmetros de humanização.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana, Supremacia Constitucional, Direito Público

1 INTRODUÇÃO

A dinamicidade do Direito é percebida escancaradamente no período extraordinário de pandemia, provocada pela COVID-19, em decorrência das impactantes e violentas mudanças sociais, econômicas, políticas e jurídicas. Nesse cenário, torna-se imperioso revisitar múltiplas temáticas e institutos jurídicos do Direito Público, por exemplo, a situação dos estabelecimentos prisionais, em razão da aglomeração da população carcerária. Nesta mesma perspectiva extraordinária, há que se ponderar os impactos econômicos em razão do auxílio emergencial; a subsunção, por parte do Supremo Tribunal Federal, da COVID-19 como fato imprevisível¹.

Este cenário angustiante acelerou processos de revisitação de institutos, sobretudo em virtude da massificação ainda mais avassaladora da virtualização

1 De forma a defender a imprevisibilidade, o informativo 977 do Supremo Tribunal Federal, ao tratar da Covid-19 e as restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal, entendeu a prevalência do entendimento de que o surgimento da pandemia do Covid-19 consiste em fato superveniente, imprevisível. De forma explícita: O relator observou que, em suma, o pedido formulado na ação objetivou afastar a aplicabilidade de restrições para fins de combate integral da pandemia na saúde pública e em seus reflexos, como a manutenção de emprego e de empresas e a subsistência dos seres humanos. Esclareceu que o afastamento não afetaria de forma alguma o mandamento constitucional de transparência, de prudência fiscal, consubstanciado na LRF. Os dispositivos impugnados pretendem evitar gastos não previstos, a improvisação nas finanças públicas, e não vedar gastos orçamentários absolutamente necessários destinados à vida, à saúde, ao trabalho e à subsistência dos brasileiros. Ademais, a única válvula de escape seria o art. 65 da LRF, que afasta alguns dispositivos. O mencionado artigo estabelece regime emergencial para casos de reconhecimento de calamidade pública, afasta a necessidade de contingenciamento de recursos e sanções pelo descumprimento de limites de gastos com pessoal. Contudo, não prevê expressamente a possibilidade de criação de novas despesas emergenciais e necessárias no combate a uma pandemia, sem que tenham sido previstas anteriormente no orçamento. O ministro lembrou que o surgimento da pandemia do Covid-19 seria fato superveniente, imprevisível, cujas consequências gravíssimas eram impossíveis de serem programadas e exigem a atuação direta do Poder Público municipal, estadual e federal. Essa excepcionalidade foi considerada para a suspensão dos dispositivos questionados. Do ponto de vista jurídico e lógico, seria impossível a previsão dos efeitos econômicos quando aprovadas as leis orçamentárias. Sublinhou que a interpretação conforme dada na cautelar se baseou nos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, na valorização do emprego e na saúde pública. Esses preceitos e princípios constitucionais seriam totalmente afastados se não houvesse a possibilidade de os entes combaterem a pandemia, auxiliando a população, inclusive, com recursos públicos. Se os dispositivos adversados fossem aplicados rigidamente, por exemplo, não seria possível a concessão do auxílio emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos reais) durante a pandemia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=substitui>. Acesso em 05 de agosto de 2020.

das relações e da tecnologia². Nesse tom, em razão da absurda majoração do desemprego, há que se perguntar: Como o Direito do Trabalho Constitucional e o Estado reagirão?

No campo da tecnologia a pandemia também foi contributiva para o processo de aumento do homeoffice. Em outros termos, a pandemia foi responsável por promover o isolamento social, motivo pelo qual atividades que outrora eram desempenhadas em ambientes externos, passaram a ser repentinamente exercidas no âmbito doméstico, exigindo-se do profissional adaptação e compatibilização entre o ambiente tipicamente familiar e o ambiente laborativo.

Apesar de todas as mudanças panorâmicas, o elemento nevrálgico da hermenêutica constitucional não é outro senão a humanização, a partir da valoração da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que se irradia sistematicamente no texto constitucional. Neste condão, o presente estudo propedêutico mais enfatizará o umbilicalismo entre a dignidade, personalidade e imagem, que são bens jurídicos responsáveis pela tutela da integridade psíquica e corpórea da pessoa humana, isto é, representam um alto grau de valoração da pessoa humana.

Portanto, o trabalho proposto valorará a essência do Direito Público, que consiste no relacionamento racional e humano a ser adotado pelo Estado, não obstante a inelutável verticalização entre Estado e cidadãos. Assim, os institutos: atos de império, a supremacia dos interesses públicos sobre os interesses privados, a supremacia constitucional, o domínio público, domínio

2 Sobre os impactos da tecnologia no Direito: no Direito Econômico, existem estudos profundos sobre o “blockchain” e a legitimidade das criptomeadas, inclusive a par de sua (in)constitucionalidade. Por outro lado, no Direito Empresarial é inevitável o estudo sobre a possibilidade de assembleias e reuniões por meio de aplicativos e a sua (i)legitimidade, assim como os livros contábeis eletrônicos, os títulos de créditos virtuais, entre outros. No Direito Constitucional, o estudo sobre os direitos fundamentais de quinta geração, associados à cibernética e a tecnologia, bem como seus eventuais impactos em relação à paz mundial e a estabilidade social. Assim como há grande propagação das “petições virtuais” e “iniciativas populares virtuais”. No ambiente das Ciências Políticas, Teoria do Estado, Direito Eleitoral e Direito Internacional, são estudados os impactos da globalização, tecnologia, aproximação entre os povos, o comércio eletrônico internacional, a flexibilização das fronteiras, as novas técnicas de guerra, a propagação do ódio por meio das redes sociais, o impacto da tecnologia no processo eleitoral, as “fake news”. No Direito do Trabalho, há autores que sustentam que estamos a viver a fase de “crise e transição”. Nesse mesmo ramo, poderíamos certamente discutir o “assédio moral virtual”. Por outra via, no Direito Penal constantemente são estudados os crimes virtuais, os mecanismos de perseguição penal nas redes sociais, em outros termos, um “Direito Penal Informático” (BRETAS, 2020, p.6)

eminente, apesar de a priori revelarem a flagrante força do Estado, não são fatores de elisão da humanidade. Em outros termos, há que se conduzir a relação Estado versus indivíduo de forma a afastar o abuso, a irracionalidade e afronta à dignidade da pessoa humana.

2 SINGULARIDADES PROPEDEÚTICAS DA HUMANIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Brevidades do Direito Público

No Direito Público, conforme Bretas (2020) é notória a presença do Estado nas relações. Nesse ambiente, reina o princípio da supremacia dos interesses públicos sobre os privados. No topo desse ramo, encontramos os Direitos Constitucionais, que têm como princípio destacável, segundo José Afonso da Silva (2006), o princípio da Supremacia do Texto Constitucional. Conforme esse princípio, todos os demais ramos do Direito devem se curvar ao Direito Constitucional. Vale dizer, nenhum ramo poderá contrariar a Constituição Federal Brasileira; pois é a Lei maior do país e indispensável na orientação de sua vida jurídica. O Direito Constitucional, numa perspectiva unitária e sistêmica, perpassa pelos demais ramos do Direito e estabelece comandos gerais capazes de orientar os ramos considerados infraconstitucionais.

Embora saibamos da inelutável verticalização entre Estado versus cidadão, não há como negar a cogência de que este relacionamento deve se pautar pela observância dos princípios da Administração Pública, entre os quais a razoabilidade e a legalidade³, responsáveis pela imposição de limites ao agente público. Neste teor, a Lei 4.898 de 1965 preceitua a necessidade de evitar excessos, vedando o abuso de autoridade; similarmente, o artigo 187 do Código Civil preceitua a proibição do abuso do direito, instaurando-

3 Segundo Bretas (2019): A legalidade é um princípio muito marcante, pelo fato de que o Direito é conhecido por sua cultura positivista, isto é, prestigiadora das Leis escritas. Por óbvio, o Direito tem como fonte primária a Lei, todavia, não como fonte única. Afinal, temos uma pluralidade de outras fontes do Direito, tais como: a doutrina, princípios, jurisprudência, usos e costumes.

Nesse mesmo teor, o ministro Alexandre de Moraes, defende, que o administrador “somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva [...]” (MORAES, 2009, p. 324).

Esclarecedor também é o pensamento de Diógenes Gasparini, segundo o qual a legalidade “significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor” (GASPARINI, 2012, p. 61).

se a responsabilidade objetiva em face do sujeito; o artigo 37, parágrafo quarto, assim como a Lei 8.429 de 1992, em estrita proteção aos princípios da Administração Pública, prevê sanções em decorrência da improbidade administrativa; a Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça prevê que o Ministério Público tem legitimidade para fiscalizar e proteger o erário, evitando-se vilipêndios aos recursos públicos; a Lei Complementar 101 de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, trata-se da imposição de limites no processo de gestão dos recursos públicos; a Lei 8.987 de 1995, estabelece limites e critérios para a contratação de concessionárias e permissionárias do serviço público, isto é, os particulares contratados pela Administração Pública deverão realizar serviços públicos adequados, de forma atual e módica. Além disso, a responsabilidade civil de tais pessoas jurídicas será objetiva, independente de culpa; a Lei 8.666 de 1993 estabelece a necessidade de licitações públicas, não obstante o excepcional rol de dispensa e inexigibilidade, para a contratação de particulares; Em defesa da teoria do risco administrativo, a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados ao cidadão é objetiva; a súmula vinculante 13, veda o nepotismo, em razão da proibição de vínculos próximos de parentesco e conjugais, entre o agente nomeante e o nomeado, nos seguintes moldes: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal; a súmula vinculante 11, visa repelir o abuso de autoridade na utilização de algemas: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado; a Lei 13.019 de 2014 preceitua limites para o firmamento de parcerias entre o Estado e os particulares, predilecionando as pessoas jurídicas de direito privado sem finalidades lucrativas. A referida Lei estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da

sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco; no domínio público, o Estado não pode confiscar e invadir imóveis e móveis, sem qualquer fundamento, posto que existem critérios para a desapropriação, requisição administrativa e para a violação da casa do indivíduo, assim como o Estado não pode, sem o devido processo legal, atingir a liberdade, na medida em que a prisão ilegal implicará a impetração do habeas corpus e reina o princípio da presunção da inocência; a Emenda Constitucional 45 de 8 de dezembro de 2004, trouxe à baila o Conselho Nacional de Justiça⁴, responsável por fiscalizar os membros do Poder Judiciário e os cartórios; enfim, é impossível exaurir o ordenamento administrativo pátrio, contudo, num tom exemplificativo e propedêutico transmitimos um brevíssimo panorama do arcabouço de dispositivos responsáveis pela imposição de limites ao gestor público, abstraindo-se a razoabilidade, a legalidade, a moralidade⁵, eficiência⁶,

⁴ Segundo Bretas (2020), o Conselho Nacional de Justiça é o órgão do Poder Judiciário presidido pelo membro do Supremo Tribunal Federal e é uma experiência que acontece na Itália, Espanha, França e Portugal. É um órgão de fiscalização externa em razão de sua composição híbrida, isto é, nove membros são do Poder Judiciário e os demais do Ministério Público e da OAB. E, ainda, compõem o CNJ dois cidadãos de notável saber jurídico: um eleito pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. Por outro lado, partindo da proposição de que o Conselho Nacional de Justiça é órgão do Poder Judiciário e o fiscaliza, concluímos ser esse um órgão de fiscalização interna, nos termos do artigo 92 da Constituição Federal de 1988.

Todos os membros desse órgão são nomeados pelo Presidente da República para, basicamente, atuarem na fiscalização primando-se pela ética, fiscalização administrativa e financeira.

⁵ O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do poder público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado (ADI 2.661 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 5-6-2002, P, DJ de 23-8-2002). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=lei+imprensa&pagina=26&base=INFO>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

⁶ Segundo Bretas (2019), Em se tratando do princípio da eficiência, podemos identificar que este não é fruto do poder constituinte originário, isto é, o princípio em foco foi incorporado ao texto constitucional posteriormente ao ano da promulgação da Constituição Federal de 1988. De maneira que, a eficiência é fruto do poder constituinte derivado reformador, ante a Emenda Constitucional 19 de 1998.

A eficiência tem como pilar a busca pela prudente alocação de recursos públicos, de modo a primar pelos melhores serviços, valendo-se do menor comprometimento do recurso.

publicidade⁷, impessoalidade⁸, supremacia dos interesses públicos sobre os interesses privados. Ora, dispositivos normativos já temos em demasia, contudo, é necessário valorar o plano de justificação, ou seja, a concreção deste robusto corpo de preceitos.

2.2 Supremacia constitucional

Um modo claro de se compreender o Direito Público se dá através da Supremacia Constitucional, isto é, a necessidade de se interpretar todo o ordenamento em estrita consonância com o texto constitucional. Nesta seara, se um ramo infraconstitucional contrariar o texto constitucional, haverá a configuração de inconstitucionalidade, a partir da qual a Lei inconstitucional deverá ser reputada nula. Portanto, o texto constitucional é organizado e preparada para evitar tais vicissitudes.

Determinante é conceber também que o Supremo Tribunal Federal possui como competência a promoção do controle concentrado. Especificamente sobre o STF, percebemos, à luz da Lei 9.868/99, a competência para o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em suas feições genéricas e por omissão, assim como a ação Declaratória de Constitucionalidade. Além, claro, conforme a Lei 9.882/99, julgar a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. José Afonso da Silva (2006) elucida que o controle de constitucionalidade sob a égide jurisdicional, comporta o viés difuso ou concentrado.

7 Outro destacável princípio é o da publicidade, segundo Bretas (2019) conforme o qual é imprescindível a divulgação dos atos administrativos, para fins de conhecimento e fiscalização. A ideia é disseminar a informação, viabilizando-se que os destinatários finais de toda a Administração Pública tomem conhecimento dos referidos atos.

Todo ato administrativo deve ser publicado, porque público é a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser observada em processo devidamente declarado sigiloso [...]. O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais - mandado de segurança (art. 5º, LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a"), ação popular (art. 5º LXXIII), habeas data (art. 5º, LXXII), suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (art. 37, §4º) (MEIRELLES, 2009, p. 96).

8 Segundo Bretas (2019), Em segundo plano, está presente, no artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da impessoalidade. Este princípio nos inclina a tese de afastamento dos agentes públicos da coisa pública, ou seja, os agentes não podem incorporar o patrimônio público, ou individualiza-lo. Precisa, portanto, haver a ciência de que os bens públicos têm uma feição coletiva e não egocêntrica.

André Puccinelli (2013) arrola tipos classificatórios que versam sobre o controle de constitucionalidade, tais como o controle difuso, que é exercido por todo o Poder Judiciário.

Não podemos esquecer do artigo 97 da Constituição Federal de 1988, que versa sobre a reserva de plenário, capaz de transmitir que a inconstitucionalidade de lei e o ato normativo do poder público só poderão ser declarados inconstitucionais pelos Tribunais, pela manifestação de maioria absoluta de seus membros.

Ademais, o controle ainda pode ser classificado como concreto ou abstrato, a depender individualidade ou abrangência dos interessados.

O controle pode também ser repressivo ou preventivo (destaque para a Comissão de Constituição, Justiça – CCJ, no controle preventivo, por intermédio do Poder Legislativo), a depender do momento de exercício do controle, se antes ou após a promulgação da norma.

Insta comentar que, para provocar o Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado, legitimados são aqueles universais e específicos (devem provar a pertinência temática, de forma a demonstrar que ação ajuizada tem uma feição específica em relação ao Estado ou aos interesses da classe. Nesse rol, notadamente podemos citar a Assembleia Legislativa, governador do Estado, Entidades de Representação de Classe em âmbito nacional e Confederação Sindical). Tais legitimados estão preceituados no artigo 103 da Constituição Federal, vejamos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 31 de outubro de 2020.

Por fim, para fins de ilustração e aprofundamento, sugiro o vídeo que transmite o debate (2018), entre Hugo Rios Bretas, Enrique Carlos Natalino e Leonardo Militão Abrantes, no programa de Televisão “Horizonte Debate”-

O poder e a influência do Supremo Tribunal Federal, cujo link é: https://www.youtube.com/watch?v=bAhaE8U_0Dc&t=148s

3 A HUMANIZAÇÃO COMO CRITÉRIO NEVRÁLGICO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A primeira valoração sobre a humanização se refere à dignidade da pessoa humana, que está preceituada no artigo 1º, III, da vigente Constituição da República Federativa, tida como núcleo e preceito materialmente constitucional. Num segundo plano, há que se destacar o monismo entre direitos de personalidade e imagem, isto é, pertencem a similares esferas, quais sejam, as esferas da humanização e da dignidade da pessoa humana. Contudo, a imagem é um desdobramento da personalidade. Afinal, a personalidade classicamente é tida como aptidão, um autêntico marco, por meio do qual direitos e deveres incidirão em relação aos seus destinatários.

Entre as espécies de imagem, destacamos a imagem-retrato e atributo. A primeira das quais, a partir do pensamento de Moraes (2017), versa sobre as exteriorizações concernentes ao fenótipo, notadamente elementos que compõem o corpo do indivíduo, bem como as suas adjacências. Nesse sentido, podemos abarcar os olhos, a boca, as orelhas, as mãos, a estrutura corpórea como um todo, bem como a voz, a dicção, a linguagem paraverbal etc. Por outro lado, a imagem-atributo se refere ao conjunto de concepções atinentes ao sujeito, que podem ser extraídas a partir de seu comportamento social, sua conduta e de seus atos jurídicos. Trata-se, portanto, de um conceito estritamente contíguo ao conceito de honra objetiva.

É possível observar que o conceito de imagem se aproxima do conceito de honra, posto que estamos diante de campos extrapatrimoniais. Em verdade, a honra ou a imagem, quando vilipendiados, não geram comumente respostas jurisdicionais suficientemente robustas para a promoção do regresso ao “status quo ante”, motivo pelo qual as respostas normativas e jurisdicionais aos danos extrapatrimoniais, são respostas que visam tão apenas suavizar o prejuízo consumado.

A honra, inclusive sob a égide penal, desdobra-se basicamente em subjetiva e objetiva. A primeira das quais se refere à percepção psíquica que o sujeito apresenta sobre si mesmo. Por outro lado, a honra objetiva de fato se refere a “imagem social”, isto é, de que modo a sociedade percebe moralmente o sujeito, tendo em vista sua conduta social. Em razão dessas conceituações, vislumbramos uma proximidade entre o conceito de honra objetiva e a imagem- atributo.

Quando valoramos simultaneamente os dois desdobramentos basilares da imagem, é possível discutir a imagem qualificada.

Conforme mencionamos, há uma atração entre imagem, personalidade e honra, sendo certo que a personalidade apresenta irradiações, tais como a imagem, nome, capacidade, etc. Por outro lado, atingir a imagem é atingir a honra, em uma de suas espécies. Por isso, ao se violar a imagem, é latente e habitual subsumir a conduta do sujeito aos horizontes da personalidade e da honra. A personalidade, por outro lado, conforme as lições de Gustavo Tepedino, desdobra-se em integridade física e psíquica.

No item pretérito deste trabalho, propugnou-se que as cláusulas gerais de tutela da imagem estão preceituadas no artigo 5º, X e no artigo 1º, III da vigente Constituição Federal. Por isso, seria um atentado hermenêutico abordar a imagem sem considerar sua correlação com a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, salientamos que a dignidade da pessoa humana apresenta como irradiações: a tutela da integridade física e moral. Irradiações essas, que nos inclinam uma vez mais à proximidade axiológica entre a dignidade da pessoa humana e a personalidade, trata-se de uma sintonia umbilical.

Segundo a exposição que fizemos em sede de dissertação de mestrado: a dignidade da pessoa humana é fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Consiste em um bem jurídico central, que adquiriu estado de princípio. A centralidade da dignidade da pessoa humana pode ser percebida no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2008).

A dignidade da pessoa humana é a fonte justificadora de todo o Ordenamento Jurídico brasileiro, o pilar sobre o qual toda estrutura normativa deve repousar.

São espécies também basilares da imagem, a imagem ôntica e assistencial. A primeira das quais se refere à percepção de que a imagem é bem jurídico, latente, inerente ao homem. Isto é, sou homem logo tenho imagem. Lado outro, a assistencial é compreendida como a necessidade de o Estado tutelar a imagem do homem, de modo preventivo, repressivo, extrajudicial e jurisdicional.

A imagem, conforme os preceitos invocados, é considerada cláusula pétrea, portanto, protegida materialmente pelo poder constituinte originário, nos termos do artigo 60, parágrafo quarto, da vigente Constituição Federal.

A imagem é direito personalíssimo e individual, por isso, pertence ao rol de direitos individuais, portanto, direito fundamental de primeira geração. Discurso, portanto, interligado às defesas revolucionárias (Revolução Francesa, Americana, e outras tantas).

A imagem, compreendida como direito fundamental, carrega consigo a eficácia horizontal (entre pessoas, num não hierarquizado, deve haver a reciprocidade do respeito e da promoção do respeito à imagem), vertical (o Estado deve primar pelo zelo à imagem, similarmente ao discurso da imagem assistencial) e irradiante (a defesa da imagem diz respeito aos mais distintos horizontes e esferas), conforme é possível extrair da reflexão de André Puccinelli Júnior (2013)

Sob a égide hermenêutica⁹, conforme Bretas (2020), Nesse sentido, estamos inseridos num contexto neoconstitucional, pós-positivista e pós-moderno. A pós-modernidade se dá em razão do fato de que a melhor interpretação deverá sempre prestigiar três grandes núcleos, conforme Ricardo Lorenzetti:

1º. Constitucionalização: Todas as interpretações deverão primar por um viés global, sistêmico, que permita a compreensão do Direito como um todo, valorando-se o princípio da Supremacia Constitucional.

2º. Humanização: Esse fenômeno exige a exaltação da dignidade da pessoa humana, preceituada no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Conforme Luiz Edson Fachin, em sua obra Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, necessário se faz dar novo significado ao patrimônio, através da exaltação da dignidade da pessoa humana. Por isso, em razão dela, conseguimos atingir o paradigma da repersonalização: a dignidade é o principal componente do patrimônio de uma pessoa humana.

3º. Descodificação: Trata-se da percepção de que a cultura jurídica não é de criar constantemente novos Códigos; ao contrário, a tendência dogmática não é outra senão a criação de microssistemas, compostos por princípios específicos, tais como: O Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Cidade.

4 DINAMICIDADE DO DIREITO PÚBLICO

O Direito Público está em constante evolução, por tratar da dinâmica e complexa relação entre a sociedade e Estado e entre este e às Organizações Internacionais, o que faz com que os Sistemas Jurídicos existentes, por si só, tornem-se insuficientes para regular estas relações, sendo fundamental

⁹ Segundo Bretas (2020), necessário também é apontar a origem da palavra hermenêutica, típica do século XIX; tão importante para a construção de interpretações e formas adequadas de leitura. Sua origem está atrelada à Grécia e adviria da teologia.

para sua compreensão, recorrer aos Princípios e à Hermenêutica Jurídica e Constitucional.

O fenômeno da Globalização, associado à tecnologia de informação, permite o surgimento de uma rede mundial de interdependências, fazendo com que as fronteiras fictícias entre os diversos territórios tornem-se mais tênues, permitindo elevados fluxos de mercadorias, pessoas, capitais, além de um grande intercâmbio sócio-econômico-cultural, aproximando as pessoas em torno de interesses comuns, especialmente pelos meios de comunicação eletrônicos e virtuais, cuja utilização fora acelerada com a Pandemia da COVID-19.

A nova *Era da Tecnologia muda o paradigma* até mesmo de *Pilares do Direito Público*, como o são a *Soberania*, a *Democracia* e a própria *Ideologia Política*.

Não cabe mais a concepção do *Poder Soberano* como sendo absoluto, supremo, ilimitado, como evidenciado na teoria clássica, mas, como um conceito *mais flexível*, analisado ora sob o plano interno, ora internacional, por meio do qual os Estados e Organismos Internacionais se interrelacionam, não apenas por questões econômicas, mas para a segurança dos povos e a proteção de uma gama de direitos que lhes são comuns e universais, como os são os Direitos Humanos.

No plano interno, tem-se a soberania como a expressão da autodeterminação dos povos, na medida em que, cada Estado tem a capacidade de se auto-organizar e instituir os respectivos órgãos de Poderes, criando normas que devem representar a vontade do seu Povo. Entretanto, esta auto-organização deve ter como alicerce a soberania popular, a garantia dos direitos humanos, o pluralismo e a organização democrática.

No plano externo, tem-se o surgimento de uma sociedade internacional, cujos membros se encontram ligados por um vínculo não apenas de identidade histórica, cultural, social ou econômica, mas, de suportabilidade, sendo as relações internacionais vitais para todas as nações e para o desenvolvimento do “Direitos das Gentes”, buscando sempre um interesse comum, que se coadune com a sustentabilidade e desenvolvimento dos povos, tendo como contrapeso e condição *sine qua non* a proteção dos direitos humanos.

Essa internacionalização dos Direitos Humanos permite, inclusive, uma mitigação à não intervenção entre os Estados, na medida em que estes passam a consentir que a sociedade internacional exerça uma “fiscalização” no contexto da universalização dos direitos humanos e, em caso de violação a tais direitos, instâncias internacionais, como a Organização das Nações Unidas - ONU, sejam acionadas para que, de forma complementar, consigam proteger os direitos violados, impedindo que atrocidades, que não

são mais toleradas, sejam cometidas, por isso, temos que a Soberania passa por um processo de flexibilização.

O Direito Internacional já reconhece uma categoria de normas denominadas jus cogens, que, inclusive, encontram previsão expressa no art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, sendo entendida como uma norma imperativa de Direito Internacional Geral, aceita e reconhecida pela Comunidade Internacional e que nenhuma derrogação é permitida, salvo por meio de modificação por outra norma ulterior de direito internacional da mesma natureza, como o são as normas que regulam os direitos humanos e o direito ambiental.

O *segundo pilar do Direito Público* citado neste artigo, que está em constante transformação e *dinamicidade*, é a *democracia*, que fora definida por Abraham Lincoln, 16.º presidente dos Estados Unidos, como o “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

A dinamicidade da Democracia fora descrita, com propriedade, pelo Jurista Português Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, da Editora Almedina, Coimbra, 2000, p. 287:

a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no processo político, condições de igualdade econômica, política e social.

Nesse sentido, a democracia se constrói em diferentes segmentos da vida econômica, social e cultural de qualquer nação politicamente organizada, sendo o resultado final desta sociedade plural em permanente evolução, a qual é a responsável direta pela legitimação do Poder Político, constituído pelos cidadãos que participam ativamente da formação da vontade geral, sem qualquer distinção de sexo, raça, cor, religião, etnia ou origem.

Assim, o Estado Democrático de Direito deve refletir essa dinamicidade e pluralidade, onde as normas vão regular as relações sociais e tem a função de promover uma justiça social, garantindo ampla participação popular e plena liberdade aos cidadãos.

E, o *terceiro pilar* citado refere-se à *Ideologia Política*, que não mais consegue ser identificada por meio da dicotomia clássica “direita” e “esquerda”, por não representar mais os ideais de população mundial globalizada, com toda a diversidade de opiniões e interesses que, ora convergem, ora divergem, independente de qual partido político é dominante no Poder Estatal.

Sobre o tema, LAFETÁ (2018), na obra sobre *Direito Eleitoral – 30 anos*

de Democracia, organizada por Arthur Magno e Silva Guerra e outros, no artigo *Ideologia como Substrato da Sociedade Plural*, posiciona-se que, o que existe atualmente é uma multiáde, ou seja, o Poder Político deve representar as diversas posições e correntes existentes na sociedade:

Essa dualidade de posição políticas, entretanto, restou superada nas sociedades modernas, pois, os interesses da sociedade globalizada são praticamente universais, portanto, muitas das vezes, os partidos políticos ou grupos de opinião não se distinguem quanto a defesa de determinados direitos, tal como o que ocorre com o tema da ecologia.

O movimento dos “verdes” abala a velha diáde, porquanto o tema ecológico é tratado, pouco a pouco, por todos os partidos políticos, sem modificarem em nada sua bagagem usual.

Na hipótese citada, não haveria como classificar esse tema como bandeira dos partidos de “direita” ou de “esquerda”, tampouco “progressitas” ou “conservadores”, eis que defende o problema universal do meio ambiente saudável.

Há, ainda, a visão triáde, que inclui entre os opostos “direita” e “esquerda”, um espaço intermediário, sem eliminá-los, apenas os distanciando, que se apresenta como uma tentativa de Terceira Via, uma política de centro, pretendendo a superação simultânea dos dois extremos, enquanto tenta ir além dos dois opostos e englobá-los numa síntese superior.

O Sistema Eleitoral Proporcional transforma a triáde em multiáde, no qual as diversas posições se distribuem de um extremo ao outro, sem que o critério de divisão entre os diversos setores seja, necessariamente, “direita” ou “esquerda”, “progressitas” e “conservadores”.

A experiência política já mostrou essa diversidade, pois, aquele que governa, atua em nome não apenas de um grupo de pessoas, mas de toda a sociedade, que é plural, composta por interesses das famílias, dos organismos profissionais, corporativos, instituições, elites políticas, grupos de pressão, classes sociais, sindicatos, organizações religiosas e pela diversidade da população, sem qualquer distinção de origem das pessoas, sexo, idade, razão ou outra.

De acordo com Tatiene Martins Coelho Trevisanuto, Professora titular do corpo docente das Faculdades Integradas de Bauru-SP, Doutora em Ciência da Informação pela UNESP – Marília, Mestre em Engenharia de Produção pela UNESP – Bauru e Especialista em Gestão Empresarial pela ITE – Bauru, em seu artigo “A revolução 4.0 e os impactos na área jurídica”,

apud SCHWAB, publicado na *Revista JurisFib* (Publicação anual do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru – FIB), o fenômeno da Globalização pode ser visto como uma “mola propulsora” para o surgimento da 4ª Revolução Industrial, que passou a ser conhecida como “Era 4.0”, senão vejamos:

Diante da globalização, a tecnologia avança modificando nossos hábitos forma de pensar, de agir e de viver, influenciando diretamente nos processos de produção dos bens e prestação de serviços aos consumidores. Frente ao cenário apresentando, deparamos com a possibilidade do desenvolvimento de novas tecnologias cada vez mais ágeis e sofisticadas que nos remete a uma próxima etapa da evolução da humanidade, chamada de era das conexões e inter-relacionamentos. A escala e a abrangência da atual revolução tecnológica demandarão mudanças econômicas, sociais e culturais de proporções notáveis que chega a ser quase impossível prevê-las (SCHWAB, 2016).

Em todas essas áreas, uns dos maiores impactos terão como ponto de partida uma única força: o empoderamento, ou seja, a forma como os governos se relacionam com os seus cidadãos; como as empresas se relacionam com seus funcionários, acionistas e clientes, até como as superpotências se relacionam com os países de menor capacidade econômica. A ruptura que a quarta revolução industrial causará aos atuais modelos políticos, econômicos e sociais exigirá que os atores sejam capacitados e reconheçam que eles são parte de um sistema de poderes distribuídos que requer formas mais colaborativas de interação para que possa se desenvolver (SCHWAB, 2016).

A Globalização imprime mudanças de paradigmas em todas essas áreas, com a resignificação de vários institutos jurídicos e reflexos na interrelação entre os indivíduos, as empresas e os Estados, sejam eles de maior ou menor capacidade econômica, pois a sociedade global encontra-se interligada e, o rompimento de uma força nesta estrutura, compromete todo o Planeta.

A eclosão da quarta revolução industrial, já em processo de formação, tem feito transformações nos modelos clássicos políticos, econômicos e sociais, permitindo o reconhecimento dos Estados de que eles não são autossuficientes, mas parte de um novo sistema de poderes distribuídos, que demanda por formas mais colaborativas de interação para que possa se desenvolver e ter êxito.

TREVISANUTO define a quarta revolução industrial é caracterizada pelas tendências tecnológicas de digitalização, autonomização, transparência,

disponibilidade de informação em tempo real e colaboração, como uma sociedade conectada em tempo real, cujas relações sociais se tornam mais complexas, funcionando por meio de conexões e inter-relacionamentos, surgindo a necessidade de novas regulações.

A então denominada “Era 4.0” representa, assim, um processo de Transformação Digital, e se oficializa com a entrada de novas tecnologias nesse mercado, como a IoT (Internet das Coisas), IA (Inteligência Artificial), impressão 3D, Big Data, computação em nuvem e futuras inovações que estão por vir.

Os princípios da Indústria 4.0 são a operação em tempo real; a virtualização, em que qualquer falha é detectada imediatamente e os ajustes são mais precisos; descentralização, onde a inteligência humana se associa a inteligência artificial e os computadores são capazes de gerar seus próprios dados e “alimentar” sistemas em todo o mundo, inclusive, via satélite; uma melhor orientação dos serviços, possibilitando a programação de softwares para a tomada de decisões instantâneas e otimizando as atividades e controle de bancos de dados e; finalmente, a modularidade, facilitando a personalização das demandas e tornando mais efetivas as tomadas de decisão.

A citada Revolução Tecnológica possui como pilares fundamentais o desenvolvimento da “Inteligência Artificial”, que consiste na criação de softwares capazes de simular a capacidade humana de analisar dados, racionalizar e tomar decisões a fim de automatizar veículos, máquinas e outros dispositivos e a denominada “Internet das Coisas”, que permite, por meio de uma grande rede de computadores interconectados, a troca de dados direta e instantânea entre diferentes dispositivos.

Por isso, a transformação tecnológica opera-se tanto no plano micro quanto macro, ou seja, tanto em empresas quanto em grandes potências

10 Segundo LAFETÁ (2009), no âmbito internacional, em repúdio às atrocidades cometidas por Hitler durante a Segunda Guerra Mundial, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas consignou, expressamente, no bojo do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art.12, a proteção da intimidade. E, a partir deste Diploma Supranacional, outras espécies legislativas trataram da proteção à intimidade, tais como a Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, em 1948; a Convenção Europeia para Tutela dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em 1950; a Conferência Nórdica sobre o direito à Intimidade, celebrada em Estocolmo, em 1967; e a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em San Jose da Costa Rica, em 1969.

11 Segundo LAFETÁ (2009), nos EUA, a jurisprudência é uma importante fonte do Direito, sendo certo que as Cortes Supremas Estaduais e a Corte Suprema da Nação encontram na interpretação dos princípios constitucionais e emendas o fundamento adequado para a tutela da intimidade.

mundiais, o que implica que a automação e o controle dos dados fazem nascer uma sociedade internacional interconectada, mas, por outro lado, corre-se o risco de violação a direitos fundamentais, como a liberdade, a privacidade e o controle dos dados pessoais, empresariais e estatais.

Não obstante toda esta interconexão, o direito à privacidade e proteção dos dados é reconhecido e protegido, tanto pelos países do Sistema da Common Law, quanto do Sistema Romano Germânico e pela Sociedade Internacional¹⁰, como um direito humano vital para preservar a identidade e individualidade dos homens, pois, a tecnologia e a inteligência artificial foram criadas pelo homem como uma forma de ampliar possibilidades e obter mais capacidade de enfrentar desafios pessoais, bem como para resolver grandes problemas da humanidade, como fome, guerra e a morte, mas não podem ser utilizados para invadir a nossa privacidade e violar a dignidade humana.

No Direito Comparado, tem-se os Estados Unidos da América como pioneiro na proteção à intimidade, com a utilização do “Right of privacy” (direito à privacidade), que surge a partir de um trabalho desenvolvido pelo advogado Warren, cuja obra *The Right of Privacy*, publicada em 1890, pela *Harvard Law Review*, fora motivada pela invasão por parte da imprensa, da vida pessoal e social do autor e de seus familiares.¹¹

No Brasil, o direito à privacidade encontra amparo no art. 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, como direito fundamental e inviolável, abrangendo os direitos à intimidade, vida privada e imagem das pessoas, sendo o seu conceito diretamente relacionado ao sentimento das pessoas e suas decisões em compartilhar questões de foro íntimo que preferem manter sob certa reserva e que, segundo LAFETÁ (2009), “... por se tratar de sentimento, varia de acordo com cada cultura, em cada época e nos diferentes lugares, estando, portanto, em constante mutação no tempo e no espaço...”

Com vistas a salvaguardar o direito à privacidade dos dados pessoais, foi promulgado no Brasil, em 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. Esta norma, como disposto no art. 1º, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Portanto, tem-se que, se por um lado, a tecnologia é utilizada para o desenvolvimento em diversas áreas do conhecimento, por outro, há que se criar normas no direito interno e internacional, a exemplo da LGPD no Brasil, visando frear os abusos cometidos, para que o homem seja preservado

em sua essência, qual seja, a Dignidade Humana e que esta não se perca em meio a todas as tecnologias por ele próprio criadas.

Outra área que tem vivido uma substancial evolução advinda da tecnologia é a bioética e engenharia genética, cujas inovações são capazes de trazer avanços na área da ciência, promovendo benefícios para tratamento de doenças e para o prolongamento da longevidade mundial, entretanto, por outro lado, representam um grande perigo à humanidade, pois são capazes de desenvolver compostos e até sistemas vivos em laboratório, além de armas biológicas e químicas capazes de dizimar populações.

Com esse desenvolvimento tecnológico acelerado, a sociedade já sente fortes impactos no mercado de trabalho e na demanda por mão de obra especializada. De forma gradativa, algumas atividades passam a ser substituídas por trabalhos feitos por computadores e máquinas, surgindo uma expressão que tem sido utilizada como “desemprego tecnológico”. Essas transformações têm se acelerado, inclusive, com a Pandemia da COVID-19 e o trabalho remoto, mas, se por um lado, algumas carreiras têm se tornado obsoletas, outras surgem e, por isso, é fundamental que os profissionais estejam atentos e atualizados às tendências advindas com a nova era industrial.

Pode-se afirmar que, nunca a população mundial necessitou tanto da atuação efetiva do Direito Público, por meio dos Estados e Organizações Internacionais para que, amparado em normas jurídicas e instrumentos internacionais, possam fomentar o desenvolvimento da tecnologia e frear os abusos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário do Direito Público precisa ser reinventado, tanto na esfera internacional quanto doméstica, em virtude de análises hermenêuticas, pautadas na globalização, tecnologia, além de conjecturas sociais e econômicas. De modo que, estes fatores impactam corolários do Direito Público, notadamente: as ciências políticas, Direito Constitucional e Direito Internacional, que se consolidam em razão de mudanças interpretativas sobre a democracia e a soberania.

Em razão da tecnologia e globalização, sobretudo, pode haver a deflagração, conforme expusemos, de vilipêndios à direitos fundamentais, como a privacidade e a imagem, contudo, a compreensão dos direitos fundamentais como norte perdura inabalável, tanto para o constitucionalismo quanto para a estruturação de Tratados e acordos internacionais.

Isso posto, apesar do reconhecimento das mudanças, o Direito Público

não perdeu a sua célula mater, qual seja, a dignidade da pessoa humana, que também se projeta internacionalmente nos direitos humanos. Em outras palavras, ainda que o cenário seja extraordinário, inclusive, em decorrência da COVID-19, a centralidade da humanização é o pilar hermenêutico sobre o qual o Direito Público sempre deverá repousar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo número 977. <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=substitui>. Acesso em 05 de agosto de 2020.

BRETAS, Hugo Rios.. LICITAÇÃO PÚBLICA. 1. ed. Indaial: UNIASSELVI, 2019. v. 1

BRETAS, Hugo Rios. Lições Introdutórias Didáticas de Direito: Política e Instituições de Direito. 3. ed., Rio de Janeiro: Multifoco, 2020

BRETAS, Hugo Rios. Manual de Publicidade Médica. 1. ed. Brasília, Anadem, 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 15ª ed. Malheiros Editores, 1998.

DOS SANTOS, Marcelo Pereira. O uso das novas tecnologias na prática jurídica. In: Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-100/o-uso-das-novas-tecnologias-na-pratica-juridica/> Acesso em 05 de outubro de 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo / Diógenes Gasparini. – 17.ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012.

JÚNIOR, André Puccinelli. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

LAFETÁ, Cyntia Teixeira Pereira Carneiro. *A Ideologia como Substrato da Sociedade Plural. Direito Eleitoral: 30 anos da democracia.* GUERRA, Arthur Magno e Silva; JUNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho; BERNARDES, Flávio Couto (Org.s.). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

LAFETÁ, Cyntia Teixeira Pereira Carneiro. *Intimidade, Vida Privada e o Direito à Informação. Estudos de Direito Constitucional. Homenagem ao Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza.* MACIEL, Adhemar Ferreira; DOLGA, Lakowsky; BERALDO, Leonardo de Faria; FERREIRA E COSTA, Mônica Aragão (Org.s.). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 200

TREVISANUTO, Tatiene Martins Coelho. *A Revolução 4.0 e os impactos na área jurídica.* Bauru, São Paulo: Revista JurisFIB, v. 9, n. 1, fev. 2018, Edição Especial Comemorativa FIB 20 anos; apud

TRATAMENTO DE PACIENTES MENORES: AUTONOMIA PRIVADA E REPRESENTAÇÃO PARENTAL

Thiago Luiz Attié

Pós-graduado em Direito Médico e Odontológico pela Universidade Corporativa da ANADEM - UCA. Graduado em Direito pela Faculdade Interamericana de Porto Velho - UNIRON. Secretário Adjunto da Comissão de Direito Médico, Sanitário e defesa da Saúde OAB/RO. Conselheiro jurídico e científico da Sociedade Brasileira de Direito Médico e Bioética. Vice-Presidente da Diretoria de Rondônia da Associação Latino-Americana de Direito Médico. Advogado. Email: attieadvogado@gmail.com.

RESUMO: Este artigo visa abordar o entendimento legal, jurisprudencial e doutrinal envolvidos nas situações que ocorrem quando um paciente menor civilmente necessita de tratamento de saúde com risco de vida, na qual o médico assistente entende pela necessidade do tratamento na tentativa de salvar a vida do paciente, mesmo contrária às decisões do representante parental e muitas vezes desconsiderando o direito à autonomia privada do paciente menor. As normativas dos conselhos de classe, muitas vezes criam no profissional da saúde, em especial no médico a ideia de que o paciente menor não possui autonomia privada, fato que se aduz da sua incapacidade civil disposta em lei. Isso piora muito quando o paciente menor está diante da necessidade de um tratamento sob risco iminente de vida. Por buscar, não só o estudo da lei e sua aplicação no caso sob análise, mas também a opinião balizada de grandes doutrinadores e sábios do ramo do Direito, objetiva entender até onde vai o direito da representação parental, da possibilidade de expressão da autonomia privada do menor, bem como a necessidade de ponderação real dessas pelos médicos assistentes, ao realizar tratamentos sob risco de vida, em especial na tomada de suas decisões. Como conclusão teremos os esclarecimentos sobre o tema, demonstrando que o respeito à autonomia privada do paciente menor, bem como a representação parental, podem sim encontrar um ponto em comum com o almejado pelo médico assistente, que sempre é o de salvar vidas.

Palavras-chave: Tratamento Médico. Representação Parental. Autonomia Privada. Paciente menor.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se desdobrará em 9 (nove) capítulos, que abordarão a temática no campo de visão do médico assistente, do paciente menor e de seu representante parental, bem como mostrar o atual entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema.

Assim sendo, esse trabalho tem como escopo esclarecer o entendimento legal, jurisprudencial e doutrinário nas situações em que pacientes menores de idade precisam ser submetidos a tratamentos que muitas vezes vão contra a sua vontade e de seu representante parental (ou legal na a depender de cada caso). Diante do atual entendimento, em especial dos CFM e CRMs, o médico assistente muitas vezes se vê autorizado a realizar procedimentos, sem levar em consideração a opinião do representante parental e muito menos de cogitar considerar a opinião do paciente menor civilmente, em especial quando o procedimento envolve risco de vida.

A grosso modo, conforme emana o art. 1º do Código Civil de 2002, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Porém, conforme se aduz do art. 3º, “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”, complementado pelo Artigo 4º, todos do mesmo códex civil, que nos informa que, em especial em seu inciso I, os menores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos são incapazes relativamente “a certos atos ou a maneira de exercê-los”.

Destarte, muitos pacientes menores, mesmo apresentando em certos casos madureza suficiente para manifestar-se, através de sua autonomia privada (ou, conforme o caso em tela: autonomia progressiva), por exemplo, sobre o tratamento que entendem ser o melhor para si, são na maioria dos casos ignorados, não só pelo profissional médico, mas também pelo seu representante parental, pelo simples fato de serem incapazes, quer relativamente ou absolutamente nos termos do Código Civil brasileiro. Esse entendimento tem sofrido constante mudança, em especial nos quesitos doutrinários e jurisprudenciais, por isso fundamental se faz a abordagem de tal temática.

Na segunda seção buscar-se-á verificar o entendimento sobre a aplicação da autonomia privada de pacientes menores que precisam ser submetidos a determinados tratamentos de saúde. Estudará também a origem desse princípio basilar e suas relevantes considerações, bem como a sua diferença com outro princípio, que com esse não se confunde: o da autonomia da vontade. Outrossim, para se entender completamente o real significado do princípio da autonomia privada faz-se mister navegarmos mesmo que

superficialmente sobre um outro princípio: o da liberdade.

Na terceira seção será considerado a Teoria Geral da Capacidade, onde será explanado as capacidades genéricas, incapacidades relativas e as incapacidades absoluta, em especial nos termos do nosso Código Civil. Aqui será abordado sobre a oportunidade perdida pelo legislador ao desconsiderar a autonomia progressiva do menor.

Na quarta seção será trazido a atenção do leitor a Representação Parental, sua derivação do poder familiar bem como os impactos jurídicos dos pais em relação aos filhos menores.

Por conseguinte, a quinta seção emergirá na apresentação do atual entendimento do Conselho Federal de Medicina (CFM) em relação a autonomia do paciente menor, bem como seu aparente conflito com o enunciado 532 CJF e os artigos 11 e 13 do Código Civil de 2002.

Como parte importante e que demonstra a evolução do tema em tela, será apresentado na sexta seção, jurisprudências atuais, que refletem o entendimento atual do nosso poder judiciário ao lidar com tais questões, escopo deste TCC.

Por último, na oitava seção tem-se como proposta expor as conclusões obtidas neste trabalho, bem como o entendimento pessoal obtidos por esse aluno sobre o tema em tela.

2 DA AUTONOMIA PRIVADA

Um dos princípios basilares do direito brasileiro é o Princípio da Autonomia Privada. Esse percebe-se claramente explícito no artigo 15 do Código Civil de 2002, conforme que reza, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Em consonância, o mesmo Código Civil em seu primeiro artigo declara que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, porém, aos menores de idade, conforme inteligência do art. 3 do nosso Código Civil, esta capacidade é relativizada, sendo na maioria dos casos, os responsáveis legais (em sua maioria os pais) os que possuem o dever da égide dos melhores interesses do menor, enquanto não atingirem a maioridade civil aos 18 (dezoito) anos, e desde que gozem de pleno uso de suas capacidades cognitivas e aptos a produzirem efeitos na esfera civil.

“Nesse sentido destaca a Professora Luciana Dadalto, com magnificência, a respeito do tema que, ocorre que se é costumeiro transferir o poder decisório aos pais na pediatria, do ponto de vista jurídico essa transferência é questionável.”

Conforme entendimento atual, a autonomia privada conceitua-se, muito influenciada pela visão de Kant, como um princípio jurídico que garante ao sujeito o poder de manifestar sua própria vontade, ditando, por assim dizer, as regras do jogo de sua vida, desde que não contrariem dispositivo legal.

Conforme brilhante ensinamento das doutoras Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá:

A autonomia privada é decorrência da transformação da clássica autonomia da vontade e uma superação da visão voluntarista do Direito. Hoje, não mais se defende que é a vontade a força motriz do surgimento de situações subjetivas, mas que os sujeitos jurídicos, dentro de um espaço de liberdade, podem compor as suas relações de vida.

E nesse sentido também seguem os ensinamentos de Pargendler:

A autonomia privada consiste, pois, no poder, conferido aos particulares pelo ordenamento jurídico de criar, dentro dos limites estabelecidos por lei, normas jurídicas. A autonomia privada identifica-se com um método de produção jurídica que Hans Kelsen definiu como democrático.

A professora Thais Secco, em sua dissertação de mestrado, defende que a imposição da incapacidade pode acabar por ameaçar os menores ao invés de os proteger, a depender do limite. É como propala:

A crítica às incapacidades está em que, tidos por vulneráveis os chamados incapazes, é imprescindível indagar de que maneira a incapacidade se propõe a os proteger do que os ameaça sem deixar de indagar – principalmente – até que ponto não é a própria atribuição do status de incapaz que não se revela como uma das maiores ameaças que pendem sobre essas pessoas a implementar a vulnerabilidade que, de resto, é condição de todo ser humano. A crítica, como se pode ver, se dirige quase que inteiramente às incapacidades.

Verifica-se, assim, que o cerne da discussão está na possibilidade ou não do menor poder expressar a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada progressiva, que aplicado à temática permitiria ao menor de idade participar nas escolhas de tratamentos de saúde ou na discussão de alternativas a esses, que sejam condizentes com com sua maturidade mental para a tomada de tais decisões.

2.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O legislador constitucional após longos períodos de exceção e de desrespeito ao ser humano, ao promulgar a Constituição de 1988, abre o título I, da Carta Cidadã, estatuindo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, com isso seu art 1º, inciso III, propala que. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”

Destarte, conforme emana da Carta Máxima do Brasil, a dignidade da pessoa possui um valor fundamental constitucional e que permeia todas as atividades empenhadas quer sejam nas relações nacionais ou internacionais. É um dos fundamentos da República eleito pela Constituição Federal.

Para se entender a profundidade desse princípio, se faz necessário um escrutínio no mínimo superficial sobre o contexto histórico e a influência das normativas internacionais na Constituição Federal de 1988.

A Carta das Nações Unidas de 1945, ratificada no Brasil no mesmo ano através do decreto 19.841 de 22 de outubro de 1945, já explicitamente pregava o princípio da dignidade da pessoa humana em seu preâmbulo, ao afirmar que:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Outrossim, o princípio da dignidade da pessoa humana também se mostra presente no art. 5º, §2º, do Pacto de San Jose da Costa Rica, firmado em 1969, ao estabelecer que: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito *devido à dignidade inerente ao ser humano.*”

No mesmo ano, a Convenção de Viena de 1969 em seu artigo 53 refere-se ao chamado *Jus cogens*, ou seja, são normas imperativas, normas

inafastáveis que jamais podem ser violadas em sede de tratados. Estas normas imperativas do direito internacional se referem aos direitos humanos, nos quais certamente emana a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é norma consagrada internacionalmente, sendo assegurado no Brasil - em evidente influência ao caminho seguido pelo direito internacional - em sua Constituição de 1988 ao estabelecer logo em seu primeiro artigo como garantia fundamental a dignidade da pessoa humana.

2.2 AUTONOMIA PRIVADA PROGRESSIVA

Ao abordar-se a autonomia privada do menor ao ser submetido a tratamentos de saúde, imperdoável seria não listar aqui o que é conhecido como autonomia privada progressiva do menor. Tendo em vista que exatamente o Princípio de Autonomia Privada Progressiva traduz o tipo de autonomia que a doutrina e as legislações mais modernas têm atribuído ao menor. Alguns dão a nomenclatura de teoria de Teoria do Menor Amadurecido, ainda outros simplesmente consagram como Autonomia Progressiva do menor.

Aduz esse princípio ou essa teoria que a pessoa menor de idade que conta com suficiente grau de maturidade poderá exercitar pessoalmente atos que sejam permitidos pelo ordenamento, tendo o direito de ser ouvida em todo o processo judicial que lhe seja concernente, bem como de participar das escolhas sobre a sua pessoa, o que incluiria os tratamentos de saúde, destacando que em caso de tratamentos invasivos que pudessem prejudicar o seu estado de saúde ou ponham em risco a integridade ou a vida, o menor prestará o seu consentimento com assistência dos seus representantes parentais.

A autonomia privada progressiva não é um princípio novo. Sendo que demonstra clara influência no direito brasileiro pelo direito liberal francês. Porém, duas normativas recentes merecem destaque ao abordar-se o tema: A Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 e mais atualmente o Código Civil e Comercial da Argentina de 2015.

A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 preconiza que a criança é sujeito de direitos, e como tal deve ser o ator principal do seu processo de desenvolvimento, assim ratificou o princípio da autonomia progressiva em seu artigo 5º:

Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem

os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção. (BRASIL, 1990)

Este princípio visa a reconstrução das teorias de capacidade de uma forma dinâmica ao acrescentar parâmetros além do etário, como maturidade, discernimento, entre outros que são únicos para cada menor. Constatar o grau de autonomia de um menor é uma tarefa difícilíssima que pode causar certa insegurança jurídica, para tanto vislumbra-se como sendo necessária a elaboração de parâmetros com o intuito de verificar se o titular está apto para a tomada de decisões e, conseqüentemente, para o exercício pessoal de seus direitos.

Com o seu notório conhecimento em Biologia, Jean Piaget passou em seus estudos a enxergar o desenvolvimento cognitivo de uma criança como sendo parte de um processo evolutivo gradativo. Simplesmente seu estudo revolucionou as concepções de inteligência e de desenvolvimento cognitivo partindo de pesquisas baseadas na observação e em entrevistas que realizou com crianças.

Conforme relata sua biografia, Jean Piaget Interessou-se em especial pelas relações que se estabelecem entre o sujeito que conhece e o mundo que tenta conhecer. Sua teoria basicamente depreende-se na classificação de quatro estágios de desenvolvimento onde o conhecimento se desenvolve e aumenta até alcançar o ponto onde o menor se tornaria completamente capaz de tomar suas todas as suas decisões sem quaisquer auxílios de seus representantes parentais ou legais.

Esses estágios seriam inspirados pelo auto-aprendizado e pela educação. Daí, o porquê repisar na idéia dos pais como educadores, instrutores, orientadores do menor, com o fim que o mesmo obtenha a madureza necessária aos atos de sua vida. O último estágio de desenvolvimento ocorreria entre os onze e quinze anos, com o qual o menor adquire pensamento independente, está apta a tirar conclusões e compreender teorias. A partir dos quinze anos o menor estaria num estágio de maturidade que inclui o processo do pensamento maduro.

Infelizmente, apesar de ter reconhecido a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, o Brasil não adotou a mesma no Código Civil de 2002, conforme se esperava, mas optou o legislador pela adoção da autonomia derivada da capacidade etária da pessoa.

Outro marco, ainda mais recente, que preconizou a adoção desse princípio foi o Código Civil e Comercial Argentino de 2015 (Lei 26.994 de 2014). A noção de autonomia progressiva no exercício de situações existenciais ultrapassa o inerte conceito de capacidade etária, rigidamente determinado a partir de faixas etárias predeterminadas em abstrato pelo onipotente legislador, em especial do nosso Código Civil.

Como comparativo, enquanto no Brasil, o Código Civil categoriza o menor de 16 anos de idade como absolutamente incapaz, o novo Código Civil Argentino se vale da dinâmica noção de competência, que emana da bioética. Isso traduz a dizer que, ao invés da afetação das palavras capacidade e incapacidade (etária), a competência se localiza em cada ato concretamente praticado por uma determinada pessoa humana em fase de desenvolvimento da personalidade, legitimando a sua atuação direta e a consequente responsabilidade nas situações em que o consentimento for suficiente para formar convicção e decisão razoável sobre determinadas questões que digam respeito a sua intimidade.

2.2.1. Autonomia privada *versus* Autonomia da vontade

Pode-se propalar, em simples palavras, que autonomia da vontade deriva da autonomia privada. Sim, a primeira seria espécie do gênero autonomia privada. A diferença é evidenciada principalmente sob o prisma da intervenção maior ou menor do Estado nas ações do indivíduo bem como da presença maior ou menor do individualismo, como nos ensina Orlando Celso da Silva Neto e Arturo Caumont:

Influenciada pelo direito liberal francês, a autonomia no direito brasileiro foi identificada, em um primeiro momento, como autonomia da vontade. Tendo o Direito Civil como sua principal finalidade a proteção do patrimônio e a facilitação do tráfego comercial, a autonomia da vontade buscava reforçar a igualdade formal, o individualismo e o papel do Estado como mero protetor dessa autonomia. A vontade tornou-se elemento essencial do negócio jurídico e a drástica redução da interferência do Estado na vida privada deu margem para que o indivíduo crie suas próprias regras.

E continuam brilhantemente na mesma obra:

A autonomia privada surgiu para romper com o individualismo inerente à autonomia da vontade. Ela representa a capacidade

de autogerenciamento que uma pessoa possui, ou seja, a capacidade de fazer escolhas e arcar com as consequências advindas destas. Pode-se definir o princípio da autonomia privada como sendo a prerrogativa da pessoa em poder expressar sua vontade, estabelecendo o conteúdo e a forma das relações jurídicas de que participa, compreendendo as consequências de sua escolha e sem ignorar a existência do outro.

Assim sendo, a autonomia privada emergiu exatamente para romper o individualismo nato presente na autonomia da vontade. Na autonomia da vontade o indivíduo poderia realizar todas os seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção do Estado, em virtude do Estado liberal que se configurava à época.

É nesse sentido que brilhantemente argumenta Maria de Fátima Freire Sá e Maíla Melo Campolina Pontes:

A expressão “autonomia da vontade” tem sua memória ligada ao liberalismo. Com a propriedade privada, afigurava-se como princípio que regia a concepção de um sistema de direitos negativos perante o Estado e a outros cidadãos possibilitando, dessa maneira, a cada indivíduo a realização de seus interesses e inclinações individuais sem a intervenção estatal.

A diferença de ambos não é só no aspecto morfológico, mas principalmente, de que autonomia da vontade é um princípio que tem suas bases na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX. Carimbada por um pensamento individualista, onde o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre e respeitada pelo Estado.

A ideologia desse momento histórico era a da intervenção mínima do Estado na esfera do particular. O homem tinha total liberdade para realizar negócios jurídicos, sendo livre para fixar o conteúdo desses negócios e escolher com quem contratar, ou seja, esse possuía plena liberdade contratual.

Seguindo esse entendimento, abrilhanta Eurico Pina Cabral, ao afirmar que:

a autonomia da vontade é “fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico”. Para ele, a autonomia privada é “de concepção objetiva, tida como um poder do particular de autogerenciar-se nos limites do ordenamento jurídico”.

Como já mencionado, a autonomia da vontade passou a perder o seu protagonismo a medida em que o Estado passou a intervir mais ativamente na vida dos indivíduos. Sendo assim, a autonomia da vontade pode ser definida como o princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Já a autonomia privada esse ocorreria no poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas”.

A autonomia da vontade vai sendo moldada e deixa de ser um conceito absoluto à medida que a sociedade vai evoluindo, principalmente após a I Guerra Mundial, quando o Estado assume uma posição mais intervencionista, passando a regular com mais rigor as relações privadas.

Nesse sentido, verifica-se que a autonomia da vontade cedeu espaço à autonomia privada, deixando de ser a vontade suprema das partes, isoladamente considerada para ser a vontade do indivíduo, condicionada às normas legais vigentes.

2.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Outrossim, para uma melhor compreensão da temática proposta, a elucidação do termo liberdade, ou do próprio Princípio da Liberdade é deveras de suma importância.

O direito a liberdade é assegurado pela Constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º e em destaque o seu inciso II:

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

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Definindo com maestria Perlingieri acrescenta que “a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.”

Princípio da Liberdade é aquele iminente, do âmbito da autonomia privada, que garante a um indivíduo o direito de externar sua vontade, em que pese sua limitação pela licitude do objeto, pela inexistência de vícios, pela moral, pelos bons costumes preconizados pela ordem pública.

3 TEORIA GERAL DAS CAPACIDADES

A Teoria Geral das Capacidades, em suma contemplaria a maneira como a capacidade é apresentada por nosso Código Civil de 2002. Podendo essa ser genérica, relativa ou absolutamente incapaz.

3.1 DAS CAPACIDADES GENÉRICAS

As capacidades genéricas se materializam logo no primeiro artigo do Código Civil 2002, quando informa que, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

De grande mais valia é o entendimento trazido por Tartuce, que enfatiza: “Repise-se que todas as pessoas têm a primeira capacidade, o que pressupõe a segunda, em regra, uma vez que a incapacidade é exceção”

Essa primeira capacidade referenciada pelo autor, conforme trecho destacado acima, é a que comumente conhecemos como a capacidade geral, trazida pelo artigo 1º do Código Civil, onde todos seriam sujeitos de direitos e deveres, podendo então exercer o gozo de sua capacidade. A segunda, conforme autor seria um regra, visto que as incapacidades (relativas ou absolutas) são uma exceção.

Mais uma vez nos ensinamentos de Tartuce:

A norma em questão trata da capacidade de direito ou de gozo, que é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos.

Seriam capacidades gerais de toda pessoa, apenas sendo admitida a sua restrição em virtude de estarmos diante de uma incapacidade da pessoa.

3.2 DAS INCAPACIDADES RELATIVAS

As incapacidades relativas são aquelas especificadas no art. 4º do Código Civil de 2002, em especial destacamos a que nos interessa neste artigo, “São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”.

Quanto a teoria das incapacidades, em especial as absolutas, não poderia deixar referenciar que essa sofreu grandes alterações estruturais com a emergência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei 13.146

2015, que consolida as questões constantes na Convenção de Nova York, tratado internacional de direito humanos do qual o Brasil é signatário, e, que entrou em nosso ordenamento pátrio por força do Decreto 6.949/2009, que em suma retirou os deficientes da condição de incapazes para pessoas capazes de atos que produzam direito e deveres na sociedade.

3.3 DAS INCAPACIDADES ABSOLUTAS

As incapacidades absolutas são aquelas especificadas no art. 3 do Código Civil de 2002, que reza, “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Destarte, o único absolutamente incapaz previsto no Código Civil, atualmente, são os menores de 16 anos. Assim, o Código Civil deixa clara a adoção do critério etário, que hoje dão ao menor de 16 (dezesseis) anos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Código Civil, a presunção de absolutamente incapazes.

Mas como fica o entendimento doutrinário e jurisprudencial diante dessa opção pelo legislador em colocar o menor de 16 anos como totalmente incapaz aos atos da vida? Sobre isso destaca com brilhantismo Tartuce:

Além disso, a vontade dos menores nessas condições é relevante para os casos envolvendo a adoção e a guarda de filhos, cabendo a sua oitiva para expressarem sua opinião. No caso de adoção de maior de 12 anos, o consentimento do menor é essencial para o ato (art. 45, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990).

Sendo assim, apesar de o menor ser considerado pela Lei como incapaz (quer absolutamente, quer relativamente) outras legislações como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e a própria jurisprudência considera por muitas vezes, como na citação acima, a sua opinião como fator crucial na tomada de decisões que o envolvam. Isso em casos que envolvam a guarda dos filhos, no qual o menor está totalmente abalado, desestruturado, e precisa escolher apenas uma das duas pessoas que mais ama no mundo para ficar ao seu lado. Se fora atribuído ao menor (em específico, maior de 12 anos) maturidade necessária para tais decisões, não seria possível tal entendimento em situações de tratamento de saúde, em especial os invasivos, no qual o mesmo corre risco de vida?

Nesse sentido, Tartuce, brilhantemente à luz do Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil, afirma:

Anote-se que, eventualmente, o ato praticado pelo menor absolutamente incapaz pode gerar efeitos. Esse o teor

doutrinário do Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3.º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”. Ilustrando, um contrato celebrado por menor impúbere, de compra de um determinado bem de consumo, pode ser reputado válido, principalmente se houver boa-fé dos envolvidos.

Com certeza um vislumbre da luz no fim do túnel sombrio que se tornou a Teoria Geral das Capacidades adotada no Brasil (por faixa etária e não prestigiando o amadurecimento do menor).

4 DA REPRESENTAÇÃO PARENTAL

O sistema brasileiro das capacidades nega o exercício de direitos. Em relação a crianças e adolescentes, o direito nacional adota o critério etário, ou seja, um parâmetro rígido e objetivo. Do nascimento, até os dezesseis anos o menor não pode exercer diretamente seus direitos, necessitando de representação de seus pais ou responsáveis. Dos dezesseis aos dezoito anos, é permitido o exercício de direitos, desde que o adolescente esteja assistido e aos dezoito anos completos, o ordenamento civil lhe reconhece capacidade plena para praticar por si todos os atos da vida civil. A esta assistência prestada ao menor pelo pais (em sua maioria) dá-se o nome de representação parental ou autoridade parental.

Como as evoluções descritas neste artigo, em especial sobre o aspecto da autonomia progressiva do menor, cada vez mais presente e debatido nos livros das doutrinas mais atuais, muitos têm entendido que a representação parental tem sido cada vez mais um *múnus* do que propriamente uma responsabilidade prazerosa exercida pela maioria dos pais de orientar e educar, fundamentais no processo de amadurecimento do menor.

4.1 PODER FAMILIAR

O poder familiar, como conhecemos atualmente, depreende-se do dever concedido à família pela própria Constituição Federal em seu artigo 227, *in verbis*:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer,

à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

E por conseguinte o art. 1631 do Código Civil brasileiro propala que, “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Destarte, conforme emana da legislação brasileira, o poder familiar é competência dos pais, que estando casados ou em união estável juntos exercem. Em caso de divórcio, pode o juiz conceder o poder familiar a apenas um dos pais ou até mesmo a um terceiro, que representaria legalmente os interesses do menor.

4.2. DOS IMPACTOS DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS MENORES

Os impactos ficam evidentes especialmente na esfera patrimonial, onde o representante patriarcal de um menor de 16 (dezesesseis anos), por exemplo, pode agir como se ele fosse, inclusive gerando prejuízos ao mesmo, quando de tomada de decisões erradas.

O artigo 1689 do Código Civil nos diz que, “o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.”

Na prática, infelizmente quando o menor, pode então exercer sua capacidade absoluta, ao completar seus 18 (dezoito anos), muitas vezes se ver em uma situação em que seus bens tutelados pelo seu representante parental, não mais existe, e se existem, são meros resquícios. Muito comumente verifica-se essa situação no caso do pagamento de alimentos, onde o menor não possui a menor autonomia para gerenciar o valor que recebe, mas sim seu representante parental designado pela autoridade judicial.

5 O POSICIONAMENTO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA EM RELAÇÃO A AUTONOMIA DO PACIENTE MENOR

Nesse ponto será abordado a perspectiva do CFM em tratamentos de menores, que não sejam invasivos, e os tratamentos invasivos, que exista inclusive risco de vida do menor no procedimento.

Sobre os não invasivos os CFM já se posicionou diversas vezes sobre que esses podem sim ser realizados, desde que consentido ou dado ciência

à autoridade parental. Nesse sentido seguem o Parecer Técnicos 55/2015 (prescrição de anticoncepcional a menor sexualmente ativo, com a devida ciência aos pais) e o mais pertinente a esse artigo, o Parecer Técnico 25/2013.

Esse último merece uma análise própria uma vez que o Conselho Federal de Medicina reconhece no ponto 3 (três) e 4 (quatro) da fundamentação do seu parecer, o qual pede-se licença para transcrever:

3) Com relação aos pacientes adolescentes há consenso internacional, reconhecido pela lei brasileira, de que entre os 12 e 18 anos estes já têm sua privacidade garantida, principalmente se com mais de 14 anos e 11 meses, *considerados maduros quanto ao entendimento e cumprimento das orientações recebidas*; 4) Na Faixa de 12 a 14 anos e 11 meses atendimento pode ser efetuado, *devendo, se necessário, comunicar os responsáveis*.

Tamanha a importância desse parecer, que privilegia a teoria do menor maduro ou autonomia progressiva do menor. Ainda nesse parecer cita-se o art. 74 do Código de Ética Médica, que veda ao médico: “Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente”. Ou seja, o CFM tem o entendimento de que na maioria dos casos não invasivos, deve prevalecer a autonomia progressiva do menor.

O mesmo não se pode dizer quando o tratamento de saúde do menor lhe incorre em risco de vida. Influenciado principalmente pelas situações das Testemunhas de Jeová, o CFM editou a Resolução 2.232/2019, na qual em seu art. 3º dispõe que, “Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.

Destarte, o Conselho Federal de Medicina deixa claro que em tratamentos de saúde de menor de idade que envolva situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa do mesmo independente de estarem representados ou assistidos por terceiros, o que inclui os representantes parentais (pais). Ou seja, estando o menor em risco de vida pouco importa a sua opinião ou de seus representantes parentais.

O que na prática se ver, e o que tra-se-lhe atenção é que a cautela demonstrada pelo conselho com a autonomia progressiva do paciente menor, se pulveriza quando esse está sob possível risco de vida, mesmo que consciente

e disposto a muitas vezes dialogar sobre a melhor forma como gostaria de ser tratado, e se existem alternativas a ela.

5.1 DO ENUNCIADO 532 CJF E DO POSICIONAMENTO DOS ARTIGOS 11 E 13 DO CÓDIGO CIVIL

Dispõe o Enunciado 532 do CJF que “É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil.” Interessante é esse enunciado, pois em especial o art. 13 do Código Civil, informa ser defeso a disposição gratuita do próprio corpo.

E outro ponto ainda mais importante: nem no Código Civil e nem no Enunciado CJF 532 se exclui o menor ou menciona-se o mesmo, subentendendo-se que o menor maduro pode sim, dispor gratuitamente do seu próprio corpo, mas não está o mesmo habilitado a discutir sobre como quer ser tratado, principalmente em situações que envolvam risco a sua vida.

6 JURISPRUDÊNCIA

Para que se possa estabelecer uma junção entre os argumentos doutrinários, a legislação e a realidade fática do tema sob análise, apresenta-se a jurisprudência abaixo, que demonstra um pouco do “avanço” obtido nos tribunais quanto a autonomia privada progressiva do menor:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. GUARDA JUDICIAL DO GENITOR. ÓBITO. GUARDA DE FATO DA MÃE AFETIVA/MADRASTA. RELATÓRIO PSICOSSOCIAL. OITIVA DO MENOR. SENTENÇA REFORMADA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. GUARDA UNILATERAL A FAVOR DA MÃE AFETIVA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AÇÃO PRÓPRIA. I- Na concessão da guarda unilateral, não há preferência entre os genitores, devendo ser observado o princípio do superior interesse do menor. II- Estando o menor sob os cuidados da mãe afetiva/madrasta há muitos anos, diante do quadro fático-processual, em que se assegurou a realização de estudo psicossocial para averiguar a conveniência da continuidade da guarda na situação atual, assim como a oitiva do menor, que manifestou a vontade de permanecer com a mãe afetiva, impõe-se a reforma da sentença que concedeu a guarda compartilhada entre a genitora e a mãe afetiva. III - A regulamentação de visitas da genitora do menor deve

ser apreciada em demanda própria, porquanto não constitui objeto desta ação. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

(TJ-GO - Apelação Civil (CPC): 00274724420148090006, Relator: NELMA BRANCO FERREIRA PERILO, Data de Julgamento: 26/02/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 26/02/2019)

Observa-se que, com fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, o judiciário tem entendido que o menor, a partir de 12 (doze) anos, podem opinar numa situação de disputa de guarda sobre com quem quer ficar. Ou seja, a justiça, pelo menos no âmbito da esfera familiar, já vem aplicando no Brasil a Autonomia Privada Progressiva do menor, o possibilitando escolher qual situação lhe convém mais de acordo com sua vivência e maturidade adquirida. E essas opiniões têm sido amplamente levadas em consideração pelo judiciário ao tomar sua decisão final.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A quantidade de pacientes menores submetidos a tratamentos médicos invasivos ou não tem aumentado de maneira assustadora. Muito em razão das enfermidades que acometem a humanidade nos dias atuais, e que não existiam a poucos anos. Há pouco mais de uma década seria assustador entrarmos em um hospital e verificarmos o número de pacientes menores que necessitam de tratamentos urgentes, procedimentos não invasivos e até mesmo de procedimentos cirúrgicos com alto grau de risco de morte.

A doutrina tem feito sua parte ao redor do mundo, e a autonomia privada progressiva do menor hoje é uma realidade iminente e inegável, reconhecida não só pela República do Brasil, ao reconhecer a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, mas inclusive pelo próprio CFM, CJF e o Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil, conforme mencionados neste artigo.

Isso não quer dizer que a promoção da autonomia privada progressiva do menor deva desconsiderar a expertise médica, ou que essa seja ignorada. Pelo contrário, o que se propõe aqui é o diálogo entre pacientes (menor etariamente ou não) e médicos, bem como com os representantes parentais dos menores, que na maioria dos casos, possuem os mesmos interesses do menor, com o escopo da busca por opções terapêuticas que definam o melhor caminho, senão o mais adequado, o que atinja os objetivos propostos por ambos.

É fato inegável que Infelizmente, apesar de ter reconhecido a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, o Brasil não adotou a mesma no Código Civil de 2002, e perdeu uma grande oportunidade de dar primazia à autonomia privada progressiva do menor ao invés de taxá-la de acordo com sua evolução etária.

O que se busca com esse trabalho é que tanto médicos como os próprios representantes parentais do menor estejam dispostos realmente a ouvir e a levar em consideração as opiniões e escolhas do menor (maduro). De um lado os médicos assistentes (a começar pelas orientações do CFM) precisam entender a evolução que vem sofrendo a teoria geral das capacidades e que o art. 15 do Código Civil, já supracitado, menciona que “ninguém pode ser constringido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, não se excluindo o menor de tal situação.

Os representantes parentais, precisam entender sua real função: a de decidir conforme a vontade do menor e não pelo menor. E para isso como vimos, é necessário que os representantes parentais ou legais estejam cientes do seu papel com o menor: o de conduzi-lo a madureza para a tomada das suas próprias decisões. O que inclui: ensiná-los, deixar que errem, orientá-los, para que assim possam obter madureza para exercer a sua autonomia privada progressiva que tanto falamos neste artigo. Vivemos uma revolução neste sentido, o torna ainda mais sem sentido a adoção da capacidade etária pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

DADALTO, Luciana. *Considerações médicas, éticas e jurídicas sobre decisões de fim de vida em pacientes pediátricos*. Rev. bioét. (Impr.). 2018; 26 (1): 12-21. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261221/>>. Data de acesso em 18 de maio de 2020.

Artigo: *Gestão de Substituição: entre Autonomia e Vulnerabilidade*. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1o sem. 2018 – ISSN 1678-3425.

PARGENDLER, Mariana Souza. *A Ressignificação do Princípio da Autonomia Privada: O Abandono do Voluntarismo e a Ascensão do Valor de Autodeterminação da Pessoa*, disponível em <http://www.ufrgs.br/propeq/livro2/artigo_mariana.htm>. Acesso: 22/11/2015.

SÊCO, Thais. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a convenção sobre os direitos da criança. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

Portal Educação. Jean Piaget. Disponível em: <http://www.portaleducacao.com.br/psicologia/artigos/53974/jean-piaget-biografia>.

DA SILVA NETO, Orlando Celso; CAUMONT, Arturo. *Direito civil contemporâneo I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSC / Univali/UPF/FURG.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. PONTES, Maíla Mello Campolina. *Autonomia privada e o direito de morrer*. In: FIUZA, César. Et al. (cords.). *Direito Civil – Atualidades III*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CABRAL, Eurico de Pina. *A “Autonomia” no Direito Privado*. *Revista de Direito Privado*. a.5, n. 19, jul./set., 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad.: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Tartuce, Flávio. *Manual de direito civil: volume único* / Flávio Tartuce. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

OS REFUGIADOS E A PANDEMIA: ATUAÇÃO DOS ESTADOS EM MEIO À CRISE HUMANITÁRIA

Jéssica Caroline Avelino de Souza

Pós-graduanda em Direito Público e graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

RESUMO: O presente artigo visa a chamar atenção para os problemas dos refugiados em meio a crise humanitária e sanitária que o mundo vive devido à Covid-19. Esses refugiados que saem de seus países por motivos de perseguição, raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, agora tem suas vidas mais afetadas pelo vírus que se alastra cada vez mais nos campos. Ainda que estejam sendo feitas várias ações para o combate da pandemia em meio aos refugiados, a ajuda, em sua maioria, vem de organizações não governamentais. A ausência de ações efetivas pelos Estados torna ainda mais grave a situação, principalmente quando a única ação que tomam desfavorecem estas pessoas como o fechamento de fronteiras. Serão analisados alguns dos pontos mais relevantes, sejam eles: a situação atual e casos reais, a falta de disponibilização de proteção adequada e as ações dos Estados, principalmente no Brasil. Mostraremos também, algumas propostas e alternativas para solucionar estes problemas que dificultam tanto para que os refugiados vivam uma vida digna.

Palavras-chave: Covid-19. Direitos Humanos. Direito Internacional. Direito Internacional Público. Fechamento de Fronteiras. Refugiados.

INTRODUÇÃO

A superlotação dos campos dos refugiados vem sendo um problema cada vez mais grave, tendo em vista que a tendência é este número aumentar cada vez mais.

Segundo uma análise apresentada pelo Conselho Português para os Refugiados, no ano de 2050 poderão existir no mundo, cerca de 200 milhões de pessoas forçadas a se deslocarem para outras regiões por motivos ambientais. (AAVV, 2010).

Em 2020, uma doença se alastrou mundialmente e em poucos meses já havia se espalhado no mundo inteiro: a Covid-19. O vírus que tem como principais sintomas as síndromes respiratórias graves, febre e tosse seca, pode ser mortal e atualmente já causou quase 30 milhões de vítimas em todo o mundo.

Infelizmente até o momento não há vacinas oficiais disponíveis e devido à facilidade de transmissão, o principal meio de evitar o contágio é permanecer em isolamento social, higienizar bem as mãos e testes rápidos para detectar a doença. Ocorre que para os refugiados, fica cada vez mais difícil se atentar para as orientações sendo que sua maioria vivem em campos lotados, com baixo índice de higiene e sem ter a atenção do governo para aplicar os testes rápido ainda nos primeiros sintomas.

Além disso, junto com a pandemia e a falta de ação dos Estados em relação a proteção dos refugiados, muitos países fecham suas fronteiras com o objetivo de evitar estrangeiros que tragam o coronavírus para seus territórios sem ao menos ter políticas públicas para continuar recebendo os refugiados que são resguardados por leis e tratados internacionais.

Neste artigo, conheceremos a conceituação de refugiados e a importância da sua proteção por leis e tratados no âmbito do Direito Internacional. Veremos também as condições atuais dos refugiados, bem como as principais ações dos Estados e meio à pandemia.

1 BREVE HISTÓRICO

A fuga de indivíduos de seus habitats devido a algo que ameaça sua sobrevivência não é algo recente na história. O primeiro registro de refugiados surgiu após os resultados da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), pois em decorrência das Revoluções e crises da época, diversas pessoas foram obrigadas a se deslocarem para outros locais, sem nenhuma proteção do Direito Internacional.

Ocorre que a proteção jurídica dos refugiados só foi surgir a partir da

Segunda Guerra Mundial (1939-1945) com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR, em 1950 a fim de proteger e assistir vítimas, da violência e da intolerância. (ACNUR, 2014).

A partir de uma Assembleia Geral, convocada em Genebra, em 1951, foi criada a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados que foi adotada em 28 de julho do mesmo ano, entrando em vigor em 22 de abril de 1954. Apesar da Convenção ter sido criada para solidificar a proteção dos refugiados, criando direitos e deveres a serem cumpridos, esta não atingia eventos anteriores à 01 de janeiro de 1951.

Em 1947, foi criada a Organização Internacional para os Refugiados (OIR) que tinha como objetivo a prestação de assistência para os refugiados no âmbito jurídico e político. Tendo sido extinta em 1952, a OIR foi muito importante para a formação de um conceito de refugiado, trazendo também os deslocados internos em sua categoria. (JUBILUT, 2007, p. 79).

Da mesma forma que foram surgindo um maior número de refugiados viu-se a necessidade de se criar uma nova legislação para estes. Assim, o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados foi ratificado em 1967, levando os países a aplicarem a Convenção de 1951 sem restrições de datas e espaço territorial.

Até abril de 2015, o número de Estados signatários de ambos os documentos eram de 142 (cento e quarenta e dois), segundo a *United Nations High Commissioner for Refugees– UNHCR (UNHCR, 2015)*.

Um grande marco para o Direito Internacional foi a criação da Declaração de Cartagena, de 1984, trazendo a ampliação do conceito de Refugiado ao incluir “a grave e generalizada violação dos Direitos Humanos” como um dos elementos configuradores. Ivanilson (2009) entende que, ao associar os Direitos Humanos com o refugiado é afirmar que antes da Declaração havia uma grave violação de seus direitos.

Atualmente a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 são os instrumentos usados internacionalmente para assegurar os direitos de todas as pessoas que saem de seus lares para procurarem refúgio em outros países (ACNUR, 2015).

2 CONCEITUAÇÃO

Segundo a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, o refugiado é “*todo aquele que fugiu de seu país de origem devido à fundados temores de perseguição relacionados à questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento à um grupo social ou opinião*”

*política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados*¹.

Além disso, podemos considerar também os refugiados ambientais que saem de seu local de origem devido as catástrofes climáticas.

Assim, o refugiado é forçado a sair de seu país, pois se lá permanecer pode apresentar risco à sua própria vida e de sua família, assim, são protegidos internacionalmente, fazendo com que atravessem fronteiras internacionais para buscar segurança e uma nova vida em países vizinhos.

Atualmente são 25,9 milhões de refugiados existentes no mundo, ou seja, a cada minuto, 25 pessoas são deslocadas à força; por dia, 37 mil pessoas são forçadas a fugir de suas casas por causa de conflitos e perseguições (ACNUR, 2019, tradução nossa).

Especificamente aqui no Brasil, até 2017, havia um total de 10.145 refugiados cadastrados e 33.866 pedidos de reconhecimento da condição de refugiado, em sua maioria, de nacionalidade venezuelana.

Somente pensar em ter que sair de seu país natal para uma realidade totalmente diferente por temer sua própria vida é algo extremamente apavorante. Principalmente porque o refugiado não sabe o que esperar de seu futuro e muito países sequer possuem políticas públicas para receber os refugiados. Além disso, a sociedade, muitas vezes pela falta de informação, marginaliza os refugiados e os discriminam, o que dificulta ainda mais sua recolocação social e profissional.

Em diversos protocolos e convenções como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são abrangidos os direitos dos refugiados e a obrigação do Estado de protegê-lo vão além da Convenção de 1951 e garantem à eles direitos fundamentais, quais sejam, direito à vida, a não perseguição direito de não ser submetido à tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; direito à liberdade e à segurança pessoal; direito à reunião pacífica, etc.

O intuito destes pactos foi de permitir a adoção de uma linguagem de direitos que implicasse obrigações no plano internacional, criando obrigações legais aos Estados-partes ensejando sua responsabilização em caso de violação

1 ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. Um Novo Começo em um Terceiro País. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/solucoes-duradouras/reassentamento/>>. Acesso em 20 set de 2020.

dos direitos que enuncia.

Assim, é claro que o Estado deve não apenas declarar apoio as normas de Direitos Humanos internacionais mas sim efetivá-las e trazê-las à luz da sociedade para que possamos ter mais conhecimento da magnitude deste tema, fornecendo o suporte à este grupo de pessoas que já não pode mais ser chamado de minoria.

Se nós, profissionais do direito, quase não temos acesso à estas informações, imagina pessoas da sociedade como um todo?

3. A CRISE DO COVID-19 E O CAMPO DE REFUGIADOS

O que começou com um surto em uma cidade da China, rapidamente se transformou em uma pandemia que atinge hoje mais de 29 milhões de pessoas². Apesar de estarem sendo feitas inúmeras pesquisas e testes com vacinas, a orientação primordial e prioritária para que se diminua a velocidade da transmissão é através de medidas de isolamento social, quarentena, higienização das mãos principalmente e testes rápidos quando do aparecimento dos primeiros sintomas.

Com o alastramento do vírus, percebeu-se que a Covid-19 afeta grupos sociais de maneiras diferentes: começaram em pessoas com a classe social mais elevada e ao infectarem pessoas de classes inferiores, o vírus se espalhou com mais velocidade, pois na maior parte dos casos, essas pessoas tendem a ser mais vulneráveis, não possuindo escolha de sair ou não de casa para trabalhar e quando são infectados, ficam à espera da saúde pública.

Assim, considera-se que as mesmas dificuldades (ou piores) ocorrem com os refugiados: além do coronavírus e suas complicações, são alvos de discursos de ódio, xenofobia, se encontram em um verdadeiro limbo em questões sanitárias.

Segundo um *relatório da Acaps*³, organização independente de análises humanitárias internacionais, a densidade populacional dos 34 campos de refugiados em Bangladesh, por exemplo, é de 40 mil pessoas por quilômetro quadrado. Isso dá mais de seis vezes a concentração existente em Wuhan, na

2 Casos no mundo 15/09/2020. Google News. <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F02j71&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>

3 OXFAM BRASIL. Como estão os campos de refugiados em meio à pandemia do coronavírus? <https://www.oxfam.org.br/blog/como-estao-os-campos-de-refugiados-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/>

China, onde a pandemia de coronavírus começou.

Bangladesh é o país que abriga um dos maiores campos de refugiados do mundo, Cox's Bazar. Lá vivem cerca de 855 mil rohingyas, uma minoria muçulmana perseguida em Mianmar, país vizinho.

Mesmo antes da ameaça do coronavírus, o saneamento sempre foi uma questão em Cox's Bazar e tantos outros campos de refugiados. Em 2018, mais de 200 mil casos de diarreia aguda foram diagnosticados nos campos dos refugiados rohingya em Bangladesh. Além disso, houve diversos casos de infecções respiratórias e doenças de pele, como sarna – todas relacionadas às más condições locais de saúde e higiene.

A pandemia também pode ser catastrófica para pessoas que vivem em lugares atingidos por conflitos, como Iêmen, Síria e Sudão do Sul. Esses países já enfrentam desnutrição e doenças como cólera, além de falta de água potável e instalações de saúde.

Ainda segundo a pesquisa, cada torneira é usada, em média, por 250 pessoas nos campos de refugiados em todo o mundo. São 250 pessoas tocando a mesma torneira com alto risco de contaminação. Além disso, muitos têm menos 3,5 metros quadrados de espaço para viver, o que torna o isolamento social quase impossível.

Os padrões adotados nos campos de refugiados, acordados pelas agências que respondem às crises humanitárias, simplesmente não foram projetados para lidar com uma pandemia global como a de coronavírus. Sendo assim, temos um problema grave.

4 O CORONAVÍRUS EM REGIÕES DE CONFLITOS

O campo de refugiados Cox's Bazar, recebeu os primeiros casos de coronavírus em maio. Apesar de não se obter informações exatas da situação real que lá se encontra, o que se sabe é que cerca de 200 pessoas foram testadas até o momento, porém pelas condições já elencada neste artigo, sabe-se que as estatísticas podem ser bem maiores.

Além do coronavírus, podemos citar outros problemas existentes principalmente nos países orientais. No Iêmen, somente metade dos hospitais estão funcionando normalmente e 18 milhões de pessoas estão sem acesso à higiene básica. Já no Iraque, que luta para se recuperar de guerras e conflitos com o Estado Islâmico, tem alto índice de doenças como hipertensão e câncer, condições que acentuam a gravidade do COVID-19.

Segundo a ONU, a prioridade é salvar vidas. A garantia dos direitos humanos em meio a uma crise global de consequências econômicas, sociais

e políticas, é um desafio para todos os países, ainda que em diferentes graus de interesses.

A realidade é que não existe saúde pública sem que chegue à todas as pessoas, incluindo os migrantes e refugiados. A injusta discriminação afeta não só os próprios refugiados, mas até mesmo a sociedade como um todo pois estas pessoas, que já estão temerosas por suas vidas, podem ter receio de procurar uma unidade de saúde com medo de retaliações.

Conforme a ONU, é necessário que os governos adotem medidas eficazes para garantir aos refugiados acesso à saúde, segurança e informação, além da concessão de residência temporária, evitar deportações e outros retornos forçados, garantindo a segurança e dignidade dos refugiados.

A ACNUR publicou um informativo de considerações legais sobre o acesso ao território para pessoas que precisam de proteção e assistência internacional em razão da doença. O documento, baseado em refugiados internacionais e direitos humanos, atesta que, embora os Estados tenham autonomia para fazer triagem e testes em pessoas que buscam proteção ao entrar no país, essas medidas não podem lhes negar de pedir asilo ou resultar em expulsão (ACNUR, 2020, tradução nossa).

Nesse sentido, a ACNUR reforça aos Estados que:

[...] as medidas tomadas para gerenciar a saúde pública não devem ser discriminatórias e devem atender os padrões internacionais, em particular relacionados ao princípio da não repulsão. Se recomenda aos países que, caso sejam identificados riscos à saúde no caso de um indivíduo ou um grupo de refugiados, migrantes ou requerentes de asilo, deve-se tomar medidas como testes e quarentena, que permitem as autoridades a gerenciarem a entrada de pessoas. Negar acesso a território não pode ser justificado para proteger a saúde (ACNUR, 2020, tradução nossa).

Esta nota da ACNUR é de extrema importância, principalmente pelo fato de que pois aproximadamente 167 países fecharam suas fronteiras e pelo menos 57 destes Estados sequer estão abrindo exceções para pessoas que buscam refúgio e asilo.

Vemos assim que todos os dias ocorrem inúmeros casos de violação dos direitos humanos aos refugiados. Dentre vários casos, citaremos aqui algumas situações que ficaram muito famosas.

Em abril, um barco de borracha que flutuava entre Líbia, Itália e Malta, com 63 pessoas a bordo, ficou por cinco dias à deriva. Cinco pessoas da

embarcação morreram de sede e outras 7 desapareceram (possivelmente afogadas). E tudo isso, sob o conhecimento da União Europeia, pois Malta, o país responsável por resgatá-lo, esperou até que o barco se encontrasse em território libanês, onde tortura e outras formas de maus tratos são constantes. O primeiro-ministro de Malta, Robert Abela, apesar de estar em investigação policial pelo incidente, continua afirmando que, em uma emergência de saúde, com o fechamento dos portos durante a pandemia do COVID-19, “o país não é seguro para imigrantes” (TRILLING, 2020, tradução nossa).

No mesmo sentido, a Itália também fechou seus portos em razão da pandemia. O Reino Unido se recusa a evacuar crianças refugiadas dos campos insalubres da Grécia, que tem parentes na Grã-Bretanha; os EUA, enquanto isso, suspendem silenciosamente todo seu asilo. Ainda em abril, alegando o COVID-19 como razão, a Malásia se recusou a receber quase 400 refugiados que foram encontrados morrendo de fome em um barco perto do país (TRILLING, 2020, tradução nossa)

No Brasil, em 17 de março de 2020, foi publicado pelo Governo Federal a Portaria nº 120 que restringiu temporariamente a entrada de Venezuelanos no país, sob o pretexto de contaminação pelo COVID-19. Em seu artigo terceiro, o texto legal informa que a restrição é fundamentada em razão da dificuldade do Sistema Único de Saúde (SUS) comportar o tratamento de estrangeiros infectados pelo vírus e impedir a disseminação do COVID-19. O descumprimento das medidas constantes na portaria implica, dentre outros fatores, na deportação imediata e inabilitação de pedido de refúgio (BRASIL, 2020).

Dois dias depois, em nova portaria, de número 125, a decisão foi estendida a pessoas oriundas de outros oito países fronteiriços com o Brasil.

Sobre a punição em caso de descumprimento, a nota conjunta afirma que

“a deportação é medida administrativa de retirada compulsória prevista pela Lei de Migração aplicada às pessoas que se encontram em território nacional em situação migratória irregular. Ao prever a deportação imediata, a mencionada Portaria viola os princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal além de inovar o ordenamento jurídico ao criar modalidade de medida de retirada compulsória imediata sem que haja respeito ao procedimento já existente”.

Vemos que as novas portarias permitem que o Brasil devolva pessoas a países onde elas corram risco de vida por conta de perseguição ou guerra. Caso essas pessoas, incluindo crianças, cheguem em território brasileiro,

o governo determinou a perda do direito de solicitar refúgio, em patente descumprimento da Lei de Migração e da Convenção de Genebra de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados.

Já no dia 30/06/2020, foi publicada a Portaria nº 340, onde reabrem as fronteiras aéreas e autorizam a entrar no país migrantes com visto de estudo, trabalho e para realização de atividades esportivas, entre outros. Porém, a regra não inclui portadores de visto humanitário – no Brasil o documento é concedido a pessoas de Síria e Haiti que fogem dos conflitos em seus países.

Percebemos assim, um tratamento discriminatório contra pessoas que venham da Venezuela, uma vez que as flexibilizações são aplicadas com exceção àqueles que venham de lá.

Os especialistas em saúde pública do mundo todo concordam que os limites temporários de circulação são essenciais na luta contra o COVID-19. Contudo, os direitos humanos não podem ser negligenciados. É preciso que os Estados adotem uma abordagem inclusiva para refugiados e migrantes, de modo que ninguém fique para trás durante a pandemia do COVID-19.

No mesmo momento em que os governos reforçam o controle nas fronteiras e implementam outras medidas no combate ao vírus, se precisa considerar os impactos nos refugiados, garantindo-lhes que tais ações não os impeçam de acessar serviços de saúde e informação com segurança (KLUGE, et al., 2020, tradução nossa).

CONCLUSÃO

Os refugiados já enfrentam crises há muitos anos em relação à guerras, políticas, religiosas, entre outras. Quando fogem de seus lares por temer a vida, pensam em ir a um lugar melhor, ter uma vida normal e recomeçar. Infelizmente não é esta a realidade. Por serem marginalizados em praticamente todos os países que se dirigem, acabam enfrentando um problema social.

Isso ocorre devido aos Estados não terem preparações efetivas para recebê-los e assim, acabam prejudicados em questões pessoais, sociais e profissionais.

Agora, com a crise dos refugiados em meio a pandemia, o que percebe-se é um distanciamento cada vez maior do Estado para com essas pessoas que passam por tantas dificuldades.

Afinal, seus direitos se resguardam em leis e convenções já em vigor, e mesmo quando estão em territórios de países signatários destes tratados, não são sequer atendidos por seus direitos.

Os direitos humanos são para todos. Não apenas para os cidadãos de um país específico, mas todos igualmente. Bastaria e mera efetivação das

inúmeras convenções sobre o tema para que todos eles estivessem com uma vida no mínimo digna, mas infelizmente, a maioria dos governos ignoram.

A urgência é cada vez maior em políticas públicas e efetivas para os refugiados, principalmente neste período de pandemia que estão em campos superlotados, sem uma higienização básica, ou até mesmo para outros que no momento estão entre um país e outro, mortos de fome e quase morrendo de insolação, mas por questões meramente burocráticas não podem adentrar a um território vizinho para terem suas vidas salvas.

É preciso um olhar mais humanos sobre estas pessoas que precisam de um tratamento especial pois só querem ter seus direitos fundamentais cumpridos, e é parecido um olhar sobre a sociedade como um todo para serem educados e informados sobre a situação dos refugiados para que assim cumpra seu papel social e os ajudem a viverem com dignidade.

REFERÊNCIAS

ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Refúgio no Brasil. A Proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2010/Refugio_no_Brasil.pdf>. Acessado em 20/04/2017.

ACNUR, Agência da ONU para Refugiados. O que é a Convenção de 1951?. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/>>. Acessado em: 19/03/2017.

ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. Um Novo Começo em um Terceiro País. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/solucoes-duradouras/reassentamento/>>. Acessado em 20/04/2017>.

ACNUR. Global trends: forced displacement in 2018. Genebra, 2019.

BRASIL. Portaria nº 340, de 30 de junho de 2020. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-340-de-30-de-junho-de-2020-264247695>> Acesso em 21 de jul. de 2020.

BRASIL. Portaria nº 120, de 17 de março de 2020. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-120-de-17-de-marco-de-2020-248564454>. Acesso em 21 de jul. de 2020.

BRASIL. Portaria nº 125 de 19 de março de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/portaria-125-fechamento-fronteiras.pdf>. Acesso em 21 de jul. de 2020.

Conectas Brasil. Nova regra para fronteiras restringe acesso de refugiados. Disponível em <<https://www.conectas.org/noticias/nova-regra-para-fronteiras-restringe-acesso-de-migrantes-em-busca-de-refugio>> Acesso em 21 de jun. 2020.

Conectas Brasil. Fechamento de fronteiras com punições desproporcionais pode agravar situação de refugiados. Disponível em <<https://www.conectas.org/noticias/fechamento-de-fronteiras-com-punicoes-desproporcionais-pode-agravar-situacao-de-refugiados-alertam-especialistas>> Acesso em 18 de jun. 2020.

CRUZ, Luana. Minas faz ciência. Saiba os impactos do fechamento de fronteiras para migrantes durante pandemia do coronavírus. Disponível em <<http://minasfazciencia.com.br/2020/06/23/saiba-os-impactos-do-fechamento-de-fronteiras-para-migrantes-durante-pandemia-do-coronavirus/>> Acesso em 20 de jul. de 2020.

KLUGE, Hans Henri P.; JAKAB, Zsuzsanna; BARTOVIC, Jozef; D'ANNA, Veronika; SEVERONI, Santino. Refugee and migrant health in the COVID-19 response. *The Lancet*, v. 395, p. 1237-1239, 2020.

NOTA TÉCNICA DA SOCIEDADE CIVIL SOBRE PORTARIAS Nº 120 E 125 REFERENTES À RESTRIÇÃO EXCEPCIONAL E TEMPORÁRIA DE ENTRADA NO BRASIL DE PESSOAS ORIUNDAS DE PAÍSES FRONTEIRIÇOS, EXCETO URUGUAI. Disponível em https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2020/03/Nota-Te%CC%81cnica-da-Sociedade-Civil_fechamento-de-fronteira_COVID19_.pdf. Acesso em 22 de jul. 2020.

TRILLING, Daniel. Coronavirus offers an excuse to close borders. That would be a mistake. *The Guardian*, Londres, 26 abr. 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/apr/26/coronavirusclose-borders-pandemic>. Acesso em: 27 jul. de 2020.

TV GLOBO JORNAL. Entidades criticam fechamento de fronteiras e pedem proteção a refugiados. Disponível em <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2020-03-20/entidades-criticam-fechamento-de-fronteiras-e-pedem-protexao-a-refugiados.html>>. Acesso em 20 de jun. de 2020.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA. APÓS COVID 19 AINDA É ADQUADO TER O ESTABELECIMENTO PRESTADOR PARA FINS DE ISS.HE PROVIDER ESTABLISHMENT FOR PURPOSE OF ISS

Lucimar Renata de Carvalho Silva

Pós-graduanda e graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva

RESUMO: Esse trabalho de pesquisa tem como objetivo apresentar as especificidades do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza, também conhecido pela sigla (ISS) Imposto Sobre Serviço. Ambas nomenclaturas se referem a prestação de serviço. A discursão acerca do local da cobrança do imposto, se faz devido a alíquota que tem valor diferente de Município para Município, a depender do enquadramento da empresa e o serviço prestado. Outra questão a ser abordada nesse trabalho de pesquisa é a extrafiscalidade do ISSQN, a função social que o imposto tem na sociedade, uma vez que muitos acreditam que os impostos têm função somente arrecadatória. Outrossim, diante da situação, em que se encontra o país e o mundo, não podemos deixar de mencionar os impactos sofridos no direito tributário, haja vista a necessidade de adequação e mudanças, decorrente da pandemia do Covid- 19, pandemia que causou o distanciamento social, e trará consequências e mudanças drásticas e maiores nos hábitos, costume e na vida dos brasileiros. E no Direito Tributário que já anseia por uma reforma, não será diferente.

Palavras-chave: Covid-19, Estabelecimento Prestador, Imposto sobre serviço, Inadequação do estabelecimento, Função social.

INTRODUÇÃO

A arrecadação tributária é a maior fonte de recurso financeiro dos antes federados no Brasil. A Constituição Federal de 1988, artigo 156, inciso III, instituiu a competência do ISSQN aos municípios. Sua hipótese de incidência é estar inserida na prestação de serviço na lista de serviço constante prevista na Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003, independentemente de ser um prestador de serviços autônomo, empresas, microempresas (MEI) dentre outras modalidades de prestação de serviço.

E esse é um dos meios para que o município possa arcar com as despesas e garantir o bem-estar social, diminuindo as desigualdades sociais. Por mais que a maioria da população por falta de informação veja o imposto como uma forma de gerir as despesas do estado, o imposto tem uma função social.

Principalmente, diante da situação que tem assolado o país e o mundo, onde estamos enfrentando uma pandemia devido o Covid-19, aqui o que menos importa é a função fiscal dos impostos, não que não seja relevante a arrecadação, mas, deve ser feita dentro de um determinado equilíbrio e respeitando os pressupostos legais.

O ISSQN desde sua criação tem vários questionamentos acerca do local de seu recolhimento, qual município tem competência para respectiva cobrança.

ALC 116/23, determina que o local de cobrança é no estabelecimento do prestador.

Art. 3o.. O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local: (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016).

Diante o exposto, o que se questiona é que na atual circunstância, com enfrentamento de uma pandemia devido covid 19, várias medidas foram tomadas para evitar o contágio, quarentena, isolamento social, não tem como negar uma mudança drástica na vida e na sociedade, como um todo, no ordenamento jurídico, e com o direito tributário não seria deferente. Será que essa questão do local do recolhimento tendo o conceito de estabelecimento prestador para fins de cobrança do imposto em tela é relevante, quando várias pessoas fecharam seus estabelecimentos e quem está trabalhando está realizando as atividades home office ou de forma remoto?

1 IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN OU ISS

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ou Imposto Sobre Serviço, veio substituir o IIP - Imposto sobre Indústrias e Profissões, através da reforma tributária implantada pela emenda constitucional nº 18/65.

Conforme aduz Ricardo Alexandre: (2018, pag. 16):

A Emenda constitucional n. 18, de 1965, atribuiu a competência tributária para instituição do ISSQN aos municípios, mas não permitiu sua implantação imediata, pois aguardava-se uma lei complementar que deveria estabelecer os critérios para distinção das atividades sujeitas ao imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) e ao imposto sobre serviços (ISS). O Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968, que entrou em vigor em 1969, estabelecendo normas gerais de Direito Financeiro, aplicáveis ao ICM e ao ISS, revogou todas as disposições relativas aos impostos que constavam no Código Tributário Nacional.

Em conformidade com o decreto, ele relaciona a hipótese de incidência de acordo com lista em anexo com fulcro no artigo 8º (revogado pela Lei Complementar 116/2003).

O Imposto sobre serviço de qualquer natureza compete ao município segundo redação dada pela Constituição Federal de 1988 artigo 156, inciso III: “Compete aos municípios instituir Impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendido no art.156 incisos III, definidos em Lei Complementar”.

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 16, define imposto como sendo “O tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independentemente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

O Decreto-Lei 406/1968, estabeleceu os elementos do ISSQN, onde definiu o sujeito ativo, sujeito passivo, alíquota e sua base de cálculo. Outras edições de leis complementares surgiram até chegar a atual Lei Complementar nº116/2003, com vigência em todo território nacional, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza de competência dos Municípios e do Distrito Federal.

O Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza possui duas nomenclaturas, ISSQN e ISS ambas as siglas tratam de prestação de serviço.

1.1 Competência

Com o avanço legislativo do imposto em tela, tornou-se necessário a elaboração da LC 116/03, e devido sua criação surgem novas regras.

SABBAG assevera que:

O ISSQN é o Imposto de competência concorrente do Município, sendo bastante importante, pois na verdade é o carro chefe de um Município no tocante a arrecadação própria, em razão da predominância fiscal. (Silva, pág.56 20015)

Diante do exposto, cada município tem competência sobre o ISSQN, devendo ser observado a legislação tributária de cada município. O ISSQN como já supracitado, compete aos Municípios e ao Distrito Federal.

O ISS é de fundamental importância no que tange a arrecadação, principalmente nas regiões norte e nordeste do Brasil, isso porque a arrecadação dos outros impostos é relativamente baixa.

A arrecadação do imposto fomenta o funcionamento do serviço público, e também evita que o município precise buscar recurso por meio de transferência do estado e da união, a não arrecadação por parte do gestor público pode vir a ser configurado em crime, por abrir mão de receita pública. Por definição da lei 10.029/2000.

1.2 Fato gerador, base de cálculo e alíquota

O fato gerador, é estar inserido em alguma das atividades listadas na lei 116/03. Realizar qualquer dos serviços nela prevista ainda que não é realizada de forma permanente ou que essa não seja a atividade preponderante do prestador de serviço. Quanto a alíquota do ISSQN a lei complementar determina que será no máximo de 5%. Quanto a mínima manteu-se silente. Diante da ausência normativa prevalece ADCT.

O ISSQN terá alíquota mínima de 2%, exceto para os serviços de engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

2. LEI MUNICIPAL INCONSTITUCIONAL QUE REDUZ BASE DE CÁLCULO DO ISS

O Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucional lei do Município de Poá (SP) que reduzia a base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). O tema foi julgado na Arguição

de Descumprimento de Preceito

Fundamental (ADPF) 190, na qual o governo do Distrito Federal argumenta que a lei constitui medida de “guerra fiscal” e prejudica a arrecadação dos demais entes federados.

O entendimento adotado pelo STF foi de que a legislação municipal incorre em tema de competência da União ao tratar da base de cálculo do tributo, além de afrontar diretamente o artigo 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), segundo o qual a alíquota mínima do ISSQN é de 2% (STF notícia).

Outrossim, a alíquota deve estar entre máximo 5% a 2%, a depender do município, o enquadramento da empresa e o serviço prestado, essas alíquotas não podem ter seu percentual modificado pelos municípios.

3 FUNÇÃO SOCIAL DO ISSQN

A finalidade dos tributos é arrecadar recursos financeiros ao Estado para que este possa concretizar seus projetos e programas e fomentar as políticas públicas à população como escopo de gerar um bem-estar social.

O Estado tem o dever constitucional de atuar na construção de uma sociedade com o mínimo possível de desigualdades sociais.

A Constituição Federal em seu art. 170 como um dos princípios garantidores da ordem econômica e social, a questão das desigualdades sociais e regionais, bem como a garantia do pleno emprego, da proteção ao meio ambiente, dentre outros.

A função social é uma forma que o Estado possui de propiciar à sociedade a redução de desigualdades através de políticas públicas criadas com o incentivo fiscal arrecadado. Com isso, a meta do Estado é desenvolver meios adequados para manter um equilíbrio econômico social maior entre as regiões mais desenvolvidas e regiões menos desenvolvidas do país.

Desta forma, Maria de Fátima Ribeiro, liga a tributação social aos ditames e princípios constitucionais. Vejamos:

Enfim, é tributação social aquela que respeita o que é inerente à sociedade no contexto social dos ditames constitucionais. Por isso, referida tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da população, destacando-se a alimentação, saúde, vestuário, moradia, educação, acesso ao trabalho, livre iniciativa, livre concorrência entre outros pontos. Na prática, tais posições devem ser efetivadas por meio de leis isentivas ou com tributações simbólicas. Pelo intervencionismo político-social introduz-se na tributação o fim político-social. O tributo

deve ter uma função social, tendendo a uma distribuição do patrimônio e das rendas.

Assim, toda a arrecadação tributária deve ser perfeitamente planejada de modo a não haver valores excedentes a fim de não sobrecarregar a carga à sociedade e ser possível atender todas as necessidades básicas como saúde, moradia, educação, etc.

Importante acrescentar que a Extra fiscalidade também vem cumprir justamente uma função social ainda maior que o da mera arrecadação através de políticas fiscais intervencionistas nas relações privadas já que seu objetivo voltado para a observância de certas questões sociais, políticas ou econômicas.

Portanto, o legislador deve se atentar a função social do tributo a todo momento, principalmente na elaboração de políticas tributárias para que assim haja a redistribuição de renda e de carga tributária de forma mais igualitária entre os contribuintes.

4 A INADEQUAÇÃO DO ESTABELECIMENTO PARA FINS DE ISSQN E A COVID-19.

Diante do quadro social que estamos enfrentando, quase impossível é mensurar as transformações causada na vida e na sociedade como um todo. A pandemia do Covid-19, trouxe mudança que ficarão presentes não só durante o isolamento por causa da quarentena.

As transformações de hábitos, as mudanças e adequações durante um longo período de tempo, muitas vezes torna se irreversível. No Direito tributário essas mudanças não foram diferentes, mas a mais clara é o conceito de estabelecimento prestador para fins de cobrança do ISSQN.

Existe uma controvérsia que desde sua criação vem se arrastando que é, o estabelecimento para fins de recolhimento. regra geral, o local competente para exigir a cobrança do ISS é no estabelecimento prestador. Redação dada pela lei 116/2003, parte inicial.

A nossa Suprema Corte (STF), traz por meio de julgadas jurisprudências o conceito de estabelecimento para fins de recolhimento do ISSQN é o município onde se deu a incidência do fato gerador do imposto.

O artigo 4º da lei complementar 116/2003 estabelece;

Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo

as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Isso significa que não havendo elementos que caracterizam o estabelecimento prestador a regra será o município domicílio do prestador. Por definição do artigo 3º parte final da lei 116 de 2003.

A competência de qualquer município não será questionada se no município do estabelecimento prestador for o mesmo município que se der a prestação do serviço.

Mais uma vez questionamos acerca do local do recolhimento do imposto em comento, muitas atividades e serviços já são realizados de forma remota, devido ao desenvolvimento tecnológico, tais como delivres, aplicativos, educação a distância dentre muitas outras. O que parecia pouco satisfatório com o fenômeno da corona vírus tornou evidente. Dessa forma, o questionamento é: será que não é o momento de pensar soluções para gerar valores e facilitar a vida de milhares de brasileiros que tem buscado de todas as formas sobreviver em meio ao caos?

Muitos estabelecimentos que estão tentando sobreviver estão com seus estabelecimentos físicos fechados e trabalhando com atividade móvel e descentralizada, tentando não pararem suas atividades em definitivo, pois seus lucros caíram consideravelmente, mas as despesas como por exemplo alugueis permanecem, os impostos foram prorrogados as datas dos vencimentos mas terão que ser pagos.

A maior preocupação no momento é busca meios de fomentar a economia por meio de produção e serviço, até por que sem produção não tem atividade econômica e sem atividade econômica não á que se falar em imposto, menos ainda em estabelecimento prestado de forma que esse discursão pede totalmente o objeto.

Mesmo porque o imposto ISSQN tem como uma de sua característica ser indireto, não justifica ser devido no estabelecimento prestador, mas no destino onde ocorre o consumo, evitando assim oneração, insegurança jurídica, e a tão falada guerra fiscal. Se esse discursão era inadequado já antes da pandemia do covid- 19 agora após se faz menos inadequada ainda.

CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados concluímos que o ISSQN, é um imposto de bastante relevância para os municípios, uma vez que o mesmo é uma das maiores fontes de arrecadação, mas que também tem sua função

social, como os outros meios de arrecadação.

Buscamos junto a esse trabalho apresentar os principais aspectos do imposto supracitado, as divergências que gira em torno do mesmo, e trazer uma reflexão acerca do atual cenário que estamos enfrentando. Drásticas mudanças ocorreram e continuarão ocorrendo devido ao Corona vírus e muitas delas permanecerão, e essas divergências em relação ao local de recolhimento do imposto em comento perde o sentido já que a maioria dos estabelecimentos que estão funcionando está operando de forma remota, devido ao isolamento social, e esse tipo de atividade já vem crescendo desde o crescente desenvolvimento tecnológico.

Várias tentativas foram tomadas para pôr fim nesse impasse, agora é irrelevante se o mesmo vai ser recolhido no estabelecimento prestador, ou no destino onde o serviço for prestado. Mesmo porque diante das atividades realizadas durante o isolamento social é inadequado se falar em recolhimento no estabelecimento. Só temos uma certeza que essa pandemia vai chegar ao fim, mas que os enormes efeitos causados por ela vão permanecer, e precisaremos diminuir esses impactos. Estamos diante da reforma tributária e uma forma de diminuir esses impactos seria uma tributação mais leve e justa, e uma legislação menos complexa e mais clara.

REFERÊNCIAS:

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 12º ed. Editora podium. BRASIL, *Constituição da República Federativa do*. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.> Acessado em: 18 de jun. de 2020.

BRASIL, *Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 19 de jun de 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 outubro 1966. *Código Tributário Nacional*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%205.172%2C%20DE%2025%20DE%20OUTUBRO%20DE%201966.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Sistema%20Tribut%C3%A1rio,%C3%A0%20Uni%C3%A3o%2C%20Estados%20e%20Munic%C3%ADpios.. Acesso em 19 de jun. de 2020.

BRASIL. *Lei complementar de nº 116, de 31 de julho de 2003*. Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%20116%2C%20DE%2031%20DE%20JULHO%20DE%202003&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Imposto%20Sobre,Art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%20116%2C%20DE%2031%20DE%20JULHO%20DE%202003&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Imposto%20Sobre,Art. Acesso em 18 de jun. de 2020) Acesso em 18 de jun. de 2020.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo*. in DIREITO TRIBUTÁRIO E SEGURANÇA JURÍDICA. coord. Maria de Fátima Ribeiro. São Paulo: MP editora, 2008.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito tributário*. 10º ed. São Paulo.

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Laura Martins Duarte de Lima

Mestranda em Direito Ambiental da Escola Dom Helder Câmara, graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo apresentar uma análise crítica sobre a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva nas questões ambientais, especificamente no Brasil. A corrida pelo desenvolvimento econômico, pela competitividade, a busca pelo lucro a qualquer custo, aliados às políticas ambientais com pouca eficácia, são os principais fatores que influenciam o aumento contínuo dos danos ambientais ocorridos no país e que levam tempo para serem reparados. O Direito Ambiental vem trazendo luz ao tema, atrelando a Responsabilidade Civil Objetiva à reparação efetiva dos danos causados, funcionando como ferramenta destinada a conter danos futuros. Este estudo busca apresentar de forma objetiva, pelo método dedutivo baseado em pesquisas bibliográficas, a aplicação das normas do Direito Ambiental em prol da efetiva responsabilização do poluidor pelos danos ambientais causados e destaca que a participação dos setores público e privado são primordiais para obtenção de êxito nesta seara.

Palavras-chave: meio ambiente; responsabilidade civil; direito ambiental; sustentabilidade; legislação ambiental brasileira.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história de nossas diversas constituições, traz a tutela ao Meio Ambiente, reconhecendo-o como direito fundamental através de seu capítulo VI, destinado com exclusividade à matéria - Artigo 225 (caput).

Esta nova direção dada ao ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro coloca a preservação do meio ambiente num patamar de real importância, como bem explica Steigleder, citando Paulo José Leite Farias:

Passa a ser a base em que se assenta a política econômica e social, pois, uma vez inseridas em um sistema constitucional, as normas relativas a outros ramos jurídicos, que se relacionam com o amplo conceito de meio ambiente, não podem ser aplicadas sem levar em conta as normas ambientais que impregnam a ideologia constitucional. (FARIAS *apud* STEIGLEDER, 2017, p. 157)

Percebe-se a partir do parágrafo 3º do artigo 225, a ampliação do cuidado com o Meio Ambiente e ecossistemas ambientais dado pela Constituição, ao trazer a Responsabilidade Civil ambiental para seu contexto. Para Steigleder (2017, p. 157): “cuida-se, então, de perceber que a responsabilidade civil pelo dano ambiental possui uma função social que ultrapassa as finalidades punitiva, preventiva e reparatória, normalmente atribuídas ao instituto.”

E completa citando Sendim, sobre os reflexos da função da responsabilidade civil ambiental no direito português:

O conceito de restauração e prevenção do dano ecológico é a idéia diretriz do direito de responsabilidade ambiental. Ou seja, o sistema de responsabilidades por danos ao ambiente adquire uma função específica: garantir a conservação dos bens ecológicos protegidos.” (SENDIM *apud* STEIGLEDER, 2017, p. 157)

Mas imperioso é analisar a efetividade do artigo 225 e seus parágrafos aplicados à Responsabilidade Civil Ambiental na prática, como ferramenta destinada à reparação do dano causado e ainda, a sua eficácia em evitá-los.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

2.1 O DIREITO AMBIENTAL

A revolução industrial, em meados do século XVIII, traz consigo diversas mudanças nos modos de produção e uso da mão de obra e, neste período, já é possível observar respostas legislativas em torno da preocupação com o meio ambiente, demonstrando ações voltadas para a concepção de uma intervenção estatal regulatória mais específica. Importante ressaltar que como observado à época, a intenção não era especificamente a tutela ao meio ambiente, mas sim reflexos desta aos prejuízos diretos causados ao indivíduo.

Historicamente, à medida que a sociedade evolui, traz consigo novos tipos de conflitos de interesses. Para sua pacificação, faz-se necessária a atuação do direito em duas frentes: (i) na primeira delas, o direito material é reordenado, com o reconhecimento, pelas normas jurídicas (direito objetivo), de novos direitos subjetivos; (ii) na segunda, ferramentas de direito processual são aperfeiçoadas para introduzir mecanismos mais eficientes para a resolução das novas modalidades de conflitos, garantindo o respeito aos novos direitos reconhecidos. (MASSON, 2017, p. 1).

Sobre a ordem cronológica dos interesses e direitos difusos e coletivos até chegar efetivamente à tutela Ambiental, se faz necessário conhecer a linha histórica dos direitos humanos.

Os Direitos de 1ª dimensão surgem, segundo Masson (2107, p. 2), como: “o resultado do descontentamento dos indivíduos a respeito da opressão do Estado absolutista que culminou com Revolução Francesa de 1789 inaugurando a idade contemporânea”.

Neste tempo, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi considerada um avanço na evolução dos direitos humanos.

Masson completa dizendo:

Inaugurou-se à época, um novo modelo cidadão x Estado, invertendo-se a concepção tradicional, segundo a qual a liberdade individual era mera concessão do Poder Estatal, para declarar que era esse poder que derivava da vontade dos componentes da nação, e que todos os homens, independentemente de sua nacionalidade, nasciam livres e iguais em Direitos. (MASSON, 2017, p. 2)

Consagram-se, assim os Direitos de liberdade.

A partir de meados do século XIX, surgem os conflitos sociais advindos deste novo modelo jurídico criado, que se tornou incapaz de pacificá-los, como ensina Masson, citando Ferreira Filho:

A igualdade meramente formal (igualdade de todos perante a lei), a propriedade privada vista como direito sagrado e absoluto e a ampla liberdade de contratar, em um cenário de crescente industrialização, geraram distorções que conturbaram a sociedade de então: houve acentuado enriquecimento de poucos e grande empobrecimento de muitos, ao passo que a mecanização da produção acelerava o desemprego, enquanto os que conseguiam manter-se empregados labutavam em meio a péssimas condições de trabalho. (FERREIRA FILHO *apud* MASSON, 2017, p.1).

Os menos favorecidos perceberam que, caso se juntassem em classes de maneira organizada, poderiam lutar por seus direitos e serem ouvidos pelo Estado. Nascia, assim, o modelo de Estado Social e, com ele, os direitos humanos de 2ª geração – os Direitos de Igualdade. Masson explica:

Os mais fracos, para se fazerem ouvir perante o Estado, perceberam que somente agrupados e organizados conseguiriam contrapor-se ao poder político e econômico dos industriais. Isso motivou a eclosão de corpos intermediários, que consistiam em grupos, classes ou categorias de pessoas, que se organizavam para lutar pelo reconhecimento dos interesses que tinham em comum. (MASSON, 2017, p. 2).

Estes grupos se encontravam no meio dos interesses do Estado e dos interesses do indivíduo, e como resposta, os Estados se viram obrigados a reconhecer direitos econômicos, culturais e sociais, que ficaram conhecidos como Direitos de Igualdade.

Assim ensina Masson:

Por conta dessa nova geração, houve o reconhecimento jurídico dos primeiros interesses de dimensão coletiva, ou seja, que assistem a todo um grupo, classe ou categoria de pessoas (mulheres, crianças, idosos e trabalhadores), de modo que uma única lesão ou ameaça poderia afetar a todos os componentes de determinada coletividade. (MASSON, 2017, p. 3).

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, a paz se torna foco das discussões internacionais. Surge então o Neoconstitucionalismo e, com ele, os direitos

de 3ª dimensão. Aqui, efetivamente entra em cena a tutela dos Direitos difusos, incluindo o Direito Ambiental:

Na mesma época, o incremento da industrialização trouxe a reboque a poluição sem fronteiras. Por outro lado, tornou-se inaceitável o abismo econômico que tornava cada vez mais distantes os países desenvolvidos dos não desenvolvidos. (MASSON, 2017, p. 3)

Assim, somente com o sentimento de cooperação entre os povos, o direito à paz, ao desenvolvimento e a um meio ambiente saudável, poderia ser alcançado. Neste viés surgem os direitos, que ficaram conhecidos como os Direitos de Fraternidade, que compõem os direitos humanos de 3ª geração, como bem explica Masson:

Aqui, já se trata de defender direitos de toda humanidade, de modo que os Estados devem respeitá-los independentemente da existência de vínculo de nacionalidade com os seus titulares (neste aspecto, estes podem ser considerados “cidadãos do mundo”, e não de um determinado país, e de eles se encontrarem ou não em seu território. (MASSON, 2017, p. 4).

Para Masson (2017. p. 4), ao se falar de humanidade, deve-se entendê-la em sentido amplo, englobando até mesmo as gerações futuras, os seres humanos que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos. E complementa: “exemplo mais significativo desta dimensão é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Afinal trata-se de direito essencial à vida humana digna, e que, portanto, é direito de todo ser humano”. (MASSON, 2017, p. 4).

Trazendo o assunto ao contexto brasileiro, observa-se grande número de leis vinculadas aos interesses de determinadas épocas históricas. É interessante pensar que desde o descobrimento do Brasil, nos anos de 1500, já existiam normas esparsas voltadas à preocupação com a escassez de recursos naturais, como por exemplo, o Regimento do Pau Brasil de 1605.

Em um segundo momento, o Código Civil de 1916 vem nortear as questões do uso desregrado do meio ambiente mas, segundo Sirvinskas (2019, p.78)¹: “Havia, sim, preocupações pontuais, objetivando a

1 SIRVINSKAS, Luis Paulo – Manual de Direito Ambiental, São Paulo, 17ª edição, Saraiva Educação, 2019. P.78.

conservação do meio ambiente e não a sua preservação.” Neste período, fica claro o interesse na conservação do meio ambiente que possuía apenas fins econômicos. Várias leis e normas surgem com o intuito de limitar a exploração desordenada dos recursos existentes no país.

Somente na década de 80, o meio ambiente recebe a devida atenção. Em 1981, surge a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), primeira lei destinada efetivamente à proteção integral do meio ambiente. E, em seguida, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ganha o importante *status* constitucional, amparado pelo capítulo VI da Carta Magna sob o título *Do Meio Ambiente - Artigo 225 (Caput)*, reconhecido, finalmente, como direito fundamental:

Art.225- Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Segundo Sirvinskas (2019, p.160)²:

“Este dispositivo pode ser dividido em quatro partes: a) o meio ambiente equilibrado é um direito fundamental da pessoa humana (direito á vida com qualidade); b) o meio ambiente é um bem de uso comum do povo – bem difuso portanto, bem indisponível; c) o meio ambiente é um bem difuso, essencial á sadia qualidade de vida do homem; e d) o meio ambiente deve ser protegido e defendido pelo Poder Publico e pela coletividade, para a presente e futuras gerações.”

Este foi um importante passo em direção ao amparo do meio ambiente e suas vertentes, trazendo a matéria pro patamar constitucional, ampliando sua abrangência dentro dos direitos fundamentais.

2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de avançar, é imperioso demonstrar que as raízes da Responsabilidade Civil traziam seus fundamentos baseados exclusivamente na prova de culpa,

2 SIRVINSKAS, Luis Paulo – Manual de Direito Ambiental, São Paulo, 17ª edição, Saraiva Educação, 2019. P.160.

ou seja, possuíam apenas contornos subjetivos, ainda no Direito Romano. Assim, ensina Gonçalves (2013, p. 25), “ É na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano.”, e completa:

Malgrado a incerteza que ainda persiste sobre se a “injúria” a que se referia a Lex Aquilia no *damnum injuria datum* consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos protetores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria Lex Aquilia... (GONÇALVES, 2013, p. 25 e 26)

Em outras palavras, não bastaria apenas que o dano ao indivíduo ou a seu patrimônio fosse causado, seria imprescindível a prova da culpa do agente causador para que o dano fosse reparado. O que foi abarcado também pelo Código Civil de Napoleão, na França, tornando a culpa pressuposto da Responsabilidade Civil.

Observa-se, no entanto, que a teoria clássica da culpa não conseguiu atender a todos os dilemas que surgiram ao longo do tempo. Pode-se afirmar que a responsabilidade civil objetiva começa a ganhar lugar na Europa com a Revolução Industrial, em meados do século XVIII. Esta fase trouxe consigo a busca desenfreada pelo desenvolvimento econômico e circulação de riquezas e por óbvio, o aumento das escalas de produção fazendo crescer na mesma proporção os acidentes de trabalho nas fábricas, e a conseqüente necessidade de reparar os danos sofridos pelos empregados.

De acordo com Paulo Alonso³, o empregado, vítima de acidente laboral, estaria obrigado a apresentar as provas para ter seu direito de indenização atendido. São três os tipos de provas a que o autor se refere: prova de que o empregado sofreu um dano; prova de que o agente cometeu um delito; prova de que o dano apontado decorreu do delito do agente. Os três elementos da responsabilidade civil subjetiva se fariam presentes: o dano, a culpa e o nexo causal. O ônus da prova ficava a cargo do empregado e, caso este não conseguisse levantar tais provas, perderia o processo e todo o direito de reparação advindo deste.

No Brasil, não foi diferente. A responsabilidade civil subjetiva sempre esteve presente no ordenamento jurídico, onde os elementos *ação ou omissão, o dano, o nexo causal e a culpa ou o dolo*, devem constar. É o que

3 ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*, p. 37-38.

se verifica no artigo científico publicado na Revista Veredas do Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, das autoras Karina Marcos Bedran e Elizabeth Mayer, sobre um importante estudo a despeito da responsabilidade civil por danos ambientais, do qual se extrai:

No Direito brasileiro, a responsabilidade civil era unicamente subjetiva. Para gerar o dever de indenizar, fazia-se necessária a existência de quatro elementos: 1) ação ou omissão; 2) dano; 3) nexo causal; e 4) culpa ou dolo. Baseava-se na ideia da culpa em sentido estrito (negligência, imperícia e imprudência) e do dolo, fundamentados no Art. 159 do Código Civil de 1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Luís Paulo Sirvinskas afirma que “a culpa tinha por escopo a violação de um dever jurídico, legal ou contratual” (BEDRAN; MAYER, 2013, p. 45-88).

Como se vê, os aludidos elementos que constaram do Código Civil de 1916, se mantiveram no Código Civil de 2002, em seu artigo 927, que prevê: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Nos mesmos moldes da Europa, o Brasil também experimenta o aumento de danos decorrentes do desenvolvimento econômico e do crescimento industrial, fazendo surgir novas teorias de responsabilidade civil, agora objetivas, voltadas ao amparo das vítimas e independente da prova de culpa. É o que nos ensina Gonçalves (2013, p.27), “O surto do progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicação dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas.”

A responsabilidade objetiva surge então, trazendo a ideia de equidade. A realidade deve ser amparada pela regra existente, dentro do contexto de justiça. Segundo Gonçalves:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas vantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos). (Gonçalves, 2013, p. 28)

Para o autor Carlos Roberto Gonçalves⁴, no direito atual, a

4 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, p. 28.

responsabilidade civil objetiva, se apresenta sob duas teorias: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Ao trazer o tema para o Direito Ambiental, verifica-se o amparo doutrinário para tratar a responsabilização pelos danos ambientais, como objetiva, isso devido à dificuldade encontrada para demonstrar a culpa do agente, em matéria de tão relevante importância.

Percebe-se o trabalho legislativo com o fim de normatizar tal amparo doutrinário, o que efetivamente ocorre com o advento da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Antes de avançarmos, para a análise da aludida lei bem como a Constituição Federal de 1988, é imprescindível o estudo do tema em suas raízes constitucionais, passando pelos princípios que norteiam a responsabilidade civil ambiental.

O *Princípio da Responsabilidade* impõe um dever implícito no artigo 225 da Constituição Federal de 88, ao dispor que “...cabe ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e para as gerações futuras”.

Segundo Steigleder:

“Os movimentos ambientais forjaram o reconhecimento do princípio da responsabilidade como uma mutação no agir ético e, no plano econômico, como fundamento das externalidades ambientais negativas. Este princípio da responsabilidade é informado por duas noções fundamentais: a solidariedade social e valor ético da alteridade...” (Steigleder, 2017, p.162)

Importante observar que tal reciprocidade de deveres, entre o Estado e a Sociedade, traz a ideia de solidariedade sobre um interesse comum: A preservação do Meio Ambiente. Esta solidariedade é voltada para o futuro, onde a responsabilidade de ambos na preservação do meio ambiente garantirá que as gerações futuras possam usufruir, pelo menos, da mesma qualidade de vida de que se dispõe atualmente.

Assim escreve Steigleder, citando Leite:

A conjugação de interesses significa que essa concepção de direito fundamental está pautada numa premissa essencial, que é a de que as liberdades individuais são indissociáveis das liberdades sociais e coletivas.” (LEITE *apud* STEIGLEDER, 2017, p. 162).

Outra importante ação do princípio da responsabilidade é fazer com que os autores da degradação ao meio ambiente sejam obrigados a arcar com a responsabilidade civil e com os custos da reparação ou da compensação pelo dano ambiental causado.

Esse princípio está previsto no § 3º do art. 225 da Constituição Federal, que dispõe que “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” (BRASIL, 1988).

O *Princípio da Prevenção*, também chamado de Princípio da Cautela, decorre do princípio quinze da Conferência da ONU, RIO-92. Este princípio trata da certeza do dano ambiental. Os perigos que determinada atividade pode trazer ao meio ambiente podem até ser desconhecidos, mas a certeza científica de que ocorrerão traz a necessidade de que estudos ambientais e planejamento sejam realizados a fim de minimizá-los ou até mesmo evitá-los. Entra em cena o EIA – Estudo do Impacto Ambiental, no qual são pontuados todos os riscos inerentes a determinada atividade com grande potencial de degradação e que viabilizarão ou não o licenciamento ambiental.

Diz Sirkinskas, citando José Geraldo Jacobina Rabello, sobre o princípio:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da prevenção deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (RABELLO *apud* SIRVINSKAS, 2019, p. 146)

O *Princípio da Precaução*, também contemplado na Declaração da RIO-92, está voltado para o dano sem certeza científica, mas que pelas características inerentes à atividade é alta a probabilidade de ocorrência.

Pode-se dizer que o perigo de dano ambiental, que era abstrato até então, foi reconhecido por meio de estudos ou até mesmo pelas características implícitas da atividade e definido como concreto.

A função de ambos os princípios, Prevenção e Precaução, é trazer ao campo prático das empresas e atividades o desenvolvimento econômico sustentável, tendo a gestão dos possíveis riscos ambientais em especial atenção, amparados por estudos científicos de impactos. Para Steigleder:

Assim, é preciso perceber que o acolhimento dos princípios da precaução e da prevenção supera a função preventiva tradicional,

visando imprimir um padrão de desenvolvimento econômico sustentável às atividades econômicas, com o adequado gerenciamento de riscos considerados toleráveis, preocupando-se com o direito das gerações futuras, afetado por danos nem sempre perfeitamente identificáveis, mas prováveis, que exigem medidas de precaução.” (STEIGLEDER, 2017, p. 170).

O *Princípio do Poluidor-pagador* está expresso no artigo 16 da RIO-92 e dispõe que o responsável pela atividade deverá responder pelos custos sociais da degradação causados por sua atividade impactante, causadora de prejuízos ambientais, devendo-se agregar esse valor ao seu custo produtivo. Deste princípio decorre a reparação efetiva do dano ambiental.

É função deste princípio tornar obrigatório que as empresas incluam no escopo da sua atividade poluidora os custos com o controle, fiscalização e reparação dos impactos possíveis ao meio ambiente, sendo eles detectáveis ou não.

Feitas as considerações acerca dos princípios constitucionais que abrangem a Responsabilidade Civil ambiental é importante tratar da legislação que envolve a matéria. A já mencionada lei 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 14 § 1º, prevê a aplicação efetiva e ampla da responsabilidade civil objetiva aos danos ambientais causados, onde o agente poluidor é obrigado a reparar ou indenizar, independentemente de culpa. Vejamos:

“Art. 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. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.»

Acertou o legislador ao respaldar o que a doutrina já admitia: tratar como objetiva a responsabilidade civil decorrente dos danos ambientais causados, incluindo-a na Teoria do Risco Integral, admitida amplamente pela maioria dos doutrinadores e também pela jurisprudência. É o que se verifica na TESE 10 do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o

fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Jurisprudência em Teses, sob o rito do artigo 534-C do CPC de 2015)

Nesta linha de pensamento, não incide sobre o agente causador dos danos ambientais nenhuma excludente de responsabilidade, ou seja, não se observam: *culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior*, sejam os danos frutos de atos ilícitos ou não, sendo necessária apenas a existência específica do dano e do nexos causal.

A Teoria do Risco Integral está em contraposição à Teoria do Risco Criado, assumida por parte minoritária da doutrina. A diferença entre as duas teorias é que a Teoria do Risco Criado admite as excludentes de responsabilidade, já mencionadas, o que traria a flexibilização do nexos causal. Assim ensina Steigleder (2017, p.182): “Os defensores da Teoria do Risco Criado admitem as excludentes, vislumbrando nelas a causa adequada da produção do dano, uma vez que haveria uma ruptura do nexos de causalidade entre a atividade do agente e o resultado.”

A existência de uma terceira linha de pensamento, que admite as excludentes, fato de terceiro e força maior, traz o equilíbrio para a questão. Tratando os fatos externos à atividade que ocasionaram o dano ambiental com a devida atenção. Para Steigleder:

Finalmente, há uma posição intermediária, que nos parece a mais correta, que admite apenas a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, eis que consistem em fatos externos, desvinculados ao empreendimento, nada tendo a ver com os riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade. (STEIGLEDER, 2017, p.183)

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988, mais especificamente seu §3º, traz a responsabilidade civil como tema, reforçando a obrigação na reparação dos danos ambientais:

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.

Este dispositivo evidencia a tríplice responsabilização ambiental, nas esferas Civil, Penal e Administrativa, podendo-se conjugar as três, simultaneamente.

Uma vez confirmada a responsabilidade civil pela ocorrência de um dano ambiental, faz-se a necessária reparação integral do dano. Esta deve ser realizada levando-se em conta a vida humana, presente e futura, e a particularidade do meio ambiente atingido, como a fauna, flora e até mesmo o relevo do local. Afora o reparo material do dano, somam-se ainda possíveis danos extrapatrimoniais.

Steigleder (2017. P.214) ensina que: “A partir da compreensão de que o dano ambiental tem uma dimensão material a que se encontram associados danos extrapatrimoniais, que abarcam os danos morais coletivos, importa definir diferentes formas de reparação para cada classe de danos.” E completa, citando Catalá : “Esclareça-se que os pedidos de condenação de fazer e de indenização serão cumulados, inexistindo *bis in idem*, pois o fundamento para cada um deles é diverso.”

No Direito Ambiental, a primeira ação para reparação do dano ao meio ambiente será a recuperação ou a restauração ambiental (obrigação de fazer), podendo ou não ser cumulada com indenização (obrigação de pagar quantia certa), posição já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 2º, incisos XIII e XIV, da Lei 9.985/2000 - Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), dispõem sobre as “formas” de recuperação de um ecossistema que conceitualmente se distinguem entre Recuperação e Restauração, vejamos:

Art. 2º (...)

XIII - recuperação: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original;

XIV - restauração: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original;

Para Steigleder, a importância da distinção entre ambos institutos é de especial relevância e ensina:

“...identificando-se que, em verdade, quando se fala em “recuperação”, sob o ponto de vista técnico se está assumindo a impossibilidade de retorno ao estado anterior do ecossistema,

bem como se está optando por formas compensatórias de reparação do dano, capazes de “criar”, expandir ou de alguma forma aumentar a capacidade funcional de outros elementos naturais, aproximando-se assim de uma substituição por equivalente funcional.” (STEIGLEDER, 2017, p. 215)

Entretanto, deve-se ressaltar que a Restauração *In Natura*, como a opção fundamental da responsabilização civil ambiental, pode ser inviável pela impossibilidade de retorno ao estado anterior do ecossistema. Desta feita, busca-se a opção da Compensação Ecológica, que como o próprio nome diz, compensa-se o ambiente degradado por outro equivalente, em local distinto de onde ocorreu o dano, chamando ao processo o Princípio da Proporcionalidade, uma vez que a restauração *in natura*, além de inviável, pode apresentar custo desproporcional diante da vantagem a ser obtida.

A indenização é reconhecida como ação subsidiária à reparação do dano ambiental material (do ecossistema em si), uma vez que é impossível aplicar valores pecuniários à natureza. Assim esclarece Steigleder:

Os bens ambientais ostentam valores de existência, para além da possibilidade de uso, direto ou indireto, o que justifica, como primeira alternativa, a *restauração in situ*, com vistas à reabilitação do ecossistema lesado e dos serviços ecológicos que eram prestados. (STEIGLEDER, 2017, p.237)

A impossibilidade de se aplicar valores monetários aos ecossistemas vem da distinção entre a natureza do dano ambiental e a natureza do dano comum, sendo que o primeiro extrapola a realidade patrimonial avançando para valores humanos e de existência, que não podem ser desconsiderados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, a Responsabilidade Civil Ambiental percorreu longo caminho na doutrina até se firmar como o tipo de responsabilidade que não admite excludentes, isto pela dificuldade encontrada ao longo de anos em responsabilizar os agentes causadores dos danos ambientais, baseando-se na prova da culpa. Tornou-se, então, responsabilidade civil objetiva.

A mudança trouxe avanços para as questões ambientais e determinou novas diretrizes para que empresas com atividades poluidoras ou propensas a gerar danos ambientais passassem a ser previamente preparadas para enfrentá-los. Instrumentos preventivos, como os estudos e relatórios de impacto ambiental para aquisição das licenças ambientais, preparo técnico e

tecnológico, são imprescindíveis nesta nova era.

É certo que, ainda assim, a responsabilização e a consequente reparação do dano não sejam tão simples de serem alcançados. A máquina legislativa no Brasil trabalha incansável para acompanhar o movimento ambiental, e o Ministério Público em fazer cumprir as leis. Todavia, a necessidade de políticas públicas eficazes e maior autonomia dos órgãos ambientais para executar e fiscalizar as atividades empresariais com potencial poluidor são de grande importância e merecem ganhar força.

Assim, chegando ao fim do presente estudo, pode-se concluir que a Responsabilidade Civil Ambiental é acertadamente enquadrada na modalidade objetiva, seja pela relevância da matéria, seja por sua abrangência existencial. Os danos ambientais extrapolam a área por eles atingida e afetam as vidas das gerações presentes e futuras.

5 REFERÊNCIAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*, São Paulo: Saraiva, 2000.

BEDRAN, Karina Marcos; MAYER, Elizabeth. A responsabilidade civil por danos ambientais no direito brasileiro e comparado: teoria do risco criado versus teoria do risco integral. *Revista Veredas do Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte*, n.19, p.45-88, janeiro-junho de 2013. Disponível em: v. 10 n. 19 (2013): *Veredas Do Direito*

BRASIL. (Constituição [1988]). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. *Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil Brasileiro de 1916. Brasília, DF: Planalto, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 14 ago.2020.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil Brasileiro de 2002. Brasília, DF:Planalto,[2002]. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

BRASIL. *Lei 6.938, 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.Brásilia, DF: Planalto, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

LEIS/L6938.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Lei%2C%20com%20fundamento%20no%20art. Acesso em 12 ago. 2020.

BRASIL. *Lei 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm. Acesso: 13 ago. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASSON, Cleber. *Direitos Difusos e Coletivos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019. v. 2.

ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil – A Reparação e a Pena Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Direito Ambiental*. Doutrina e Casos Práticos. Elsevier: FGV: Rio de Janeiro, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2019.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental – As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRIBUTÁRIO

Caio Frederico Silva Rocha

Pós-graduando em Direito Público, Graduado em Direito e Extensão em Iniciação à docência pelo Centro Universitário Newton Paiva; Pós-graduando em Docência com ênfase no Ensino Superior. Advogado.

RESUMO: Este estudo baseou-se na análise da problemática dos projetos de Reforma Tributária, mais precisamente daqueles que visam alteração por meio de Propostas de Emenda à Constituição. Como ponto de partida, percorremos os princípios inerentes da matéria tributária, como por exemplo, a legalidade, isonomia dentre outros. Salienta-se que tais princípios são primordiais para a compreensão e bom funcionamento do aparato tributário. A preocupação com a manutenção da Forma Federativa de Estado não pode ser ignorada e sua proteção deve ser considerada à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. Na esfera conclusiva, sobejou verificada a inconstitucionalidade da alteração do Código Tributário Nacional através de Emendas à Constituição. Em contrapartida, como solução plausível, restou a hipótese de alteração infraconstitucional das normas tributárias.

Palavras-chave: reforma, isonomia, tributos, legalidade.

1 INTRODUÇÃO

O direito tributário brasileiro efetivamente enfrenta caminhos sinuosos em função dos enormes conflitos causados pelas diversas legislações que, de forma falha, tentam regulamentar as relações entre contribuintes. Além disso, soma-se o momento político que o país vive e a grande pressão para aprovação de medidas para ressuscitação da economia, dentre elas as famosas e polêmicas reformas.

Recentemente, devido à aprovação da Reforma Trabalhista, entrou em foco a Reforma Tributária, guiada, principalmente, pela simplificação dos impostos buscando a facilitação de sua cobrança, assim como uma segurança jurídica maior. O entendimento deste conteúdo percorre a principiologia, ao passo que os princípios são o supedâneo para a operação da hermenêutica como pressuposto de aplicação dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna.

O direito tributário está intimamente ligado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988. Por óbvio, como bem representado pela ilustre pirâmide de Kelsen, todas as normas infraconstitucionais devem respeito à Constituição Federal, não à toa conhecida como Lei Maior. Mas, aqui tratamos de normas explicitamente constantes no texto constitucional, ou seja, as diretrizes do direito tributário estão previstas em artigos como o 145, 150 dentre outros da própria Constituição. Por esse motivo, devido a esta relação estreita e os consequentes limites aos poderes de tributar, merece cuidado ao analisar propostas que, direta ou indiretamente, atingem disposições que não condescendem alterações, sequer através de Emendas.

O ordenamento jurídico pátrio visa a tutela dos mais variados bens jurídicos nas diversas searas do direito. Dessa maneira, a questão tributária nos possibilita discutir, diante do caso concreto, acerca da viabilidade das Emendas Constitucionais propostas e sua necessidade para a reorganização da economia frente a constitucionalidade de tal medida. A obscuridade observada nessa pauta está no fato desta matéria permear não só o Direito Tributário em si, mas também a Constituição de 1.988 e o bem-estar social garantido pela mesma quando assegura, por exemplo, a dignidade humana.

Faz-se necessário uma breve abordagem a respeito dos princípios constitucionais e sua imensurável importância para a atividade judicante. Como o próprio nome reflete, esse instituto representa o início, o ponto de partida pelo qual o aplicador do direito deve se basear quando se apresentar diante de um caso concreto.

Por princípios, considerando o cenário pós-positivista vivenciado na

idade contemporânea, entende-se a segurança norteadora para uma decisão mais acertada, ou seja, funcionam como um limite ao abuso de poder e têm como objetivo alcançar um julgamento mais justo.

Logo, em contrassenso, da inobservância de tais preceitos insurge uma decisão inconstitucional, minada pela ausência de possibilidade de uma defesa objetiva por parte do contribuinte.

Certo é que, os princípios que trabalharemos a seguir são específicos da matéria abordada, qual seja, o direito tributário, embora muitas vezes, é possível averiguar a transitoriedade de determinados conceitos em mais de um ramo do direito.

O que busca se discutir, afinal, não são aqueles princípios tidos como gerais do direito e sim, os princípios estabelecidos na Constituição Federal, reconhecidos, conseqüentemente, como princípios constitucionais.

A respeito desta distinção, vale os dizeres de Alexandre de Freitas Câmara:

É preciso antes de tudo deixar claro que não coincidem exatamente os conceitos de princípios gerais de direito e de princípios constitucionais. Basta ver o seguinte: estabelece o art 126 do CPC que, diante de uma lacuna da lei, deverá o juiz se valer da analogia, não havendo norma que possa ser aplicada analogicamente, o julgador se valerá dos costumes e, por fim, não havendo costume que se aplique ao caso, será a decisão baseada nos princípios gerais do Direito. Ora, a se aceitar a ideia de que esse princípios gerais são os princípios constitucionais, ter-se-ia de admitir que os princípios constitucionais são aplicados em último lugar, depois da lei e das demais fontes de integração das lacunas. Isto, porém, não corresponde à verdade. Os princípios constitucionais devem ser aplicados em primeiro lugar (e não em último), o que decorre da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas. Entende-se por princípios gerais de direito aquelas regras que, embora não se encontrem escritas, encontram-se presentes em todo o sistema, informando-o. É o caso da velha parêmia segundo a qual “o direito não socorrem os que dormem”. (CÂMARA, 2007, p.20)

1.1 Legalidade

O princípio da legalidade é objeto central da ciência do Direito, carregado pela herança positivista vivida outrora, posto que é aplicado a todos os seus ramos. No direito tributário não há de ser diferente. A título de lembrança, vejamos o que a Constituição disciplina a esse respeito.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Além disso, vejamos o disposto no art. 150 do mesmo diploma legal.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

- exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Através desta disposição, conclui-se que a legalidade no direito tributário tem o condão de garantir ao contribuinte que um tributo somente será cobrado se criado por lei e que deve ser o mais claro possível, estabelecendo a hipótese de incidência e os sujeitos da relação. Da mesma forma, para aqueles tributos que já existem, somente através da lei poderão ser majorados.

Dessa maneira, estabelecido um limite ao poder de tributar, todos aqueles casos que não respeitem o princípio da legalidade serão considerados inconstitucionais, pois serão revestidos pelo abuso do poder ou discricionariedade da administração.

Com o intuito de tornar ainda mais fluida a explanação, segue decisão do Recurso Extraordinário 704.292 do Paraná:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos”.

1.1.1 Exceções ao Princípio da Legalidade

Imperativo discorrer sobre as principais exceções apresentadas ao princípio da legalidade, são elas:

- art. 153, §1.º, CFRB/1.988, que traz a possibilidade do Poder Executivo proceder alterações nas alíquotas do Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto sobre Produtos Industriais, assim como ao Imposto sobre Operações Financeiras devido à importância que tais tributos denotam posto que são considerados reguladores de mercado. Consequentemente, requerem uma dinâmica maior que os demais tributos;

art. 177, §4.º, CFRB/1.988, que traz a possibilidade do Poder Executivo minorar ou estabelecer a contribuição de intervenção e domínio econômico, denominada CIDE, nos casos de comercialização do petróleo, gás, álcool e seus derivados, respectivamente.

art. 97, §2.º do Código Tributário Nacional, que estabelece não constituir a majoração de um tributo a simples atualização monetária da base de cálculo.

1.2 Isonomia

O princípio da isonomia encontra-se no art. 150, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 e estabelece a proibição da União, Estados, Municípios e Distrito Federal instituírem tratamento desigual entre contribuintes de mesma situação.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II- instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Para exemplificar esse instituto, basta observar as alíquotas do Imposto de Renda ou do Imposto Predial e Territorial Urbano, as quais sofrem modificações de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte.

1.2.1 Exceções ao Princípio da Isonomia

Assim como visto no tópico anterior, esse princípio também suporta exceção, qual seja, a Lei Complementar 123/2006 (Simples Nacional) que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

1.3 Irretroatividade

O princípio da Irretroatividade disciplina que a lei nova não se aplicará a fatos anteriores, ou seja, o tributo criado se aplicará somente aos fatos ocorridos posteriormente à sua criação (art. 150, III, CRFB/88).

Para reforçar a disposição constitucional, o artigo 105 do Código Tributário Nacional dispõe que a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV- cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

Observa-se que o lançamento deverá ser feito respeitando a lei da data de ocorrência do Fato Gerador, ou seja, se o fato foi praticado em 2017, por exemplo, ainda que haja outra lei no ano de 2019, a legislação a ser aplicada é a da época do fato gerador, qual seja, 2017 (vide art. 144, CTN).

1.3.1 Exceções ao Princípio da Irretroatividade

É imprescindível atentar-se às exceções da irretroatividade, dispostas no artigo 106 do Código Tributário Nacional, leia-se:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I- em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II- tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Portanto, os casos expostos acima, permitirão a retroatividade da legislação tributária como exceção à regra do artigo 150, inciso III, alínea *a*.

1.4 Anterioridade e Noventena

Partindo para a análise dos últimos princípios abordados neste estudo, apresentam-se a anterioridade e noventena. Por anterioridade, entende-se que o tributo criado ou majorado somente poderá ser cobrado no exercício financeiro seguinte. Enquanto que, por noventena, compreende-se que o tributo criado ou majorado não poderá ser cobrado antes de noventa dias de sua publicação.

Tal matéria está disposta no artigo 150, inciso III, alíneas *b* e *c*, respectivamente:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

Antes de adentrar às exceções deste princípio, vale ressaltar que segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Súmula 669), a “mera” alteração da data de vencimento de determinada obrigação tributária não necessita observar a anterioridade prescrita na CFRB/88.

1.4.1 Exceções aos Princípios da Anterioridade e Noventena

Finalmente, no tocante às exceções, há de se considerar os impostos de importação e exportação, bem como todos aqueles determinados como extrafiscais que, em decorrência de sua natureza, necessitam de alterações dinâmicas para atender às demandas do mercado.

2 PROJETOS DE REFORMA TRIBUTÁRIA

2.1 PEC 45/2019 da Câmara dos Deputados

A Proposta de Emenda Constitucional número 45 de 2019 apresenta como foco a conversão de cinco tributos em um só, quais sejam, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) no denominado Imposto sobre Bens e Serviços (IBS).

Frise-se que a alteração engloba tributos da esfera Municipal, Estadual e Federal, ou seja, trata-se de uma modificação extremamente delicada no sistema tributário brasileiro e que necessitará de um esforço mútuo entre os entes federativos. Caso contrário, tal tentativa torna-se, potencialmente, um estopim que culminará na mais grave guerra fiscal existente dentro do Brasil, o que é de causar medo, considerando

que há anos, o país ostenta um vasto histórico de litígios na seara tributária.

A transformação dos impostos (IPI; ICMS; ISS; CONFINS e PIS) no denominado IBS (Imposto sobre Bens e Serviços) segue a linha adotada, principalmente, na Europa, de uma cobrança fiscal direcionada ao valor agregado (IVA), ou seja, a tributação é feita no local de destino daquele determinado bem ou serviço e é calculada sob a soma total de suas alíquotas. Entretanto, como o próprio projeto de emenda menciona, tal alteração acarretará uma enorme mudança na forma de cobrança dos tributos da União, Estados e Municípios, motivo pelo qual, se torna imprescindível uma tática de transição do modelo atual para o almejado pela PEC. Certo é que, a princípio, o escopo é tornar mais simples o sistema tributário brasileiro, adequando-o, inclusive, aos demais países da América do Sul.

Um tópico a se observar com mais enfoque é a proposição de substituição da forma como as receitas dos impostos a serem substituídos são distribuídas atualmente, por um modelo mais transparente e flexível, valorizando os princípios da simplicidade, neutralidade, equidade e transparência. O ponto a ser discutido é: qual modelo é esse? Quais as suas implicações no que se refere ao Pacto Federativo?

O projeto de emenda à Constituição 45/2019 da Câmara dos Deputados é incisivo ao tratar do modelo tributário utilizado atualmente. Tece críticas, principalmente, no tocante à enorme complexidade e impossibilidade de unificação dos tributos cobrados, que apresentam como resultado batalhas fiscais entre Estados, atrasos no crescimento do país, além de impossibilitar, ao certo, o conhecimento da população de quais impostos elas pagam e os seus motivos. Além disso, se destacado apenas o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), precipuamente no Estado de Minas Gerais, entende-se pela variação da famosa Lei Kandir, representada pela Lei Complementar número 87/1.996, bem como do Regulamento do ICMS (RICMS) evidenciado pelo Decreto número 43.080/2002.

Portanto, em breve análise acerca da PEC n. 45/19, observada apenas sob o prisma do Estado de Minas Gerais, é possível prever a enorme quebra do paradigma que tal medida representará caso seja aprovada e posta em vigor.

Ainda, a título de curiosidade, a proposta oferece a criação de um imposto federal seletivo destinado especificamente à desestimulação do consumo de produtos nocivos à saúde, como por exemplo, as bebidas alcoólicas e os cigarros.

Por sua vez, como solução viável para todas essas críticas, o projeto de emenda propõe, amparado pelo estudo do Centro de Cidadania Fiscal, a aproximação dos tributos já apresentados neste trabalho em apenas um, o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). Sabendo da dificuldade para alterar o

paradigma atual e, inclusive, tendo ciência da cláusula pétrea acerca do Pacto Federativo, a PEC busca superar estes obstáculos com as seguintes alternativas:

- I) Substituição dos cinco tributos atuais sobre bens e serviços por um único imposto, mas preservação da autonomia dos entes federativos através da possibilidade de fixação das alíquotas e da atuação coordenada na cobrança, fiscalização e arrecadação do imposto;
- II) Transição para que as empresas possam se adaptar ao novo regime e não tenham seus investimentos atuais prejudicados;
- III) Transição para que os entes federativos ajustem num horizonte de longo prazo os efeitos da migração para um modelo de cobrança no destino; e
- IV) Redução da rigidez orçamentária, através da substituição das atuais vinculações e partilhas por um sistema baseado em alíquotas singulares do imposto (cuja soma corresponde à alíquota total), gerenciáveis individualmente.

Ou seja, percebe-se uma certa preocupação com a constitucionalidade do projeto, ao passo que o legislador expõe a necessidade de soluções para as barreiras impostas a este tipo de alteração no texto constitucional. Ao mesmo tempo, apresenta eventuais soluções para estas limitações, sugerindo a unificação dos impostos e preservação da autonomia dos entes federativos, de sua competência tributária e, conseqüentemente, a proteção do Pacto Federativo.

Considerando o foco deste trabalho, qual seja, a constitucionalidade da reforma tributária proposta pela Câmara dos Deputados através da PEC 45/2019 no que se refere à interferência (ou não) no Pacto Federativo, restringe-se a análise do projeto de emenda aos pontos diretamente ligados ao tema acima. Por esse motivo, mister ressaltar a “manobra” efetuada para preservar a autonomia da União, Estados e Municípios quando da implementação do modelo novo de tributação baseado no IVA. A ideia de simplificação dos impostos é bastante presente no corpo do texto da PEC e, paralelamente, trata-se da questão da competência tributária dos entes federativos assegurada pelo fato de que União, Estados, Municípios e Distrito Federal terão liberdade para definir as alíquotas a serem cobradas em seus territórios, lembrando que a base de cálculo será uniforme, nos termos do projeto de emenda.

Cumprir dizer que a PEC 45/2019 institui um Comitê Gestor Nacional que será responsável, dentre outras atribuições, pelo repasse do valor arrecadado

através do IBS para a União, os Estados, Municípios e Distrito Federal. Para trazer à tona a preocupação com o respeito ao Pacto Federativo, este Comitê será composto por representantes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, apresentando um certo entrosamento entre os entes. Além disso, no que toca à fiscalização acerca do IBS, esta seria realizada em um esforço conjunto pelos fiscos das três esferas do governo.

Retornando ao tópico dos meios de transição do modelo atual para o desejado na proposta, tem-se que o redirecionamento das receitas dos impostos para os locais a que os bens ou serviços serão destinados, causará grande repercussão financeira para os Estados e Municípios. A fim de reduzir o desfalque orçamentário dos entes federativos envolvidos, a PEC apresenta como plano de passagem a diluição a longo prazo do choque gerado pela mudança. Observa-se que, para o pleno funcionamento do plano escolhido, é imprescindível o fato de que as receitas oriundas do IBS serão centralizadas, ou seja, primeiro há o recolhimento dos valores pela União que, só então, repassaria para os Estados, Distrito Federal e Municípios. Fato que, apesar de todos os argumentos apresentados a favor do Pacto Federativo, causa certa estranheza.

No tocante ao processo de aprovação, vale dizer que a proposta já passou pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e foi encaminhada a uma comissão especial composta por deputados. Após esta fase, a proposta será destinada ao Plenário da Câmara, local pelo qual deverá ser aprovada em dois turnos e, posteriormente, enviada ao Senado Federal.

2.2 PEC 110/2019 do Senado Federal

Por outro lado, a Proposta de Emenda à Constituição número 110 de 2019 do Senado Federal é ainda mais abrangente. É verdade que o cerne da questão é simplificar o sistema tributário. Contudo, dessemelhançadamente ao caso anterior, são nove os impostos a serem substituídos. Além do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), agrega-se o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor (PASEP), o Salário-Educação e a Cide-Combustíveis.

Outras novidades trazidas pela PEC do Senado são a extinção da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), que será incluído pelo Imposto de Renda com suas novas alíquotas, a transferência da competência do Imposto de Transmissão Causa *Mortis* e Doação dos Estados e Distrito Federal para a União,

com a observância de que a receita arrecadada será repassada aos Municípios e, finalmente, a alteração no Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores que passará a incorporar aeronaves, bem como embarcações, com exclusão de veículos de transporte público e reservados à pesca.

Como resultado, a criação de dois impostos alinhados à proposta anterior, ou seja, surgiria o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e o imposto com característica seletiva, para bens e serviços de natureza específica, como por exemplo, combustíveis e seus derivados, cigarros dentre outros.

Cabe exceção ao passo que as alíquotas poderão ser alteradas, desde que para bens ou serviços previamente delimitados. Um ponto de debate versa sobre a possibilidade de concessão de benefício fiscal no tocante a operações específicas, como de medicamentos e transporte público, por exemplo.

Em contrapartida, no projeto do Senado, a competência tributária do Imposto sobre Bens e Serviços é Federal e as alíquotas serão fixadas por lei complementar federal. Quando trata da definição do valor da alíquota, a complexidade é maior. Segundo a PEC 110/2019 cada ente federativo determinará uma parte da alíquota do IBS, seja por meio de lei federal, estadual ou municipal. Posteriormente a essa definição, a fim de encontrar a alíquota final, soma-se cada parcela definida pelos entes e aplica-se o resultado final em todos os bens e serviços.

O propósito desta PEC é, obviamente, tornar mais simples o sistema tributário nacional, viabilizando o maior e melhor crescimento industrial e da economia como um todo. O legislador se apoia no fato de o texto deste projeto já ter sido aprovado por Comissão Especial da Câmara dos Deputados, assim como pelas inúmeras vezes que a proposta fora discutida, seja em palestras ou reuniões técnicas. Entretanto, de forma diversa ao projeto proposto pela Câmara, vislumbra uma necessidade urgente de alteração das normas tributárias com a perspectiva de resultado em um curto espaço de tempo.

Na teoria, isso se deve ao fato de que haveria uma reestruturação total do sistema tributário nacional através da simplificação e unificação de impostos, apresentando uma melhor distribuição do ônus perante a sociedade, ou seja, ostentaria maior carga tributária aos mais ricos, ao passo que reduziria os impactos sobre os mais pobres.

A título de curiosidade, o próprio legislador compara (guardadas as devidas proporções) os impactos das mudanças decorrentes da PEC 110/2019 do Senado com aquelas vividas quando da implantação do Plano Real, senão vejamos:

“As mudanças visam a uma “reengenharia” do sistema tributário, com impacto semelhante ou até maior do que o ocorrido com o Plano Real (1994)”.

Como já bem explicado anteriormente, neste projeto, serão extintos 09 (nove) tributos (IPI; IOF; PIS/Pasep; Confin; Salário-Educação; Cide Combustíveis, ICMS e ISS) para a implantação do imposto sobre o valor agregado de competência dos Estados (IBS – Imposto sobre Operações com Bens e Serviços) e do imposto sobre bens e serviços específicos (Imposto Seletivo) de competência da União. Novamente, nos moldes da proposta apresentada pela Câmara, o desenvolvimento/funcionamento do novo sistema tributário se baseia naqueles utilizados, principalmente, na Europa. Cumpre ressaltar que, de acordo com este modelo, os medicamentos e alimentos não seriam tributados.

Outra diferença entre as PEC's surge quando aquela apresentada pelo Senado sugere a criação de uma Associação dos Fiscos Estaduais para a administração da arrecadação do IBS. Apesar da ideia de colaboração entre os entes federativos permanecer influente, aqui, não seria composto um grupo com integrantes dos três níveis de governo mas, sim, apenas dos órgãos estaduais para tratar das questões relativas ao novo imposto de suas competências. Contudo, quando se trata do Imposto Seletivo, o projeto menciona quais os produtos (bens ou serviços) sofreriam a incidência desta nova categoria. Dentre eles, está o petróleo e seus derivados, os cigarros, a energia elétrica e os serviços de telecomunicações. Em atenção à segurança jurídica, o projeto dispõe que Lei Complementar estipulará quais os produtos e serviços estarão inclusos no Imposto Seletivo.

O ponto mais delicado da PEC 110/2019 do Senado Federal está na previsão de alteração das competências tributárias da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, posto que abre margem para a interferência no Pacto Federativo, cláusula pétreia que não admite alteração que vise sua relativização ou diminuição. Além de caminhar à beira da inconstitucionalidade (pelos fatos já mencionados), a alteração destas competências tem grandes chances de causar um enorme incômodo aos entes federativos que, em função da mudança, perderão receitas oriundas do modelo tributário adotado atualmente. Com vistas a diminuir estes impactos, o projeto prevê a criação de dois fundos com o intuito de amenizar/compensar eventuais diferenças da receita dos Estados e Municípios.

Outra vultosa alteração, diz respeito ao ITCMD (Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação) que passa a ser de competência Federal, porém, com a receita destinada aos Municípios). Outro fato que necessita de uma análise extremamente cuidadosa, pois torna a arrecadação do ITCMD centralizada na União que deverá, conforme disposto no projeto, realizar a transferência

do montante aos Municípios.

Imperioso frisar que existem diversos pontos contraditórios entre as propostas. Contudo, tendo em vista não ser o escopo deste trabalho realizar uma comparação entre as PEC's e sim, analisar o ponto central de cada uma à luz da Constituição Federal, prossigamos ao próximo tópico.

3 FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

Como sabido, o Brasil se organiza nas bases de um pacto federativo. Portanto, a Constituição estabelece uma estrutura firme e bem delimitada, fator essencial para o bom funcionamento do país como um todo, visto que é necessário um bom relacionamento entre os entes federados a fim de caminhar rumo ao desenvolvimento.

Sob o prisma do Direito Tributário, esta estrutura perpassa pela definição das competências tributárias, ou seja, o poder de cada ente federativo estabelecer normas e arrecadar os tributos destinados à sua subsistência enquanto órgão da sociedade.

O ordenamento jurídico público nacional, sistematizado através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, estabelece no artigo 60, parágrafo 4º a forma federativa de Estado como cláusula pétrea, isto é, uma norma que não poderá ser objeto de deliberação com o intuito de abolí-la ou até mesmo diminuí-la.

Desta maneira, no tópico ora em discussão, será discutido até qual ponto as propostas de Emenda à Constituição tendentes a reformar o sistema tributário atinge as cláusulas pétreas definidas pela Carta Magna, essencialmente, no tocante à forma federativa de Estado e à competência tributária.

Primeiramente, urge invocar como exemplo a Lei Kandir, já tratada nesse estudo no tópico - 3.1. PEC 45/2019 da Câmara dos Deputados. O motivo deste avocamento é relembrar o propósito da Lei Complementar número 87/1.996, qual seja, tratar do imposto dos Estados e Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, conhecido como ICMS, no Estado de Minas Gerais.

Posteriormente, há de ser lembrado um dos tópicos das propostas de emenda à Constituição lançado, tanto pela Câmara (PEC 45/2019), quanto pelo Senado (PEC 110/2019), qual seja a substituição do ICMS pelo IBS (Imposto sobre Bens e Serviços).

Do confronto de tais observações é natural suscitar a legalidade das PEC's em relação à extinção do ICMS, atualmente de competência dos Estados e a gênese de um novo tributo (IBS) de competência da União.

Ora, se a intenção da forma federativa de Estado, em conjunto com a determinação das competências tributárias, é fomentar a independência, e mais, a autonomia dos seus entes (União, Estados e Distrito Federal e Município) e a proposta acima colacionada vai de encontro com esse ideal, considerando a extinção do ICMS e a transferência da competência tributária do Estado para a União, estamos diante de um flagrante desrespeito à cláusula pétrea estabelecida pela Lei Maior.

Indubitavelmente, este conflito gerado pela oposição das propostas de emenda à Constituição com a própria Constituição, será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal desejando a solução do imbróglio e, conseqüentemente, o término da novela da reforma tributária.

4. REFORMA INFRACONSTITUCIONAL

Por todo o exposto e, relembando o motivo central da discussão deste trabalho, qual seja, a constitucionalidade da reforma tributária, mais especificamente daquelas apresentadas pela Câmara dos Deputados (PEC 45/2019) e Senado Federal (PEC 110/2019), exprime-se a necessidade de desintrincar o sistema tributário nacional sob a pretensão de atingir a almejada segurança jurídica aos contribuintes.

Nesse diapasão, apresenta-se como alternativa a reforma tributária infraconstitucional. Através dela, cada ente federativo desenvolveria projetos de remodelação dos tributos que lhes compete, sempre tentando pela descomplicação e clareza das disposições acerca de cada tributo.

A título de exemplo, retomemos o famigerado Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS). Observe-se que, no corpo das propostas de emenda apresentadas, o ICMS deixaria de existir e passaria a compor o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), motivo pelo qual engendrou uma grande discussão a respeito da constitucionalidade do dispositivo. Avocando ao ideal de uma reforma infraconstitucional, inicialmente, o ICMS continuaria existindo, bem como sua competência permaneceria com os Estados, o que por si só, já superaria a discussão acerca de eventual inconstitucionalidade. Contudo, o propósito da reforma vai além e busca a simplificação e segurança jurídica no campo tributário. Isto posto, a reorganização do sistema tributário por parte dos Estados, no caso do ICMS, por exemplo, permitiria o alcance da pretensão das propostas de emenda, sem, todavia, beirar a inconstitucionalidade.

Nesse segmento, tanto os Municípios quanto a União, seriam responsáveis por realizar a renovação nas legislações dos tributos que lhes competem, com vistas à harmonia entre os entes e a clareza a respeito da ciência tributária.

5 CONCLUSÃO

O estudo em questão respaldou-se no exame da constitucionalidade dos projetos de reforma tributária apresentados pela Câmara dos Deputados, assim como pelo Senado Federal. Transitou pelos princípios intrínsecos do Direito Tributário, além de perpassar pela questão referente à Forma Federativa de Estado. Em sede decisiva, restou constatada a inconstitucionalidade das propostas de emenda à Constituição em função da agressão direta à Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 no que tange à pretensão de alteração de cláusula pétrea constante no artigo 60, §4.º, inciso I.

Apontou como solução a reforma tributária infraconstitucional, por meio da qual, cada ente federado é responsável por trazer novos moldes aos tributos - de suas competências - já existentes, visando a simplificação da cobrança, a facilitação da interpretação das normas tributárias, assim como a harmonização das legislações deste ramo do Direito.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 16ª Edição. 2007. V. I, p. 20 e 33.

Código Tributário Nacional – arts. 105, 116 e 144 - ; Vade Mecum Saraiva OAB e Concursos / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. - 11. ed. atual. E ampl. - São Paulo : Saraiva, 2017.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 – arts. 150, I, II, III, *a, b e c*, 145, 153, §1.º, 177, §4.º e 97, §2.º; Vade Mecum Saraiva OAB e Concursos / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. - 11. ed. atual. E ampl. - São Paulo : Saraiva, 2017.

Senado Notícias – disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/30/comissao-mista-da-reforma-tributaria-se-reune-nesta-sexta-feira>> - Acesso em: 17 de agosto de 2020.

Siga o Fisco – disponível em: <<https://sigaofisco.com.br/reforma-tributaria-proposta-do-governo-cria-a-cbs/>> - Acesso em: 17 de agosto de 2020.

Lei Complementar 123/2006 (Simples Nacional) – disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm > - Acesso em: 19 de novembro de 2019.

Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário 704.292 - disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13277777>>- Acesso em: 18 de novembro de 2019.

Supremo Tribunal Federal – Súmula 669 – disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1519>> Acesso em: 19 de novembro de 2019.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Iara Elias da Silva

Bacharela em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – Faculdade de Ciências Jurídicas de Itabirito, MG. Pós-graduada em Direito Processual Civil. Pós-graduanda em Direito Público. Pós-graduanda em Direito do Trabalho.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto denominado judicialização da saúde, bem como os seus impactos nos direitos fundamentais do homem, previstos na Constituição Federal de 1988. O estudo evidenciará as dificuldades relacionadas à efetivação do direito à saúde, que motivam e tornam crescente o fenômeno da judicialização. A relevância deste estudo se traduz no aumento considerável das demandas judiciais afetas à saúde, na necessidade de concretização desse direito fundamental e nos impactos econômicos sofridos pela Administração Pública.

Palavras-chave: Saúde. Direito Fundamental. Constituição. Judicialização. Judiciário.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde ganhou espaço no Brasil, sobretudo nas últimas décadas, em razão do aumento das ações judiciais relacionados à saúde, propostas por cidadãos, em desfavor do Estado, para fins de garantir o acesso a procedimentos cirúrgicos, medicamentos, exames, internações, vagas em leitos de UTI, dentre outros serviços.

A saúde é reconhecida, pela Constituição Federal de 1988 como um direito de todos e um dever do Estado, ressaltando-se que a sua garantia será efetivada “*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 a sua promoção, proteção e recuperação*” (Brasil, 1988, art. 196).

Todavia, o cenário brasileiro atual é marcado por uma crise do sistema público de saúde, uma vez que, embora seja reconhecida a obrigação constitucional de promoção desse direito à população, o Estado, de forma cada vez mais intensa, se vê incapacitado de promover o acesso igualitário dos cidadãos a esses serviços.

Diante disso, uma considerável parcela da população recorre ao Poder Judiciário para fins de efetivar o direito fundamental à saúde, o que acarreta o aumento desmedido de demandas judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos, insumos, procedimentos cirúrgicos e outros serviços que, em tese, deveriam ser garantidos pelo Estado de forma gratuita.

O enfoque deste trabalho é a questão do ativismo judicial que reflete na seara constitucional. Com a constitucionalização da saúde e os entendimentos firmados pelos Tribunais pátrios, aumentaram a conscientização dos cidadãos acerca da possibilidade de exigir do Estado a prestação desses serviços, reforçando a busca pelo Judiciário para a resolução dos conflitos dessa natureza.

No entanto, em que pese o Estado Juiz esteja se valendo de seu dever de garantidor da lei, assegurando o cumprimento e a efetivação de direitos fundamentais, uma grande parte da população não possui sequer acesso ao Judiciário, seja por ausência de recursos financeiros, seja por carência de informação, o que faz com que essa parcela fique à mercê das filas do Sistema Único de Saúde – SUS.

Serão, também, discutidos neste estudo os limites e a melhor forma de atuação dos juízes nas demandas judiciais de saúde, de forma a evidenciar as garantias e direitos fundamentais, mas sem desconsiderar os critérios orçamentários e administrativos adotados pelo Poder Executivo.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE

Ab initio, é necessário destacar que a saúde nem sempre recebeu proteção normativa e foi considerada um direito fundamental do homem. De fato, foi a Constituição Federal de 1988 que, após a sua promulgação, incluiu a saúde no rol de direitos sociais (art. 6º, *caput*, da CF/88).

Nas Constituições brasileiras anteriores à Carta Magna de 1988 a saúde pública era garantida apenas àqueles trabalhadores que contribuía com a Previdência Social, ficando os demais cidadãos atrelados à iniciativa privada.

Em 1824 vigorava a Constituição Imperial¹, que garantia aos indivíduos apenas os chamados “socorros públicos”, sem disciplinar, expressamente, o direito à saúde.

A seu turno, a Constituição de 1891 retirou a garantia dos socorros públicos e trouxe uma indireta proteção sanitária à população, ao dispor sobre a segurança individual (art. 72, CR/1891)².

A Constituição de 1934³, por sua vez, implementou normas programáticas e estabeleceu a competência concorrente entre a União e os Estados no que se referia à saúde e à assistência pública. Estabeleceu, outrossim, a assistência médica e sanitária aos trabalhadores e gestantes. Essa Constituição é considerada aquela que mais conferiu tratamento ao tema saúde antes da promulgação da Carta Magna de 1988.

Posteriormente, a Constituição de 1946⁴ estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre a saúde e garantiu às pessoas, pela primeira vez, o direito à vida.

Em 1967, a Constituição da República manteve a competência privativa da União para legislar sobre a saúde e garantiu aos trabalhadores e as suas famílias a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (art. 158, XV, CR/1967)⁵.

1 BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

2 BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 10/08/2020.

3 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

4 BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

5 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/08/2020.

Porém, conforme mencionado anteriormente, foi a Constituição Federal de 1988⁶ que, em seu artigo 6º, *caput*, implementou a saúde no rol de direitos sociais. Ademais, a Constituição de 1988 trouxe a saúde como pressuposto indispensável para a manutenção da vida, direito fundamental previsto no artigo 5º, *caput*.

2 A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL DO HOMEM E A RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERADOS

Destaque-se que a Constituição Federal de 1988, lei maior que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro, assegura a todos os indivíduos os direitos à vida e à saúde, que se constituem como garantias fundamentais, imperativas e autoaplicáveis, cuja competência é atribuída a todos os entes federativos.

O artigo 5º, *caput*, da referida Constituição, garante a todos os indivíduos a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A Lei maior traz, ainda, em seu artigo 6º, a saúde como um direito social, resultante do princípio da dignidade humana, que é considerado o fundamento do sistema jurídico atual.

Por sua vez, o artigo 196 da CF/1988 estabelece que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, e deve ser garantida por meio de políticas sociais e econômicas que objetivem a redução do risco de doenças ou outros agravos, assim como o acesso universal e igualitário às ações e seus serviços de promoção, proteção e recuperação.

Feitas tais ponderações, é possível extrair que a saúde é um direito fundamental, social, indisponível, inerente à dignidade da pessoa humana e garantido a todo cidadão, sendo de responsabilidade do Estado a execução das políticas econômicas e sociais que visam a efetivação do acesso universal e igualitário.

A saúde relaciona-se diretamente com a vida, sendo que a carta Magna, ao dispor sobre aquele direito fundamental, observou princípios e diretrizes, como, por exemplo, a universalidade do acesso e a igualdade às ações e serviços de saúde (artigo 196, *caput*, da CF/88).

6 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/08/2020.

O doutrinador Bernardo Gonçalves Fernandes⁷ afirma que “*é indiscutível que o direito à saúde relaciona-se de forma direta com o direito à vida. Todavia, não é nada fácil, nem simples, desenvolver um conceito jurídico do que seja saúde*”.

A Organização Mundial da Saúde – OMS, por sua vez, conceitua a saúde como “*um estado completo de bem-estar físico e mental do ser humano, e não apenas a ausência de enfermidade*”⁸

Extraí-se desse conceito que a saúde abarca tanto as ações preventivas e de promoção executadas por programas sociais e educacionais, quanto o atendimento ambulatorial e, também, os procedimentos cirúrgicos de média e alta complexidade.

Dessa forma, por ser a saúde um direito fundamental, com o seu mínimo existencial ressaltado pela Constituição Federal, criou-se o Sistema Único de Saúde – SUS, considerado um dos maiores sistemas de saúde do mundo, cujo modelo é seguido por muitos países.

O Sistema Único de Saúde foi implementado com vistas a possibilitar ao Estado a execução das ações relativas ao atendimento da saúde à população, em consonância com o conceito estabelecido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), de forma a assegurar desde o simples atendimento ambulatorial e o fornecimento de medicamentos, até as cirurgias mais complexas, como os transplantes de órgãos, e garantir o acesso integral, universal e gratuito a todos os cidadãos.

De acordo com as disposições do SUS, as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, formando um sistema único, organizado de forma descentralizada entre os entes federativos, consoante disciplinado no art. 198 da Constituição Federal, mas que é instrumentalizado pelos Poderes Executivo e Legislativo, por meio da implementação de políticas públicas.

Pela leitura dos artigos 6º e 196 da CF/88, afere-se que os entes federativos – União, Estados e Municípios – possuem competência material comum, razão pela qual compete a eles a proteção da saúde de toda a população e a promoção das medidas necessárias para a efetivação desse direito social/fundamental.

7 FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. Curso de Direito Constitucional – 6ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014. Pg. 594.

8 OMS, *Constituição da Organização Mundial de Saúde*, disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 20/09/2020.

De fato, é inquestionável a responsabilidade dos entes federados, extraída do próprio texto constitucional, de assegurar o direito e o acesso à saúde a todas as pessoas. Essa obrigatoriedade é reforçada pela regra contida no artigo 198 da Constituição Federal, a qual estabelece que o SUS será financiado “com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Entretanto, as dificuldades enfrentadas pelos entes federados acabam por inviabilizar a operacionalização das políticas públicas de saúde e privilegiar o acesso de poucos cidadãos aos serviços, fazendo com que o Estado descumpra um outro direito constitucional, disposto no artigo 5º da Constituição Federal, qual seja, o da igualdade.

Deve-se pontuar, no contexto, que a concretização do direito à saúde é, ainda, um grande desafio no Brasil, porquanto a escassez de recursos, a má ingerência administrativa, a corrupção e outros fatores põem em colapso o sistema público, resultando em um serviço deficiente e precário.

É nesse cenário que surge o fenômeno denominado “judicialização da saúde”, compreendido como a intervenção do Poder Judiciário para fins de concretizar e efetivar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.

Ressalte-se que, se por um lado compete à autoridade julgadora garantir o direito do usuário que recorre ao Poder Judiciário, por outro o magistrado não pode deixar de observar que essa prestação jurisdicional não pode prejudicar outros cidadãos que, por diversas razões, não têm acesso à justiça.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É sabido que, em um Estado democrático de direito, compete ao Poder Judiciário interpretar a Constituição Federal para assegurar e resguardar a observância ao ordenamento jurídico. Nessa esteira, os Juízes devem interpretar as normas e ponderar os direitos e princípios constitucionais, quando houver conflito entre estes, proferindo, sempre que possível, decisões razoáveis e proporcionais.

Com o crescimento da judicialização da saúde, ao analisar demandas que versam sobre a implementação e a execução de políticas públicas, os órgãos julgadores constantemente se deparam com dificuldades quanto aos limites de atuação do Poder Judiciário e o sopesamento entre os direitos fundamentais, humanos, as garantias sociais, as questões orçamentárias da Administração Pública e, também, o princípio da separação dos poderes.

Essas controvérsias dão ensejo a discussões mais aprofundadas, sobretudo

no que diz respeito ao ativismo judicial – ativismo do Poder Judiciário – tema de grande relevância no Brasil atual e que se relaciona à atribuição de proatividade e à atuação da justiça, de maneira a expandir a aplicação da lei.

Nesse aspecto, é mister pontuar que os direitos sociais possuem um destaque considerável no cenário brasileiro. O Brasil é um país em desenvolvimento, onde se observa um crescimento das desigualdades sociais, assim como da violência, da pobreza e, por outro lado, um atraso no progresso da saúde e da educação, fatores que contribuíram para a promulgação de uma Constituição Federal baseada em direitos sociais e fundamentais, visando a busca da redução dessas desigualdades e déficits.

Entretanto, para a efetivação desses direitos, não basta, apenas, um compilado de normas e princípios. São necessários recursos financeiros que, infelizmente, são limitados. A limitação de recursos financeiros no Brasil é agravada, outrossim, pela crise econômica, política e social vivenciada.

É nesse aspecto que se impõe a atuação do Estado Juiz, como garantidor do cumprimento da lei, sobretudo das normas constitucionais. Relativamente à efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, esta será realizada por meio de um controle judicial dos atos e omissões da Administração Pública.

Luiz Roberto Barroso⁹ ressalta os principais motivos da judicialização da saúde no Brasil, dentre eles a redemocratização do país, materializada pela CF/88, e que trouxe uma série de direitos fundamentais, bem como evidenciou a cidadania, acarretando uma maior busca, dos cidadãos em proteger os seus direitos.

Na jurisprudência pátria atual prevalece o entendimento de que é inaceitável a justificativa de reserva do possível nos casos relacionados à assistência à saúde. Isso porque, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, não deve prevalecer a alegação de impossibilidade de prestação Estatal em razão de insuficiência financeira.

Sobre o princípio da reserva do possível, dissertou José dos Santos Carvalho Filho¹⁰, *in verbis*:

“a moderna doutrina denomina reserva do possível, para indicar que, por vários motivos, nem todas as metas governamentais

9 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 95.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1252.

podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros. Somente diante dos concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade. Por lógico, não se pode obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível. Em cada situação, todavia, poderá a Administração ser instada a demonstrar tal impossibilidade; se esta inexistir, não terá como invocar em seu favor a reserva do possível”.

Verifica-se que é função do Poder Judiciário exigir do Estado, por meio do Poder Executivo, uma atuação mais efetiva, desconsiderando a alegação de carência orçamentária e fornecendo ao cidadão o atendimento de suas necessidades, principalmente as mais básicas, de modo a assegurar as garantias constitucionais.

A problemática encontrada é aquela que diz respeito aos limites da obrigação do Estado em prover as necessidades daqueles cidadãos que recorrem ao Poder Judiciário para não contrariar outras garantias e direitos constitucionais, como o princípio da igualdade. Embora o Estado possua o dever de atender a toda a população, independentemente dos recursos financeiros, essa não é a realidade atual e, assim, a atuação do Poder Judiciário nessas demandas acaba por priorizar um usuário dos serviços de saúde em detrimento de outros.

Dessa maneira, é necessária uma razoabilidade das decisões judiciais que determinam o atendimento, pelo Estado, das necessidades dos usuários que recorrem ao Poder Judiciário, para fins de evitar o desrespeito do Sistema Único de Saúde e a inobservância daqueles cidadãos que já se encontram nas filas do SUS.

Atualmente, milhares de pessoas recorrem ao Poder Judiciário buscando o atendimento público de saúde – fornecimento de medicamentos, realização de pequenos procedimentos cirúrgicos ou grandes cirurgias, mas o Estado não suporta todas as demandas, principalmente em razão da carência de recursos ou da má organização administrativa.

Pesquisas evidenciam que milhares de pacientes aguardam, nas filas do Sistema Único de Saúde, a realização de procedimentos cirúrgicos, exames ou obtenção de determinados medicamentos. Dessa forma, o Poder Judiciário atraiu a responsabilidade de tentar reduzir os impactos causados pela ineficiência ou omissão do Estado com as demandas de saúde e promover a

efetivação dos direitos fundamentais.

Em muitos casos o Judiciário, ao julgar as demandas de saúde, se depara com situações complexas que não podem ser resolvidas meramente com a aplicação de normas jurídicas específicas. Na verdade, às vezes o Judiciário deve exercer a discricionariedade e fundamentar as suas decisões em padrões específicos, em princípios e, também, com base em convicções morais e pessoais.

Determinados casos concretos, submetidos ao Judiciário, quando fundados apenas em normas vigentes, podem acarretar decisões desarrazoadas e desproporcionais, incompatíveis com a realidade e que, até mesmo, desestruturam o sistema público de saúde brasileiro.

Deve ser ressaltado, na oportunidade, que a judicialização da saúde, ao contrário do que muitos pensam, não é um fenômeno negativo. O fato de muitos cidadãos recorrerem ao Judiciário para fins de reivindicar o direito constitucional à saúde sugere a ideia de maior conscientização por parte da população acerca dos seus direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

Lado outro, estudos indicam que, via de regra, a característica principal da judicialização da saúde é a desorganização administrativa, ou seja, a desestruturação do próprio Sistema Único de Saúde.

Em boa parte dos casos, a judicialização não decorre dos principais problemas enfrentados pelo sistema público de saúde e nem se intensifica nas regiões menos desenvolvidas. Ao contrário, muitas das vezes ela se concentra de forma mais crescente nos Estados, cidades e regiões mais desenvolvidos do Brasil, como é o caso das regiões Sul e Sudeste, e abarca medicamentos e procedimentos de alto custo, não incorporados nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Otávio Luiz Motta Ferraz¹¹, em “Para Equacionar a Judicialização da Saúde no Brasil”, diz que “*o impacto orçamentário desse tipo de demanda, cada vez mais, é suportado pelo sistema como um todo, criando uma situação perversa de justiça distributiva às avessas*”.

A judicialização da saúde, no Brasil, é um fenômeno recente, que teve o seu início, aproximadamente, em meados do ano de 1990, e um crescimento considerável do ano 2000 em diante.

Esse fenômeno decorre de vários fatores, dentre eles as falhas ou omissões

11 FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1934. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>. Pg. 3.

na prestação estatal, corrupção (causadora da chamada judicialização boa), medicamentos e serviços previstos nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde, mas não disponibilizados aos usuários, assim como aqueles não incorporados no SUS e, até mesmo, a fraude, esta última que gera a judicialização ruim.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Em 1997, o Ministro Celso de Mello proferiu uma decisão monocrática, em sede de uma ação judicial em desfavor do Estado de Santa Catarina, em que se pleiteava o transplante de células mioblásticas para tratamento da doença rara denominada Duchene, caracterizada por uma distrofia muscular.

Essa decisão do Ministro Celso de Mello foi um marco inicial da chamada “jurisprudência do direito a tudo” e foi um paradigma para muitos outros casos, inclusive relacionados a AIDS, e para a concessão de diversos pedidos provenientes de demandas de saúde.

Nesse precedente, destacou-se que o direito à vida, além de fundamental e garantido a todas as pessoas, é uma consequência constitucional da vida. Entre garantir a inviolabilidade do direito à vida ou assegurar um interesse financeiro do Estado, deve o julgador preterir o primeiro: a vida. O interesse financeiro do Estado e a limitação dos recursos públicos passaram a ser irrelevantes perante os direitos à saúde e à vida, configurando, na verdade, uma espécie de “direito a tudo”.

Criou-se, portanto, uma mentalidade de que o direito à saúde é pressuposto para a concessão de todo e qualquer tratamento e/ou medicamento prescritos pelo médico, ainda que experimental ou de altíssimo custo.

Essa interpretação exacerbada do direito à saúde passou a confrontar, além da limitação de recursos, outras questões, como, por exemplo, a comprovada eficácia científica do tratamento e a inexistência de aprovação e registro na Anvisa, utilizadas como justificativa para o não fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços.

Assim, os julgadores passaram a conceder pedidos de fornecimento de medicamentos e realização de procedimentos cirúrgicos tão somente baseado em receituários médicos, prescritos por médicos particulares ou públicos, que comprovem a necessidade do fármaco ou do tratamento. Considerar ou acolher as alegações do Poder Público relacionadas à prescrição feita ao paciente seria adentrar na competência técnica dos profissionais da saúde.

Todavia, esses entendimentos firmados pelos Tribunais pátrios, baseados no “direito a tudo” não se mostram totalmente adequados, pois não é razoável

e nem prudente que um sistema de saúde ofereça todo e qualquer tratamento e/ou medicamento disponível na seara médica.

A jurisprudência do “direito a tudo”, ao permitir a concessão de tratamentos e medicamentos experimentais ou sem registros na Anvisa, mediante apenas a apresentação de receita médica, vai contra a necessidade de fiscalização da segurança e da eficácia deles, causando risco tanto ao próprio usuário/paciente quando à saúde pública.

De acordo com Octávio Luiz Motta Ferraz¹²:

“A jurisprudência do ‘direito a tudo’ tem impacto negativo importante na sustentabilidade do sistema público de saúde. Isso porque em nenhum país do mundo há recurso suficientes para se oferecer a toda a população todos os tratamentos que conseguem passar pelo crivo regulatório explicado anteriormente. Existem atualmente milhares de medicamentos aprovados na Anvisa patologia, com frequência com enorme variação de preço. Todo sistema de saúde precisa fazer escolhas sobre quais medicamentos e tratamento vai ou não ofertar dentro das inúmeras possibilidades com seu orçamento necessariamente limitado. Esse processo, chamado de incorporação, envolve análise da chamada custo-efetividade e do impacto orçamentário dos tratamentos disponíveis. A incumbência dessa tarefa no Brasil é do Ministério da Saúde, com o auxílio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec)”.

Com efeito, o “direito a tudo” deixa de observar as listas, os protocolos e as diretrizes terapêuticas estabelecidas pelo Ministério da Saúde e induz os julgadores a proferirem decisões baseadas apenas em laudos e prescrições médicas.

Outrossim, verifica-se que o “direito a tudo” prioriza aqueles usuários que possuem acesso ao Judiciário, promovendo, assim, um desrespeito ao princípio constitucional da isonomia. De fato, embora seja uma triste realidade, o acesso ao Judiciário ainda é facilitado às pessoas com condições socioeconômicas mais favoráveis.

Nessa esteira, o “direito a tudo” acaba por afetar a equidade do sistema, separando os usuários que têm mais condições financeiras daqueles que, em

12 FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1934. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>. Pg. 13.

regra, se utilizam basicamente dos medicamentos e tratamentos fornecidos pelo Sistema único de Saúde.

5 O PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Pode-se dizer que o Brasil, atualmente, realiza os primeiros passos para o processo de mudança na forma de os julgadores proferirem decisões em matéria de saúde. Esse processo é denominado “desjudicialização”.

No ano de 2019, especificamente no dia 23 de maio, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, com repercussão geral, firmou o Tema de Repercussão Geral nº 793, *in verbis*:

Tema 793. Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Nesse julgado, que teve por Relator o Ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a solidariedade dos entes federados nas demandas prestacionais relacionadas à saúde, mas, por outro lado, estabeleceu que o juiz deve direcionar o cumprimento da obrigação ao ente, de fato, competente, de acordo com as regras de repartição de competências previstas na Constituição Federal e da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde – SUS – Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, com a possibilidade de ressarcimento àquele que suportou o ônus financeiro.

O referido julgamento promoveu uma mudança considerável nos paradigmas da matéria, porquanto, embora ainda prevaleça a tese de solidariedade entre os entes federados no que se refere às demandas prestacionais de saúde, os magistrados, ao decidirem os processos, devem respeitar as regras de repartição de competências sanitárias e direcionarem o cumprimento da obrigação

Merece destaque nesse ponto uma questão que tem gerado muitas controvérsias e discussões na prática: as demandas judiciais de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e tratamentos que não são abarcados e/ou disponibilizados pelas políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

No julgado supracitado, o Ministro Edson Fachin, em seu voto, destacou

que, nesses casos, a União necessariamente deverá compor o polo passivo das ações judiciais, uma vez que o Ministério da Saúde possui competência para a incorporação, a exclusão e/ou alteração desses medicamentos, tratamentos, procedimentos, bem como para a constituição ou a alteração dos protocolos clínicos ou das diretrizes terapêuticas, recaindo sobre aquele ente o dever de apontar os motivos da não padronização, assim como de analisar o processo de inclusão.

Essa medida se mostra adequada, razoável e proporcional, porque incluir a União no polo passivo das demandas judiciais, de forma obrigatória, ajudará a desvendar questões como: autorização do medicamento, tratamento, procedimento pela ANVISA; existência de registro na ANVISA; indicação para o tratamento de alguma doença; existência de terapia alternativa nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

Para mais, o posicionamento firmado pelo Supremo no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE está em consonância ao Enunciado nº 78 das Jornadas de Direito da Saúde, o qual diz: *“compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias ainda não incorporadas ao Sistema único de Saúde - SUS”*.

Nesse sentido, os magistrados devem determinar a emenda à petição inicial, para fins de incluir no polo passivo da ação a União, nos caso em que o autor assim não fizer, e, posteriormente, decidindo ou não o pedido de tutela provisória de urgência, declinar da competência para a Justiça Federal.

Outras decisões anteriores àquela do Supremo Tribunal Federal também estabeleceram parâmetros para que os juízes decidissem as demandas submetidas ao Judiciário, como é o caso do Resp nº 1657156/RJ, do Superior Tribunal de Justiça, em que foram fixados critérios para a concessão de medicamentos não incorporados no Sistema Único de Saúde, tais como: comprovação, por meio de laudo médico, da imprescindibilidade, necessidade e eficácia do medicamento para o tratamento da doença; comprovação da hipossuficiência do paciente, ou seja, da incapacidade de arcar com os custos do medicamento; e existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Observe-se que as teses firmadas nesses julgamentos de certo modo contribuem para o processo de desjudicialização da saúde e, conseqüentemente, poderá afastar ou, pelo menos, diminuir os prejuízos causados à população com renda mais inferior ou que detém menor conhecimento e informação, em decorrência de decisões judiciais seletivas e contrárias às políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

CONCLUSÃO

Verificou-se neste estudo que a saúde é um direito constitucional, social e fundamental garantido a todos os cidadãos, de dever do Estado e cuja competência é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Esses entes, por meio de políticas públicas sociais e econômicas, devem garantir o acesso universal e igualitário às ações, serviços, proteção e recuperação da saúde de todas as pessoas que necessitarem, conforme disciplinado na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde.

Entretanto, embora garantida constitucionalmente, a saúde enfrenta consideráveis problemas no Brasil para a efetivação desse direito, haja vista a escassez de recursos financeiros, a existência de corrupção, a má estruturação administrativa e a omissão do Estado.

Diante desse cenário, se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário para fins de suprir a inércia estatal e afastar as questões acima relacionadas, com vistas à concretização do direito à saúde dos indivíduos.

Entretanto, nas últimas décadas verifica-se que houve um crescimento exacerbado das demandas judiciais relativas à saúde, o que causa uma desestruturação das relações políticas, sociais e um abalo no Sistema Único de Saúde.

A judicialização da saúde, apesar de possuir um viés positivo, de concretização desse direito, por vezes reflete negativamente em outros direitos fundamentais e se contrapõe às questões orçamentárias do Estado e aos princípios da reserva do possível e da isonomia.

Saliente-se que as questões orçamentárias, via de regra, não podem configurar barreiras à concretização do direito à saúde, devendo ser assegurado ao cidadão o mínimo existencial, necessário para garantir a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, as decisões judiciais não podem considerar apenas a regra legal que garante o direito à saúde a todos os cidadãos. É necessário, em todos os casos, fazer uma ponderação de valores, princípios e levar em conta as diretrizes estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde, de modo a evitar decisões que causem impactos negativos em outros direitos constitucionais.

Consigne-se, por fim, a necessidade de o Estado criar mecanismos para solucionar os problemas que impedem a efetivação do direito à saúde, proporcionando uma distribuição mais justa e igualitária dos recursos, viabilizando, de forma satisfatória, a assistência básica à população.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/08/2020.

_____, Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

_____, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 10/08/2020.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

_____, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10/08/2020.

_____, Lei Orgânica do SUS. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 10/08/2020.

_____, SUS é referência mundial em atendimento público à saúde. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/component/gmg/story/7181-sus-e-referencia-mundial-em-atendimento-publico-a-saude>. Acesso em 29/08/2020.

OMS, *Constituição da Organização Mundial de Saúde*, disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-da-Saude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 20/09/2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 20/09/2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. Curso de Direito Constitucional – 6ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Ronaldo Pereira; POCHMANN, Márcio. *Brasil pós-pandemia: reflexões e propostas*, Alexa Cultural: São Paulo, 2020.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1934. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>

SOARES, Wallace da Costa. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ. O aspecto moral das liminares concedidas para cirurgias frente as filas cirúrgicas*. Volume 11. Nº1. Tomo II. 2019. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2019/tomos/tomoII/revista_v11_n1_2019_tomoII_L-Y.PDF. Acesso em 26/08/2020.

O NEPOTISMO À LUZ DOS CARGOS POLÍTICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ABORDAGEM SEGUNDO A SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dirceu Elber Gomes Silva

Pós-graduando em Direito Público e Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.
Advogado.

RESUMO: Trata-se de produção acadêmica que discute a aplicabilidade da súmula vinculante número 13 do Supremo Tribunal Federal aos cargos políticos da Administração Pública. A súmula mencionada vedou a prática do nepotismo. Após isso, em algumas ocasiões, impediu-se a aplicação sumular nos casos envolvendo cargos de natureza política, haja vista a característica governamental que possuem. Entretanto, novas decisões firmaram entendimento contrário, valorando a motivação do ato da autoridade nomeante. Por esse motivo, deu-se ensejo a uma pujante instabilidade jurisprudencial e por consequência, insegurança jurídica, razões de ser da pesquisa a seguir detalhada. Foram utilizadas como marco teórico as teses doutrinárias estruturais do Direito Administrativo, com seus princípios e prerrogativas, e também a metodologia dialética, em razão das rupturas temporais de entendimento. A pesquisa concluiu que, não havendo disposição constitucional expressa, é necessária uma reafirmação sumular que estabilize sua aplicação, definindo o rumo dos cargos políticos.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Cargos Políticos. Nepotismo. Súmula Vinculante Número 13.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a moralidade e impessoalidade, princípios expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, têm como efeito a inibição de práticas que atentem contra a lealdade e probidade na Administração Pública. Dentre elas, há de se destacar o favorecimento dos laços de parentesco para o exercício das funções públicas, é dizer, o nepotismo.

Como a referida prática vem de bastante tempo, o Supremo Tribunal Federal, em 2008, editou a súmula vinculante nº 13, com o intuito de pacificar a matéria. Ali ficou decidido que a “nomeação de parentes para o exercício de cargo em comissão, de confiança ou de função gratificada na Administração Pública, em qualquer de seus poderes, viola a Constituição Federal”. Houve, destarte, a vedação da prática do nepotismo.

A súmula em discussão originou-se do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12. Como a sua semântica é silente na esfera dos cargos políticos, em julgamentos ulteriores, a Suprema Corte entendeu que a incidência da súmula ficaria adstrita aos cargos meramente administrativos, faltando-lhe aplicabilidade aos cargos políticos, a exemplo de Ministérios e Secretarias.

Entretanto, o STF recuou e, contrariando seu posicionamento anterior, admitiu que a súmula vinculante 13 poderia ser utilizada para dirimir conflitos que cuidem de cargos de natureza política, devendo sua interpretação oscilar conforme exigir o caso concreto.

Percebe-se que, a despeito de decorridos mais de dez anos, a insegurança jurídica ainda encontra terra fértil, dada a imprecisão de todas as situações que violam a súmula.

Ensejam-se, como consequência, volumosas impugnações judiciais em que o crivo subjetivo do julgador delimita a aplicação da súmula. Daí a importância do desenvolvimento de pesquisas que levem à pacificação do tema, estabilizando o comando normativo e melhor orientando não só o juízo competente em cada caso, como também a própria Administração Pública na via preventiva.

Dito isso, o objetivo geral desse artigo consiste na delimitação das hipóteses de (in) aplicabilidade da súmula vinculante nº 13 aos cargos políticos em compatibilidade com as prerrogativas discricionárias do poder público e, predominantemente, com a impessoalidade e moralidade administrativa.

2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A análise de princípios é de grande valia em qualquer estudo que se pretenda desenvolver. Aqui não seria diferente. Muito porque, como se verá a seguir, as razões de edição da súmula vinculante que se estuda estão umbilicalmente ligadas à impessoalidade e moralidade pública.

Um princípio tem o condão de orientar um ordenamento jurídico. Ele baseia posturas e constrói ideias centrais e universais de aplicabilidade. O marco de sua recepção enquanto norma fundamental no mundo operou-se após a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), conforme aponta Norberto Bobbio:

Não sei se se tem consciência de até que ponto a Declaração Universal representa um fato novo na história, na medida em que, pela primeira vez, um sistema de princípios fundamentais da conduta humana foi livre e expressamente aceito, através de seus respectivos governos, pela maioria dos homens que vive na Terra. (BOBBIO, 1994, p. 18).

Sobre as consequências da inobservância dos princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello alerta:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2003, p.545-546).

Avista-se também que os princípios abrigam a efetividade das demais normas jurídicas, pois “a validade das leis passa a ser condicionada à coerência do significado do ato normativo aos princípios estabelecidos pelas normas constitucionais, não sendo mais suficiente a concepção puramente formal da democracia¹” (MALVASIO, 2017).

No Direito Administrativo a doutrina habituou destrinchar os princípios

1 A autora discutia a ideia da insuficiência da democracia puramente formal – sem concretude – a partir dos estudos de Kelsen, Bobbio e Ferrajoli. Pode-se extrair que os princípios são essenciais para que as normas de um complexo jurídico tenham resultado prático. (MALVASIO, 2017, p.145-155).

entre os expressos e não expressos na Constituição de 1988. Embora o rol preceituado no caput do artigo 37 não tenha cunho taxativo, no momento basta a análise dos cinco princípios ali descritos:

Constituição – Artigo 37.

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”(...)

O princípio da legalidade, frisa a doutrina, é o mais importante, porque consubstancia-se no seio do Estado de Direito, importando em delimitar o campo de atuação da Administração Pública naquilo que a lei autorizar. Há ainda, nesse princípio, uma vertente que distingue o Direito público do privado, como se vê no ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim” (MEIRELLES, 2009, p.89).

Quanto ao princípio da impessoalidade, preza-se pela “não distinção entre os administrados”, dando-lhe um tratamento genérico, sem discriminações ou prejuízos a determinadas pessoas (DOS SANTOS, 2012). Já na moralidade reside uma forma de complementação da legalidade. Veja-se que de nada adianta um ato legal se ele é moralmente frágil, desonesto ou desleal.

Seguindo a linha do artigo 37, o princípio da publicidade exige do Poder Público a transparência quanto aos seus atos, a fim de levar à coletividade o livre acesso à gestão do erário, ressalvadas as hipóteses excepcionais. O advento desse princípio insculpe-se também no artigo 31, §3º da Constituição², nas funções dos Tribunais de Contas³, e ainda na edição da Lei 12.527/2011⁴.

2 O referido dispositivo prevê a disponibilização das contas dos Municípios anualmente, pelo período de sessenta dias, sujeitas a questionamento.

3 Os Tribunais de Contas, para além de fiscalizadores e controladores, funcionam como propulsores de transparência no trato com o dinheiro público.

4 É a Lei de Acesso à Informação, que regulamenta o princípio da Publicidade, inclusive apresentando exceções que justificam o sigilo.

Por último, o princípio da eficiência, inserido mais recentemente no artigo 37, determina que os serviços e atos públicos sejam realizados com qualidade, sem gastos exorbitantes e ações financeiramente injustificáveis.

Elencados os princípios constitucionais expressos da Administração Pública de modo sucinto, conclui-se que, para o estudo da vedação do nepotismo, em cada um deles é possível encontrar um sentido que se aplique ao tema. Todavia, a moralidade, eficiência e impessoalidade ganham um papel de destaque nesse cenário. Esse também é o entendimento de Mauro Sérgio dos Santos:

Por fim, também com base no princípio da impessoalidade e ainda em outros, como o da moralidade administrativa e o da eficiência, passou a vigorar expressamente a proibição de nepotismo na Administração Pública com a edição, pelo STF, da Súmula Vinculante n. 13 “(DOS SANTOS, 2012, p.28).

Ora, se o agente público concede privilégios na Administração por motivos de ordem pessoal, sem motivação convincente e proveitosa, opera-se flagrantemente um atentado ao princípio da impessoalidade. Outrossim, não parece ética a postura da autoridade nomeante que entrega função pública com fulcro exclusivo nas relações de parentesco, sem que o benefício da coletividade seja de fato o alvo da nomeação. Nesse último discurso os princípios da moralidade e eficiência são os aviltados.

Portanto, a principiologia expressa do artigo 37 da Constituição da República, por muitas de suas nuances, é capaz de apresentar um sentido que justifique a abjeção ao nepotismo. Entretanto, isso se dá soberanamente pelos princípios da moralidade e impessoalidade administrativa.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS AGENTES PÚBLICOS

O Direito Administrativo, como todo ramo do Direito, possui densos conteúdos teóricos, sentidos e objetivos. Mas, para que tenha aplicação prática plena, a atividade estatal depende da atuação de certos agentes, que a

5 Trata-se da relação entre prerrogativas e sujeições. Isto é, a Administração Pública está em lugar de prestígio quando comparada ao particular. Portanto, para que exerça sua superioridade, possui uma série de privilégios, não deixado, claro, de se sujeitar aos limites legais que, se ultrapassados, podem caracterizar abuso de poder.

bem da verdade, são intermediários que ligam o propósito da Administração Pública com a realidade dada.

Dessa forma, impera o estudo das características de tais agentes, diante do fato de que estes, se por um lado se amparam em prerrogativas, por outro se subordinam ao conjunto de regras que freiam a atividade estatal⁵.

O Estado, buscando atingir o interesse público, pode se utilizar de órgãos, pessoas físicas ou jurídicas. Por ora, como a análise corresponde unicamente aos agentes públicos, resta-nos conceituá-los como pessoas físicas das quais o Estado serve-se dos seus serviços no trato com a coisa pública.

Trata-se de uma conceituação aberta, pelo que se extrai serem os agentes públicos gênero que se subdivide nas espécies “agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público” (DI PIETRO, 2017).

O tratamento do agente público enquanto gênero é, segundo a autora acima, fruto de uma nova pronúncia doutrinária, surgida após a Constituição de 1988. A definição do agente público encontra-se também insculpida no artigo 2º da Lei n. 8.429/1992, que cuida da improbidade administrativa:

Lei n. 8.429/1992 – Artigo 2º.

Reputa-se agente público, para efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionais no artigo anterior.

O que se deflui de mais importante nessa categoria é que seus integrantes se revestem de características próprias do poder público, inclusive o ônus delas decorrentes. Então, vale dizer, sua conduta pode constituir abuso de poder indenizável ao particular, ou ainda, a teor do disposto no artigo 37, §6º da Constituição da República, ensejar responsabilidade civil, como anota DI PIETRO:

A expressão agente público não é destituída de importância, tendo em vista ser utilizada pela própria Constituição. Todas as categorias, mesmo a dos particulares, se atuarem no exercício de atribuições do poder público, acarretam a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, já que o dispositivo fala em danos causados por agentes públicos. Se o Estado for condenado, cabe ação regressiva contra o agente causador do dano, desde que tenha agido com dolo ou culpa (DI PIETRO, 2017, p. 677).

Há, dessa forma, um dever para que essa pessoa física obedeça aos ditames apregoados pelo Regime Jurídico de Direito Público, se submetendo, evidentemente, às vedações da súmula vinculante n. 13, se não em todas, pelo menos na maioria de suas categorias.

De posse do sentido de agente público enquanto gênero, há de se apontar as especificidades dos agentes políticos, por tratar-se de uma de suas categorias. No momento, o agente político se encontra sem definição unânime na doutrina, preponderando o conceito formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Agentes Políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado (MELLO, 2015, p. 251-252).

A predileção doutrinária por este conceito se justifica em razão da restrição do seu alcance, reservando o múnus político aos agentes que diretamente exercem essa função.

Infere-se, desse modo, que a esfera dos agentes políticos é mais restrita, compreendendo os membros dos poderes Legislativo e Executivo, os chefes de tais poderes e seus Ministros e Secretários, tendo em vista que “a ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo)” (DI PIETRO, 2017).

Mesmo já exposto acima, interessa reforçar que estes agentes estão investidos na função política, aquela que, por ser a superior do Estado, é tida como função primária, de sorte que as funções residuais, denominadas de função administrativa, são secundárias, em razão de sua subordinação àquelas.

Então, a função administrativa exercida pelos servidores de determinada unidade de saúde é submissa à Secretaria Municipal de Saúde, de onde emerge, através do Secretário, a função política.

Inclusive, após essa explicação é possível notar também que o regime jurídico que se aplica aos cargos e funções administrativas não é, via de regra, correspondente também a cargos e funções políticas, como pontua Marçal Justen Filho:

Adota-se o entendimento de que a função de governo não apresenta natureza administrativa, o que significa ausência de

aplicação do mesmo regime jurídico reservado para a função administrativa⁶ (JUSTEN FILHO, 2008, p. 39).

Isso dito, aclara-se que do cargo político advém os comandos estruturais do Estado, num conjunto de atos que desaguam, ora na própria organização da Administração Pública, ora nos administrados. Daí a relevância da compreensão sobre como a designação para o exercício das funções políticas concilia-se com a lisura na estrutura básica do Estado e, no prisma da nomeação parental, se ofende ou não o posicionamento sumulado, antecipando-se, de antemão, não haver um modelo único no qual se apegou a jurisprudência pátria.

Sendo necessário, ainda, abordar os cargos comissionados e efetivos, há uma certa previsão constitucional que os distingue. Referimo-nos ao artigo 37 da Carta Política, que em sua dimensão julga os cargos comissionados como aqueles de livre nomeação e exoneração, os chamados *ad nutum*, que carregam a característica de possibilitar a exoneração sem um motivo justificado.

O cargo efetivo é aquele que direciona funções e responsabilidades a serem desempenhadas por servidor investido via concurso público, modelo constitucional edificado no contexto do princípio da impessoalidade.

A distinção entre os cargos existe porque nos comissionados, principalmente ocupados em razão da função de confiança, não há a marca da permanência, como ensina DI PIETRO:

Com isso, fica explicada a razão de ter o constituinte, no artigo 37, II, exigido concurso público só para a investidura em cargo ou emprego. Nos casos de função, a exigência não existe porque os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender às necessidades emergentes da Administração, ou são ocupantes de funções de confiança, para as quais não se exige concurso público (DI PIETRO, 2017, p. 679).

Nessa linha, não há que se falar em aplicação da súmula vinculante 13 aos cargos efetivos, uma vez que os ocupantes passam por um processo impessoal e meritocrático até a posse. Depois disso, se cumpridas as exigências constitucionais, terão estabilidade no posto.

⁶ O doutrinador vai pela linha da distinção não só entre o público e o privado, mas também do regime que afeta atividades inerentes à Ciência da Administração e do Direito Administrativo (JUSTEN FILHO, 2008, p. 39).

Pelo exposto, a discussão há de se concentrar unicamente na esfera dos cargos comissionados, já que possuem apurmo no Poder Discricionário⁷ da autoridade nomeante e não passam por crivo semelhante ao dos cargos efetivos.

4 NEPOTISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Chega-se ao ponto crucial do trabalho, ocasião em que se expõe toda a argumentação sobredita à luz específica do nepotismo, compreendendo seu alcance, vertente jurídica e cultural, além das interpretações judiciais do tema.

4.1 Conceito e Breve Histórico

Engana-se quem vê o nepotismo como prática oriunda da política republicana brasileira. Cuida-se, em verdade, de um traquejo que acompanha a vida nacional desde a primeira história. A famigerada Carta de Pero Vaz de Caminha (1500) à Coroa Portuguesa trouxe consigo a ocorrência inicial de nepotismo em solo brasileiro⁸, vez que o remetente solicitou ao Monarca que enviasse à terra nova seu genro, para que lhe auxiliasse na defesa dos interesses de Portugal.

Trecho da Carta de Pero Vaz de Caminha.

E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro, o que Dela receberei em muita mercê.

No decorrer do período colonial o nepotismo ganha um status institucional. Isso se deve ao fato de que a Coroa Portuguesa lidava com a administração do Estado privilegiando os núcleos familiares, mas não só por patrimonialismo, como também pelo fato de que os agentes de Estado optavam por compartilhar o poder com os que detinham sua confiança.

7 Poder Discricionário é aquele em que a Administração Pública pode atuar a partir de oportunidade e conveniência, tendo certa margem de escolha. Em oposição, existe o Poder Vinculado, segundo o qual o comportamento do agente público deverá obedecer a um comando específico, sem liberdade de escolha. Ou seja, nomear Ministros e Secretários é parte do Poder Discricionário.

8 A Carta de Pero Vaz de Caminha, famigerada na história básica do país, é comumente citada como o início da imoralidade política, e apesar de se referir a um período remoto, em muito se assemelha às mazelas atuais que obstaculizam a satisfação do interesse popular, não obstante o fracionamento do poder se orientar por outros princípios e critérios à época.

E ao longo dos tempos isso se repetiu. De tão comum que se tornava a prática, chega-se a dizer que se tratava de “quase que um direito hereditário de acesso aos cargos públicos” (ROCHA, 2008).

De certa forma, tal atividade não soa tão retrógada se investigada à ótica de tempos em que predominava no Brasil a Administração Pública patrimonial, já que de fato ela se caracteriza pela confusão do público com o privado. Quanto a isso, Bresser Pereira, em artigo publicado na Revista do Serviço Público, afirmou:

A administração pública burocrática foi adotada para substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. Nesse tipo de administração o Estado era entendido como propriedade do rei. O nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma⁹ (BRESSER PEREIRA, 1996, s/p).

O verdadeiro problema consiste na permanência da prática nos tempos em que o Direito Administrativo, mesmo que imperfeito, em muito evoluiu, principalmente em matéria de moralidade. E exemplo não falta.

Buscou-se notadamente a adequação da estrutura estatal com o decoro que deve sempre lhe acompanhar com a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da resolução n. 7/2005¹⁰, que inibiu o favorecimento dos laços de parentesco dentro do Poder Judiciário.

Ainda assim, fazia-se necessário entender a relação parental na Administração Pública em sua vertente jurídica e cultural e quando de fato ela viola o sistema jurídico ou nele encontra guarida. Para tanto, formular uma definição para o nepotismo é crucial.

Utilizamos de conceituação formulada por Carmen Lúcia Rocha, que precede a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual nepotismo “é a conduta havida na Administração do Estado, pela qual agentes públicos, valendo-se dos cargos por ele ocupados, concedem favores e benefícios pessoais a seus parentes e amigos” (ROCHA, 1994).

Percebe-se que a renomada jurista empregou conceito extraído das bases

9 Bresser Pereira, antes mesmo da Reforma Administrativa (EC19/1998), já destacava os períodos distintos da Administração Pública brasileira e a sua oscilação conforme o espectro político que a orientava (BRESSER PEREIRA, 1996, s/p).

10 O CNJ, utilizando-se da função atípica de legislar, deu um importante passo que coíbe que juízes e outros membros do Poder Judiciário utilizem de sua autonomia e poder para favorecer servidores sem passar pelo crivo da impessoalidade (Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça).

históricas e culturais do tema, haja vista a inexistência, à época, de um conceito jurídico minimamente consolidado, razão pela qual se sucede à análise mais profunda sobre quais agentes públicos, qual o grau de parentesco e quais os cargos públicos estão de fato submetidos ao entendimento sumulado.

Pois, o conceito de nepotismo continua a ser a prática, pela autoridade nomeante, do favorecimento de parentes, em razão da posição ocupada na Administração Pública, de maneira a ofender a regra da predominância do interesse público sobre o privado.

4.2 Os Precedentes da Súmula Vinculante Número 13

Entender-se-á, por meio deste capítulo, qual o caminho percorrido pelo Supremo Tribunal Federal até que ele firmasse um sentido para o conceito jurídico do nepotismo.

O primeiro debate judicial notório inicia-se no Rio Grande do Sul, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1521-4/RS, em que se pleiteava junto ao STF a inconstitucionalidade de parte da Emenda n. 12 à Constituição do Rio Grande do Sul.

A norma em questão definiu os cargos em comissão e proibiu a nomeação, para tais cargos, de pessoa com parentesco com determinados agentes públicos de todos os Poderes, seja ele consanguíneo ou afim até o segundo grau.

Quem buscava a afirmação de inconstitucionalidade da norma argumentava a existência de violação à autonomia e independência dos Poderes, posto que seria deles a competência de recitar os cargos em comissão dentro de sua própria estrutura.

A tentativa, todavia, foi infrutífera, porque o Supremo entendeu que, em matéria de nepotismo, os conceitos, permissões e vedações caminham uniformemente em todos os Poderes.

Além disso, destaca-se o Mandado de Segurança n. 23780-5/MA, impetrado por servidora do TRT da 16ª Região, nomeada para cargo comissionado, com ato anulado pelo Tribunal de Contas da União, em razão de parentesco com o vice-presidente do tribunal. A paciente argumentava ser inválido o ato do TCU, tendo por base que o órgão extrapolou suas funções e que havia direito líquido e certo até a ocorrência da fundamentação legal da exoneração.

Tal pleito também foi prejudicado em sede de análise pelo Supremo Tribunal Federal, ao fundamento de que o TCU, antes da nomeação da servidora, já vedava expressamente a prática e que, além do mais, a servidora era ocupante de cargo no Poder Executivo, e só faria jus às exceções, se fosse efetiva no mesmo Poder em que exerceu posteriormente

as funções de cargo comissionado.

O Conselho Nacional de Justiça, em conduta bastante elogiada pela comunidade jurídica, editou a resolução n. 7/2005, que posteriormente teve sua constitucionalidade declarada pela Corte Suprema.

O órgão, na oportunidade, em seu artigo 1º, resolveu que “é vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados”, além de ter dado diversos exemplos do que se enquadra na referida proibição.

O Supremo declarou a constitucionalidade da resolução, na ADC n. 12-6/DF, detalhando que o Conselho possui atribuição constitucional, sem lei prévia, para editar atos normativos primários, e que, ao final, toda a estrutura da resolução atendia aos princípios expressos da Constituição.

E foi essa basicamente a mesma fundamentação utilizada pela Corte no julgamento do Recurso Extraordinário n. 579/951/RN, em que se discutia a necessidade de lei prévia para dimensionar a proibição do nepotismo num caso em que um irmão do Vereador municipal foi nomeado para chefiar a Secretaria de Saúde do Município.

Os Ministros manifestaram pela desnecessidade da existência de lei formal que proíba o nepotismo, já que bastam, para tanto, os princípios estampados no caput do artigo 37 da Constituição. A nomeação do irmão do Vereador, ao final, foi anulada.

Os casos aqui ditados não são os únicos, mas certamente são os que mais chamaram a atenção no que concerne à jurisprudência que antecedeu a edição da súmula.

4.3 Hipóteses de Aplicabilidade da Súmula e a Posição do Supremo Tribunal Federal

Com os precedentes supramencionados, além de outros casos superados pelo Supremo Tribunal Federal, o plenário entendeu por bem sumular seu entendimento, em atenção à maturidade da discussão que, naquele tempo, julgava haver. Com efeito, em 21 de agosto de 2008 sumulou-se:

Súmula Vinculante n. 13.

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta

em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Desde então, muito se cogita a respeito da abrangência que a súmula vinculante 13 possui. O verbete, apesar de extenso, não buscou contemplar todas as possibilidades de nepotismo na Administração Pública, e é certo que não conseguiria.

Tal concepção é visualizada no voto do relator, Ministro Dias Toffoli, no julgamento do Mandado de Segurança 31697/DF, que alertou:

Ao editar a Súmula Vinculante nº 13, a Corte não pretendeu esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, dada a impossibilidade de se preverem e de se inserirem, na redação do enunciado, todas as molduras fático-jurídicas reveladas na pluralidade de entes da Federação (União, estados, Distrito Federal, territórios e municípios) e das esferas de Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), com as peculiaridades de organização em cada caso.

A súmula considera inconstitucional a nomeação com favorecimento de pessoas com grau de parentesco, consanguíneo ou afim, de linha reta ou colateral até o terceiro grau. Importa assinalar também, que essa relação de parentesco se estende não só à autoridade nomeante, mas também aos servidores da mesma pessoa jurídica que exerçam funções de chefia, direção ou assessoramento. Essa vertente da súmula impede que os servidores se valham de outras autoridades nomeantes para benefício de parentes seus.

Fica a anotação de que subsiste o impedimento de que trata a súmula nos casos de término do casamento ou da união estável, pois a dissolução destas entidades familiares não carregam o condão de afastar o parentesco por afinidade, em observância ao que determina o §2º do artigo 1595 do Código Civil¹².

Não é demais lembrar que os princípios do Direito Administrativo expressos na Constituição são de aplicação também no âmbito da Administração

12 O §2º do artigo 1.595 do Código Civil demonstra que certo parentesco persiste, em que pese o término do casamento ou da união estável, fato que, a nosso ver, pode ser comungado com a ideia de que as nomeações continuam a ser inconstitucionais quando feitas por ex-cônjuges (Lei nº 10.406/2002).

Indireta¹³, motivo pelo qual, evidentemente, a súmula possui perfeita utilidade nesse campo, mesmo se assim não previsse explicitamente.

O nepotismo não se manifesta em uma modalidade única. Pelo contrário, possui várias nuances. No nepotismo cruzado, por exemplo, há o ajuste por meio de designações recíprocas, ou, de preferência, de troca de favores. Já quando essas designações recíprocas constituem uma troca de regalos entre os Poderes estar-se diante do transnepotismo.

Exemplificando: se um Prefeito nomeia para uma Secretaria o cônjuge do Vereador, enquanto o mesmo Vereador indica o cônjuge do Prefeito para cargo de assessoria, a rigor, a aplicação da súmula é uma imposição, sem prejuízo às sanções oriundas de improbidade administrativa.

No julgamento da Reclamação no Agravo Regimental n. 19529/RS, o relator, Ministro Dias Toffoli, ponderou sobre outro aspecto, a saber: a necessidade de análise objetiva da ocorrência do nepotismo, já que ele não se consuma unicamente pelo grau de parentesco entre a autoridade nomeante e o nomeado.

A incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante nº 13 com o art. 37, caput, da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção.

Assim, a análise objetiva a que se referiu o Ministro consubstancia-se na possível presunção de que haja relação de parentesco entre o nomeado e alguém que tenha poder de influir no ato administrativo que nomeia.

Nas modalidades do “nepotismo cruzado” e “transnepotismo”, tendo por base a necessidade de influências de pessoas diversas da autoridade nomeante, é indispensável que fique claro o poder de interferência que essas pessoas podem exercer na consumação dos atos. Até porque, é forçoso falar em nepotismo se o parente do nomeado não exercer influência alguma sobre a

13 Administração Indireta compreende a estrutura hábil a prestar serviços públicos e atividade econômica vinculada, mas não subordinada a Administração Direta (Estados, Municípios, DF e União), manifestando-se, basicamente, nas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

autoridade nomeante, como analisa Natália Ciscotto:

“Nesse enredo, o nepotismo cruzado somente é caracterizado quando ocorre a reciprocidade das nomeações, impondo, pela via indireta, o favorecimento vedado, isto é, se não houver a reciprocidade, não haverá nepotismo cruzado” (FERREIRA, 2015, p. 83).

Em contrapartida, vê-se também que o Supremo Tribunal Federal deu margem à possibilidade de conduta imoral, já que uma eventual troca de favores na Administração Pública não se realiza necessariamente por meio de nomeações recíprocas.

Pensando, hipoteticamente, que um vereador nomeia para sua assessoria o cônjuge de prefeito, a pedido deste, sem, contudo, existir outra nomeação ajustada, inexistente nepotismo.

Em vista disso, nessa hipótese narrada, se o prefeito se valer de outros meios para agradecer a nomeação, ainda que a conduta seja ímproba ou ilícita, o fato é que nepotismo, ao menos inicialmente, não será, haja vista que o nepotismo cruzado exige a reciprocidade de designações, que são, ressalta-se, difíceis de comprovar, “pois podem assumir formas extremamente complexas e contornos tênues a fim de resguardar a sua prática” (ARAKAKI e ORTIZ, 2011).

Para amenizar essa anomalia, o Decreto n. 7.203/2010, que regulamenta o nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal, dispôs:

Decreto n. 7.203/2010 – Artigo 3º, §1º
Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.

Diante disso, mesmo com a admissão, por membro do STF, de insuficiência da redação, fica claro que sua densidade buscou ampliar o campo de abrangência. Porém, deixou a desejar em alguns pontos, o que pode dificultar a tomada de decisões da autoridade nomeante.

Mesmo estendendo ao máximo a aplicação da súmula, porém com ela em nada prestigiaram, semanticamente, a discricionariedade de certos agentes políticos na construção do corpo de governo para a aplicação do plano político que se sobressaiu no pleito eletivo.

Não tardou muito e a Corte teve de delimitar o campo de incidência da súmula. Em um primeiro momento, afastaram-se dessa regra os casos

envolvendo cargos de natureza política, em razão do seu chamado “múnus governamental”. Vale lembrar, os cargos políticos, ocupados por agentes políticos, exteriorizam as funções primordiais do governo, por isso haveria de se resguardar a liberdade de nomeação nessas hipóteses.

Então, na vez do julgamento da Reclamação na Medida Cautelar no Agravo Regimental n. 6650/PR, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, afirmou-se a “Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante n. 13, por se tratar de cargo de natureza política”.

Já em decisões da mesma época o STF flexibilizava o entendimento em duas situações, a saber, a fraude à lei ou o nepotismo cruzado, compreendido como “o ajuste mediante designações *rec procas*” (COPOLA, 2012), como se viu no decisum da Reclamação n. 6702 MC-AgR, que teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski.

Passado algum tempo, especialmente no julgamento do Recurso Extraordinário n. 579951/RN, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, um novo ponto foi colocado à baila. Tratava-se da motivação que impulsiona a autoridade nomeante. Passou a não bastar, portanto, ser o cargo de natureza política. Além disso, dever-se-ia comprovar a real finalidade da nomeação, do contrário, e como ocorreu no caso comentado, a súmula incidiria normalmente.

Assim, conclui-se que a motivação também passou a ser critério de orientação dos magistrados, por ser a “exposição de motivos¹⁴” do ato administrativo (DI PIETRO, 2017).

E nesse mesmo sentido continuou se posicionando o STF, tanto para não aplicar a súmula, como votou o relator, Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação n. 27605/RS, ao argumento de inexistir fraude à lei ou nepotismo cruzado na nomeação do filho do prefeito para ocupar Secretaria municipal em Canoas/RS, quanto para aplicar a súmula, no julgamento da Reclamação n. 17102/SP, em que o relator, Ministro Luiz Fux, concluiu que a nomeação, pelo prefeito, de seu sobrinho e cunhado para as Secretarias municipais ocorreu única e exclusivamente pelo grau de parentesco, e que a súmula, por isso, é aplicável, ante a ausência de motivação técnica ou política do ato.

Só que vez e outra o Tribunal maior destoa do entendimento que ele mesmo impôs, como por exemplo, em 2017, na Reclamação n. 26303/RJ, caso em que o Ministro Marco Aurélio entendeu que o prefeito do Rio de

14 É a expressão utilizada por Di Pietro para explicar a motivação enquanto elemento do ato administrativo (2017).

Janeiro, ao nomear seu filho para a Secretaria da Casa Civil, mesmo não se incluindo nas hipóteses excepcionais, violou a Constituição Federal.

Entretanto, considerando a divergência entre os integrantes do Supremo, o relator determinou que o caso fosse levado ao plenário, o que não se concretizou em razão de ter o prefeito nomeado outro agente para as funções de Secretário, resultando em perda do objeto da ação.

Nesse contexto não restam dúvidas da ocorrência do que José dos Santos Carvalho Filho (2017, s/p) chama de “instabilidade interpretativa” que “repousa na contrariedade do princípio da segurança jurídica¹⁵”.

Sendo assim, ao menos majoritariamente, o Supremo Tribunal Federal tem como posição a inaplicabilidade da súmula em relação aos cargos políticos, podendo ela tornar-se aplicável se a nomeação decorrer de fraude à lei, nepotismo cruzado ou inadequação técnica ou política.

4.4 Alternativas Plausíveis em Discussão

Em meio à impermanência narrada, atravessa-se uma fase em que algumas discussões pertinentes acerca do tema estão em andamento. A propósito, por serem aviadas em dois Poderes diferentes, nos é dada a possibilidade de presentir a melhor saída.

O primeiro debate ocorre no Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário n. 1133118/SP, que conta com os efeitos de repercussão geral e será julgado em 02.12.2020.

Nesse caso, está sob análise a constitucionalidade de parte da Lei nº 4.627/2013, do Município de Tupã/SP, que possibilita expressamente a nomeação de parentes para o cargo de Secretário Municipal. O Tribunal de Justiça local declarou o trecho inconstitucional e a lide estacionou no Supremo.

Atualmente, o dado mais relevante do processo reside no parecer da Procuradoria Geral da República, no sentido de que a lei é constitucional, reconhecendo-se a legitimidade para que o Município permita a nomeação de parentes para as Secretarias:

Na prática, a análise casuística pelo Poder Judiciário gera insegurança jurídica e esvazia a prerrogativa de o Chefe do Poder Executivo escolher, com ampla margem de liberdade,

15 O autor publicou artigo no portal jurídico eletrônico GENJURÍDICO, tratando da interpretação controversa do Supremo ao tema do nepotismo (CARVALHO FLHO, 2017, s/p).

seus subordinados imediatos, responsáveis pela concretização das políticas públicas [...] (Augusto Aras).

A outra possibilidade tramita no Congresso Nacional. Cuida-se da PEC n. 120/2019. O referido projeto prevê expressamente a proibição de nomeação de parentes para os cargos políticos, nos termos a seguir:

Constituição – Artigo 37.

XXIII – é vedada a nomeação para cargo em comissão, ou a designação para função de confiança, no âmbito do mesmo órgão, ou, no caso da Administração Indireta, da mesma entidade, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de agente político ou membro de Poder, bem como de servidor ou empregado público investido em cargo em comissão ou função de confiança, compreendido na proibição o ajuste mediante designações recíprocas de cônjuges, companheiros ou parentes de agentes políticos, membros de Poder, servidores ou empregados de órgãos ou entidades distintos.

O Projeto de Emenda à Constituição consagra, em sumária análise, a proibição por meio do processo legisferante. É dizer, o Poder Legislativo, em sua função típica, optando por um modo de pacificar o tema.

Diferente disso, a discussão, se concentrada no Judiciário, sempre implica em suposições a respeito de controle exagerado, interferência indevida, que são faces do conhecido ativismo judicial.

Por isso, certamente o tema ganha mais solidez se tratado por meio de uma Emenda à Constituição que obedeça a todos os seus ditames e não impulse debates sobre inconsistências de forma ou matéria.

5. CONCLUSÃO

A edição da súmula vinculante n. 13 do STF é de fato uma resposta às posturas retrógradas e imorais que lamentavelmente persistem no quadro nacional. E mais do que isso, vê-se que a Suprema Corte, embora carente de firmeza e estabilidade em diversos julgados relacionados ao tema, quando sumulou o verbete, pretendia honrar sua incumbência de zelar pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Contudo, como nada se mencionou em seu texto a respeito dos cargos que representam a estrutura política suprema do Estado – tarefa que ficou

a cargo dos julgados que sobrevieram – se obteve um pujante desencontro da Súmula Vinculante com os casos apreciados pelo Poder Judiciário. Em verdade, o STF, antes de sumular o assunto, deveria maturá-lo, mas ao revés, produziu insegurança.

Com efeito, os tribunais e juízes singulares não aplicam a súmula conforme o seu entendimento integral e detalhado. Fica-se, em regra, em dois extremos: ora se aplica por ter grau de parentesco, ora não se aplica por ser o cargo de natureza política, o que, nos dois casos, constitui interpretação incompleta, por tudo que já foi assinalado no presente trabalho.

Daí, não se pode evitar o manejo exagerado de instrumentos processuais e constitucionais adequados a invocar a autoridade da súmula por meio do pronunciamento da Suprema Corte. E ela, ao se pronunciar, não garante ao jurisdicionado a certeza de um sistema interpretativo uniforme e consolidado.

Não obstante as oscilações monocráticas do STF, sobressai a posição pela qual o cargo político está imune da proibição acostada na súmula vinculante n. 13, salvo as exceções de fraude à lei, nepotismo cruzado e desvio de finalidade do ato administrativo.

Desde que não haja uma disposição constitucional superveniente, este é o entendimento mais razoável, já que, além de fugir da proibição intransigente, concilia o caso concreto com as minúcias da Administração Pública e suas variações políticas e regionais.

No entanto, o posicionamento carece de uniformização pela própria Corte, com o propósito de evitar que ela venha a desdizer o dito, como vem ocorrendo, de modo a ocasionar a indesejável desconfiança e insegurança jurídica e social.

Ante o exposto, embora a interpretação majoritária se adegue ao sistema jurídico pátrio, é viável uma reorientação na aplicação da súmula pesquisada, levando-se em conta as características dos cargos de natureza política, em homenagem, mormente, à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ORTIZ, Laudson Cruz. *Súmula Vinculante 13 e o Combate ao Nepotismo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, abr/jun. 2011, p. 101-121.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*: tradução Carlos Nelson Coutinho: apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, *Resolução n. 7* de 18.10.2005. Publicada em 18.10.2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2017. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5.10.1988.

BRASIL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, RS: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 2020. Diário Oficial do Estado, Porto Alegre/RS, 03.10.1989.

BRASIL. *Decreto n. 7.203/2010*. Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04.06.2010.

BRASIL. *Tupã/SP: Lei Municipal n. 4.627/2013 de 07 de janeiro de 2013*. Proíbe o nepotismo, exceto quanto aos cargos políticos. Diário Oficial, Tupã, SP, 07.01.2013.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11.01.2002.

BRASIL. *Lei n. 12.527/2011*. Regula o acesso à informação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18.11.2011.

BRASIL. *Lei n. 8.429/1992*. Regula a improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03.06.1992.

BRASIL. *Projeto de Emenda à Constituição n. 120/2019*. Acrescenta a proibição do nepotismo ao Artigo 37. Em tramitação. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12-6/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgada em 20.8.2008, publicada no DJ n. 237, de 18.12.2009. Ementário n. 2387-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1521-4/RS. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgada em 12.3.1997, publicada no DJ de 17.03.2000. Ementário nº 1983-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23780-5/MA. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 28.9.2005, publicada no DJ de 3.3.06. Ementário n. 2223-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 31697/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 11.03.2014, publicado no DJe de 02.04.2014. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação em Agravo Regimental n. 19529/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 15.03.2016, publicado no DJe de 18.04.2016. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação em Medida Cautelar em Agravo Regimental n. 6650/PR. Relator: Ministra Ellen Gracie. Julgada em 16.10.2008, publicada no Dje 21.11.2008. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação em Medida Cautelar em Agravo Regimental n. 6702/PR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 04.03.2009, publicada no Dje de 30.04.2009. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 17102/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgada em 12.02.2016, publicado no DJe de 16.02.2016. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 26303/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgada em 28.06.2017, publicado no DJe de 29.06.2017. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 27605/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgada em 01.09.2017, publicado no DJe de 05.09.2017. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1133118/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento pendente. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 579951/RN. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 20.8.2008, publicado no DJ, n. 202, de 24.10.2008, Ementário n. 2338-10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 15 de 13.12.1963. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p.37.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 13 de 21.8.2008, DJe n. 162 de 29.8.2008 e Diário Oficial da União, Brasília, DF 29.8.2008. Brasília, DF, 11.01.2002.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. Revista do Serviço Público 47. 01 de abril de 1996. Disponível em:<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

CARTA de Pero Vaz de Caminha. Porto Seguro, Ilha de Vera Cruz. 1º de maio de 1500. Disponível em:< <http://docente.ifrn.edu.br/Paulomarntins/livros-classicos-de-literatura/a-carta-de-pero-vaz-de-caminha-em-pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *STF e Agentes Políticos: nepotismo e insegurança*. Periódico Eletrônico Genjurídico. 13.03.2017. Disponível em:<<http://genjuridico.com.br/2017/03/13/stf-e-agentes-politicos-nepotismo-e-inseguranca/>>. Acesso em: 23 de março de 2018.

COPOLA, Gina. *O nepotismo cruzado e a súmula vinculante nº 13, do Egrégio Supremo Tribunal Federal*. A improbidade administrativa. Jurisprudência sobre o tema. Boletim de Direito Administrativo - BDA, v. 28, n. 07, p. 785-789, jul. 2012.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 de dezembro de 1948. Disponível em:<<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>Acesso em: 13 de maio de 2018.

DI PIETRO, Marya Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Marya Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOS SANTOS, Mauro Sérgio. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERREIRA, Natália Ciscotto. *O Nepotismo, a Moralidade Pública e a Jurisdição Constitucional: um estudo acerca do sentido e do alcance normativo da súmula vinculante n.13*. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Mestrado em Direito e Políticas Públicas. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/8632/1/61000338.pdf>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2018.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALVASIO, Daniela Ruschel. *A validade da norma jurídica e a democracia para Kelsen, Bobbio e Ferrajoli: uma crítica à concepção puramente formal*. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, n.33, p.145-155, set./dez. 2017.

Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/03/DIR33-09.pdf>>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Zélio Maia. *Nepotismo e concurso público: Critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na Administração Pública*. Revista jurídica Consulex v. 12, n. 286, p 40-41, 15 de dezembro 2008.

DO DEVER VINCULADO DO ESTADO DE IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS COM VISTA A REDUZIR AS DESIGUALDADES SOCIAIS

Ana Beatriz Moreira Ribeiro

Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialização em Pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp e Graduada em Direito pela Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira. Advogada.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo abordar a problemática das desigualdades sociais no Brasil - fruto de um passado revestido pelo colonialismo, pela escravidão e pelo autoritarismo -, que ainda perduram no País, mesmo após a promulgação da CRFB/88, cunhada como programática ou dirigente. Para o desenvolvimento deste trabalho, versar-se-á, portanto, sobre as normas programáticas – conceito fulcral para a defesa da cogência do art.3º, III, CRFB/88 -, bem como sobre o perfil do gasto público brasileiro, advogando-se pela imprescindibilidade da adoção de políticas públicas que visem à mitigação do problema sob censura. A metodologia da pesquisa respalda-se na revisitação da doutrina e legislação aplicável.

Palavras-chave: Desigualdades sociais – CRFB/88 – normas programáticas – gasto público brasileiro – políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

A desigualdade social, no Brasil, é proveniente de um processo histórico, que traz, em seu bojo, heranças do colonialismo, do autoritarismo, da escravidão e do desprezo pelos direitos dos trabalhadores. Diante deste cenário, a Constituição Federal de 1988, promulgada após um longo período marcado pela ditadura, objetivando reparar injustiças históricas, devido às reivindicações sociais, estabeleceu, como um de seus objetivos fundamentais, em seu art.3º, III, a redução das desigualdades sociais e regionais. Tais objetivos constituem a razão de ser do Estado brasileiro, cujo foco é a dignidade da pessoa humana, não se tratando de meras normas programáticas, destituídas de qualquer eficácia. Consistem, pois, em determinações, que devem ser seguidas pelo Poder Público e pela sociedade, visando alterar a realidade social. Nesse sentido, a CF/88, no art.170, VIII, impõe aos agentes econômicos uma atuação pautada em consonância com os seus objetivos fundamentais. Além disso, o art.23, CF/88, predica ser da competência de todos os entes da Federação não apenas a adoção de medidas de redução ou alívio da pobreza, mas a implementação de políticas públicas que visem combater as causas que a propiciam, proporcionando a integração social dos mais vulneráveis.

A dimensão atual da desigualdade social é resultante de um Estado omissivo em relação aos seus deveres jurídicos, teleológicos e deontológicos. O planejamento e a adoção de políticas públicas para a consecução das finalidades do Estado, quando não são inexistentes, são ineficientes. Apesar de o Brasil figurar como uma das maiores economias mundiais, dentre os países democráticos é líder em termos de concentração de renda. Grande parcela da população enfrenta não apenas a ausência estatal, mas a atuação de um Estado voltada a privilegiar as classes mais abastadas da sociedade, configurando em vilipêndio aos direitos humanos, incompatível com os fins propugnados pelo próprio Estado.

Desse modo, torna-se imprescindível o presente estudo, perfilhando-se a tese do dever do Estado de implementar políticas públicas com o fito de reduzir as desigualdades sociais e regionais, como conduta vinculada, não discricionária, inexorável à concreção da Carta Magna.

Na primeira parte deste trabalho se discutirá acerca das atribuições do Estado, fazendo uma retomada histórica sobre sua origem, e ressaltando a ampliação de suas funções e centralidade na redução das discrepâncias sociais.

A segunda parte, a seu turno, abordará a desigualdade no Brasil, evidenciando seus aspectos históricos e culturais, que contribuíram para que o País seja reconhecido como um dos países mais iníquos do mundo.

A terceira parte explanará sobre as normas programáticas, correlacionando-as ao art.3º, III, CF/88, defendendo o seu caráter vinculativo aos Poderes Públicos, por serem normas constitucionais, e, portanto, dotadas de imperatividade e eficácia jurídica.

A quarta parte, por sua vez, versará sobre o perfil do gasto público no Brasil, demonstrando a importância do papel do orçamento público para mitigar as desigualdades sociais no País, o que vem sendo negligenciado por aqueles que se encontram no exercício do poder político.

O propósito do presente trabalho é atestar o dever constitucional do Estado de adotar políticas públicas profícuas para a redução das desigualdades sociais e regionais, a despeito de a norma do art.3º, III, CF/88 ser classificada como norma programática. Nesse viés, faz-se uma ponderação entre as circunstâncias históricas que culminaram na realidade atual, marcada pela iniquidade social, e os desígnios da Carta Magna de 1988, denominada como Constituição Dirigente. A metodologia da pesquisa respalda-se na revisitação da doutrina e exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como da Constituição Federal de 1988 e legislação aplicável.

2 DISCUSSÕES ACERCA DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Não se sabe, ao certo, a origem do Estado. Alguns autores sequer se arriscam na tarefa de defini-lo, por ser este constituído de vários aspectos. Potyara Amazoneida Pereira Pereira (2008), no entanto, o define como um conceito complexo, histórico e relacional. Para a autora, o Estado é, simultaneamente, uma relação de dominação, em determinada sociedade, dentro de um espaço territorial delimitado, e a união de entidades mediadoras e reguladoras dessa dominação, com funções que exorbitam a coerção.

As distintas conceituações de Estado e sociedade despontam do pensamento de Hobbes e Locke, jusnaturalistas modernos, apontados como os primeiros autores políticos. Segundo Hobbes (2006), o homem possui um desejo ínsito de poder, riqueza e propriedade e, ao contrário do que dizia Aristóteles, não é um animal político ou social, mas um lobo egoísta e ganancioso, sempre disposto a saciar a sua gana. Dessa maneira, nasceria o Estado, através do contrato social, - um pacto no qual ser-lhe-iam atribuídos poderes absolutos -, como uma forma de evitar uma guerra de todos contra todos, em que o homem sacrificaria a sua liberdade em prol de sua segurança. O Estado e a sociedade teriam, então, surgido concomitantemente, caracterizando o desaparecimento do estado de natureza. Diferente de Hobbes, para Locke (1994) o estado de natureza configura-se num estado de

paz e harmonia, cujos homens são dotados de razão e liberdade, possuidores de direitos naturais. Para ele, o contrato social simboliza a passagem para a sociedade civil, com o fito de salvaguardar e fortalecer os direitos naturais, que seriam amparados por uma norma.

Rousseau, por sua vez, através de uma releitura dos pensadores que lhe antecederam, formulou a sua própria teoria. Segundo o autor (1983), no estado de natureza os homens são bons e coexistem em harmonia, sendo a sociedade que os corrompe, devido à divisão do trabalho e da propriedade privada. Para ele, os homens nascem livres, o pacto social que os aprisiona. Dessa forma, para que o contrato social se afigure legítimo, o indivíduo, ao perder a sua liberdade natural, em contrapartida, adquire a liberdade civil. Assim, de acordo com o pensador, o exercício da soberania do Estado se confunde com o exercício da soberania popular, tolhendo a soberania do direito singular do príncipe e transferindo-a para a vontade geral do povo, como requisito para a sua libertação, sendo legítimo que o povo se oponha ao governo quando este não o representar. Cumprir a lei que se preceitua a si mesmo é um ato de liberdade. A sociedade propicia consideráveis transformações aos homens, positivas ou negativas. O pacto social, oriundo da necessidade de colaboração entre os homens contra as forças da natureza, redundou na desigualdade social - sendo, antes de Rousseau, entendida como sendo algo natural, passando-se, após as reflexões do pensador, a ser reputada como resultante das ações sociais. Se se compreende a desigualdade como sendo natural, não há o que se possa ser feito. Contudo, se for considerada cultural, social e sistêmica, pode ser modificada e combatida. Incumbiria ao Estado atenuar as desigualdades entre os homens e manter a paz já existente no estado de natureza.

Enquanto Hobbes defende um Estado Absolutista, com concentração dos poderes nas mãos do monarca, e Locke defende um Estado Liberal, pautado na propriedade privada, Rousseau seria o predecessor da democracia.

Karl Marx (2003), no entanto, diverge das teorias contratualistas, reputando ser uma perspectiva ideológica, que visa atender aos interesses da classe dominante. Para Marx (2003), o Estado não representa a sociedade como um todo, conforme asseguravam os contratualistas, mas a classe dominante, configurando-se em uma superestrutura, de caráter alienante, bem como um mecanismo de controle e poder dessa classe. Um aspecto importante da teoria marxista é que mesmo que o Estado não esteja sendo governado diretamente por um burguês, sua estrutura é burguesa, defendendo os interesses da classe dominante.

As atribuições do Estado, desse modo, se assentam nos estágios do capitalismo, que têm como elemento comum a exploração do trabalhador. Segundo Pastor e Brevilheri (2009), apesar de o Estado, desde a sua concepção, assumir determinadas incumbências sociais, não o faz com o escopo de preservar o bem comum, mas como forma de controle e manutenção da ordem, muitas vezes por meio da repressão.

De acordo com Pastor e Brevilheri (2009), no Estado Liberal, que perdurou entre 1850 e 1930, há uma baixa intervenção estatal no que tange aos direitos sociais, ficando a população mais vulnerável à mercê da caridade. O Estado só se responsabilizaria por aqueles que não tivessem a menor condição de ingressar no mercado de trabalho, como crianças, deficientes e idosos. Há uma prevalência do interesse individual sobre o coletivo, naturalizando-se a miséria. Netto (2005) predica que entre o final do século XIX e início do século XX, o que subsistia era o capitalismo concorrencial, regido pela livre concorrência. Pontifica Bastos (1995) que incumbia ao Estado, tão somente, a defesa da sociedade contra inimigos externos e assegurar a boa convivência interna, através da política, e a aplicação das leis civis e penais. Saúde, educação, previdência e seguro social concerniriam à sociedade civil.

O Estado social, por sua vez, caracteriza-se, conforme Pereira (2008), pela intervenção estatal na economia, expandindo e fortalecendo o setor público e gerindo sistemas de proteção social. Explica Pereira (2002) que a questão social que emergiu no século XIX, com a Revolução Industrial nos países europeus, figurava como uma ameaça à ordem e às instituições liberal-burguesas, nascendo, assim, o Estado Capitalista Regulador, ou Estado de Bem-Estar Social, que teve seu apogeu nos anos 50, com a expansão dos gastos sociais e acumulação de capital. Salienta Silva (2006) que o Estado deixa de ser formal, neutro e individualista, se transformando em um Estado que busca a justiça social, cujo intento é promover o bem-estar geral e o livre desenvolvimento da pessoa humana.

O Estado de Bem-Estar Social, no entanto, foi apontado como um dos causadores da crise do capital, nos anos de 1970, emergindo o neoliberalismo, que sugeria a implementação de um Estado mínimo. Esse movimento retratou um retrocesso em relação aos direitos sociais, com redução do papel do Estado na execução de políticas públicas, que passaram a se submeter aos interesses capitalistas. A responsabilidade pela execução de tais políticas de cunho social é, então, delegada para a sociedade civil e o terceiro setor.

Ocorre que a economia de mercado é incapaz de, por si só, promover a inclusão e o desenvolvimento social, sendo imprescindível a atuação do Estado, através de políticas públicas, na erradicação da pobreza e das

desigualdades sociais.

No Brasil, a concepção dos direitos sociais decorreu da luta entre as classes sociais, compelindo o Estado a garantir tais direitos. A razão de ser do Estado Democrático de Direito se assenta no próprio reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e garantia dos direitos fundamentais. A dignidade do ser humano faz parte de sua própria essência, afirmando Kant que o “ser humano é dotado de dignidade pelo simples fato de ser humano, sem necessitar pertencer a algum grupo social, raça ou religião”. Desse modo, a dignidade da pessoa humana está atrelada ao direito à vida, saúde, educação, proteção social, imprescindíveis para a existência humana digna, encontrando-se positivados na CF/88.

3 A DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL

A desigualdade social, historicamente, está presente em todos os países do mundo. Consiste no contraste entre as classes sociais (ou castas) dominantes e as classes sociais (ou castas) dominadas, de modo a designar um lugar aos desiguais, em virtude de aspectos econômicos, de gênero, raça, crença, ou grupo social, privando os menos favorecidos não apenas ao acesso a direitos básicos, mas, também, às oportunidades. Para o sociólogo Max Weber (1977), as classes sociais estão relacionadas aos privilégios e prestígios, sendo uma forma de estratificação social, tendentes à perpetuação em gerações, reiterando as diferenças com as classes subalternas. Karl Marx e Engel (2005), por sua vez, predicam haver duas grandes classes – o proletariado e a burguesia –, numa relação de exploração e opressão, na qual os trabalhadores lutam pela sobrevivência, enquanto os capitalistas visam ao lucro.

Apesar de não se tratar de um fenômeno novo, a desigualdade social foi intensificada, a partir do século XIX, pelas formas mais modernas do capitalismo – industrial e financeiro –, sendo mais acentuada nos países mais pobres. Outro fator que a propiciou foi o colonialismo europeu nos países do Hemisfério Sul. A herança colonial é comum em quase todos os países latinos e africanos, sobretudo os colonizados por Portugal, Espanha, França e Inglaterra. No Brasil, a organização sociopolítica e econômica foi marcada por uma estrutura colonial hierarquizada, centralizada e discriminatória, despreocupada com a redistribuição de riquezas e em conferir direitos políticos à população local. Também é característico do período colonial brasileiro o uso intensivo da mão-de-obra escrava e dos latifúndios, que funcionou para alicerçar um sistema econômico excludente, tendo em vista que havia grande concentração de terras nativas nas mãos de poucas pessoas, o que evidencia

o alto índice de desigualdade nas raízes da sociedade brasileira. Mesmo após a abolição da escravatura, enquanto países como a Inglaterra debatiam sobre direitos individuais, as populações livres eram postas à margem da sociedade, sem qualquer tipo de amparo pelo País.

As maiores causas da desigualdade social residem na concentração de renda e de poder, na má alocação dos recursos públicos, na lógica do sistema capitalista – que visa o lucro acima de tudo –, na carência de oportunidades de trabalho e na ausência de investimentos nas áreas sociais, como saúde, educação e cultura. Nesse sentido, a defesa da meritocracia é uma utopia, tendo em vista que há uma distância abismal entre as classes sociais, não se afigurando razoável exigir dos mais vulneráveis os mesmos feitos dos mais abastados. O princípio constitucional da isonomia prevê que aqueles que estão em situações distintas sejam tratados de maneira desigual, admitindo-se, assim, como determinados cenários inclinam-se a perdurar, do mesmo jeito, por décadas, devido às origens e condições sociais do indivíduo.

O Brasil está entre os países com elevado nível de desigualdade social. No BRIC, que engloba Brasil, Rússia, Índia e China – países com alto índice de crescimento econômico e com aptidão de crescimento para as próximas décadas –, o Brasil é o país com o maior índice de desigualdade social. Ao passo que Índia, China e Rússia estão, respectivamente, na 34^a, 90^a e 93^a posições, o Brasil ocupa a 120^a posição no ranking de 127 países, em estudo realizado pelo Ipea, em 2004, baseado no coeficiente de Gini.

Segundo dados obtidos pela Oxfam – confederação de 19 organizações e mais de 3000 parceiros, atuante em mais de 90 países, no combate à pobreza no mundo –, os seis maiores bilionários brasileiros concentram, juntos, a riqueza de metade da população brasileira.

De acordo com o último relatório divulgado, no final de 2019, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), levando-se em conta o coeficiente de Gini, o Brasil é o 7º país mais desigual do mundo, ficando atrás apenas de países africanos, como África do Sul, Namíbia, Zâmbia, República Centro-Africana, Lesoto e Moçambique. Conforme o documento, apenas o Catar tem maior concentração de renda entre o 1% mais rico da população do que o Brasil. Os 10% mais ricos do País concentram 41,9% da renda total, e os 1% mais rico concentra 28,3% da renda. Segundo Katia Maia, diretora executiva da Oxfam Brasil, a desigualdade exposta pelo relatório pode ser explicada por uma série de fatores, dentre eles o racismo, a questão de gênero e a tributação de impostos, que são determinantes para que o Brasil continue numa posição negativa nos próximos anos. Conforme estimativas, as mulheres ganharão o mesmo que os homens só em 2047

e os negros terão equiparação salarial com os brancos somente em 2089. Gilson Schwartz, professor de economia da Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (USP), aponta que o extenso período de escravidão no País marca todos os fatores que tornam o Brasil um dos mais desiguais, ressaltando que foi o último país ocidental a abolir a escravidão, em 1888. No que tange ao sistema tributário brasileiro, quem tem mais dinheiro paga, proporcionalmente, menos impostos. Aqueles que auferem 320 salários mínimos mensais pagam uma alíquota efetiva de imposto similar àquele que recebe 5 salários mínimos mensais. Além disso, não há tributação sobre a posse de meios de transporte de luxo, como jatos, helicópteros, iates e lanchas, por exemplo.

Para António José Avelãs Nunes (1986), o imbróglio da distribuição de renda talvez esteja mais atrelado a um problema relacionado ao poder do que à economia.

4 EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

A Constituição Federal de 1988, como núcleo do ordenamento jurídico brasileiro, e o primado dos direitos fundamentais, são componentes substanciais do Estado Democrático de Direito. A aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais, desta forma, constituem elementos imanentes à consubstanciação de tais direitos, sobretudo no que toca à dignidade humana e o direito a uma sociedade mais equânime.

A eficácia das normas constitucionais está relacionada à produção de seus efeitos. De acordo com Pinto Ferreira (2002), a eficácia é característica das normas jurídicas, decorrendo-se, automaticamente, a possibilidade de geração imediata de efeitos jurídicos, variando a intensidade, através de uma prescrição, que pode ser de cunho positivo ou negativo. José Afonso da Silva (2004) predica que a eficácia pode ser concebida em dois sentidos: eficácia social – quando a norma válida produz efeitos concretos no plano social – e eficácia jurídica – quando há a possibilidade de a norma produzir efeitos na sociedade, já produzindo, no entanto, efeitos no universo jurídico. Pode acontecer de uma norma possuir eficácia jurídica sem ter eficácia social, o que ocorre, por exemplo, quando uma norma revoga outra norma anterior, sem, contudo, ser efetivada por condutas no plano dos fatos sociais.

A classificação mais adotada das normas constitucionais quanto à sua eficácia – inclusive, eleita pelo Supremo Tribunal Federal – é a instituída por José Afonso da Silva (2004), que as divide em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a sua entrada em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de edição de norma infraconstitucional. Referidas normas possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, não passíveis de restrição pelo legislador. São exemplos os artigos 44, 45 e 77 da CF/88.

As normas constitucionais de eficácia contida, a seu turno, são aquelas que, apesar de serem capazes de, a partir de sua vigência, gerarem todos os seus efeitos jurídicos, podem ser restringidas pelo legislador, através de lei infraconstitucional, limitando sua eficácia e aplicabilidade. Exemplo clássico é a norma insculpida no art.5º, XIII, CF/88.

As normas constitucionais de eficácia limitada, por sua vez, não são capazes de produzir todos os seus efeitos desde a sua entrada em vigor, sendo necessária a edição de outra norma para a sua executoriedade. A despeito de não gerarem todos os seus efeitos, todas as normas que lhes forem contrárias são, automaticamente, revogadas, sendo vedada a produção de normas que colidam com os seus preceitos, denominando-se efeito paralisante da função legislativa em sentido contrário. Tais normas se subdividem em normas de princípio institutivo (ou organizativo ou orgânico) e normas de princípio programático (ou norma programática). Aquelas apenas contém determinações de organização geral da fundação de determinado órgão, entidade ou instituição, que se dará por normas infraconstitucionais. Um exemplo é o art.18, §2º, CF/88, que predica ser a organização político-administrativa do Brasil compreendida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo todos autônomos. Já estas instituem programas constitucionais de ação social a serem perseguidos pelo Poder Público, como a norma do art.3º, III, CF/88, que introduz como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais. Situam-se, assim, sobretudo, entre os direitos sociais versados nas Constituições contemporâneas, reconhecidas pela incumbência do Estado Social intervencionista.

A eficácia das normas programáticas, no entanto, representa uma celeuma no mundo jurídico. Alguns doutrinadores defendem que tais normas, por dependerem de complementação normativa, não são imediatamente aplicáveis, bem como não ensejam um direito subjetivo positivo, apenas negativo, cabendo ao indivíduo exigir, apenas, uma abstenção do legislador, em não editar normas que contradigam ao programa de ação. Defende-se, no presente trabalho, contudo, que as normas programáticas constituem em compromisso imputado às constituições liberais, surgido a partir das

reivindicações populares. Possuem, portanto, caráter imperativo, não se restringindo a programas de atuação legislativa ou executiva, constituindo-se em verdadeiros princípios impositivos e coercitivos da ordem econômica e social, de modo a vincular juridicamente o legislador na escolha de seus fins. É decorrência lógica de que, se toda a Constituição é norma jurídica, todos os direitos que ela abrange têm aplicabilidade direta, de modo a vincular os três poderes, o que é ratificado pelo art.5º, §1º, CF/88, ao definir que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Faz-se mister uma interpretação constitucional que subordine toda a interpretação jurídica aos comandos da Lei Maior, notabilizando-se o princípio da força normativa da Constituição, que pressupõe a máxima eficácia das normas constitucionais.

No **RE 271.286 AgR**, julgado em 12-9-2000, cujo relator foi o ministro Celso de Mello, em que a autora pleiteava medicamento destinado ao tratamento da AIDS, com fundamento no art.196, CF/88, ficou assentado que a interpretação da norma programática não pode reduzi-la a mera promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, de forma ilegítima, descumprir o seu impostergável dever, cominado pela Carta Magna de 1988.

Canotilho (1982), na obra intitulada “Constituição Dirigente e vinculação do legislador”, desenvolveu uma Teoria da Constituição, sustentando que as normas programáticas, ao contrário do que pregava a doutrina tradicional, não se limitam a meras promessas, programas ou preceitos políticos despidos de vinculação, possuindo igual valor jurídico que as demais normas dispostas no texto constitucional. Segundo o doutrinador português, as normas programáticas têm a prerrogativa de vincular o legislador, impondo-lhe a obrigação de desenvolver leis instituidoras de prestações positivas, bem como ordenar ao Poder Executivo que providencie serviços e atividades indispensáveis à materialização das normas constitucionais, evidenciando a importância dos princípios e da concreção da Constituição. Desse modo, perde força a concepção clássica de Constituição como estatuto delimitador de poder, revestindo-se de importância as normas programáticas e os projetos de transformação social e econômica.

A índole garantista da CF/88, insculpida, mormente, em seus arts.1º e 3º, enseja a sua classificação como Constituição Dirigente, tendo em vista que não se circunscreve a um trivial ordenamento político, mas a um arranjo econômico e social. O art.3º, CF/88 propala os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, deliberando a respeito de desígnios profusos de atuação para o Poder Público e para a sociedade, sobretudo no que tange aos

direitos fundamentais, que constituem o cerne de proteção constitucional. O Constitucionalismo Dirigente de Canotilho trouxe inspiração à Assembleia Nacional Constituinte no momento da promulgação da Carta Magna de 1988, que não organizou apenas o cenário político à época, prescrevendo, também, relativamente aos objetivos de caráter programático. Nessa perspectiva, infere-se que o legislador Constituinte de 1988 subordinou o Poder Público à efetivação dos princípios constitucionais orientados à transformação social. O desenvolvimento de uma interpretação dirigida à concreção da CF/88 consubstancia-se no nexos entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a exigência de uma sociedade menos desigual, conforme preceitua o art.3º, III, CF/88. Dessa forma, a adoção de políticas públicas que visem à redução das desigualdades sociais é uma imposição constitucional, não um mero projeto futuro a ser posto em prática ao arbítrio do Poder Público.

4 PERFIL DO GASTO PÚBLICO NO BRASIL

O orçamento público é uma das principais leis de um país, instrumento através do qual o Governo Federal se utiliza para planejar a alocação dos recursos amealhados de toda a sociedade, mediante o recolhimento de tributos. Nele estão aquilatadas as receitas que o governo supõe auferir – que podem sofrer oscilações no decorrer dos anos -, bem como são fixadas as despesas a serem realizadas – o que indica as prioridades governamentais para cada período de um ano -, a fim de se preservar a sua saúde fiscal.

A elaboração do orçamento público é um processo complexo, envolvendo várias etapas, dentre as quais a aprovação da Lei do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), todas propostas pelo Poder Executivo, e submetidas à aprovação pelo Congresso Nacional.

O PPA estabelece as políticas e metas - bem como os meios para se atingi-las - para um período de quatro anos. A LDO e a LOA são concebidas anualmente, e devem estar de acordo com os objetivos propugnados pelo PPA. A LDO estabelece quais as metas e prioridades serão tratadas no próximo ano, orientando a elaboração da LOA, que irá descrever o quanto o governo irá gastar, em quais áreas e por quais motivos.

Embora o orçamento público seja um documento de governo, ele deve submeter-se às normas da Constituição Federal de 1988, viabilizando a concretização de seus objetivos fundamentais, em especial a redução das desigualdades sociais, insculpido em seu art.3º, III.

Helena Taveira Torres (2014) ressalta o caráter democrático do orçamento

público, sustentando que sua ausência desnaturaria o próprio Estado Constitucional, tornando-o incompleto. O autor, ainda, elenca cinco funções jurídicas do orçamento no Estado democrático de Direito, quais sejam: função de delimitação legislativa, restringindo a atuação da Administração Pública, ao se autorizar a execução de despesas; função de planejamento, conciliando as exigências constitucionais com a arrecadação e as despesas estipuladas, sobretudo no que tange às políticas públicas destinadas a refrear as desigualdades regionais e sociais; função de transparência, publicizando a arrecadação e as despesas, a fim de que a sociedade tenha amplo acesso a essas informações; função de efetividade dos direitos e liberdades fundamentais, destinando valores para a sua concretização; e função de controle, propiciando ao legislativo a fiscalização dos gastos programados e os que vierem a ser realizados.

Musgrave e Musgrave (1999), por sua vez, destacam três, dentre as várias funções econômicas do orçamento moderno: função alocativa, que visa determinar o quanto compete ao setor privado e ao público na economia; função distributiva, que busca ajustar a distribuição de riqueza e ofertar bens e serviços para a população mais vulnerável ou em situação de pobreza, sendo considerada a mais significativa no debate orçamentário, bem como tema fundamental de política pública; e função estabilizadora, que objetiva a manutenção do elevado nível de emprego e da estabilidade econômica.

Lee, Johnson e Joyce (2004) asseveram que a finalidade do sistema orçamentário é designar os poucos recursos às diferentes demandas sociais que os disputam entre si.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 privilegiou alguns gastos em detrimento de outros, vinculando o legislador orçamentário. De acordo com estudo da agência de classificação de risco Moody's Investors Service, o Brasil é o país da América Latina com o arranjo de gastos públicos mais engessado, em virtude das despesas obrigatórias, com cerca de 90% das despesas subordinadas à lei, sendo que nos países com o orçamento mais flexível as despesas obrigatórias giram em torno de 50%.

Sandoval Alves da Silva (2016) emprega o termo cláusula pétrea orçamentária para designar determinadas matérias e valores impassíveis de apreciação parlamentar no Projeto de Lei Orçamentária enviado pelo Executivo, transformando-se o texto, automaticamente, em lei. De acordo com Fernando Facury Scaff (2018) existem cinco cláusulas pétreas orçamentárias: dotações para pagamento de pessoal e seus encargos, serviço da dívida, imunidades tributárias, vinculações orçamentárias para o custeio de direitos fundamentais e o sistema de precatórios. Segundo o autor,

esses gastos públicos, que não permitem a deliberação parlamentar, são destinados conforme os desígnios do Executivo e Judiciário, explicitando, assim, quais são os grupos sociais que captam os recursos públicos.

As dotações para pessoal e seus encargos refere-se à parcela de recursos fixados para o pagamento da remuneração dos servidores e empregados públicos, bem como os encargos derivados. O Poder Legislativo está, por norma constitucional, impedido de deliberar sobre esse gasto, mas podem ser realizadas majorações, via normas não orçamentárias, como ocorreu na Lei 13.317/2016, que concedeu reajuste de 41,5% aos servidores do Judiciário da União, cujo impacto não estava previsto na LOA de 2015. Trata-se de um gasto duradouro e rígido, tendo em vista que os servidores públicos possuem estabilidade funcional e irredutibilidade de vencimentos.

A Lei Complementar 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal - estabeleceu, no art.19, uma limitação global federativa para os gastos com pessoal, e, no art.20, estipulou um subteto, em relação à receita corrente líquida de cada ente da federação, que poderá ser conferido a cada Poder. Caso o gasto com pessoal atinja 95% do limite determinado, deverão ser empregadas determinadas restrições. No entanto, frequentemente essa limitação não é respeitada, não sendo aplicada nenhuma sanção, em virtude do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, tornando as citadas normas da LRF inócuas. Desse modo, queda-se inexecutável o controle efetivo das contas no sistema federativo brasileiro.

Outro grande problema atinente ao funcionalismo público diz respeito à renitência de se empreender um teto remuneratório para as categorias de servidores públicos do alto escalão, como membros da magistratura e do ministério público, que visam transformar o teto remuneratório em piso salarial. Os auxílios concedidos a essas categorias, além de não integrarem o teto remuneratório, por serem considerados verbas indenizatórias, não sofrem incidência do imposto de renda, o que contribui ainda mais para alavancar as desigualdades sociais já existentes no País. Tais agentes políticos possuem um poder de barganha muito grande, o que faz com que se sobressaiam os seus interesses privados em face dos interesses de toda a coletividade.

Desde 2001 - um ano após a entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) – o aumento das despesas com o funcionalismo público é superior à inflação, passando a ser, a partir de 2008, mais do que o dobro da inflação. No âmbito federal, há, atualmente, 1,26 milhões de servidores públicos. Em 2020, de acordo com dados do Tesouro Nacional, houve uma queda de apenas 0,8% nas despesas no primeiro semestre em relação ao mesmo período do ano anterior, descontando-se a inflação,

chegando ao valor de 152,6 bilhões de reais. De janeiro a junho de 2019 os gastos com pagamento de pessoal e encargos derivados totalizou 153,61 bilhões de reais, o que representa o maior valor desde 1997. Os custos com a folha de servidores equivalem a 16% dos gastos da União, o triplo das despesas discricionárias do governo (47,45 bilhões de reais).

A dívida pública federal, a seu turno, abrange os empréstimos que o Governo Federal contrai para custear o seu déficit orçamentário - incluindo-se nele o refinanciamento da própria dívida -, junto a instituições financeiras públicas ou privadas, no mercado financeiro interno ou externo, podendo ser formalizada através de contratos ou emissão de títulos públicos pelo Tesouro Nacional. Trata-se do elemento que mais pesa no orçamento da União. Conforme informações veiculadas pela Secretaria do Tesouro Nacional em janeiro de 2020, a dívida pública federal, interna e externa, atingiu o patamar de 4,248 trilhões de reais em 2019. Um estudo realizado pelo “The Institute of International Finance”- associação internacional de instituições financeiras, com sede em Washington, nos EUA-, baseado em dados referentes ao terceiro trimestre de 2019, apontou que a dívida pública brasileira vem crescendo, com um salto de 62% do PIB em 2014 para 88% do PIB em 2019, ficando, dentre os países emergentes, atrás apenas do Líbano, cuja dívida pública representa 155% do PIB. Uma alternativa para o endividamento seria a reforma tributária, através da criação de novos tributos - e da sua progressividade -, ampliando-se as receitas governamentais, como, por exemplo, a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, que é autorizado pela CF/88.

As imunidades tributárias, por sua vez, constituem em limitações ao poder de tributar, de modo a restringir a competência tributária dos entes federados, devendo estar, obrigatoriamente, previstas no texto constitucional. Consistem em vedações constitucionais dirigidas diretamente ao legislador, impedindo-o de prever como hipótese de incidência determinada situação ou fato, tendo sido declaradas pelo STF, no julgamento da ADI nº 939, cláusulas pétreas constitucionais, constantes no rol do art.60, §4º, CF/88. Luís Eduardo Schoueri (2015) assinala as imunidades como resultantes de decisões políticas, em que grupos de pressão têm seus interesses assegurados até mesmo na Constituição. Com as imunidades tributárias, propaladas ao longo do texto constitucional, o Brasil deixa de arrecadar vultuosos valores que poderiam ser empregados para contribuir com a efetivação dos direitos sociais e a redução das desigualdades sociais.

No que tange às vinculações orçamentárias para o custeio de direitos

fundamentais, trata-se de exceção à regra da primeira parte do art.167, IV, CF/88, que veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa (regra da não afetação dos impostos). As vinculações para custeio dos direitos sociais não são apenas cláusulas pétreas orçamentárias, mas, também, constitucionais. A CF/88 - que não é de cunho liberal - protagonizou a redução das desigualdades sociais, garantindo uma receita mínima para a implementação dos direitos sociais. Dentre esses direitos, apenas a educação e a saúde possuem uma fonte mínima direta para seu custeio (art.198, §2º e 212, CF/88), enquanto os demais possuem fonte mínima difusa para tanto (art.79 e 80, ADCT). Fernando Facury Scaff (2018) predica que cortar essa fonte mínima de custeio implicaria na invalidação desses direitos - que são essencialmente prestacionais -, ressaltando o caráter de cláusula pétrea constitucional das normas estabeledoras de vínculo orçamentário para o aporte dos direitos fundamentais sociais para saúde, educação e redução da pobreza. Nesse contexto, discute-se a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016, que estabeleceu um teto de despesas para a União, de forma a limitar a abrangência das vinculações para custeio dos direitos sociais de educação e saúde. De acordo com Fernando Facury Scaff (2018):

Entende-se que essa desvinculação de receitas viola o princípio da vedação ao retrocesso, pois faz cessar uma importante fonte de financiamento para o custeio dos direitos fundamentais. Embora não haja muita transparência nessa operação orçamentária, tudo indica que tais recursos são diretamente carreados para o pagamento do serviço da dívida pública, dimensionado pelo Anexo de Metas Fiscais das sucessivas e anuais Leis de Diretrizes Orçamentárias, o que é inconstitucional, pois acarreta o privilegiamento dos rentistas em detrimento da parcela mais pobre da população, centro da meta de redução das desigualdades sociais.

A EC 95/2016 rompe com o pacto social propugnado pela CF/88, obstruindo o que vinha sendo empreendido nessa área nos anos anteriores, de modo a reduzir os investimentos em políticas sociais, fragilizando toda a rede de proteção social. Essa nova diretriz restringe o gasto primário do governo federal por um teto estipulado conforme o gasto relativo ao ano anterior, reajustado pela inflação acumulada, mensurada pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). De acordo com Dão Real Pereira dos Santos, diretor do Instituto de Justiça Fiscal, ao estabelecer que o crescimento seja pelo índice do IPCA, a EC 95/2016 está reduzindo

os gastos sociais, tendo em vista que o crescimento do referido índice é incapaz de abranger o crescimento populacional, constituindo-se em “uma verdadeira ponte para o passado”. Ainda que haja um crescimento econômico, com recuperação das receitas públicas e combate à sonegação, os gastos sociais restarão sujeitos à estagnação, o que implica dizer que o Estado não apenas abster-se-á de atuar na redução da pobreza, como se converterá em uma poderosa ferramenta de acumulação e concentração de riquezas. Para o presidente da Confederação Nacional das Associações de Moradores (CONAM), e membro do Conselho Nacional de Saúde (CNS) e do Conselho Nacional das Cidades, Getúlio Vargas Júnior, referida emenda integra um projeto ultraliberal, em que toda a rede de proteção social e investimento público que cooperaram para a transformação do País nos últimos 15 anos, desde a emenda, estão, paulatinamente, congelando ou cessando.

A CF/88 fixa um percentual mínimo que deverá ser aplicado em recursos em ações e serviços públicos de saúde, correspondente, no caso da União, a 15% da receita corrente líquida, e, no caso dos estados e municípios, respectivamente, a 12 e a 15% do produto da arrecadação de impostos. Para a educação, os gastos mínimos com a manutenção e desenvolvimento do ensino são no importe de 18% da receita de impostos, para a União, e de 25% da receita de impostos e transferências para estados e municípios. A EC 95/2016 rompe com esse roteiro, dando ensejo à disputa entre as áreas por fragmentos do orçamento. Referida emenda prejudica o Plano Nacional de Educação (PNE), aprovado em 2014, que estipulava, para 2019, a meta de investimento de 7% do PIB em educação, e, para 2024, 10% do PIB. Segundo o Instituto de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), o investimento público em Educação Pública sofreu estagnação, ficando em 5% do PIB, em 2019. O Relatório de monitoramento das metas do PNE supervisiona 20 metas educacionais, sendo apresentado a cada dois anos, com o fito de medir a evolução do plano. Conforme o Relatório, os aspectos mais alarmantes em relação à educação brasileira permanecem sendo o baixo nível de aprendizado dos alunos, as desigualdades e a trajetória escolar irregular.

Andressa Pellanda, que integra a Campanha Nacional Pelo Direito à Educação, pontifica que o PNE não se circunscreve a um pacto social concebido por especialistas, os sujeitos de direito e a comunidade educacional, mas tem como pilar um profícuo diagnóstico sobre o que é necessário para o progresso da educação brasileira, o que vem sendo desprezado. Segundo ela, comparando-se o Brasil com os países da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – há uma falsa ideia de que

o País está próximo à média, visto que os países comparados têm níveis de desenvolvimento e de qualidade da educação muito desigual, necessitando, de valores diferentes. A Noruega, por exemplo, não tem a necessidade de investir para incluir milhões de crianças na escola, como o Brasil. Além de tudo, explica, cotejar investimentos absolutos pode levar à conclusão de que eles se reverterem em aplicações nas áreas indispensáveis, o que nem sempre ocorre. O salário dos professores, por exemplo, no Brasil, é, significativamente, inferior ao de países que investem absolutamente menos que o País em educação. Desse modo, faz-se mister avaliar o investimento que é feito por aluno, o que traz um melhor referencial para a comparação. Nesse sentido, o investimento brasileiro é bem ífero.

A PEC do Pacto Federativo (PEC 188/2019 - Senado) torna ainda mais dramático o congelamento dos recursos do Poder Executivo previsto na EC 95/2016, acrescentando regras ao congelamento determinado por esta emenda, quando as despesas primárias obrigatórias chegarem a um patamar de 95% das despesas primárias totais, suspendendo-se, até mesmo, a possibilidade de reajuste dos valores pela inflação do período anterior. Para piorar, a PEC 188/2019 aventa mudanças no art.167, CF/88 que alteram, significativamente, os recursos financeiros empregados na saúde e na educação, trazendo uma vinculação conjunta entre essas duas áreas - imprescindíveis para o desenvolvimento do País - o que culminará em mais danos à população brasileira, visto que, em comparação aos países membros da OCDE, ambos setores são subfinanciados no Brasil. O ente da federação que empregar um valor superior ao mínimo em uma área poderá empregar um valor inferior em outra área, gerando uma vil competição entre saúde e educação, o que acarretaria numa mudança de paradigma em relação ao que a CF/88 prevê. De acordo com Grazielle David, doutoranda em desenvolvimento econômico e pesquisadora do Cecon/Unicamp, a concepção de saúde como direito público, universal e integral, que deve ser gratuita e de qualidade, poderá ser alterada. Pode ser que se reduza a cobertura – ao invés de universal, a saúde passe a ser focalizada, como nos Estados Unidos – em que apenas a população mais pobre e vulnerável receba subsídios públicos, ou pode haver uma mudança na integralidade, limitando-se os níveis de assistência. Tal proposição poderá reduzir o SUS a um pacote limitado de serviços e medicamentos, como recomenda o Banco Mundial, ou se aproximar do que propõe a OMS (Organização Mundial de Saúde), que predica que todos tenham um pacote restrito de serviços. Atualmente, segundo a pesquisadora, não há uma cobertura universal nem de educação, nem de saúde, com uma demanda de acesso e integralidade nos dois setores. A ausência de recursos

adequados torna ineficaz essa implementação. David chega, portanto, à conclusão de que o escopo da PEC em comento é restringir saúde e educação como direitos fundamentais e integrais para adotar políticas focalizadas nos mais desamparados ou em políticas não integrais, circunscritas a apenas uma etapa, como o ensino fundamental, no âmbito da educação, e atenção primária, no âmbito da saúde.

A PEC do Pacto Federativo, ademais, alvitra a revogação do art.5º da Lei Complementar 141/2012, que vincula a aplicação dos recursos em serviços públicos de saúde ao crescimento do PIB. Isso implicará, pontifica Grazielle David, na interrupção de serviços, restrição da oferta de medicamentos, paralisação de unidades e demissão de profissionais, reduzindo-se tanto o acesso quanto a qualidade da saúde e educação. Outro ponto importante aventado pela referida PEC é a imposição de condicionalidades para a promoção de direitos sociais, incorporando o “direito ao equilíbrio fiscal intergeracional”, que poderá ser utilizado, na prática, para tolher ações que visem elevar os recursos para os direitos sociais difundidos na CF/88, sob a alegação de quebra do “equilíbrio fiscal intergeracional”, por exemplo, se o País não honrar as despesas financeiras (juros, encargos e amortização da dívida) ou quebrar a Regra de Ouro (define que o endividamento anual do País não deverá ser superior aos valores aplicados em investimento no ano, sem autorização do Congresso Nacional).

A PEC 188/2019, também, visa revogar a obrigatoriedade da elaboração dos Planos Plurianuais, substituindo-os, de modo injustificado, por orçamentos plurianuais, visto que não há nenhum detalhamento de sua estrutura, temporariedade e constituição. Isso significa que o Executivo, caso seja aprovada a mencionada PEC, fica desonerado de traçar “de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”, ficando, além disso, revogados os §4º e §7º do art.165, CF/88, que predicam que os planos e programas nacionais, regionais e setoriais devem estar de acordo com o plano plurianual, bem como a função do orçamento - atrelado ao plano plurianual - deve ser a redução das desigualdades inter-regionais, conforme o critério populacional. A revogação de ambos parágrafos denota a ausência de interesse na criação de estratégias para a redução das desigualdades inter-regionais, tornando perene a sucessiva redução dos direitos sociais.

Quanto ao sistema de precatórios, são ordens de pagamento ao poder público oriundas de decisões judiciais transitadas em julgado que atestam a violação, por parte do Estado, a algum direito patrimonial de pessoas físicas ou

jurídicas, sendo incluídas, obrigatoriamente, no projeto de lei orçamentária em favor dos credores, não havendo liberdade do legislador orçamentário para dispor desses créditos, que deverão ser inseridos na lei orçamentária do jeito como foram remetidos pelo Poder Judiciário. Fernando Facury Scaff (2018) nos adverte que, apesar de apresentar características de um gasto público republicano, não têm sido concretizados pelos sucessivos governos, ainda que seja normativamente uma cláusula pétrea orçamentária.

CONCLUSÃO

A desigualdade social, no Brasil, se fez presente em toda a sua história, alijando as camadas mais pobres da sociedade ao acesso a direitos como educação, saúde, trabalho, moradia, saneamento básico, dentre outros. Diante desse cenário, a discussão acerca do papel do Estado assume relevância. Apesar de o neoliberalismo sustentar a ideia de um Estado mínimo, no qual o mercado se encarregaria da distribuição das riquezas, se afigura inexecutável a redução das discrepâncias sociais sem a interferência estatal nessa vertente. O Estado encerra uma função crucial na garantia do acesso a condições iminentes à cidadania. A iniquidade social e a privação que lhe é conexas, aniquilam os direitos fundamentais do indivíduo, assegurados, formalmente, pela Constituição Federal de 1988. A miserabilidade infringe, simultaneamente, os direitos civis, políticos, econômicos e sociais da pessoa, que, desprovida de recursos, não encontra condições para o exercício dos direitos fundamentais, ignorando, muitas vezes, a própria existência deles.

A manutenção da exclusão social e da pobreza são incongruentes com um dos objetivos fundamentais da República, disposto no art.3º, III, CF/88, de erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como constitui óbice à própria democracia, na medida em que inviabiliza o pleno exercício de direitos por parte dos cidadãos. Embora o art.3º, III, CF/88 seja classificado como uma norma programática, já ficou assentado em julgado do Supremo Tribunal Federal que sua interpretação não pode se resumir a uma mera promessa constitucional, devendo o Poder Público atentar-se para o cumprimento de seu dever. Tais normas têm o condão de vincular todos os três poderes, exigindo-lhes ações que visem alterar a realidade social, de modo a prestigiar a dignidade da pessoa humana, através de uma sociedade mais equânime e justa. A norma do art.3º, III, CF/88, constitui, em verdade, em objetivo do próprio Estado brasileiro, devendo ser observada por qualquer um que se encontre sob a direção do governo, independentemente de ideologias político-partidárias.

Ocorre, no entanto, que as escolhas políticas, na maioria das vezes, se apoiam na preservação do *status quo*, de modo a privilegiar as classes mais abastadas e os grandes empresários, que pregam a extinção do Estado social e de seu compromisso com os direitos sociais, que asseguram aos indivíduos mais vulneráveis uma vida mais digna. O modo como é arrecadado e gasto o dinheiro público no Brasil ratifica o exposto. A tributação no País não é, de fato, progressiva, não se arrecadando, proporcionalmente, mais de quem tem mais recursos. Aqueles que auferem maior renda deveriam contribuir com mais impostos, como é o caso do imposto sobre grandes fortunas, previsto na CF/88, cuja regulamentação não se deu até o presente momento. Outro fator que contribui para as desigualdades no País são as elevadas remunerações dos agentes públicos do alto escalão, que, têm seus salários incrementados por auxílios concedidos, sem qualquer respaldo constitucional, não havendo incidência de imposto de renda nessas parcelas, por serem consideradas de caráter indenizatório. Vê-se, claramente, nesses casos, os interesses privados de uma minoria privilegiada sobre o interesse público coletivo. A dívida pública também é um vilão da equidade social, beneficiando os rentistas, e consumindo grande parcela do orçamento público, que poderia ser empregada em áreas sociais carentes de investimentos, como saúde, educação e assistência social.

As ações políticas dos últimos anos vêm não apenas negligenciando a área social, mas, deliberadamente, sucateando-a. Exemplo claro é a Emenda Constitucional nº 95/2016, de constitucionalidade duvidosa, que instituiu um teto para os gastos públicos, reduzindo o alcance das vinculações para o aporte dos direitos sociais de educação e saúde. A PEC do Pacto Federativo (PEC 188/2019- Senado) agrava a situação, ao propor alterações no texto constitucional aptas a restringir ainda mais o custeio dos direitos fundamentais. É importante ressaltar que, apesar das críticas, as vinculações para o custeio dos direitos fundamentais – cláusulas pétreas orçamentárias e constitucionais -, implicam em maior garantia aos cidadãos carentes de recursos. Significa que, ao menos, um mínimo será empregado nas áreas sociais mais importantes – saúde e educação -, independentemente da ideologia político-partidária regente.

Sustentou-se, nesta pesquisa, o caráter vinculado, não discricionário, da adoção de políticas públicas na persecução do combate à pobreza e às desigualdades sociais. Tal desiderato é fulcral para a materialização da Constituição Federal de 1988, consagrada como Dirigente, considerando-se que a dignidade da pessoa humana é o sustentáculo de todo o ordenamento jurídico, razão de ser do próprio Estado brasileiro, preceituando que seja a

todos garantido, na pior das hipóteses, o mínimo existencial. Para a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, faz-se mister, portanto, substituir os padrões culturais e econômicos que as propiciam e que intensificam a exclusão, sobretudo aqueles promovidos pelo Estado, tanto na elaboração das leis, quanto na adoção de políticas públicas.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Ivan. Dívida Pública Federal: saiba o que é e como ela é formada? Politize, 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/divida-publica-federal/#:~:text=O%20estudo%20mencionado%20acima%20apontou,2014%20para%2088%25%20em%202019>>. Acesso em: 15/09/2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BERMUDEZ, Ana Carla; REZENDE, Constança e MADEIRO, Carlos. Brasil é o 7º país mais desigual do mundo, melhor apenas do que africanos. Uol, 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2019/12/09/brasil-e-o-7-mais-desigual-do-mundo-melhor-apenas-do-que-africanos.htm#:~:text=A%20desigualdade%20de%20renda%20no,de%20na%C3%A7%C3%B5es%20do%20continente%20africano>>. Acesso em: 23/10/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 939-7/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos, 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>> Acesso em 15/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRG no Recurso Extraordinário nº 27.286-8 – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>> Acesso em: 15/09/2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Constituição dirigente e vinculação do legislador : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra, 1982.

Estoque da Dívida Pública Federal chega a R\$ 4,248 trilhões em dezembro de 2019. Ministério da Economia, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/01/estoque-da-divida-publica-federal-chega-a-r-4-248-trilhoes-em-dezembro-de-2019>> Acesso em: 15/09/2020.

FERRARI, Hamilton; PINTO, Paulo Silva; RODRIGUES, Douglas e CARVALHO,

Amanda. Gasto com funcionário público cai só 0,8% em 2020. Poder 360, 2020. Disponível em: < <https://www.poder360.com.br/economia/despesa-com-funcionarios-publicos-cai-08-no-1o-semester-do-ano/> > Acesso em 15/09/2020.

FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2002.

GOMES, Helton Simões. 5 bilionários brasileiros concentram mesma riqueza que metade mais pobre no país, diz estudo. G1, 2018. Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/noticia/5-bilionarios-brasileiros-concentram-mesma-riqueza-que-metade-mais-pobre-no-pais-diz-estudo.ghtml> > Acesso em: 25/10/2020.

GUIMARÃES, Cátia. Entrevista: “O Plano Nacional de Educação foi um pacto social firmado pela sociedade brasileira”. Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio/Fiocruz, 2019. Disponível em: < <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/o-plano-nacional-de-educacao-foi-um-pacto-social-firmado-pela-sociedade> > Acesso em: 25/09/2020.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

HEINEN, Maíra. Investimento público na educação ficou estagnado em 2018 e 2019, segundo INEP. Rádio Agência Nacional, 2020. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/acervo/educacao/audio/2020-07/investimento-publico-na-educacao-ficou-estagnado-em-2018-e-2019-segundo-inep/> > Acesso em: 15/09/2020.

LEE JR., Robert D.; JOHNSON, Ronald W.; JOYCE, Philip G. Public Budgeting Systems. 7.ed. Boston: Jones and Bartlett Publishers, 2004.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. Manifesto Comunista. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

MARX, Karl. O 18 brumário e cartas a Kugelmann. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MODELLI, Laís. O que faz do Brasil um dos países mais desiguais? Ecologia dos saberes, 2019. Disponível em: < <https://eduzezimbra.wordpress.com/2019/03/02/o-que-faz-do-brasil-um-dos-paises-mais-desiguais/> > Acesso em: 18/10/2020.

MUSGRAVE, Richard; MUSGRAVE, Peggy. Hacienda publica teorica y aplicada. 5.

Ed. Tradução de Juan Francisco Ramon et al. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1999.

NETTO, J.P. Ditadura e Serviço Social: uma análise do Serviço Social no Brasil pós-64. 8. Ed. São Paulo: Cortez, 2005.

NUNES, António José Avelás. Crescimento económico e distribuição do rendimento (reflexões sobre o caso brasileiro). Cadernos do Centro de Ciencia e Técnica Fiscal, Lisboa, n.143, p. 187-188, 1986.

PASTOR, M.; BREVILHERI, E. C. L. Estado e Política Social. Serviço Social em Revista. V. 12. N. 01. Londrina, Jul/Dez 2009.

PEREIRA, Potyara. A. P. Política Social e Democracia. 2. Ed. Rio de Janeiro: Cortez, 2002.

PEREIRA, Potyara. A. P. Política Social: temas & questões. São Paulo: Cortez, 2008.

REINHOLZ, Fabiana. Emenda 95, o enfraquecimento do Pacto Social. Brasil de Fato, 2018. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/10/03/emenda-95-o-enfraquecimento-do-pacto-social>> Acesso em 15/09/2020.

Revista Raça, 2017. Mulheres ganharão como homens só em 2047, e os negros como os brancos em 2089. Disponível em: <<https://revistaraca.com.br/mulheres-ganharao-como-homens-so-em-2047-e-os-negros-como-os-brancos-em-2089/>> Acesso em: 18/10/2020.

ROUSSEAU, J. J. Do Contrato Social (1757), Abril Cultural, São Paulo, 1983.

SCAFF, Fernando Facury. Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Sandoval Alves da. O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos. Salvador: Juspodivm, 2016.

TAVARES, Viviane. Entrevista: “A intenção é de reduzir saúde e educação como direitos fundamentais”. Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio/Fiocruz, 2020. Disponível em: < <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-intencao-e-de-reduzir-saude-e-educacao-como-direitos-fundamentais>> Acesso em: 15/09/2020.

TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Financeiro – Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: RT, 2014.

WEBER, Max (1977). Classe, status, partido. In: VELHO, O. G.; PALMEIRA, M. G. S. & BERTELLI, A. R. (org.). Estrutura de classes e estratificação social. 7^a ed. Rio de Janeiro: Zahar.

WOLFFENBÜTTTEL, Andréa. O que é? - Índice de Gini. Ipea, 2004. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28> Acesso em: 25/10/2020.

A APLICABILIDADE DO INSTRUMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Karla Alves Drummond Silva

Graduada em Direito pela Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira. Advogada.

Lorena Stefany da Silva Pádua

Pós-graduanda em Direito pela FUMEC e graduada em Direito pela Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira. Advogada.

RESUMO: O presente artigo tem o desígnio de analisar a aplicação do instrumento das Diretivas Antecipadas de Vontade no ordenamento jurídico brasileiro e a importância de sua regulamentação. Tal instrumento poderá ser realizado quando o indivíduo ainda estiver em pleno gozo de sua capacidade civil e puder exprimir sua vontade, podendo ser modificado a qualquer momento, sendo desnecessário o diagnóstico de alguma doença, nem mesmo idade específica para sua elaboração. É através deste instrumento, dirigido aos familiares, médicos e cuidadores, que o indivíduo exercerá efetivamente sua autonomia, deixando estabelecido os tratamentos que gostaria ou não de se submeter em caso de doença incurável e/ou terminal e determinar quem poderá tomar decisões por ele, caso venha a se tornar incapaz. Para tanto, procedeu-se uma breve vinculação do Estado Democrático de Direito às garantias dos direitos fundamentais, no intuito de justificar o legítimo exercício da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana. Contribuiu também para o objetivo proposto conceituar vida e morte à luz da dignidade da pessoa humana; sumamente elucidar eutanásia, ortotanásia, distanásia, suicídio assistido e tratamentos paliativos; pontuar o vínculo médico-paciente para, avidamente, expor questões atinentes às Diretivas Antecipadas de Vontade e justificar a necessidade de seu acolhimento pelo ordenamento jurídico brasileiro através, inclusive, do direito comparado, motivo pelo qual insurgir-se à elas configuraria um verdadeiro encarceramento do direito à liberdade.

Palavras-chave: Vida. Dignidade da pessoa humana. Autonomia privada. Morte. Liberdade. Diretivas Antecipadas de Vontade

1 INTRODUÇÃO

Deve-se entender que a morte é uma fase da vida, uma vez que somos mortais. Contudo, apesar de ser essa a única certeza, no geral, os brasileiros não estão preparados para lidar com o fim da vida e com as consequências que muitas vezes este fim desencadeia. Assim, da mesma forma que se planeja um nascimento, dever-se-ia planejar o falecimento e situações que beiram o óbito, com o objetivo de garantir que a vontade do indivíduo prevaleça e para que a pessoa não seja exposta a situações degradantes e que ferem a dignidade da pessoa humana.

Tal planejando torna-se possível através do instrumento denominado Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV). Trata-se de documento elaborado por uma pessoa que possui pleno discernimento e que deseja estabelecer diretrizes a serem seguidas no futuro, quando não mais possuir capacidade de decidir por si e estiver em fase terminal de vida ou doença incurável. Neste documento as pessoas podem definir a quais tratamentos querem ou não se submeter, como desejam ser tratadas e quem pode tomar decisões em seus nomes quando se tornarem incapazes.

O referido instrumento é utilizado e possui legislação específica em vários países, como Portugal e França, porém no Brasil o assunto ainda não possui ampla discussão social, uma vez que grande parte da população não sabe do que se tratam as DAV, existindo apenas dois Projetos de Lei recentemente criados para disciplinar o assunto, adiante citados, além de Resoluções do Conselho Federal de Medicina, como a de nº 1.995/2012.

O tema a ser abordado no presente artigo será as Diretivas Antecipadas de Vontade no ordenamento jurídico brasileiro. A ausência de legislação nos leva a refletir se tal instrumento teria validade em nosso ordenamento e como deveria ser elaborado, bem como quais conteúdos poderiam ser abordados neste documento, sendo esta a problemática do nosso trabalho.

O artigo se justifica diante da necessidade de se analisar a segurança jurídica que os usuários das DAV terão no tocante a sua manifestação de vontade ser atendida ou não pelos seus médicos e familiares.

Ademais, o objetivo geral é compreender a aplicação das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo, portanto, como objetivos específicos: i) discorrer sobre os direitos fundamentais à vida e à liberdade; ii) refletir sobre a autonomia privada do paciente; iii) analisar o vínculo médico-paciente; iiiii) examinar a validade das DAV no Brasil; e iiiiii) apurar até que ponto o direito permite que a vontade do paciente seja concretizada.

O assunto é relevante, pois trata de negócios jurídicos existenciais, sendo de interesse social e jurídico, uma vez que trata da autonomia do paciente em decidir se deseja um tratamento médico específico ou não no fim da sua vida, por exemplo.

Para responder este questionamento parte-se da hipótese de que a manifestação de vontade do indivíduo deve ser respeitada, uma vez que cabe a própria pessoa tomar decisões referentes à sua existência, desde que não prejudique terceiros, cabendo a esta pessoa assumir as responsabilidades de sua decisão. Desta forma, se um paciente se recusa a realizar um determinado tratamento e, em consequência disso, seu quadro clínico piora, o médico não pode ser responsabilizado administrativamente, civilmente e penalmente por este ato. Além disso, não pode ser objeto das DAV aqueles atos considerados ilícitos pelo ordenamento, como por exemplo, a eutanásia e suicídio assistido.

Ressalte-se que o presente trabalho não buscou esgotar o assunto, mas sim levantar reflexões acerca do tema, sendo que para a realização da pesquisa utilizamos doutrinas nacionais e estrangeiras, investigações e estudos sobre o tema.

2 APANHADO ACERCA DA FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Hodiernamente contemplamos o brio de habitar em um Estado Democrático de Direito, Estado este que, segundo Streck e Morais, “tem conteúdo próprio, onde estão nele presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social”, consequência de uma ascensão lancinante desde a era do Estado de Direito, passando pelo Estado Liberal e Social de Direito. (STRECK; MORAIS, 2012, p. 97).

No Estado de Direito, basicamente a autoridade pública estava submissa à Lei. Em que pese existisse um entendimento formal de ordem jurídica, havia um conjunto de direitos fundamentais próprios advindos de uma determinada tradição. Já no Estado Liberal de Direito estava apontada a liberdade de atuação dos indivíduos, com uma mínima atuação do Estado, estando ele, Estado, diante de um impasse na medida em que, ao mesmo tempo que “protegia” os indivíduos de sua atuação, cabia a ele estabelecer instrumentos jurídicos que assegurassem àqueles suas pretensões individuais. O Estado Social de Direito, por sua vez, prezava pelas ações do ente público, atuando em situações incidentais, concretas, o que acarretava um desencadeamento de igualdades dos indivíduos.

Mário Lúcio Quintão Soares ressalta que:

No paradigma Estado Democrático de Direito, através das formas de comunicação, o próprio cidadão deve ser capaz de conhecer seus problemas e criar soluções pertinentes. Ao Estado compete apenas criar meios para que tais soluções sejam efetivadas. (SOARES, 2011, p. 215).

E como exemplo destes “meios”, existe na Constituição a garantia dos direitos fundamentais, inerentes à pessoa, servindo para garantir vida digna, igualdade e liberdade a todo ser humano. Segundo José Afonso da Silva, para conceituar os direitos fundamentais o mais adequado é utilizar-se o vocábulo “Direitos fundamentais do homem”. (SILVA, 2012, p. 178).

O citado autor esclarece que:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas em as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. (SILVA, 2012, p. 178).

O referido autor aduz que as características dos direitos fundamentais são: i) a historicidade, uma vez que surgiu na revolução burguesa e evolui até os dias atuais; ii) a inalienabilidade, haja vista possuírem conteúdo extrapatrimonial, sendo direitos intransferíveis e inegociáveis; iii) a imprescritibilidade, visto que não prescrevem, ou seja, nunca deixam de ser exigíveis; e ii) a irrenunciabilidade, em razão de não permitir que seja renunciado, no entanto, alguns direitos podem não ser exercidos. (SILVA, 2012, p. 181).

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu Título II os direitos e garantias fundamentais. Dentre esses, estão os direitos e deveres individuais e coletivos, elencados no artigo 5º. Estes direitos estão relacionados à personalidade do ser humano, bem como estão interligados entre si e entre os demais previstos na Constituição.

Dispõe o parágrafo 1º, do artigo 5º da Constituição Federal que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No mesmo sentido, Alexandre de Moraes (2012) sustenta que, em regra, os direitos fundamentais são de eficácia e aplicabilidade imediata. (BRASIL, 2018).

Assim, afirma-se que possuem eficácia ampla e plena, bem como visam efetivar o exercício de todos os direitos fundamentais, uma vez que, diferentemente do que ocorria no Estado de Direito, nos casos de omissão legislativa, os direitos fundamentais devem ser observados, preservando

e garantindo a dignidade da pessoa humana, que é um fundamento da República Federativa do Brasil.

3 CONCEPÇÕES DE VIDA E MORTE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A vida possui proteção constitucional, posto ser um dos direitos e garantias fundamentais, consoante o disposto no caput do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1.988: “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 segurança e à propriedade [...]”. (BRASIL, 2018, p. 22).

Ainda a respeito da vida, dispõe o artigo 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”. Como corolário, o indivíduo se torna sujeito de direitos, ou seja, se torna apto a ser titular de direitos e deveres. (BRASIL, 2018, p. 178).

De acordo com José Afonso da Silva, vida é “[...] mais 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”. (SILVA, 2012, p. 197).

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2012) preceituam que a vida é um valor, tendo em vista o caráter de unir as pessoas e fazer com que se relacionem, tendo sido construída pela pessoa humana e, a partir do momento que ela passou a ser considerada um valor, passou-se a respeitá-la. Os autores ainda dispõem o seguinte: “Certo é que, sem a vida, a pessoa humana não existe como tal”. E foi com o passar dos séculos que a vida foi reconhecida e protegida como bem jurídico. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 69).

Estabelece Alexandre de Moraes que “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”. (MORAES, 2012, p. 34).

Em vista disso, a vida não deve ser reconhecida somente em seu campo biológico, mas como um todo, devendo a pessoa ter qualidade de vida, surgindo-se daí o conceito de vida digna.

A definição de vida digna nos remete ao princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1.988, que tem o escopo de proteger a pessoa humana, sendo tutelado tanto na esfera pública, quanto na privada. Assim, cabe ao Estado assegurar a vida em sua dupla acepção, quais sejam, o direito de permanecer vivo e o direito de se ter uma vida digna. (MORAES, 2012).

Nesse viés, defende José Afonso da Silva (2012) que a vida é composta de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais), sendo que constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos. Assim, não justifica assegurar os demais direitos fundamentais, se não estabelecer a vida como um desses direitos. Destarte, a definição de vida engloba o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e o direito à existência.

Sobre este tema, Aluísio Santos de Oliveira diz que:

O princípio da dignidade da pessoa humana atua no sentido de proteger os direitos fundamentais. Do contrário, estariam estes direitos, em geral, e de forma destacada a vida, à mercê da atuação do homem e do próprio Estado, sem o devido respeito que eles impõem. (OLIVEIRA, 2012).

Depreende-se que a dignidade da pessoa humana, uma vez que se trata de princípio constitucional, tem caráter obrigatório e qualifica os direitos fundamentais, haja vista que busca a promoção do ser humano em todos os aspectos. Portanto, vincula todos os demais direitos e as referidas garantias fundamentais, buscando-se assim, a sua efetividade.

Já a morte deve ser compreendida como uma fase da vida, uma vez que aquela põe fim a esta. Neste contexto, dispõe o artigo 6º do Código Civil: “A existência da pessoa natural termina com a morte [...]”, ou seja, neste momento termina a personalidade jurídica do agente. (OLIVEIRA, 2012; BRASIL, 2018, p.178). Para a medicina a morte ocorre com a “cessação irreversível das funções do encéfalo”. (NAVES; SÁ, 2015, p. 374).

Não obstante a morte ser uma fase da vida, constata-se que a sociedade trata o tema como um tabu¹. Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira escreveram que: “[...] as pessoas, de maneira geral, não parecem psicologicamente aptas a lidar com o pensamento do estado de morte, aquela ideia de inconsciência permanente, e essa é uma razão para negá-la”. (SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 83).

Se a vida deve ser regida pela dignidade da pessoa humana, e a morte faz parte de uma fase da vida, logo, a morte também deve ser tutelada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, a qualidade de vida também deve ser observada na fase terminal do indivíduo.

1 Tabu: [...] 5. Figurado aquilo que não é discutido ou mencionado por pudor ou por educação.

4 AUTONOMIA PRIVADA

4.1 Atuais contornos da autonomia privada

Primordialmente é necessário salientar que existe uma diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada. A autonomia da vontade tem uma acepção subjetiva e psicológica, advinda do Liberalismo. Por sua vez, a autonomia privada tem uma conotação objetiva, concreta e real. Além disso, é fruto do Estado Democrático de Direito (NAVES; SÁ, 2015).

Neste sentido, arrazoaram Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves:

[...] Assim, em um contexto atual, ao Direito resta analisar a manifestação concreta da vontade e não suas causas e características intrínsecas. Não é objeto do Direito perquirir sobre o conteúdo da consciência interna de cada ser. Daí decorre nossa preferência pela expressão autonomia privada (NAVES; SÁ, 2015, p. 105).

Segundo Francisco Amaral, autonomia privada é o “princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”, respeitando-se a legislação. (AMARAL² apud NAVES; SÁ, 2015, p.41).

Neste sentido:

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses. (AMARAL³ apud NAVES; SÁ, 2015, p.106).

Asseveraram Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves que, no campo biológico, a autonomia privada é conhecida como “consentimento informado”, bem como se caracteriza através do “poder de autodeterminação do paciente” (NAVES; SÁ, 2015, p. 105).

No entanto, para efetivar o exercício dessa autonomia privada do paciente

2 AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

3 AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337

deve-se respeitar o regramento do artigo 104 do Código Civil, que trata da validade do negócio jurídico, além de outros requisitos especiais, como: informação, tendo em vista que o paciente deve receber todas as informações sobre sua doença e o respectivo tratamento; discernimento, vez que o paciente deve ser capaz de tomar decisões; e ausência de condicionadores externos diretos, ou seja, a decisão deve ser livre, não podendo conter nenhum vício social ou de consentimento. (NAVES; SÁ, 2015).

Ante o exposto, pode-se concluir que é na autonomia privada que reside a liberdade do sujeito, haja vista que o indivíduo domina a sua manifestação de vontade e determina o que é bom para si.

Ademais, assim como a vida, a liberdade também possui proteção constitucional, bem como é um direito fundamental, nos termos do caput do artigo 5º da Constituição Federal, possuindo também as características de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, conforme explicado no item 2.

Consoante o disposto por José Afonso da Silva, liberdade é “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”. O referido autor também afirma que “A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade”. (SILVA, 2012, p. 233).

A liberdade encontra amparo no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que é a partir dele que a liberdade se expande e o indivíduo pode exercer a sua autodeterminação em busca da sua felicidade pessoal, ou seja, é a partir da liberdade que a pessoa desenvolve sua personalidade e exerce a sua autonomia privada. (SILVA, 2012).

No entanto, a liberdade não é absoluta, possui limitações, tendo em vista que a liberdade de um indivíduo não pode atingir a do outro e não pode prejudicar a coletividade.

4.2 A (in)capacidade do indivíduo

No que concerne à capacidade, discutiu-se no capítulo anterior que a pessoa adquire personalidade civil ao nascer com vida, dessa maneira, conquista-se a capacidade de direito. De outro modo, existe também a capacidade de fato, que consiste na aptidão do sujeito para praticar atos da vida civil pessoalmente, sem qualquer assistência ou representação. Esta última é adquirida, em regra, aos dezoito anos completos, com supedâneo no artigo 5º do Código Civil. (BRASIL, 2018).

Destarte, a incapacidade, seja na modalidade absoluta ou relativa, é uma exceção, com previsão nos artigos 3º e 4º do código supracitado, sendo que

o primeiro informa que são absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil por si próprio os menores de dezesseis anos, bem como, o segundo esclarece que:

São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I- os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos (BRASIL, 2018, p.178).

Para Ronald Dworkin “há um consenso geral de que os cidadãos adultos dotados de capacidade têm direito à autonomia, isto é, direito a tomar por si próprios decisões importantes para a definição de suas vidas”. (DWORKIN⁴ apud OLIVEIRA, 2012).

Neste sentido, a capacidade é um requisito para o indivíduo exercer sua autonomia, nos termos do artigo 104, inciso I do Código Civil.

5 NOÇÕES GERAIS DE EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA, DISTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO E TRATAMENTOS PALIATIVOS

A expressão eutanásia teve origem no século XVII e foi criada pelo filósofo Francis Bacon, tendo o significado de “boa morte”. A eutanásia deve ser realizada por um médico, seja através de uma ação ou omissão, com o objetivo de reduzir a vida de pacientes que tenham uma doença incurável e que estejam em grave sofrimento. É necessária a aquiescência do paciente para que sua vida seja abreviada. (NAVES; SÁ, 2015).

A eutanásia ativa se caracteriza por uma ação médica, que atua no sentido de encurtar a vida de quem esteja em sofrimento em decorrência de doença sem cura. (NAVES; SÁ, 2015).

Ademais, quem pratica a eutanásia pode incorrer nas sanções previstas no artigo 121 do Código Penal, tipificado como crime de homicídio. Porém, se o ato for praticado por benevolência, a pena pode ser diminuída, conforme o §1º do citado artigo: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”. (BRASIL, 2018, p. 127).

4 DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 362 p. (Coleção Justiça e Direito).

Já a ortotanásia é conhecida como “morte correta”, e é também chamada de eutanásia passiva, pois é definida por uma omissão médica em realizar ou suspender algum tratamento terapêutico no paciente que esteja sem perspectiva de cura, sem estender a sua vida, deixando que a morte ocorra naturalmente. (NAVES; SÁ, 2015).

Essa prática foi reconhecida pela Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de permitir ao médico que limite ou suspenda procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana, vejamos:

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

Todavia, é importante elucidar que a ortotanásia só é praticada com o consentimento do paciente, que deve exercer a sua autonomia, seja aceitando a suspensão dos tratamentos ou procurando outras opiniões médicas e outros tratamentos.

Nesse seguimento, explicam Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves:

No entanto, é dever médico diagnosticar e determinar o alcance da enfermidade, bem como sua possibilidade de cura. A partir daí, cabe ao paciente exercer a opção de limitar ou suspender o tratamento, tudo de acordo com a autonomia que lhe é garantida constitucionalmente e em razão de um consentimento livre e esclarecido... (NAVES; SÁ, 2015, p. 396).

Por outro lado, a distanásia é antagônica a eutanásia, pois visa o dilatamento do processo de morrer através da obstinação terapêutica,

combatendo-se a morte até a última circunstância. (NAVES; SÁ, 2015).

Entende-se que a distanásia pode ser algo negativo, uma vez que pode vir a prolongar a dor e sofrimento do paciente com tratamentos inúteis, ou seja, que não surtem efeitos e não geram uma perspectiva de melhora do quadro clínico do indivíduo.

Por sua vez, o suicídio assistido se assemelha a eutanásia, conquanto, trata-se de uma ação do próprio paciente que é apenas amparado por um terceiro. Vale ressaltar que o auxílio ao suicídio é criminalizado pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 122, vejamos: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave” (BRASIL, 2018, p. 128).

Em contrapartida, os tratamentos paliativos não podem se confundir com a eutanásia. Este método de tratamento é novo no Brasil e ainda não possui regularização como área de atuação médica junto à Associação Médica Brasileira, segundo informações da Academia Nacional de Cuidados Paliativos (ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS, 2008).

Trata-se de um tratamento que não visa a cura do paciente, bem como não tem o foco na doença e sim no indivíduo e na sua dor. Os paliativistas têm o objetivo de amenizar o sofrimento do doente, cessando-lhe a dor e ouvindo quais são as suas necessidades, dando-lhe um tratamento e vida digna, juntamente aos demais profissionais que cuidam do paciente.

Todas essas indagações não podem ser tratadas e abordadas por um único profissional. Por isso, as equipes de cuidados paliativos são multidisciplinares. O médico paliativista atua para melhorar o conforto físico do paciente – amenizar a dor, diminuir o mal-estar causado pela doença ou pelo seu tratamento – e toda a equipe trabalha para que esses incômodos e todos os outros sejam atenuados para melhoria da qualidade de vida de quem está enfermo e de sua família e amigos (ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS, 2008).

Os paliativistas não se preocupam em tratar somente a dor física, mas também as dores psicológicas e espirituais, ou seja, tratam os sintomas da doença. Em consequência deste tratamento os pacientes podem chegar a viver mais, apesar de não ser essa a finalidade deste método, pois não se busca o prolongamento da vida a todo custo. Além disso, destaca-se a importância de o paciente entender que a morte faz parte da fase da vida e que deve ser vivida até o último minuto, buscando-se sempre o fim da dor e sofrimento.

Nessa lógica, ensina Léo Pessini que é importante que compreendamos que a morte faz parte da vida, com o intuito de não utilizar a medicina como instrumento de tortura ao prolongar demasiadamente a vida de um indivíduo. (PESSINI⁵ *apud* SÁ; MOUREIRA, 2012, p. 84).

6 VÍNCULO MÉDICO-PACIENTE

Dentre outros significados, a palavra “vínculo” nos remete à ideia de algo relacionado a afetividade. Aqui, privativamente, o vínculo existente entre médico e paciente se intensifica numa fase em que este último, na maioria das vezes, encontra-se fragilizado com a notícia relativamente a sua saúde, momento em que necessita, inclusive e sobretudo, de um amparo psicológico.

Alguns médicos então, a exemplo dos paliativistas, passam a ser, além de um profissional, um amigo, um conselheiro, um companheiro, alguém que, de certa forma, manejará os cuidados e tratamentos nos últimos dias de vida daquele paciente. André Filipe Junqueira dos Santos (2017), médico de Ribeirão Preto, estado de São Paulo, especialista em tratar pacientes em estado terminal, premiado pela Sociedade Americana de Oncologia Clínica, nos Estados Unidos, afirma: “Se envolver é parte da natureza humana, acho que só não vamos nos envolver no momento em que formos máquinas”. Um dos lemas do profissional é não procurar dar tempo à vida e sim procurar dar vida ao tempo, diz LG Rodrigues (2017).

Todavia, os impasses morais enfrentados pelos profissionais exigem cada dia mais uma atividade contínua de formação de caráter do ser humano, denominado por Dall’Agnol como “cuidado respeitoso”, proposta interessante para a valorização de pressupostos fundamentais que pautam a convivência harmoniosa e pacífica entre as diferentes formas de vida humana, como cita Geraldo das Dôres de Armendane (2018). (DALL’AGNOL⁶ *apud* ARMENDANE, 2018, p. 349).

Outrossim, este mesmo autor, Geraldo das Dôres de Armendane, apresenta quatro regras práticas que guiam e orientam o relacionamento entre médicos e pacientes, quais sejam, a veracidade, a privacidade, a confidencialidade e a fidelidade, regras estas levando-se em consideração a

5 PESSINI, Leo. Reflexões bioéticas sobre a distanásia a partir da realidade brasileira. In RIBEIRO, Diaulas Costa (coord). A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 166.

6 Dall’Agnol D. Cuidar e respeitar: atitudes fundamentais na bioética. *Bioethikos*. 2012;6(2):133-46

realidade desses profissionais no país, a partir do estudo do Código de Ética Médica, Resolução n.º 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, atualizado há quase uma década, que trouxe inúmeras inovações em relação ao Código anterior, reforçando de forma significativa a autonomia do paciente.

A perquirição de um modelo de tratamento que busque o constante respeito à individualidade do paciente é um dos grandes objetivos da bioética hoje. O pressuposto fundamental desse respeito à dignidade de quem é tratado irrompe de uma nova postura médica, menos voltada para o paternalismo e atenta à subjetividade do enfermo: “A arte da medicina atinge a sua perfeição quando se dobra sobre si mesma e deixa o outro em liberdade”. (GADAMER⁷ *apud* STANCIOLI, 2004, p. 93).

Brunello Souza Stancioli foi feliz ao afirmar essa perfeição da medicina advinda da liberdade concedida ao indivíduo. Tanto o foi que Roberto Luiz d’Avila (2009) comenta no Novo Código de Ética Médica que “O imperativo é a harmonização entre os princípios das autonomias do médico e do paciente”, autonomias estas que devem sofrer uma ponderação de princípios, vez que são os grandes valores existentes nesse vínculo médico-paciente. Assim, de um lado o médico realizará seu trabalho, exercendo seu dever, seguindo todos os critérios éticos e morais e, do outro, o indivíduo submeter-se-á aos tratamentos nos limites que desejar, gozando dos direitos que lhes são garantidos.

6.1 Responsabilidade do médico

Heloisa Helena Barboza (2012) considera autônomo aquele que compreende as informações relevantes sobre sua situação, as possíveis consequências de suas decisões e que tem capacidade de transmitir de forma clara e reiterada sua decisão. Face a esta autonomia, afirma:

Esse entendimento sobre o princípio da autonomia no campo da Bioética não se distancia da sua compreensão no Biodireito. A distinção se opera nos efeitos que produz sua não observância em cada área: para a Bioética haverá violação de um dever

7 GADAMER, Hans-Georg. O mistério da saúde: o cuidado da saúde e a arte da medicina [Über die Verborgenheit der Gesundheit – Aufsätze und Vorträge]. 70. ed. Lisboa, p. 49, 1997.

ético, ensejando a responsabilidade moral e, em alguns casos, disciplinar, do médico; para o Biodireito, o médico terá violado um direito do paciente, descumprindo seu dever, sujeitando-se à responsabilização civil e, dependendo do caso, também penal e administrativa. (BARBOZA, 2012, p. 59).

No campo da Bioética, dentre outros dispositivos, podemos citar estes dois artigos da Resolução 1.931/2009 do Código de Ética Médica que vedam ao médico:

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

[...]

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, p. 37 e 38).

Por se tratar de um Código Deontológico, como mencionado acima, o médico que infringir o disposto nos referidos artigos, apenas terá violado o código de ética, devendo ser moralmente e disciplinarmente responsabilizado. Todavia, em se tratando de Biodireito, o médico estará sujeito às sanções administrativas, cíveis e até mesmo criminais, mas não as estabelecidas nos artigos supracitados, em âmbito jurídico. Essa crítica é tecida por Gisele Mendes de Carvalho (2011) ao reconhecer a inconformidade da referida Resolução com os valores consagrados na Constituição Federal, tais como a liberdade individual e dignidade da pessoa humana, na medida em que estes não são respeitados quando o médico, por exemplo, fica isento de responsabilidade penal quando comete delito omissivo impróprio ou comissivo por omissão.

Diante disso, a mesma aduz a impossibilidade do conteúdo da Resolução se impor com caráter de Lei e avoca a edição de uma “Lei de Direitos dos Pacientes”, no intuito de garantir a efetividade do direito de todo enfermo recusar a se submeter a um tratamento médico, vital ou não.

7 A APLICABILIDADE DO INSTRUMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO

JURÍDICO BRASILEIRO

7.1 Prelúdio às Diretivas Antecipadas de Vontade

Em nosso atual ordenamento jurídico não há de se encontrar a expressão “Diretivas Antecipadas de Vontade”. As manifestações doutrinárias, legais e jurisprudenciais ainda estão bem no começo. Todavia, é possível identificá-la na esfera medicinal, assim como quando se analisa o Direito Comparado, adiante exemplificado. Em que pese possuímos uma demasiada legislação, diante da constante permutação social o legislador fica impossibilitado de se atentar a todos os anseios e necessidades dos indivíduos.

Contudo, este não pode ser o escopo para desamparar aquele indivíduo que, sendo sujeito de direitos, precisa se valer daquilo que lhe é garantido para concretizar suas pretensões. Assim, trata-se de um instrumento jurídico coadjuvante do indivíduo no exercício de suas liberdades, com amparo na autonomia privada e na dignidade da pessoa humana.

Neste ano foram introduzidos dois Projetos de Lei no Senado Federal acerca do tema. O Projeto de Lei do Senado n.º 149, de autoria do Senador Lasier Martins (2018), em seu artigo 2º, inciso I, conceitua Diretivas Antecipadas de Vontade como sendo uma “manifestação documentada por “escritura pública sem conteúdo financeiro” da vontade da pessoa declarante quanto a receber ou não receber determinados cuidados ou tratamentos médicos, a ser respeitada quando ela não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade;”. Em sua justificativa, o Senador afirma que [...] são a concretização do reconhecimento da autonomia dos pacientes [...].

Um conceito primordial citado por Luciana Dadalto (2016) define que Diretivas Antecipadas são instruções escritas que o paciente prepara para ajudar a guiar seu cuidado médico. São aplicadas a situações específicas como uma doença terminal ou um dano irreversível e produzem efeito quando o médico determina que o paciente não é mais capaz de decidir acerca de seus cuidados médicos. (THOMPSON⁸ *apud* DADALTO, 2016, p. 447).

Já o Projeto de Lei do Senado n.º 267, de autoria do Senador Paulo Rocha (2018), no seu artigo 2º preceitua que as Diretivas Antecipadas de Vontade se constituem em um gênero de documentos de manifestação de vontade acerca de cuidados, tratamentos e procedimentos de saúde aos quais a pessoa deseja

8 THOMPSON, Amy E. Advance Directives. *JAMA*, vol. 313, n. 8, p. 868. Disponível em: <<http://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2130319>>. Acesso em: 01/11/2016.

ou não se submeter quando estiver com uma doença grave ou incurável, seja ela terminal, crônica em fase avançada ou degenerativa em fase avançada.

Desse gênero, surgem duas espécies: o Testamento Vital e o Mandato Duradouro. O Testamento Vital, assim considerado o documento no qual uma pessoa manifesta sua vontade, explicitando os cuidados, tratamentos e procedimentos aos quais deseja ou não ser submetida, e a procuração para cuidados de saúde, assim considerado o documento no qual uma pessoa designa uma ou mais pessoas, em ordem de preferência, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, caso venha a se encontrar impossibilitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015) explicam que há um certo desalinhamento quanto ao termo “Testamento Vital”, visto que a palavra Testamento designa aquele instrumento capaz de gerar efeitos apenas após a morte, relativo ao Direito Sucessório, enquanto o Testamento Vital serve para exteriorizar uma vontade futura, em caso de estado de inconsciência, que produz efeitos *inter vivos*.

A procuração para cuidados de saúde, também denominada Mandato Duradouro, é o instrumento por meio do qual o paciente escolhe alguém de sua confiança para que essa pessoa tome decisões em seu lugar. Enquanto no testamento vital o paciente define os tratamentos médicos que deseja ou não, incluindo coisas como ressuscitação cardiopulmonar, ventilação mecânica, medicamentos, tubos de alimentação, nutrição artificial, diálise e fluidos intravenosos, no mandato duradouro envolve a escolha de alguém em quem o paciente confia para tomar decisões sobre seus cuidados médicos se você não puder fazê-lo. (THOMPSON⁹ *apud* DADALTO, 2016, p. 447; SÁ; NAVES, 2015, p. 400).

7.2 Direito comparado: as Diretivas Antecipadas de Vontade em outros países

Na Europa, mais precisamente na cidade de Oviedo, Espanha, foi realizada a “Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina”, no ano de 1.997, que resultou no Convênio de Oviedo. Este documento foi o primeiro a reconhecer a vontade do paciente na Europa, conforme expresso em seu artigo 9º: “Serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente pelo

9 THOMPSON, Amy E. Advance Directives. *JAMA*, vol. 313, n. 8, p. 868. Disponível em: <<http://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2130319>>. Acesso em: 01/11/2016.

paciente, que dizem respeito à intervenção médica, quando este, no momento da intervenção, não puder expressar sua vontade¹⁰". (DADALTO, 2016).

Um dos países que ratificou este Convênio foi Portugal, através da Resolução da Assembleia da República Portuguesa n.º 1/2.001, tendo, posteriormente, no ano de 2.012, promulgado a Lei n.º 25/2012, disciplinando as DAV. O citado diploma não diferencia as diretivas antecipadas de vontade do testamento vital, além disso, estabelece um prazo de cinco anos de validade para tal documento, devendo ser ratificado neste período. O Ministério da Saúde disponibiliza na internet um modelo de DAV, que não é obrigatório, com o fito de facilitar e padronizar a utilização pela sociedade. Após a confecção, as DAV são registradas em um software, chamado RENTEVE, onde ficam armazenados todos os documentos (DADALTO, 2016).

Já a França, desde o ano de 2002, possuía leis que abordavam o direito dos pacientes. Contudo, tais leis "eram vagas, distantes da realidade e enfrentavam resistência no meio médico", sendo que a vontade do paciente era observada, mas não obrigava o médico a segui-la. Com o advento da Lei 2016-87 foi estabelecido que as DAV vinculam os médicos as manifestações de vontade dos pacientes, bem como define que os incapazes também podem confeccionar as diretivas antecipadas de vontade mediante autorização judicial, além de estabelecer que o citado documento só pode ser utilizado por pessoa no fim da vida. Foram criados dois modelos de DAV, sendo um para pessoas saudáveis e outro para pessoas que já estejam doentes e beirando a morte. (DADALTO, 2016).

7.3 A validade das Diretivas Antecipadas de Vontade no ordenamento jurídico brasileiro

Como dito, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro uma lei que regulamente as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), tampouco existe alguma vedação. Diante disso, surgem os seguintes questionamentos: o que fazer quando o paciente deseja manifestar a sua vontade através das Diretivas Antecipadas de Vontade? Essa manifestação tem validade?

A validade do direito não pode estar atrelada simplesmente a uma norma formal, como ocorria no Estado de Direito, conforme exposto no item 2

10 Texto original: "Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad." (Convenio de Oviedo).

deste artigo. No Estado Democrático de Direito é função do Estado garantir as liberdades, assim como as normas tem o objetivo de efetivar o exercício dessas liberdades.

Cumprе esclarecer que as Diretivas Antecipadas de Vontade são negócios jurídicos existenciais e não atos jurídicos, pois retratam situações de exercício de direitos de personalidade, caracterizada pela intervenção e vontade das partes, não sendo considerado ato jurídico, tendo em vista que os efeitos não derivam da lei.

Preceitua Ana Carolina Brochado Teixeira, que os negócios jurídicos não patrimoniais seguem os princípios da “lógica da liberdade, do livre desenvolvimento da personalidade nos parâmetros que a própria pessoa estabeleceu para si e não do lucro, da paridade”. (TEIXEIRA, 2010, p. 160).

Deste modo, para que as DAV tenham validade, deve-se obedecer aos requisitos de validade do negócio jurídico, previstos no artigo 104 do Código Civil, que serão analisados a luz dos negócios jurídicos existenciais.

Dispõe o citado artigo em seu inciso I que o agente deve ser capaz, portanto, é necessário que as diretivas antecipadas de vontade sejam elaboradas quando o paciente ainda pode exprimir livremente a sua vontade, ou seja, que tenha discernimento, pois é importante que se entenda claramente o diagnóstico médico, bem como que o indivíduo não se enquadre nas exceções dos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Teixeira afirma que o discernimento é imprescindível nos negócios jurídicos existenciais, não podendo ser influenciado por “forças externas ou vícios de consentimento”. Assim, o agente deve ter intenção, claro entendimento e não pode sofrer influência que sejam capazes de mudar sua ação. A autora ainda sustenta que a manifestação de vontade deve ser em regra, expressa, pois se trata de direitos de personalidade. (TEIXEIRA, 2010, p. 160/161).

O inciso II do artigo 104 do Código Civil prescreve que o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, deste modo, o objeto deve ser uma situação existencial, sendo que o conteúdo das DAV não pode ser contrário ao ordenamento jurídico, bem como deve ser possível e determinado, dessa forma, estaria excluído de tal documento, por exemplo, a eutanásia e suicídio assistido, uma vez que são criminalizados pelo Código Penal, conforme explanação do tópico 5.

Já o inciso III determina a forma prescrita ou não defesa em lei, conforme citado no início deste tópico, não existe uma lei que regule as DAV, logo, não existe uma forma especial para elaboração de tal documento, prevalecendo à regra geral do artigo 107 do Código Civil, ou seja, a forma será livre.

7.4 Até que ponto o direito assegura que a vontade do paciente seja concretizada?

É importante ressaltar que a Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, dispõe que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e ainda, em seu artigo 5º, inciso II que “ninguém será obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e inciso III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 2018, p. 22).

Já no Código Civil, está previsto no artigo 15 que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Destarte, nos termos do artigo 107 do código supramencionado, em regra, a “declaração de vontade não dependerá de forma especial” (BRASIL, 2018, p. 179 e 185).

Dessa maneira, entendemos que as DAV não podem ser negadas com fundamento de inexistência de previsão legislativa, pois em que pese não ter uma lei que as regulamente, há no ordenamento jurídico outras normas que dão embasamento para a sua confecção.

Diante da ausência de leis sobre o referido tema e perante a necessidade de disciplinar as condutas médicas, bem como devido à importância da autonomia do paciente no vínculo médico-paciente, o Conselho Federal de Medicina elaborou a Resolução nº 1.995/2012 com o objetivo de tratar as DAV.

Tal Resolução foi inclusive objeto da Ação Civil Pública nº. 000103986.2013.4.01.3500, em que o Ministério Público de Goiás requereu fosse declarada a sua inconstitucionalidade e ilegalidade, sendo que um dos fundamentos era que só a União, por meio do Congresso Nacional, poderia dispor sobre as DAV. Porém, a citada ação foi julgada improcedente, pois as Diretivas Antecipadas de Vontade registradas no prontuário médico têm efeito somente na relação ético-disciplinar do médico, com o intuito de regular situação fática quando o paciente manifesta a sua vontade, não criando direitos e obrigações no ordenamento jurídico (JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE GOIÁS, 2018).

No mais, a Resolução nº 1.995/2012 é coadunável com o artigo 1º, inciso III e artigo 5º, incisos II e III, ambos da Constituição Federal, bem como está de acordo com a legislação civil. Além disso, tal resolução foi importante para a discussão social sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade e para dar um pouco de segurança jurídica para os médicos atenderem aos pedidos dos pacientes. Registra-se que, após a publicação dessa resolução, o número de DAV registradas em cartório aumentou em 771% no ano de 2016 (Camila

Appel¹¹ apud Dadalto, 2016), bem como começou a tramitar neste ano dois Projetos de Lei do Senado de nº 149 e nº 267 que visam disciplinar as DAV.

Luciana Dadalto justifica a importância da criação de uma lei que discipline as DAV:

Até que isso ocorra, as DAV continuarão a ser feitas nos hospitais, nas residências, lavradas em cartório de notas, sem regulamentação específica, mas amparadas pela licitude oriunda de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e do reconhecimento judicial da validade desses documentos, feito na supracitada Ação Civil Pública. Em verdade, uma lei sobre o tema não terá o condão de legalizar a DAV, pois, conforme exarado, tais documentos são lícitos do Brasil, mas sim de operacionalizar e uniformizar sua feitura e seu acesso, permitindo que mais pessoas o façam respaldadas, agora, por norma federal e, portanto, com maior segurança jurídica, à exemplo do que ocorre em Portugal e na França, países foco desse trabalho. (DADALTO, 2016).

Portanto, apesar das DAV serem lícitas em nosso ordenamento, para ser devidamente regulamentadas e para garantir a sua segurança jurídica, seria necessário a criação de uma lei específica para tratar o tema.

Salienta-se que o direito assegura que a vontade do paciente seja concretizada desde que essa vontade não seja contrária a lei e nem prejudique terceiros, em vista disso, não poderia ser conteúdo das DAV o pedido de eutanásia e suicídio assistido, feito por um paciente através das DAV, haja vista tais práticas serem consideradas crimes pelo Código Penal.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discute-se no decorrer deste artigo a possibilidade de o indivíduo, ainda dotado de capacidade e discernimento, por meio do inovador instrumento das Diretivas Antecipadas de Vontade, estabelecer parâmetros a serem seguidos na iminência de sua morte ou em caso de doença incurável, caso venha a se tornar incapaz e não puder mais exprimir a sua vontade.

Para tanto, analisam-se os direitos fundamentais à vida e à liberdade, uma vez que ambos estão relacionados à personalidade do ser humano. Verifica-se que a vida é um dos principais direitos fundamentais, haja vista que sem ela não é

11 Camila Appel. Morte sem tabu. 2016.

possível exercer os demais direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

O bem da vida é tutelado pelo Estado, sendo que ninguém tem o direito de retirar a vida de outrem. Todavia, o referido direito não engloba o fato de simplesmente estar vivo, mas de se viver, vez que o indivíduo tem o direito de ter uma vida digna.

Já o direito à liberdade condiz com o Estado Democrático de Direito e diz respeito a pessoa poder exercer a sua autodeterminação, ou seja, a sua autonomia privada, lembrando que no âmbito médico essa autonomia é denominada pela expressão consentimento informado.

Ressalte-se que nenhum direito, nem mesmo os fundamentais, são absolutos, nem deveres. Assim, o indivíduo tem o direito de se negar a realizar algum tratamento, exercendo o seu direito à liberdade.

Por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade a pessoa tem a possibilidade de definir a quais tratamentos e cuidados deseja se submeter e quem poderia tomar decisões por si, devendo os médicos e familiares respeitarem essa manifestação de vontade. Contudo, o referido instrumento não é regulamentado no Brasil, o que se leva a questionar como as DAV devem ser aplicadas; se tem validade e até que ponto o direito assegura que a vontade do paciente seja concretizada.

É importante dizer que no Estado Democrático de Direito as normas servem para efetivar as liberdades e uma ausência legislativa não pode ser motivo para negativa de um direito a um cidadão. Além disso, é importante dizer que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz dos princípios fundamentais, sendo um destes princípios, a dignidade da pessoa humana.

Ante o exposto, considerando que não há nenhuma norma que proíba o instrumento das Diretivas Antecipadas de Vontade, levando-se em conta que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata e, portanto, não dependem de lei para serem exercidos, entende-se que o referido instrumento pode ser objeto de negócios jurídicos no Brasil, assim como já ocorre em vários países, como Portugal e França.

No entanto, para a elaboração deste documento devem ser observados os requisitos de validade do artigo 104 do Código Civil, sendo de suma importância a observância da informação, vez que o médico deve informar ao paciente sobre seu diagnóstico, suas consequências e os possíveis tratamentos; do discernimento, haja vista que o paciente deve ser capaz de entender perfeitamente a sua situação no momento da elaboração das DAV; e da ausência de condicionadores externos diretos, pois o paciente não pode tomar nenhuma decisão influenciada por terceiros.

A não observância da manifestação de vontade do paciente pelos médicos pode configurar cárcere privado e constrangimento ilegal, dependendo de

qual é a vontade do doente. Além disso, é relevante destacar que a partir do momento que o paciente exerce a sua autonomia privada, optando por não realizar um tratamento, após ter recebido todas as informações, o médico não tem o dever de tratar este paciente, nem lhe será imputada nenhuma responsabilidade ética, cível, penal ou administrativa.

Em que pese as DAV não serem ilícitas e poderem ser elaboradas por qualquer pessoa que esteja apta, sugere-se a feitura de uma Lei que a regulamente. A criação dessa legislação daria mais segurança jurídica a todos os envolvidos, desde o paciente até o médico que a executaria, bem como disciplinaria quais conteúdos poderiam ser abarcados por elas, o momento de sua confecção e sanções para quem as descumprisse.

Até lá, preconiza-se que a lavratura deste instrumento seja feita por um Tabelião de Notas, através de escritura pública, o qual formalizará a vontade do agente, visto que este é o meio mais eficaz para sua realização, diante da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia que gozam os documentos por ele redigidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. *O que são cuidados paliativos*. Prisma Estúdio. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://paliativo.org.br/cuidados-paliativos/o-que-sao/>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

ARMENDANE, Geraldo das Dôres de. *Por um cuidado respeitoso*. In: Revista Bioética v. 26, n. 3, p. 344, 2018. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1523/1898>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BRASIL. *Código Civil e Empresarial*. MOTA, André *et al* (Org.). 3. ed. Salvador: Editora Armador, 2018.

BRASIL. *Código Penal*. MENDONÇA, Ana Cristina; DUPRET, Cristiane (Org.). 3. ed. Salvador: Editora Armador, 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 149, de 2018 (do *Senado Federal*). Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 267, de 2018 (do *Senado Federal*). Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133458>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

CASABONA, Carlos María Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord). *Direito Biomédico: Espanha-Brasil*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2011. 378 p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica: *Resolução CFM n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009* (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. 70p. 15 cm. ISBN 978-85-87077-14-1. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n.º 1.805/2006*. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 07 nov. 18.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n.º 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CONVENIO DE OVIEDO. *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*. Espanha, 04 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

DADALTO, Luciana. *A necessidade de um modelo de Diretivas Antecipadas de Vontade para o Brasil: estudo comparativo dos modelos português e franceses*. Revista M. vol. 1, n. 2, p. 446-463, jul.-dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistam-unirio.com.br/arquivos/2017/01/v01_n02_a09.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

D'AVILA, Roberto Luiz. Um código para um novo tempo. In: *Código de ética médica: Resolução CFM n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009* (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

DICIONÁRIO. Infopédia Dicionários Porto Editora. 2018. In: *Tabu*. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/tabu>>. Acesso em: 09 set. 2018.

GOIÁS. Justiça Federal do Estado de Goiás. *Ação Civil Pública n.º 000103986.2013.4.01.3500*. Ministério Público Federal. Conselho Federal de Medicina. Eduardo Pereira da Silva. Goiânia, 21 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=6834321d3dbe4fa0387f2a4e9bc1e4ad&trf1_

captcha=st83&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO>. Acesso em: 05 nov. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012.

OLIVEIRA, Aluisio Santos de. *O direito de morrer dignamente*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21065>>. Acesso em: 12 set. 2018.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord). *Bioética e Direitos da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 352p.

RODRIGUES, LG. Especialista em tratar pacientes em estado terminal, médico se torna 1º brasileiro premiado internacionalmente. *G1*. Ribeirão Preto e Franca, 13 junho 2017. Disponível em:<<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/especialista-em-tratar-pacientes-em-estado-terminal-medico-se-torna-1-brasileiro-premiado-internacionalmente.ghtml>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). *Manual de Biodireito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros e Editore LTDA., 2012.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

STANCIOLI, Brunello Souza. Coord. João Baptista Villela. *Relação Jurídica Médico-Paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 123 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 15. ed. Parte geral. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.



Newton

Inovação é a nossa tradição.

DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO: BREVES ASPECTOS DA POLÍTICA PÚBLICA BRASILEIRA EM FACE DO ACESSO E UNIVERSALIZAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS À ÁGUA E AO ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Pedro Américo Batista de Oliveira

Graduada em Direito pela Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira. Advogada.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo trazer em voga a temática das políticas públicas aplicadas ao saneamento básico, em especial aos direitos humanos ao abastecimento de água e esgotamento sanitário, tendo como premissa a histórica deficiência e desigualdade de acesso e universalização desses serviços essenciais no território brasileiro, sobretudo à população mais vulnerável. Também se discute a questão da financeirização e a “mercantilização” dos serviços, à luz de uma maior participação do setor privado, corroborada pela recente publicação da Lei nº 14.026/2020. Nessa linha, são feitos apontamentos sobre sustentabilidade financeira e justiça intergeracional, como instrumentos de redução de desigualdades e de correlação com os referidos direitos. Por fim, ressalta-se o protagonismo e a responsabilidade do Estado Brasileiro, inclusive perante a comunidade e órgãos internacionais, tendo em vista que se tratam de direitos inerentes à própria dignidade da pessoa e ao mínimo existencial.

PALAVRAS-CHAVE: Saneamento básico; Direitos humanos; Água e esgoto; Universalização; Estado Brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

Para muitos de nós, sobretudo para aqueles que residem ou trabalham em áreas urbanas, comerciais, industrializadas e regiões metropolitanas, atos como o de abrir a torneira e ver a água escoar, de utilizar um banheiro e dar descarga, são tidos como rotineiros, análogos a um simples “ piscar de olhos ” ou “ comer ”. Nesse contexto, a crise mundial de saúde pública trazida pela pandemia do coronavírus voltou a atenção da humanidade para se envidar esforços individuais e coletivos a uma de suas necessidades mais básicas: os cuidados com a higiene corporal.

No entanto, antes mesmo do COVID-19, a realidade que nos é explícita é de que essas necessidades humanas essenciais não são plenamente satisfeitas e que os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário são acessíveis, na verdade, a uma parcela de homens, mulheres e crianças “ privilegiados ”, considerada longe do ideal quando referenciada ao caráter de acessibilidade e de universalização desses direitos.

Dados da Organização Mundial da Saúde e das Nações Unidas revelam que cerca de 3 em cada 10 pessoas no mundo não possuem acesso a água potável e 6 em cada 10 não possuem esgotamento sanitário seguro, o que se reverte em aproximadamente 2,1 bilhões e 4,5 bilhões de pessoas, respectivamente¹.

No que tange ao Brasil, dados do governo federal divulgados pelo Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNIS), vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Regional, mostram que em 2018², aproximadamente 83% da população era atendida com rede de água e que 53% com rede de esgoto, percentuais que se elevam quando considerado o atendimento somente à população urbana.

Contudo, ao verificarmos os dados individualizados por regiões, a diferença entre elas e a média brasileira é nítida, evidenciando que os índices de acessibilidade aos serviços de saneamento ficam concentrados nas regiões Sudeste e Sul do país, tendo as regiões Norte e Nordeste os piores resultados, evidenciando uma desigualdade regionalizada. Outro dado importante e preocupante é que 38,5% da água potável produzida no país é considerada

1 Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5458:oms-2-1-bilhoes-de-pessoas-nao-tem-agua-potavel-em-casa-e-mais-do-dobro-nao-dispoem-de-saneamento-seguro&Itemid=839. Acesso em 06 ago. 2020.

2 Disponível em: <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>. Acesso em 06 ago. 2020.

não contabilizada³ ou perdida na rede de distribuição, o que demonstra um grande desperdício de recursos, falta de eficiência e controle nos processos.

2 ASPECTOS DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL E NO MUNDO

Priorizando o aspecto jurídico-administrativo relacionado ao saneamento básico, sem haver a pretensão de se esgotar todo conteúdo, alguns pontos devem ser considerados, sobretudo ao longo da trajetória histórica de desenvolvimento e das formulações das políticas públicas direcionadas a essa “espécie”⁴ de direito humano.

Primeiramente, cumpre-nos fazer uma diferença conceitual, já que no âmbito internacional o termo “saneamento” normalmente tem como componentes apenas o abastecimento de água e o esgotamento sanitário, diferentemente do Brasil, que a partir da publicação da Lei nº 11.445/2007, restou estabelecido em seu art. 3º que o “saneamento básico” compreende um conjunto de quatro serviços públicos: abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem de águas pluviais urbanas. Desta forma, quando nos referimos ao saneamento em âmbito nacional, está compreendido um rol de serviços públicos bem mais amplo do que o aplicado internacionalmente.

À vista das relações do Brasil na esfera internacional, é importante destacar que o país é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o que por si só implica na responsabilidade estatal em otimizar e fomentar políticas públicas de acesso e universalização ao direito humano ao saneamento básico, vedado o retrocesso ou a interrupção, o que se traduz em garantias, sobretudo à luz da dignidade humana, princípio e fundamento da República explicitado na nossa Constituição Federal em seu art. 1º, inciso III.

Quanto ao “status de reconhecimento” relativamente recente da água limpa e segura e do saneamento como direito humano, efetivado por

3 Nesse dado entram a falta ou quebra dos medidores residenciais e as ligações ilegais.

4 “Os direitos humanos são universais e inalienáveis. [...] Direitos humanos são indivisíveis. Sejam de natureza civil, política, econômica, social ou cultural, eles são todos inerentes à dignidade de toda pessoa humana. Consequentemente, todos eles têm o mesmo valor como direitos. Não existe um direito “menor”. Não há hierarquia de direitos humanos.” Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos#:~:text=Sejam%20de%20natureza%20civil%2C%20pol%C3%ADtica,h%C3%A1%20hierarquia%20de%20direitos%20humanos>. Acesso em 06 ago. 2020.

intermédio da aprovação da Resolução nº 64/292 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 28 de julho de 2010, considera-se que o ato introduziu efeitos simbólicos para os organismos internacionais e Estados.

Na prática, esse reconhecimento significa a intensificação da obrigação dos países em realizar e proteger o usufruto desses direitos, bem como de alinhar suas legislações, sobretudo suas Constituições. Nesse sentido, não há que se considerar que o direito humano de acesso a água e ao esgotamento sanitário se tornou exigível tão somente após a Resolução nº 64/292 da ONU, tendo em vista que, pensando de forma muito sintética e interna, anos antes da publicação da referida resolução, o nosso ordenamento já continha instrumentos⁵ que garantiam a tutela desses bens jurídicos, totalmente imbricados com a dignidade humana e com os direitos sociais, precipuamente com o direito à saúde, previsto tanto na Magna Carta quanto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁶, este último ratificado pelo Brasil em janeiro de 1992.

5 Lei nº 11.346/2006:

[...]

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Art. 4º A segurança alimentar e nutricional abrange:

I - a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição de alimentos, incluindo-se a água, bem como das medidas que mitiguem o risco de escassez de água potável, da geração de emprego e da redistribuição da renda;

6 “Porém, ainda que se entenda que tais direitos não possam ser inaugurados imediatamente, por demandarem uma série de medidas estatais relacionadas com uma política pública, não se pode daí inferir que não surja para os cidadãos de um Estado-parte no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o direito subjetivo de exigir a sua implementação, especialmente tendo em vista a melhoria de uma situação específica que viole a dignidade fundamental dos seres humanos, ao se mostrar contrária aos patamares mínimos estatuídos pelo Pacto ou por outros tratados de natureza semelhante.

[...]Assim, os direitos econômicos, sociais e culturais possuem um duplo grau de eficácia, na medida em que são condição de verificação efetiva dos direitos civis e políticos, ao mesmo tempo em que revelam um compromisso jurídico dos Estados em transformar a realidade na direção indicada pelos direitos assegurados pelo tratado. Mais além, a doutrina processual vem caminhando no sentido de reconhecer interesses jurídico transindividuais, criando mecanismos de dedução das lides correspondentes, o que contribui para tornar os direitos aqui tratados exigíveis judicialmente, como o são os civis e políticos.”

Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>. Acesso em 08 ago. 2020.

No Brasil, de modo geral e muito sucinto, pode-se dizer que a maneira como se aplicaram as políticas públicas de atendimento ao saneamento básico no decorrer dos anos oscilaram entre ponderar mais acentuadamente o aspecto social e de acessibilidade e universalização, levando-se em consideração a proteção da saúde pública e condições de higiene da população, e por outras vezes, o aspecto econômico-financeiro de provisão e direcionamento de recursos, intensificando ou não a entrada do setor privado, a financeirização e a “mercantilização” da prestação dos serviços de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto.

Quanto a competência e titularidade desses serviços, via de regra⁷, essa se manteve com os municípios desde o final do período imperial, e a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 entende-se pacificada com estes entes políticos em função da previsão do art. 30, inciso V.

Traçando um recorte temporal, tomando como termo inicial o período do regime militar, observa-se um contexto marcado por uma gestão centralizada da política de saneamento, principalmente na esfera federal, de onde se partiam a maior parte dos recursos e as diretrizes para o setor, que praticamente condicionavam a delegação dos serviços às Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESB's), restringindo a autonomia dos Municípios⁸ e da população local. Nesse período foi criado o Planasa

7 “Disso surgiu o problema da titularidade municipal, que, mesmo formalmente, era reconhecida no Planasa (as empresas estaduais celebraram contratos ou convênios com os Municípios). Como conciliar essa titularidade com empresas estaduais que, pela prática do Planasa, somente atendiam ao Governo Federal, e que ignoravam os Municípios? Esse problema se tornou mais agudo em algumas capitais, em que órgãos estaduais prestavam os serviços há muito tempo, muitas vezes sem contrato com o Município – é bom lembrar que tais capitais tiveram sua autonomia suprimida por largos períodos históricos, sendo seus Prefeitos nomeados pelos Governadores dos Estados. Em vista de os serviços nessas capitais, ou regiões metropolitanas, ser superavitários, passou a haver a posição de se defender a titularidade dos Estados nessas localidades, como estratégia para manter intocada a estrutura criada pelo Planasa, porém sem seu controlador central, que era composto pelo Governo Federal e seu braço técnico-financeiro, o BNH.” Disponível em: COSTA, S.S.; RIBEIRO, W.A. *Dos porões à luz do dia. Um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil. Experiência brasileira no plano legal.* In: HELLER, L.; CASTRO, J.E. Política pública e gestão de serviços de saneamento. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2013. p.467-48.

8 “criou-se um sistema de total submissão dos Estados e Municípios à política de saneamento federal, baseada no financiamento e na organização empresarial dos serviços, mediante empresas estaduais de saneamento. Nem poderia ser diferente, porque, no regime autoritário militar, os Estados e Municípios haviam perdido sua autonomia, sendo os Governadores nomeados pelo presidente da República, ou “eleitos” por colégios eleitorais sob o controle do regime, e os Prefeitos de muitas cidades (capitais e “áreas consideradas de segurança nacional”) eram nomeados pelo Governador do Estado.” *Ibidem.*

(Plano Nacional de Saneamento), em decorrência da Lei nº 5.318/67 que instituiu a Política Nacional do Saneamento e criava o Conselho Nacional do Saneamento, ligado ao Ministério do Interior⁹.

Quanto aos recursos, especialmente os do FGTS¹⁰ (vivia-se o chamado “milagre brasileiro” dos anos 1970), estes formaram condições para que o Planasa gerasse uma ampliação significativa da cobertura dos serviços de água e esgotos no país, com prevalência para o primeiro. Segundo Monteiro (1993, p.3), *“o censo de 1970 informava que apenas 26,7 milhões de brasileiros, ou 50,4% da população urbana, eram abastecidos com água potável e 10,1 milhões ou 20% eram servidos com redes de esgoto. Quinze anos depois – em 1985 – a Pesquisa Nacional de Domicílios do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – assinalava que 82,8 milhões de brasileiros ou 87% da população urbana eram abastecidos com água potável. O PLANASA, nesse período, havia conseguido acrescentar à população abastecida, 56 milhões de pessoas – contingente maior que a população da França”*.

Por outro lado, como aponta Arretche (2006, p. 6), o Planasa privilegiou as regiões mais ricas do Sul e Sudeste e a maior parte dos investimentos esteve concentrada nas cidades mais populosas e, dentre elas, nos segmentos de maior renda. Esta última conclusão se evidencia a partir da verificação de que os prestadores “subvencionados” pelo Planasa privilegiaram o atendimento a populações mais abastadas em detrimento de populações vulneráveis, potencializando o maior recolhimento de tarifas para amortizar investimentos.

Transcorre-se, no entanto, um grande período de crise do Planasa, não podendo se fixar ao certo a data em que ele teria se encerrado, até porque o seu legado, especialmente institucional, se mantém até hoje, especialmente pela atuação de estatais regionais que ainda estão presentes em grande parte dos municípios, é o caso, por exemplo, da Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA).

9 A Lei n. 6.528, de 11 de maio de 1978, cuja ementa é “Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências”, previu que “O Poder Executivo, através do Ministério do Interior, estabelecerá as condições de operação dos serviços públicos de saneamento básico integrados ao Plano Nacional de Saneamento – Planasa” (art. 1º), bem como que, ao Ministério do Interior, competia “estabelecer norma gerais de tarifação, bem como fiscalizar sua aplicação”, “coordenar, orientar e fiscalizar a execução dos serviços de saneamento básico” e “assegurar a assistência financeira, quando necessária” (art. 1º, parágrafo único, I a III).

10 o FGTS havia sido criado pela Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966, e, com a forte adesão, agregou muitos recursos.

Do ponto de vista simbólico, pode-se fixar o fim do Planasa como a data de promulgação da Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007 – Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB), instituída no governo PT, inaugurando um período de avanços sociais e de diretrizes voltadas a “universalização”, porém com mostras de problemas relacionados a financeirização e “mercantilização” dos serviços, pois parte do setor seguiu uma onda de abertura de capitais acompanhando uma tendência privatizante da década de 1990, o que ocorreu com as companhias estaduais de Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina e São Paulo em que seus gestores se valeram de alguns argumentos para legitimar a necessidade da oferta pública de ações no mercado.

Dentre os principais argumentos, foram destacados a maior capitalização, o aumento da profissionalização, do planejamento, da transparência, da cobertura das redes e da qualidade dos serviços prestados, situação que não se confirmou, sobretudo na ótica da “acessibilidade” e da “universalização”¹¹ dos serviços.

11 “grande parte dos investimentos realizados por grupos privados contou com subsídios governamentais e priorizou o abastecimento de água, em detrimento do esgotamento sanitário. Já as tarifas foram elevadas para custear as operações e demais despesas, onerando as parcelas pobres da população e agravando desigualdades sociais e regionais que deveriam ser combatidas. Outros problemas na gestão privada do saneamento envolveram a falta de concorrência, a dificuldade de revogar os acordos insatisfatórios, a pouca transparência para com os usuários, a consolidação dos interesses das elites dominantes, os casos de corrupção e a precarização das relações trabalhistas (HALL, 2001; BAYLISS, 2002; HALL; LOBINA, 2002; HELLER; CASTRO, 2007). Além disso, nem sempre os operadores privados conseguiram cumprir as metas traçadas pelo poder concedente, pois as necessidades dos usuários habitualmente se opunham aos princípios de viabilidade e eficiência mercantil. Para Melo e Jorge Neto (2007), somente os sistemas explorados nos municípios maiores, mais populosos e já estruturados tornaram-se economicamente atrativos aos grupos privados, em detrimento dos demais. Situações como esta fizeram com que os especialistas do Banco Mundial revisassem o discurso histórico daquela instituição em favor das privatizações do saneamento. Primeiro, admitiram que os resultados obtidos eram ambíguos, com virtudes e falhas. Depois, iniciaram uma defesa do papel central do poder público, pois o setor privado não conseguia servir aos mais pobres (RICHARD; TRICHE, 1994; BANCO MUNDIAL, 2003).

[...] Há ainda espaço para crescimento, mas, como previsto por Melo e Jorge Neto (2007), a Empresa não se interessa pelos municípios pequenos. Um dos gestores consultados explica que “existe um problema de escala e de retorno; eles não dão conta de arcar com o custo que a COPASA coloca. Esse jogo trava o desenvolvimento deles com relação ao saneamento, embora haja recurso disponível para investimento na área.” [FJP-01]. Critérios de viabilidade econômica também determinam sua atuação em áreas carentes. Um entrevistado com bastante conhecimento de causa reconheceu que a Empresa até assume a operação em regiões deficitárias, “com foco social”, mas “o importante é que, no global, exista um retorno igual ou maior que o custo de capital, tendo em vista a sustentabilidade da Companhia no longo prazo” [COPASA-03] Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/asoc/v18n3/1809-4422-asoc-18-03-00253.pdf>>. Acesso em 08 ago. de 2020.

Especificamente em relação ao governo PT, a criação dos PAC's¹² traria um “alento” ao setor no que concerne aos investimentos, prevendo valores da ordem de 40 e 45 bilhões, respectivamente PAC 1 e 2. Contudo, o acesso do setor privado aos recursos públicos foi uma medida controversa, que alterou uma diretriz inicial do programa¹³.

Nesse ínterim, um dos problemas centrais em relação a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário é a questão do envolvimento da iniciativa privada e da financeirização dos serviços, quer seja pelo poder público, quer seja pelo setor privado, discussão que se perdura há muitos anos, pois a lógica de maximização de lucros, *a priori*, não se coaduna com a garantia mínima de cada indivíduo¹⁴ ter acesso a água e esgoto, mesmo sem ter condições de “pagar”, assegurando a manutenção da vida, saúde e bem-estar das pessoas.

Não se quer dizer aqui, que a prestação dos serviços por empresas privadas deve ser vedada ou que não deve haver investimentos privados no setor. Mas a questão é, como conciliar a lógica de mercado, que tem como essência a rentabilidade do negócio e o retorno dos investimentos, com a responsabilidade do poder público de cumprir o ordenamento universal de

12 Planos de Aceleração do Crescimento.

13 “[...] Como aspectos negativos, observa-se que a distribuição dos recursos não foi efetivamente debatida no ConCidades, desrespeitando-se processos democráticos e de controle social construídos em torno da elaboração da política de saneamento. Nesse sentido, vale destacar o embate ocorrido em 2013, em torno da aprovação da portaria n. 280, de 25 de junho de 2013, pelo Ministério das Cidades, que possibilitou o acesso de recursos do Orçamento Geral da União (OGU) pelo setor privado para empreendimentos de saneamento básico do PAC. [...] Por meio da portaria n. 280, previu-se exceção a tal suspensão: ela não seria aplicada aos casos em que a operação ou a prestação de serviços tivesse sido transferida por contrato de concessão na modalidade não onerosa (sem cobrança pelo Poder Público de valor de outorga), firmado sob o amparo das leis n. 8.987/1995 – Lei de Concessões –, e n. 11.079/2004 – a Lei de PPPs. Assim, a partir de 2013, recursos do PAC passaram a ser disponibilizados para empresas privadas que detinham concessões de saneamento [...]” Disponível em: BRITTO, A. L.; REZENDE, S. C. *A política pública para os serviços urbanos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil: financeirização, mercantilização e perspectivas de resistência*. Cadernos Metrópole., v. 19, n. 39, p. 557-581, 2017.

14 O artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, se refere ao mínimo existencial: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários” Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 08 ago. 2020.

garantir a todos, inclusive aos vulneráveis, o acesso a um serviço essencial¹⁵.

Para se ter ideia da dimensão do problema, trazemos recomendações apontadas no 4º Relatório para os Direitos Humanos à Água Potável e ao Esgotamento Sanitário, elaborado pelo Relator Especial da ONU, Léo Heller¹⁶,

15 4º Relatório do Relator Especial da ONU para os Direitos Humanos à Água Potável e ao Esgotamento Sanitário, Léo Heller: “Embora o marco de direitos humanos não prescreva medidas concretas para a realização dos direitos humanos, ele estabelece parâmetros importantes. Ao comparar a água e o esgotamento sanitário com a realização de outros direitos socioeconômicos, diferentes modelos de financiamento ficam evidentes. [...] Para a realização do direito à educação, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais exige especificamente que os Estados garantam que a educação básica seja gratuita para todos e que introduzam progressivamente a educação gratuita para os ensinos médio e superior, dependendo, portanto, do financiamento público para a educação. A realização dos direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário está mais propensa a depender de uma combinação de fontes de financiamento. Do ponto de vista ambiental, a cobrança pelo uso da água é um meio de desestimular o consumo com desperdício. Por outro lado, a dimensão de saúde pública da água e do esgotamento sanitário sugere um papel significativo para o financiamento público. O esgotamento sanitário, em especial, não só afeta o direito do indivíduo de ter acesso a um banheiro ou latrina, mas também os direitos humanos de outras pessoas, inclusive o direito à saúde (ver o relatório do Relator Especial sobre esgotamento sanitário (A/HRC/12/24), pars. 23-29 e sobre águas residuais (A/68/264). Portanto, o Estado tem um papel significativo a desempenhar na garantia de que o financiamento necessário esteja disponível para a prestação do serviço, e na utilização do financiamento público onde os serviços estariam, de outra forma, economicamente inacessíveis” Disponível em: <<https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2019/08/QUARTO-Relar%C3%B3rio-Direitos-humanos-%C3%A0-%C3%A1gua-pot%C3%A1vel-e-ao-esgotamento-sanit%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em 08 ago. 2020.

16 Possui graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (1977), mestrado em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos pela Universidade Federal de Minas Gerais (1989) e doutorado em Epidemiologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995). Realizou pós-doutorado na University of Oxford, no período 2005-2006. É Doutor Honoris Causa pela University of Newcastle. Foi Professor Titular do Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental da Universidade Federal de Minas Gerais, no qual atua como professor voluntário. É pesquisador do Instituto René Rachou, Fiocruz, desde 2014. Na UFMG, dentre outras funções administrativas, foi chefe de Departamento (1995), Pró-Reitor adjunto de Pós-Graduação (1995-98), Diretor da Escola de Engenharia (1998-2002) e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos (2006-2008). Foi editor nacional da Revista Engenharia Sanitária e Ambiental (1992-2011). É Relator Especial dos Direitos Humanos à Água e ao Esgotamento Sanitário, das Nações Unidas, desde 2014. Tem experiência na área de saneamento básico, atuando principalmente nos temas dos direitos humanos, da saúde ambiental e das políticas públicas.

Disponível em: <[206](http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4727466T9&token-Captchar=03AGdBq26UbYHTs14bbj4fDX2IH74eknRa_8o1tbRqT9x8fgB_VmkP1WAcZ9U-Qg5Qx0UHHpkIvls9fH_-t_NE09VraNrkPx6X_skRCu7M1pCQgY5pf6Db3O9-yk5BoxwYM-TvkT08254A2EYOeYHFcDmG_nCCTGhjTq6auwrWgX4rlnTUqkHYhKZ138CtH_RJbgx5S-1qgISBuP8wTHOX801bm-kYhIQ4HsbCaM5k8Hy_2nn0Ne30Y2NP15K4OCJw-8pR3t8FAQR-dkpHuAI097B9BgNhLVIyU47u4a9EYP2kgaIld4jHFe5x03aMKUUpAcadg0vCGCJ9URMxhksO-0QcB9TW-M_loCsLeqhgDzAFhyiySaUtIv0kZwQaJ7bNPC-IL6t2dzEflQo8zGDtOszGflcYq-d38d_pVsyag>. Acesso em 08 ago. 2020.</p></div><div data-bbox=)

que é reconhecidamente uma autoridade no tema:

- [...] (a) Avaliar quais mecanismos de financiamento e subsídios estão em vigor, incluindo os subsídios ocultos e quem se beneficia deles;
- (b) Garantir a transparência dos mecanismos de financiamento e subsídios existentes e planejados;
- (c) Considerar a criação de legislação nacional que exija que os prestadores de serviço e os governos subnacionais incluam as preocupações com a acessibilidade econômica nas políticas e na prestação de serviços;
- (d) Definir padrões de acessibilidade econômica a nível nacional e/ou local, com base num processo participativo que envolva especialmente as pessoas que vivem em situação de pobreza e outros indivíduos e grupos marginalizados e desfavorecidos, padrões esses que considerem todos os custos associados à água, esgotamento sanitário e higiene;
- (e) Considerar os padrões de acessibilidade econômica juntamente com outros padrões, especialmente quanto à disponibilidade e qualidade, a fim de garantir que as pessoas possam pagar pelos serviços com base nas normas de direitos humanos;
- (f) Garantir a participação no processo de tomada de decisões sobre a determinação de mecanismos para a alocação de financiamento público e a fixação de tarifas;
- (g) Utilizar o financiamento público para apoiar o acesso das pessoas que vivem na pobreza e daquelas que são marginalizadas ou discriminadas, e eliminar as desigualdades no acesso aos serviços de água e esgotamento sanitário;
- (h) Fazer uma reflexão cuidadosa especialmente para garantir a acessibilidade econômica na prestação de serviços de esgotamento sanitário, cujos custos são frequentemente subestimados;
- (i) Concentrar-se em garantir a acessibilidade econômica aos mais desfavorecidos, inclusive às comunidades em assentamentos informais e comunidades que dependem do autoabastecimento, e explorar diferentes mecanismos para alcançar isso;
- (j) Considerar o impacto dos mecanismos adotados para garantir a acessibilidade econômica, se os sistemas universais têm realmente abrangência universal e vão além do abastecimento em rede, e se os sistemas direcionados (sejam eles baseados na renda, localização geográfica, tipo de acesso ou outro fator) na verdade alcançam os beneficiários pretendidos;
- (k) Colocar em prática marcos e órgãos reguladores sólidos, com poder para assegurar a acessibilidade econômica de uma

prestação de serviço que abranja todos os tipos de serviços;

- (l) Enfrentar práticas corruptas que aumentem o custo da prestação de serviço;
- (m) Proibir cortes do abastecimento que resultem da incapacidade de pagamento;
- (n) Monitorar a acessibilidade econômica da prestação de serviços de água e esgotamento sanitário por meio de estudos direcionados que examinem os níveis de renda em diferentes assentamentos, considerando todos os custos relacionados ao acesso à água e ao esgotamento sanitário e incluindo as exigências relativas à higiene e higiene menstrual;
- (o) Quando forem considerados os medidores de água pré-pagos, garantir que as famílias que enfrentam a incapacidade de pagamento não tenham o fornecimento de água desligado, e que a quantidade, continuidade e qualidade de água estejam em conformidade com as normas de direitos humanos. [...]

À luz do relatório, podemos destacar vários itens que vão ao encontro de enfatizar a responsabilidade do poder público de garantir e financiar com recursos públicos, complementados ou não com recursos privados e independente do modelo de gestão, a acessibilidade e universalização do direito humano à água e ao esgotamento sanitário.

No entanto, sem o interesse de suprimir modelos bem-sucedidos de gestão que envolvam esforços privados, a realidade fática e histórica demonstra que, políticas que privilegiam o setor sem a observância de “garantias mínimas” podem gerar situações graves.

Esses são os casos da “*Guerra da Água da Bolívia*” e das “*Águas Argentinas S.A.*”. O primeiro, ocorrido na cidade de Cochabamba nos anos 2000, se constituiu em uma revolta popular contra a privatização do sistema municipal de abastecimento de água, que havia sujeitado a população ao aumento abusivo dos preços das tarifas fixadas pelo Consórcio internacional *Aguas del Tunari*. Já o segundo, ocorrido na Argentina nos anos 1993, especificamente na região de Buenos Aires, teve como destaque a concessão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário à empresa privada *Águas Argentinas S.A.*¹⁷, controlada pelo grupo de investidores franceses da Suez. Nessa ocasião, o aumento reiterado das tarifas e a má qualidade dos serviços

17 AZPIAZU, D. Privatización del agua y el saneamiento en Argentina: El caso paradigmático de Aguas Argentinas S.A. Vertigo – la revue électronique en sciences de l’environnement, Hors série 7, In: <http://vertigo.revues.org/9730>. 2010.

foram a tônica da prestação dos serviços para uma população de quase 9 milhões de pessoas. Esses dois casos, por serem emblemáticos, são exemplos de que a gestão privada e a omissão e atuação ineficiente do poder público no saneamento podem trazer graves riscos aos direitos humanos.

Voltando a atualidade brasileira, a controversa sobre a influência do setor privado retornou a pauta de discussões com a promulgação da Lei 14.026/2020 (“novo” marco legal do saneamento básico), que alterou a Lei 11.445/2007 e que, independente do seu “espírito” de corroborar para uma maior participação do setor privado no saneamento, carrega em seu texto uma ampliação e uma reafirmação com o compromisso de abrangência dos serviços, já que prevê como princípio a: “Art. 2º [...] I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço [...]”.

Ademais, foram estabelecidas metas de cumprimento para que se alcance, até 2033, 90% (noventa por cento) de atendimento da população com coleta e tratamento de esgoto e 99% (noventa e nove por cento) com água potável, com exigência para que os contratos vigentes se adequem às novas regras, tendo estes ou não, metas prévias estabelecidas em suas cláusulas.

Ao nosso entender, a novel legislação prescreveu metas ousadas, sobretudo se compararmos com o histórico de implementação da política de saneamento no país, que via de regra prioriza áreas urbanas em detrimento das rurais, além das evidentes desigualdades regionais e sociais percebidas no precário ou inexistente acesso dos serviços destinados às populações em situação de rua, periferias, assentamentos informais etc.

3 BREVES APONTAMENTOS SOBRE SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA E JUSTIÇA INTERGERACIONAL

Na perspectiva dos direitos humanos, a implementação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário com um custo acessível para todos ou até mesmo com políticas de isenções⁷ voltadas a inclusão de pessoas que ainda não são usuárias, está diretamente relacionada ao contexto

5 PESSINI, Leo. Reflexões bioéticas sobre a distanásia a partir da realidade brasileira. In RIBEIRO, Diaulas Costa (coord). A relação médico-paciente: velhas barreiras, novas fronteiras. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010, p. 166.

6 Dall’Agnol D. Cuidar e respeitar: atitudes fundamentais na bioética. *Bioethikos*. 2012;6(2):133-46.

7 BRITO, A.L. *As tarifas sociais de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil: seus impactos nas metas de universalização na garantia dos direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário*. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2020/05/As-tarifas-sociais-de-abastecimento-de-%C3%A1gua-e-esgotamento-sanit%C3%A1rio-no-Brasil.pdf>. Acesso em 08 ago. 2020.

socioeconômico e de desigualdades, se afastando de uma perspectiva econômica “pura”, de maximização de lucros por exemplo. Por outro lado, o acesso aos serviços não se confunde com a gratuidade absoluta, uma vez que a sustentabilidade econômica e operacional dos sistemas são fatores chave para se alcançar a universalização.

Numa avaliação de fontes de financiamento, colocando em evidência o público, pode se destacar que este visa prioritariamente uma infraestrutura de escala urbana, o que se caracteriza por uma má distribuição dos recursos, inviabilizando o atendimento a outros grupos, *v.g.*, à população rural.

Na “difícil equalização” para se estabelecer os custos dos serviços e a política tarifária, as despesas com instalações, atividades de operação e manutenção devem ser observadas. Além de tais custos, a mitigação do déficit de acesso dos usuários também está sujeita a outras despesas, como as relacionadas a má administração dos sistemas, sejam por práticas ineficientes ou corruptas.

Nessa perspectiva, entra em cena o Direito Financeiro, que possui institutos jurídicos e elementos que viabilizam as atividades estatais, permitindo que o Estado, através de normas de conduta e regras de arrecadação, endividamento, distribuição e gastos dos recursos alcance o interesse coletivo e público.

Num mundo globalizado e “sem fronteiras”, o direito deve ser percebido como instrumento de impacto global e não somente local. Nessa ótica, o endividamento público seria um problema de interesse difuso, na medida em que alcança vários países interligados globalmente, haja vista a atuação de instituições financeiras internacionais como o BIRD⁸. Destarte, entendemos que o saneamento básico, sobretudo o acesso a água e esgoto, intimamente ligado a saúde pública, deveria ter cada vez mais espaço nas agendas dos governos e priorizado como política pública.

Na seara Financeirista, o renomado doutrinador Fernando Facury Scaff⁹ reverbera que o equilíbrio orçamentário deve ser percebido como elemento

8 “Sempre o peso do investimento em água tem que ser fornecido pelo setor público (...) dada a magnitude dos recursos necessários. Nos anos 90, nós acreditávamos que o setor privado poderia fazer importantes investimentos para salvar o setor de água. No entanto, não tem havido muito investimento privado e 90% dos recursos vieram do setor público, mesmo quando a participação privada estava em seu pico”. Katherine Sierra, vice-presidente de Infraestrutura e desenvolvimento do BIRD – IV Fórum Mundial da Água (México 2006).

9 SCAFF, F. F. *Equilíbrio orçamentário, sustentabilidade financeira e justiça intergeracional*. Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39867>; DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-3_19. Acesso em 08 ago. 2020.

integrante da sustentabilidade financeira, pois esta não se resume a “*mero ajuste contábil entre receita e despesa*”.

Nessa nova perspectiva da sustentabilidade financeira e da justiça intergeracional, as garantias para as futuras gerações passam por tutelar direitos fundamentais de indivíduos que sequer nasceram e que serão influenciados pelas atividades estatais presentes, tendo em vista que estas se perduram no tempo, alcançando-os. Significa dizer que, as responsabilidades e decisões dos gestores atuais devem visar a manutenção equitativa do sistema orçamentário-financeiro não só num projeto de governo de curto prazo, mas nos efeitos a médio e longo prazo e, sempre, no melhor planejamento para o Estado e a população. Isso porque, certos gastos públicos, por terem efeitos protraídos no tempo, como as obras de grande porte do saneamento básico, devem ser analisados de forma diferida, no sentido de não comprometerem o orçamento e a sustentabilidade financeira futura.

Nesse viés, deve-se analisar também a qualidade dos investimentos, o que exige a construção de um bom planejamento e o cumprimento de metas no uso dos recursos. Além disso, a realização de uma constante avaliação da política pública e/ou do programa, com intuito de aferir o propósito inicial e se o interesse público ainda permanece como resultado de bem-estar e atendimento de necessidades da população, avaliações que normalmente passam por critérios de medição de eficácia, eficiência e efetividade¹⁰.

Com relação às despesas de capital e a “*regra de ouro*”¹¹, temas discorridos pelo doutrinador financeirista, há, no nosso entender, um paralelo com o saneamento básico, porque, ainda que haja a aquisição de bens de capitais (estruturas, estações de tratamento, redes de distribuição, maquinários, laboratórios etc.), deve ser considerado nesse processo um bem intangível de maior relevância: garantir o acesso a água e ao esgoto, com as condições mínimas de existência e desenvolvimento do indivíduo, impactando inclusive no seu direito à vida, mormente em situações de escassez e precariedade.

10 GOMES, A. R. Avaliação de políticas públicas por meio de indicadores de desempenho do PPA 2004-2007: reflexão da eficiência, eficácia e efetividade do programa Brasil Escolarizado no ano de 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/161032>. Acesso em 03 set. 2020.

11 “a regra de ouro das finanças públicas estabelece que o aumento deliberado da dívida, por meio de operações de crédito, não deve ultrapassar o volume de despesas de capital, a fim de evidenciar e evitar a hipótese de esse endividamento ser utilizado para financiar despesas correntes”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2017/etc02-2017-regra-de-ouro-na-constituicao-e-na-lrf-consideracoes-historicas-e-doutrinarias>. Acesso em 08 ago. 2020.

Notoriamente, o bem intangível justifica sobremaneira e de forma incontestável o investimento massivo no saneamento básico, superando o simples acréscimo de capital tangível.

Nessa toada, a concepção do conceito de justiça intergeracional formulado pelo filósofo John Rawls, que também se alia a aplicação de um modelo que permita mais do que um acréscimo de bens tangíveis¹², destaca que a preocupação com a geração futura passa por um sistema de “poupança”, exigindo uma apropriação de cada indivíduo como corresponsável pela próxima geração, numa dimensão de preservação e de economia.

A noção de criação de uma “poupança” para gerações futuras, levando em conta que os beneficiários sejam todos indivíduos, inclusive os vulneráveis, impossibilitados de custear com os serviços, carrega uma ação contraditória com o modelo de acúmulo e de geração de lucros. Pois esse é o ponto, a justiça intergeracional visa “distribuir” benefícios sociais, o que é difícil de se alçar em uma sociedade marcada pelas desigualdades e suas reafirmações, como é o caso do Brasil.

4 CONCLUSÃO

No âmbito do direito internacional com vistas ao atendimento dos direitos humanos, vige um sistema de controles que serve de diagnóstico tanto para o Estado que é signatário dos Pactos e Tratados, quanto para os órgãos internacionais, que podem eventualmente aplicar medidas contra os Estados-parte, caso constatada ameaça ou lesão em descumprirem com os compromissos firmados, destacando no presente trabalho, os termos avançados pelo Brasil que versem sobre os direitos vinculados à universalização dos serviços públicos de saneamento básico, principalmente os de acesso a água e esgoto.

Outro ponto relevante é que o descumprimento deliberado ou a omissão do Brasil em implementar e garantir políticas públicas de proteção aos direitos humanos, dentre eles o saneamento básico, cria uma “imagem ruim” perante a comunidade internacional e investidores, afastando investimentos

12 “Cada geração deve não apenas preservar os ganhos de cultura e civilização, e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas também poupar a cada período de tempo o valor adequado para a acumulação efetiva de capital real. Essa poupança pode assumir várias formas, que vão do investimento líquido em maquinário e outros meios de produção ao investimento na escolarização e na educação.” RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 315.

em outras áreas por exemplo, o que prejudica a sociedade como um todo.

Contudo, de forma conclusiva, independentemente dos métodos e diretrizes de acessibilidade econômica e da maior ou menor atuação do setor privado, a concretização e universalização dos direitos humanos ao abastecimento de água e esgotamento sanitário é uma obrigação e garantia que é responsabilidade do Estado Brasileiro, o que, como demonstrado, tem se dado muito paulatinamente e de forma desigual.

REFERÊNCIAS

AZPIAZU, D. *Privatización del agua y el saneamiento en Argentina: El caso paradigmático de Aguas Argentinas S.A.* Vertigo – la revue électronique en sciences de l’environnement, Hors série 7, In: <http://vertigo.revues.org/9730>. 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. *Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. *Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. *Atualiza o marco legal do saneamento básico*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

BRITTO, A L. *As tarifas sociais de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil: seus impactos nas metas de universalização na garantia dos direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário*. Disponível em: <<https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2020/05/As-tarifas-sociais-de-abastecimento-de-%C3%A1gua-e-egotamento-sanit%C3%A1rio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 21 ago 2020.

BRITTO, A L. *As tarifas sociais de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil: seus impactos nas metas de universalização na garantia dos direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário*. Disponível em: <<https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2020/05/As-tarifas-sociais-de-abastecimento-de-%C3%A1gua-e-egotamento-sanit%C3%A1rio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 21 ago 2020.

BRITTO, A. L.; REZENDE, S. C. *A política pública para os serviços urbanos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil: financeirização, mercantilização e perspectivas de resistência*. Cadernos MetrÓpole., v. 19, n. 39, p. 557-581, 2017.

COSTA, S.S.; RIBEIRO, W.A. *Dos porões à luz do dia. Um itinerário dos aspectos jurídico-institucionais do saneamento básico no Brasil Experiência brasileira no plano legal*. In: HELLER, L.; CASTRO, J.E. Política pública e gestão de serviços de saneamento. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2013. p.467-48.

OLIVEIRA, T.G., REZENDE, S.C. *Privatização das Companhias Estaduais de Saneamento: uma análise a partir da experiência de Minas Gerais*. In: Ambiente & Sociedade, São Paulo v. XVIII, n. 3, p. 253-272, jul.-set. 2015.

ONDAS-OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS À ÁGUA E AO SANEAMENTO (Ondas Brasil). *Quarto Relatório Especial sobre o direito humano à água potável e ao esgotamento sanitário*. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2019/08/QUARTO-Relat%C3%B3rio-Direitos-humanos-%C3%A0-%C3%A1gua-pot%C3%A1vel-e-ao-esgotamento-sanit%C3%A1rio.pdf>. Acesso em 25 ago 2020.

Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). *O Direito Humano à Água e Saneamento (Comunicado aos Média)*. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf. Acesso em 08 ago. 2020.

Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). *O Direito Humano à Água e ao Saneamento (Marcos)*. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf. Acesso em 08 ago. 2020.

RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SCAFF, F. F. *Equilíbrio orçamentário, sustentabilidade financeira e justiça intergeracional*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; URL persistente: URI: <http://hdl.handle.net/10316.2/39867>; DOI: https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-3_19. Acesso em 08 ago. 2020.



Newton

Inovação é a nossa tradição.

ISBN: 978-65-87392-16-5

BR



9 786587 392165