



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS
VOLUME 2**

**IV CONGRESSO
INTERNACIONAL DE DIREITOS
HUMANOS DE COIMBRA
uma visão transdisciplinar**

www.cidhcoimbra.com

Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019
ISBN 978-65-86051-04-9



IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO IV
CIDHCoimbra 2019
VOLUME 2**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Jundiaí/SP - Brasil
Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília
2020**

© Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília - 2020

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa: João J. F. Aguiar
Edição eletrônica: João J. F. Aguiar, César A. R. Nunes, José R. Polli
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do IV CIDHCoimbra 2019

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins.

Conselho Editorial Editora Fibra: Maria Cristiani Gonçalves da Silva, Francisco Evangelista, Jean Camoleze, Jorge Alves de Oliveira, Sidnei Ferreira de Vares, Thiago Rodrigues, Guilherme de Almeida Prazeres, Cristiano Reis.

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabete David Novaes, Eduardo António da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9610 de 19/02/1998. Todas as informações contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

As figuras deste livro foram produzidas pelos autores, sendo exclusivamente responsáveis por elas. A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à edição eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto.

Cumpridas essas regras de autoria e edição, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato

Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo das mesmas com a obra.

A editora, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que o uso das mesmas resultará no esperado pelo leitor. Caso seja(m) necessária(s), as editoras disponibilizarão errata(s) em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019 - Volume 2 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs) [et al.] – Jundiá: Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília, 2020.

332 p. Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-86051-04-9

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica

contato@edicoesbrasil.com.br / contato@editorafibra.com.br

cnunes.adv@uol.com.br

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS
IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO
TRANSDISCIPLINAR**

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 2 - Composição dos Simpósios:

Simpósio n.º 07
MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL Coordenadores: Ana Cristina de Souza Serrano Mascarenhas e Antônio Carlos Pereira
Simpósio n.º 08
ÉTICA, GESTÃO AMBIENTAL E DIREITOS HUMANOS Coordenadores: Gilvan Luiz Hansen e Laura Magalhães de Andrade
Simpósio n.º 09
DIPLOMACIA DE SUSTENTABILIDADE E DIREITOS HUMANOS: ANÁLISES EMPÍRICAS E METODOLÓGICAS Coordenadoras: Clarissa Ferreira Macedo D'Isep e Pierre Chapsal
Simpósio n.º 11
O DIREITO HUMANO À SAÚDE Coordenadores: Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira e Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto
Simpósio n.º 12
GLOBALIZAÇÃO E O MUNDO DO TRABALHO: EXERCÍCIO DE CIDADANIA PARA REIVINDICAÇÕES DE MELHORES CONDIÇÕES DE TRABALHO Coordenadores: Maurinice Evaristo Wenceslau e Dorinethe dos Santos Bentes

ISBN: 978-65-86051-04-9

VOLUME 1 – ISBN: 978-65-86051-03-2

VOLUME 4 – ISBN: 978-65-86051-06-3

VOLUME 6 – ISBN: 978-65-86051-07-0

VOLUME 8 – ISBN: 978-65-86051-11-7

VOLUME 3 – ISBN: 978-65-86051-05-6

VOLUME 5 – ISBN: 978-65-86051-08-7

VOLUME 7 – ISBN: 978-65-86051-09-4

VOLUME 9 – ISBN: 978-65-86051-10-0

COMISSÃO CIENTÍFICA DO IV CIDHCOIMBRA 2019:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Mestre César Augusto Ribeiro Nunes; e Mestre Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho; Profa. Doutora Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva; Profa. Dra. Alessandra Benedito; Mestre Alexandre Sanches Cunha.

SUMÁRIO

Apresentação	09
Uma Reflexão sobre Direito Humano dos Refugiados Ambientais Ante as Diretivas Legais Nacionais e Internacionais e da Justiça Constitucional no Ordenamento Jurídico Europa-Brasil	11
Célia Teresinha Manzan	
Breves Considerações sobre a Proteção Constitucional dos Animais e a Proteção da Vida	25
Eliana Franco Neme	
Economia Circular Versus Economia Linear	38
Graziele Aparecida Carneiro Wille e Isabella Reimann Gnas	
A Efetividade da Proteção Jurídica do Meio Ambiente em Prol do Bem-Estar da Vida Humana no Brasil	49
Samuel André de Oliveira Neto	
Protección Medioambiental y de Derechos Humanos de la Contaminación Acústica. Virtualidad de la Directiva 2011/92/EU	63
Ana M ^a Aldaz Casanova	
Direito à Cidade(Ania): (In)Sustentabilidade do Estado em Realizar o Acesso à Justiça de Catadores/ras em uma Sociedade Lixo Zero	75
Laíze Lantyer Luz	
Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) do Brasil e o Papel do Ombudsman: é Possível um Cenário Compatível com a Sustentabilidade Socioambiental?	86
Dávila Teresa de Galiza Fernandes Pinheiro	
A Construção Legítima de Consenso no uso de Recursos Naturais Como Expressão do Estado Sociambiental de Direito: a Experiência de Conceição do Mato Dentro/MG na Autorização de Intervenção na Zona de Amortecimento do Monumento Natural Serra da Ferrugem	100
Priscila Ramos Netto Vianam e Felipe Generoso Murta Gaeta	
Alimentação e Justiça Distributiva - os Limites da Liberdade na Produção de Desigualdades	116
Bruna Valadares Calheiros de Siqueira	

O Dano Ambiental Extrapatrimonial Coletivo e o Risco: uma nova Classificação de Dano	130
Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim	
A Concretização do Direito à Saúde no Fornecimento de Medicamentos Pelo Estado: Análise da Atuação do STF no Recurso Extraordinário 566.471	143
Natália Rocha Damasceno	
O RE Nº 657.718/MG e o Direito a Medicamentos de Alto Custo a Pessoas Portadoras de Doenças Raras	156
Inês Cristina de Souza Vieira	
O Protagonismo do Poder Judiciário Brasileiro e a Garantia do Direito Constitucional à Saúde	169
Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira	
O Direito à Saúde no Brasil Sob a Perspectiva da Reserva do Possível e o Ativismo Judicial	182
Laísa Domingues Fernandes e Luana Rochel Pereira	
A Teoria da Reserva do Possível e o Ativismo Judicial-Pensando Sobre a Saúde	195
Ana Maria Godinho Nunes Anátocles	
Saúde Mental em Presídios Federais: o Impacto da Prisão e do Isolamento na Integridade Humana	208
Luciano de Oliveira Souza Tourinho	
A Saúde Enquanto Espaço de Governança Participativa em Moçambique (estudo preliminar)	218
Vasco André Ferreira Dinis Seco Coelho	
Judicialização da Saúde Suplementar no Brasil: a Intervenção e a Regulamentação do Estado e do Poder Judiciário no Funcionamento dos Planos de Saúde ..	234
Pedro Barasnevicius Quagliato	
O Exercício da Cidadania Reprodutiva e a Reafirmação dos Direitos Humanos	248
Ana Carolina Pedrosa Massaro	
Os Impactos da Judicialização da Saúde na Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais	259
Gustavo Batista Braga	
Uma Análise Axiológica do Direito a Saúde e a sua Efetivação aos Portadores da Doença Falciforme	272
Paulo Henrique de Freitas Dutra Júnior e Edith Maria Barbosa Ramos	

Prolegômenos Sobre a Judicialização da Saúde no Brasil Contemporâneo ...	287
Hugo Garcez Duarte	
Ações Afirmativas no Mercado de Trabalho: uma Análise Comparativa entre Estados Unidos, Brasil e Uruguai	299
Glenda Regine Machado	
A Inerência da Dignidade Humana nas Relações Sociais e Papel do Trabalho Decente na Busca Pelo Desenvolvimento Sustentável e Inclusão Social	312
Luiz Filipe Novoa Borges de Barros Reis e Dolores Pereira Ribeiro Coutinho	
Reforma Legislativa da Terceirização da Atividade Fim e Retrocesso Social..	319
Angela Maria Valentino Campos	

APRESENTAÇÃO

Nesta quarta edição do *Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar* (IV CIDHCoimbra 2019), realizada no Auditório da Universidade de Coimbra, Portugal, entre os dias 16 e 18 de outubro de 2019, temos a profunda alegria de publicar, pela primeira vez desde 2016, este expressivo conteúdo científico, reunido na forma de **ANAIS de ARTIGOS COMPLETOS** do Congresso. Trata-se da reunião de mais de 200 pesquisas elaboradas e escritas pelos/as participantes do Congresso que estiveram inscritos/as nos inúmeros Simpósios decorridos durante os 03 dias de evento. Um número, sem dúvida, bastante expressivo de trabalhos publicados. Nesse momento, depois de um longo trabalho de revisão, formatação e diagramação dos artigos, apresentamos esta publicação em 09 volumes a toda a comunidade acadêmica do Congresso, a toda nossa rede de pesquisa em Direitos Humanos, composta de docentes, estudantes e profissionais das mais diversas áreas, assim como a todos/as os/as interessados/as.

Cada um dos 09 volumes compreende um número específico de Simpósios e seus respectivos artigos que, somados, constituem uma frutífera coleção de pesquisas, apuradas, inicialmente, através de um rigoroso processo de seleção de Resumos, conduzido por um seleto grupo de Coordenadores/as de Simpósios. Importante lembrar que, a cada ano, temos recebido mais trabalhos para serem avaliados pelos/as referidos/as Coordenadores/as de Simpósios, fato este que revela o prestígio que o evento tem conquistado internacionalmente. Em muito nos honra, portanto, o interesse manifestado por diversos/as investigadores/as que submetem, todos os anos, suas pesquisas sempre inovadoras e de altíssima qualidade para serem avaliadas e, depois de aprovadas, apresentadas no Congresso. Além disso, temos registrado, ao longo de nosso evento, a realização de momentos únicos, em que participamos de um espaço privilegiado de discussões e de aprofundamentos teóricos sobre os Direitos Humanos. Por isso, definimos a entrega dos Artigos Completos, para data posterior ao evento, de modo que toda essa qualificada experiência do evento possa ser aproveitada na conclusão dos trabalhos enviados para os Anais de Artigos Completos.

O projeto de planejamento e realização de um evento internacional, como o IV CIDHCoimbra 2019, tem se revelado ser um trabalho de produção acadêmica de excelência. Ao fomentarmos a pesquisa e a produção teórica, na forma de um evento como este, alcançamos um dos objetivos mais fundamentais da pesquisa, qual seja: o compartilhamento do conhecimento

científico. É nesse sentido que orientamos as nossas atividades, buscando enriquecer a relação de ensino e formação em Direitos Humanos, por meio da oferta de Simpósios variados, palestras com ilustres e referenciais nomes da Ciência, publicações de resumos e artigos, debates e discussões propositivas e, como não poderia deixar de ser, convivência harmoniosa entre todos | as os | as nossos | as participantes, equipes de trabalho e de organização.

Por fim, como última nota de apresentação desta 1ª Edição dos Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019, gostaríamos de registrar a enorme satisfação que tivemos ao receber cada um | a dos | as participantes do Congresso em nosso Evento de outubro de 2019, vindos de mais de 10 países diferentes e cada qual com sua valiosa contribuição. Assim, e como dito antes, a cada ano temos recebido mais participantes e, por isso, temos criado a convicção do importante alcance que estes Anais terão aquando da sua divulgação. Pela atualidade e diversidade temática que identificamos nos artigos, temos certeza que esta publicação irá despertar o interesse da comunidade profissional e acadêmica à qual se destina, tornando-se uma fundamental fonte de pesquisa.

Complementarmente, não poderíamos deixar de agradecer, novamente, o apoio incondicional das equipes de trabalho das entidades realizadoras do Congresso, em Portugal, representado pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC/ Centro de Direitos Humanos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e, no Brasil, representado pelo Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos – INPPDH, sediado na cidade de Campinas-SP. Que esta publicação seja o início de uma rica e histórica série de pesquisas em Direitos Humanos, assim como tem sido o nosso Congresso.

Comissão Organizadora

IV Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra:
uma visão transdisciplinar

UMA REFLEXÃO SOBRE DIREITO HUMANO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS ANTE AS DIRETIVAS LEGAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS E DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO EUROPA-BRASIL

Célia Teresinha Manzan

Graduada em Direito pela Universidade de Uberaba – UNIUBE; especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Federal de Uberlândia, em Direito Público e Filosofia do Direito, pela Faculdade Católica de Uberlândia; em Direito Constitucional, pela Università di Pisa/Itália; Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, de Bauru/SP; Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Miembro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Membro Adjunto Extranjero da Asociación Argentina de Justicia Constitucional; ex-Diretora da Associação Brasileira de Advogados-ABA, em Uberaba/MG; articulista/investigadora do Instituto Latino Americano de Investigación e Capacitación Jurídica Latin-Iuris, do Equador; Membro da REDE DE INVESTIGADORES PARLAMENTARIOS EN LÍNEA – REDIPAL, do México; Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires – UBA/Argentina; palestrante a nível nacional e internacional, possuindo vários artigos publicados (Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia, México), Servidora Pública com atuação na Procuradoria Geral do Município de Uberaba, advogada e consultora jurídica.

Resumo:

O **objeto da pesquisa** é tratar do direito humano dos refugiados ambientais sob o prisma do ordenamento Constitucional, das legislações nacionais e Pactos internacionais aplicáveis. A temática é deveras **relevante** diante da realidade que vivemos, pois se anota que, hodiernamente, a situação dos refugiados, como um todo, está um tanto quanto mais delicada, necessitando de uma atenção mais particularizada, especialmente a dos refugiados ambientais, que vem aumentando consideravelmente e cujo reconhecimento legal, efetivamente, não existe. Deste modo, o presente trabalho visa traçar, preliminarmente, algumas considerações sobre os direitos humanos e o meio ambiente com o fito de demonstrar a profunda interação entre os temas e, na evolução da pesquisa serão apontadas considerações sobre o Direito Constitucional, o Direito Internacional Ambiental, este, responsável por fazer parte dos estudos científicos relacionados às mudanças ambientais globais; a concepção contemporânea de refugiado, refugiado ambiental, com a observação de que

a concepção não pode ter um caráter excludente e sim, complementar, ante a finalidade de uma proteção universal daqueles que se encontram em tal condição. Assim, considerando a peculiaridade do tema serão abordados fatores que motivam a ocorrência do aumento dos refugiados no Brasil e Europa, com o fito de reflexionar como está atualmente este direito humano fundamental que restou olvidado.

Palavras-chave: Legislação; Refugiados; Refugiados ambientais; Brasil-Europa.

Os Direitos Humanos e o Meio Ambiente

Antes de imergir no tema, trazem-se à colação algumas definições importantes quanto aos Direitos Humanos e o Meio Ambiente. No que tange aos Direitos Humanos, recorda-se que as conquistas históricas a eles relacionadas estão interligadas às grandes guerras que arruinaram a humanidade e a fundamental conquista é a consideração da pessoa humana como sujeito de Direito Internacional. A declaração de 1948 consagra a ideia de que os direitos humanos são universais, inerentes à condição de pessoa humana e não relativo às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, incluindo, em seu elenco, não só direitos civis e políticos, mas, também, direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, afirma, ineditamente, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, conforme pondera Piovesan¹.

Os Direitos Humanos surgiram para serem aplicados em tempos de paz e seu campo de atuação é o próprio ordenamento jurídico, e se trata de um direito que é oponível pela pessoa humana em face do Estado, seja em razão de nacionalidade, residência, domicílio ou por qualquer situação física temporária de submissão àquele ordenamento jurídico. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, solenemente aprovada pela Resolução 217A (III), da Assembleia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948, conferiu uma concepção um tanto quanto moderna de direitos humanos, de forma que tais direitos são entendidos como uma unidade interdependente e indivisível². Piovesan³ pondera que “*todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si*”. Silva⁴ destaca que os Direitos humanos são compostos por “*princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana*” e a qualificação desses direitos como fundamentais leva ao entendimento de que se trata de “*situações*

1 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Editora Saraiva. São Paulo. 2015. P 247.

2 http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf, consulta virtual realizada em 16 de setembro de 2019.

3 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7 edição. Editora Saraiva, São Paulo. 2006, p. 136.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 edição. Editora Malheiros, São Paulo, 1998, p. 182.

jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive?

Neste toar, os Direitos Humanos⁵, se constituem no *conjunto de direitos fundamentais*⁶ da pessoa humana e como tal, caracterizados pelos atributos da inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Tais características referem-se à impossibilidade jurídica de que o indivíduo – quer voluntária ou involuntariamente – venha a privar-se ou ser privado de seus direitos fundamentais, num ordenamento jurídico que os reconheça. Esta definição é bastante clara ao fazer constar que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos no ordenamento, não podem ser desapossados sob nenhum dos aspectos e, da mesma forma, não são susceptíveis de alienabilidade, prescrição e renúncia. Várias definições doutrinárias são tecidas sobre **direitos humanos** e todas contêm a ratificação de fundamentalidade.

Quanto ao **meio ambiente**, seguindo critério de classificação internacional de direitos humanos, ficou agrupado entre os integrantes da terceira geração juntamente aos direitos ao desenvolvimento e à paz. Tais direitos têm por alvo principal o **gênero humano** e, assim, podem ser catalogados como direitos difusos cujos atributos intrínsecos estão relacionados, em suma, à indivisibilidade e à transindividualidade. Usualmente é cognominado de direitos de solidariedade ou fraternidade, ante a sua implicação ser, também, universal. A titularidade dos direitos de 3ª dimensão é coletiva e muitas das vezes indefinida e indeterminável. As dimensões contempladas demonstram as suas importâncias na concretização/positivação de direitos na esfera constitucional e nos **Pactos** firmados. São resultados de reivindicações fundamentais do ser humano, gerada, *dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos humanos*⁷. O direito ao meio ambiente e qualidade de vida como direito humano nos aporta a novas técnicas de garantia e proteção, cujo reconhecimento se impõe. Observa-se que esses direitos tendem a cristalizar-se, pois supera a esfera de atuação dos indivíduos considerados isoladamente e, não há como dividi-los, pois estão interligados por circunstâncias de fato e pertencem a todos, a exemplo do ar que respiramos. E como tal, merecem uma proteção universal e coube ao Direito, a normatização.

Do Direito Internacional Ambiental

Diante do tema proposto, importante abordar o direito internacional ambiental. Historicamente sua evolução perpassou por fases importantes e de marcos significativos. A primeira é anterior à Conferência de Estocolmo, que data o ano de 1972. Os marcos paradigmáticos foram os movimentos am-

5 in SILVA, José Afonso da, op. cit, p. 179.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7 edição. Editora Malheiros. São Paulo, 1997, p. 514.

7 SARLET, Ingo wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Editorial Livraria do Advogado. 11ª Edição. Porto Alegre, 2012. p. 48/49.

bientalistas que formaram o alicerce para o nascimento do direito ambiental. A segunda fase compreende um interstício de 20 anos - de 1972 a 1992- cujo marco principal foi a Conferência do Rio/92, onde trataram de importantíssimos acordos ambientais de caráter multilateral. E a última fase, que iniciou em 2002 e vige até nossos dias, tem como marco a Conferência de Johannesburgo. Nesta Conferência surgiram oportunidades e novas parcerias, novas modalidades de cooperação na governança ambiental e a entrada em vigor de importantes **Tratados**, como a Convenção sobre Poluentes Orgânicos Persistentes e o Protocolo de Quioto⁸. Com relação ao protocolo de Quioto, o Brasil ratificou-o em 23 de agosto de 2002, tendo sua aprovação interna se dado por meio do Decreto Legislativo nº 144, de 2002. A fase contemporânea do direito internacional do meio ambiente se funda em estudos científicos que demonstram as mudanças ambientais globais, cujas consequências resultam do crescimento da população humana e da forma como o planeta vem se desenvolvendo, ou seja, uma industrialização desenfreada e uma exploração predatória dos recursos naturais, ambas capazes de afetar os direitos humanos e a culminar com a premente situação do ser humano na condição de “refugiado ambiental”. O direito internacional tem se valido de instrumentos avançados, como o já citado de Quioto, que delinea compromissos obrigatórios e de caráter vinculante, com o objetivo de que os desdobramentos dos problemas ambientais tenham um tratamento estratégico.

Sob a óptica dos Direitos Humanos, quem são os “Refugiados”? E o Refugiado Ambiental?

Piovesan⁹ aborda que a Declaração de Direitos humanos de Viena, de 1993, ratifica a concepção introduzida pela Declaração de 1948, quando, em seu §5º, afirma que *“todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”*. Nesse alinhamento, é necessária atenciosidade em relação ao direito humano dos “refugiados ambientais”, seja a nível constitucional ou de a nível de Tratados Internacionais. Logo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, surgiu a Convenção sobre o Estatuto do Refugiado¹⁰, de 1951. Trata-se de Norma internacional fundamental que se ocupa com a proteção efetiva dos refugiados e, para tanto, nos termos do artigo 1º, *refugiado é considerado toda pessoa que “em virtude de eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e devido a fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, está fora do país de sua nacionalidade, e não pode ou em razão de tais temores, não queira valer-se da proteção desse país; ou que, por carecer de na-*

8 <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto>, consulta realizada 15 de outubro de 2019.

9 Idem PIOVESAN. *Temas de Direitos Humanos*. P. 248.

10 http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf, consulta realizada em 23 de setembro de 2019.

cionalidade está fora do país onde antes possuía suas residência habitual, não possa ou, por causa de tais temores ou de razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira regressar a ele". Ressalta-se que a definição legal de refugiado está vinculada à noção de perseguição e violação de direitos civis e políticos.

A lei brasileira de nº 9.474¹¹, publicada em 1997, em seu artigo 1º, internaliza e amplia a definição de refugiado presente na Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Assim reconhece como refugiado *"toda pessoa que por temor de perseguição por causa de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou grupo social ou por existir uma situação de grave e generalizada violação dos direitos humanos fuja de seu país ou local de sua residência habitual"*. Consoante se observa da lei brasileira, a terminologia *refugiado* foi ampliada e o estado brasileiro é considerado aquele que tem um contemporâneo e maior arcabouço de legislação versando sobre o assunto.

O Protocolo do Estatuto do Refugiado, com a finalidade de ampliar o alcance da definição refugiados, em data de 31 de janeiro de 1967, suprimiu do artigo 1º, II, as referidas limitações. Para Piovesan¹² e nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, refugiado pode ser definido como *"aquele que sofre fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, não podendo ou não querendo por isso valer-se da proteção de seu país de origem. Vale dizer, refugiada é a pessoa que não só não é respeitada pelo Estado ao qual pertence, como também é esse Estado quem a persegue, ou não pode protegê-la quando ela estiver sendo perseguida. Essa é a suposição dramática que dá origem ao refúgio, fazendo com que a posição de solicitante de refúgio seja absolutamente distinta da de estrangeiro normal"*. Desde a **Convenção de 1951** e do **Protocolo de 1967**, observa-se um esforço de ampliar e estender o conceito de refugiado nos âmbitos regionais africano e americano¹³. Em 1969 foi adotada a Convenção da Organização da Unidade Africana, que rege os aspectos específicos da questão dos refugiados na África, e ampliou o conceito de forma que *"o termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade"*.

Outra extensão do conceito de Refugiado foi adotada no *"Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Paraná: Problemas Jurídicos e Humanitários"*¹⁴, realizado na cidade de Cartagena, conhecida como *"A Declaração de Cartagena sobre os refugiados de 1984"*, aplicável aos países da América Latina, em vista da experiência decorrente da afluência maciça de refugiados na área centro-americana, recomenda que a definição de refugiado

11 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm, consultada em 23 de setembro de 2019.

12 Idem PIOVESAN. *Temas de Direitos Humanos*. P. 251.

13 Idem PIOVESAN. *Temas de Direitos Humanos*. P. 252.

14 Declaração de Cartagena, de 22 de novembro de 1984. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos>>. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

abranja também as pessoas que fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça dos direitos humanos, ou por outras circunstâncias que hajam perturbado gravemente a ordem pública¹⁵. Não obstante a Convenção e o Protocolo apresentarem um conceito restringido de refugiado, observa-se que nada impede que essa concepção seja ampliada, uma vez que tais entendimentos sobre o assunto não devem ser excludentes, e sim, complementares, com o fito de uma proteção universal daqueles que estão na condição de refugiado que, sob a óptica do proposto neste trabalho, abarque os “refugiados ambientais”.

Quanto ao “*refugiado ambiental*”, a terminologia foi utilizada no ano de 1985, em um relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), ante o crescente número de migrações originadas pelas catástrofes ambientais. Assim, foi entendido como “refugiados ambientais” “*aquelas pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente o lugar onde tradicionalmente viviam, devido a visível declínio do meio ambiente (por razões naturais ou humanas) que colocou em perigo sua existência ou afetou seriamente suas condições de vida*”¹⁶. Importante enfatizar que a Declaração das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de Estocolmo¹⁷, datada de 1972, destacadamente no documento que criou o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, já continha a expressão “refugiados ambientais” (environmental refugees), que indicou tratar-se “*das pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência desses indivíduos torna-se perigosa*”. Ressalta-se que denominação de “*refugiados ambientais*” é passível de crítica por não se enquadrar na acepção usual registrada na legislação internacional relacionada ao refugiado. A acepção *refugiado* para indicar aquelas pessoas que deixam o seu habitat por razões de terem sido afetados pela fúria do meio ambiente e lá não mais conseguem sobreviver por qualquer motivo, não é apropriada sob a ótica do Direito Internacional. Como se observou nas definições citadas anteriormente, não se contempla nos cognominados refugiados, as pessoas que se encontram deslocadas em virtude de problemas ambientais. Mesmo que não haja esse reconhecimento “legal”, nos idos de 1995 foi realizado um estudo pelo *climate institute*¹⁸ em que registrava que 25 milhões de pessoas já se

15 Idem PIOVESAN. Temas de Direitos Humanos. P. 252.

16 HINNAWI, Essam El. Environmental refugees. Nairobi: Unep, 1985, apud BARBOSA, Luciana Mendes. *A construção da categoria de refugiados ambientais: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas*. I Simpósio em Relações Internacionais do Programa de pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP e PUC-SP), 12 a 14 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.santiago-dantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/mendes.pdf>> Acesso em: 24 set. 2019. p. 9.

17 OLIVEIRA, Maria José Galeno de Souza. *Refugiados Ambientais: Uma nova categoria de pessoas na ordem jurídica Internacional*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 7, p. 123-132, jun./2010. p. 125.

18 <http://climate.org/archive/PDF/Environmental%20Exodus.pdf>, consulta realizada em

encontram no mundo na condição de “*refugiados ambientais*” e já previu, estatisticamente, num futuro próximo, um número altíssimo de pessoas se tornará “refugiados ambientais” devido à degradação do meio ambiente, registrando que estas pessoas fugirão das zonas desertificadas, de desastres naturais, das alterações climáticas, das enchentes e secas prolongadas.

Nesse alinhamento, em relação ao estado brasileiro, encontramos um contexto muito forte relacionado às secas nordestinas e muitas pessoas “fó-gem”, se deslocam desta seca e não estão fora do território brasileiro, todavia, podem ser considerados “*refugiados ambientais*”. Este deslocamento de pessoas advindas de **causas ambientais** também tem gerado fortes discussões pela insuficiência de reconhecimento legal e amparo jurídico específico em consonância com o Regime Internacional dos Refugiados (RIR). Assim sendo, a terminologia *refugiado ambiental* é adotada em relação àquelas pessoas que efetivamente são obrigadas a deixar os seus lares, seja de forma permanente ou temporária, por questões de desordens relacionadas ao meio ambiente e que podem ser ocorrências naturais, a exemplo de terremotos, ou mesmo humanas, como acidentes industriais ou, por ambos os fatores (humanos e naturais), como episódios de chuva ácida, enchentes em áreas desmatadas, dentre outros, porém, nem sempre, se afastam do país onde vivem. Um exemplo que presentemente chama atenção dos ambientalistas é o do Estado de Tuvalu, localizado na Polinésia. Este é formado por 9 (nove) ilhas, sendo 8 (oito) delas habitadas e estão sofrendo com o aumento das águas e boa parte de Tuvalu já está submersa. É o caso de um país que perderá o seu território. Tuvalu é atualmente o foco de preocupação de inúmeros ambientalistas, que acreditam que um eventual aumento no nível do mar causado pelo fenômeno do aquecimento global possa atingir as ilhas em cheio, submergindo-as. A própria constituição dos atóis e recifes contribuiria para tal catástrofe, por formarem um terreno de baixa altitude sensível às mudanças marítimas e avanço da água. Por outro lado, não há cursos d’água, obrigando a população local a coletar toda a água da chuva para sua manutenção. Parte das pessoas que vivem nestas ilhas já se deslocam para a Nova Zelândia em função das inundações. As inundações são originárias do aquecimento global em consequência das emissões descontroladas de gases poluentes na atmosfera terrestre causadoras do efeito estufa, apesar de haver divergências no campo científico sobre a relação dos gases estufa e aquecimento global. De acordo com Piovesan, os refugiados tornam-se refugiados porque um ou mais direitos fundamentais são ameaçados. Cada refugiado é consequência de um Estado que viola os direitos humanos¹⁹, que não tem, muitas das vezes e a exemplo dos “refugiados ambientais”, suas condições reconhecidas legalmente e, por outro lado, inexistência de políticas públicas preventivas para sanar a questão. Cada refugiado tem sua própria história, seja de repressão, perseguição, abusos, medos, questões climáticas, etc. E a história/condição de cada qual demonstra um

23 de setembro de 2019.

19 Idem PIOVESAN. Obra citada. 2015. p. 254

afronto aos direitos humanos, independentemente de qual seja a origem.

A Proteção do Meio Ambiente no Contexto Nacional e Internacional: possíveis propostas

O estado brasileiro, na Carta Constitucional vigente, dedicou um capítulo para o meio ambiente que é o arcabouço norteador do direito ambiental brasileiro. Trata-se do Título VIII – da Ordem Social – Capítulo VI – Do Meio Ambiente. Assim, em conformidade com o artigo 225²⁰: “*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 de preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. Ressaltou este artigo que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, e estabeleceu ser da competência do Poder Público e da coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Em matéria de justiça constitucional, a CF brasileira de 1988 representa um marco fundamental sobre a questão ambiental, pois, ademais de ter sido responsável pela elevação do meio ambiente à categoria de bens tutelados pelo ordenamento jurídico, sistematizou a matéria ambiental e estabeleceu o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo e, de forma ímpar, instituiu a proteção do meio ambiente como princípio da ordem econômica, no art. 170. Há uma preocupação com as futuras gerações de forma que a presente geração não pode usufruir de todo o recurso fornecido pelo meio ambiente e deixar, para as próximas gerações, um percentual ínfimo. Consiste em um dever dúplice fundamental tal medida, ou seja, do Estado, enquanto gestor público e, da coletividade. Destaca-se o conteúdo do inciso IV do artigo 225, da CF/88, que se ocupa da avaliação dos impactos ambientais das atividades de qualquer natureza, cujo fim primeiro preceitua a necessidade de uma atuação preventiva de maneira a se evitar os danos ambientais oriundos de possíveis agressões ao meio ambiente que, muitas das vezes, é de difícil ou de reparação impossível.

No âmbito do Direito Constitucional Europeu, o direito ambiental ocupa nível elevado de proteção com propriedade de direitos fundamentais. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, datada do ano de 2000, consagra o direito fundamental ao meio ambiente como um direito de solidariedade e dispõe em seu artigo 37²¹, que “[...] as políticas da União [Europeia] devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia declara ainda que se deve priorizar a melhoria da qualidade do bem ambiental. Ou seja,

20 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, consulta realizada em 23/10/2019.

21 <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf> Acesso em 10 de setembro de 2019.

não somente protege o que já está disponível na natureza como ainda prioriza que este bem, sempre que possível, seja o mais natural possível.

O ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados²², já em 2009, ressaltava que “*a influência das mudanças ambientais sobre a mobilidade humana é ostensiva e crescente*” e, ainda, que o “*aquecimento global e mudanças climáticas são provavelmente as circunstâncias mais importantes dos novos fatores*” que, certamente, condizem com a nova realidade hoje vivenciada, inerente e, a exemplo, dos “refugiados ambientais”. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, no ano de 1968, por meio da resolução 2398²³, inciso XXIII, que trata das repercussões da deterioração do meio ambiente e suas consequências sobre a condição do ser humano e os impactos sobre o gozo de seus direitos humanos, nos aporta ao seguinte: “*Preocupados com os efeitos nas condições do homem, seu bem estar físico, mental e social, sua dignidade e fruição dos direitos humanos básicos nos países em desenvolvimento e naqueles desenvolvidos*”. A resolução disseminou em seu conteúdo textual, a preocupação com os efeitos da degradação da qualidade do meio ambiente na condição humana e no referente ao gozo dos direitos humanos básicos, fundamentais para a sobrevivência do ser humano, como gênero. Igualmente, o Protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos²⁴ consagrou expressamente o “*Direito a um meio ambiente sadio*” e de que “*Toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos*”, ressaltando que tais atribuições serão de competência d’os Estados Partes que “*promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente*”, vale dizer que, aquele Estado que for parte da Convenção assume, obrigatoriamente, o compromisso de zelar, proteger, preservar e melhorar o meio ambiente em que vivemos. Uma das principais conferências mundiais que aportou a participação de um grande número de representantes foi a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Rio92²⁵, que se ocupou, em seu conteúdo, com o meio ambiente e os direitos humanos e conclamou a todos para “*a conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lar, ...*”.

E, neste toar, outras conferências se seguiram, como a Conferência de Johannesburgo (Rio+10)²⁶ que ratificou os compromissos firmados entre os países que participaram da reunião no Rio de Janeiro, a ECO92, lembrou

22 ACNUR. In Search of Shelter: Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement, May 2009. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/4ddb65eb2.html>> Acesso em: 20 de outubro 2019.

23 <http://www.un.org/documents/ga/res/23/ares23.htm>, acesso efetivado em 22/09/2019.

24 https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, consulta realizada em 22/10/2019.

25 <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>, acesso realizado em 23 de setembro de 2019.

26 http://www.ipardes.gov.br/biblioteca/docs/bol_24_6e.pdf, acessada em 13 de setembro de 2019.

os compromissos firmados entre os países e os desafios enfrentados pelas diversas nações ali representadas, reafirmou o compromisso com o desenvolvimento sustentável, frisou a importância do multilateralismo democrático e responsável e assumiu o compromisso de agir em conjunto para a concretização do objetivo de garantir às futuras gerações um mundo melhor. É clara a preocupação das conferências mundiais com o futuro ambiental e humano do mundo. Observa-se uma preocupação com a questão ambiental a nível nacional e internacional que se encontra normatizada em instrumentos internos (Constituição) e internacionais (Ajustes) e, nesse contexto, presentemente, um dos principais desafios da humanidade é com o “refugiado ambiental”, cujo deslocamento forçado, oriundo dos desastres ambientais, e as consideráveis mudanças climáticas, já afetam milhões de pessoas no mundo.

É cediço que a **Declaração dos Direitos Humanos**, de 1948, consagrou, em seu art. 14, o direito de solicitar proteção e dela gozar. Neste toar, assegura a liberdade e a igualdade, cujos valores culminam por não aceitar qualquer tipo de discriminação de qualquer natureza para com as pessoas que estão em busca dessa proteção e cujo direito, também, deve ser estendido àquelas pessoas que se encontram na situação de refugiado “ambiental”, destaca-se. E conforme ponderou Espiel²⁷, citado por Piovesan, *se é certo afirmar que os refugiados possuem um regime jurídico internacional específico que deriva, entre outros instrumentos, da Convenção de 1951 e do protocolo de 1967, não é menos certo que os princípios e critérios normativos que fundam esse regime se encontram na Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts 13 e 14)*. A Convenção de Viena, que é o Direito dos Tratados, em seu artigo 38, anota regras que devem ser aplicadas aos tratados escritos relativamente às reservas, interpretação, entrada em vigor dentre outras²⁸. A consideração do interesse comum no meio ambiente global caminha para as regras internacionais *erga omnes*, ou seja, aplicáveis a todos os Estados, cujos conteúdos estes devem sobremaneira respeitar e fazer respeitar. A principal forma de concretização das normas do direito internacional ambiental tem sido então através dos Tratados, que é a forma mais comum de se criar normas internacionais de caráter vinculante e de os estados aderentes assumirem o compromisso de efetivamente cumpri-los.

Internacionalmente, a Convenção de Genebra²⁹ de 1951 é considerada a norma fundamental de proteção efetiva dos refugiados e se constitui como referencial na investigação e abordagem da temática dos “refugiados ambien-

27 PIOVESAN, obra citada. 2015. P. 254/255 in GROS ESPIEL, Hector. El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre derechos humanos. In: Estudios sobre derechos humanos. Madrid: Civita/IIDH, 1988. V. 2 p. 253.

28 <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>, consulta realizada em 20 de outubro de 2019.

29 Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada 28 de julho de 1951 por uma Conferência de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas; convocada pelas Nações Unidas nos termos da Resolução 429 (V) da Assembleia Geral em 14 de Dezembro de 1950. Entrada em vigor em 22 de Abril de 1954, em conformidade com as disposições do artigo 43.

tais” e, igualmente, a Declaração Universal. Estes são os Instrumentos Internacionais que oferecem proteção primeira para os cognominados refugiados e tem unissonante, o objetivo basilar de defender e garantir a dignidade e a integridade do ser humano. Ao assegurar valores da liberdade, da igualdade e rechaçar discriminações de qualquer natureza, decorre, daí, o direito fundamental de proteção assegurado no direito internacional e, d’outro lado, ao Estado, cabe o dever de seu cumprimento e a observância à Convenção sobre o Estatuto do Refugiado e/ou outros pactos afetos.

Nesse toar, Carolina de Abreu Batista Claro³⁰, em artigo intitulado “O APORTE JURÍDICO DO DIREITO DOS REFUGIADOS E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS”³¹, aponta, em seu brilhante estudo, algumas propostas de Tratados Internacionais visando a proteção jurídica dos refugiados ambientais, sendo elas: (i) do governo das Ilhas Maldivas, (ii) do CRIDEAU – Centre de Recherche Interdisciplinaire en Droit de L’environnement, de L’aménagement et de L’urbanisme – e do CRDP – Centre de Recherche sur les Droits de la Personne, ambos da Universidade de Limonges, na França, e (iii) de um grupo de pesquisadores australianos liderado por David Hodgkinson, que propõe uma Convenção para as Pessoas Deslocadas pelas Mudanças Climáticas (CCDP, na sigla em inglês). A segunda proposta, para Batista Claro, *“a do “CRIDEAU/CRDP, liderada por Michel Prieur, é mais realista no tocante à política internacional, embora, por mais desejável que seja, uma convenção específica sobre “refugiados ambientais” tampouco deve ser aprovada com a rapidez necessária com que esses migrantes precisam de proteção jurídica interna e internacional. A Convenção sobre o Status Internacional dos Deslocados Ambientais pretende garantir os direitos dos “refugiados ambientais” nos planos interno e internacional. Seu artigo 1º exorta que “o objetivo desta Convenção é contribuir para a garantia dos direitos dos deslocados ambientais e organizar sua recepção, assim como seu eventual retorno, em aplicação ao princípio da solidariedade”. A proposta de convenção utiliza o termo “deslocados ambientais” para referir-se a todos os migrantes forçados influenciados pelo meio ambiente, sejam temporários ou permanentes, internos ou internacionais. Embora mais bem aceita do que “refugiados ambientais”, a expressão, no direito dos refugiados, é usualmente utilizada para os migrantes internos e não para os migrantes internacionais, de modo que a imprecisão terminológica persistiria face à normativa consagrada de refúgio. O mais interessante, em termos de respaldo jurídico trazido pela proposta de convenção, é que os direitos dos “refugiados ambientais” seriam baseados em princípios consagrados de direito internacional como: (i) princípio da solidariedade, (ii) princípio da responsabilidade comum porém diferenciada, (iii) princípio da proteção efetiva, (iv) princípio da não-discriminação e (v) princípio do non-refoulement. Dentre as normas imperativas, encontra-se o*

30 <http://docplayer.com.br/16033676-O-aporte-juridico-do-direito-dos-refugiados-e-a-protecao-internacional-dos-refugiados-ambientais-1.html>, consulta realizada em 20 de setembro de 2019.

31 Artigo publicado em: CARVALHO RAMOS, André; RODRIGES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: ACNUR/ ANDHEP/Editora CL-A, 2011, p. 241-269, citado por Carolina de Abreu Batista Claro.

princípio de *non refoulement* (“não-devolução”), por meio do qual os países estão proibidos de expulsar uma pessoa para um território onde possa estar exposta à perseguição. O artigo 11 da proposta, também inovador no que diz respeito à sistematização dos direitos existentes, porém não necessariamente novos, indica como direitos de todos os “refugiados ambientais”: (i) direito à informação e à participação, (ii) direito de assistência, (iii) direito à água e à ajuda alimentar, (iv) direito à Moradia, (v) direito aos cuidados de saúde, (vi) direito à personalidade jurídica, (vii) direitos civis e políticos no Estado de sua nacionalidade, (viii) direito de respeito à família, (ix) direito à educação e ao treinamento, (x) direito ao trabalho e (xi) direito à manutenção de suas particularidades culturais”. A situação de fragilidade em que vivem os refugiados ambientais não pode ser negada pelo direito, sob pena de que lhes serem desrespeitados os princípios que fundamentam uma sociedade fulcrada no Direito e na Justiça.

Os Refugiados Ambientais no Brasil e na Europa: em suma, fatores comuns que motivam esse fenômeno

Como já abordado acima, a questão dos refugiados ambientais é causa de grande preocupação. De acordo com as Nações Unidas³², a tendência é aumentar, e o deslocamento forçado tem ocorrido em razão das alterações climáticas que se fazem sentir pelos fatores de desertificação e degradação dos solos, o aumento do nível dos oceanos e seu aquecimento, além de cheias, acontecimentos que têm tendência a afetar até 1 bilhão de pessoas até 2050. E Brasil e Europa estão neste contexto. Outra importante questão abordada pelas Nações Unidas em face da emergência climática global é de que a superfície terrestre perde cerca de 24 bilhões de toneladas de solo fértil a cada ano. Uma vez empobrecidos os solos, fica inviabilizada qualquer prática agrícola e, agravada a situação pela erosão do solo resultado do seu uso continuado, acresce invariavelmente a falta de água potável transformando regiões antes povoadas, em lugares inabitáveis. A ONU destacou o aumento do nível dos oceanos, com uma previsão de aumento de um metro até 2100, e isso afetará primeira e diretamente as comunidades do globo das nações localizadas a baixa altitude que terão suas terras debaixo de água e os mares transformados em “desertos subaquáticos”, como consequência do aumento da temperatura e acidez dos mares. E uma causa primordial é a interferência da ação humana no clima como geradora ou amplificadora das mudanças climáticas, tendo por consequência o deslocamento humano forçado.

Conclusão

O tema dos refugiados “ambientais” demonstra ser uma preocupação no âmbito nacional e internacional em face da intrincada mudança do meio ambiente. Pondera-se que a literatura jurídica sobre o tema dos refugiados

32 NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Disponível em: <https://nacoesunidas.org>. Acesso em 25 de outubro de 2019.

não recepçiona com positividade a questão dos “refugiados ambientais” justamente pela imprecisão da terminologia frente à normativa internacional que consagra o refúgio. Inobstante isso, a melhor doutrina define o “refugiado ambiental” como sendo aquele que está obrigado a deixar seu lar de forma permanente ou temporária em virtude das questões ambientais cujas causas podem ser naturais ou, provocadas pela humanidade que, por fim, o afasta do local onde vive. Tem-se uma previsão de que o número de migrantes ambientais ultrapassará uma cifra altíssima. Diante desse contexto, faz-se necessário que medidas urgentes sejam adotadas para a proteção desse grupo de pessoas que se encontram em perigo ou tenham suas condições de vida afetadas. A situação de fragilidade em que estes vivem não pode ser negada pelo direito sob pena de que lhes sejam desrespeitados os princípios que orlam uma sociedade fulcrada no Direito e na Justiça.

Referências

ACNUR. In Search of Shelter: *Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement, May 2009*. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/4ddb65eb2.html>>

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7edição. Editora Malheiros. São Paulo, 1997.

CONVENÇÃO DE GENEBRA RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, adotada 28 de julho de 1951 por uma Conferência de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas; convocada pelas Nações Unidas nos termos da Resolução 429 (V) da Assembleia Geral em 14 de Dezembro de 1950.

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, de 22 de novembro de 1984. Disponível em:<<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/>>.

GROS ESPIEL, Hector. El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre derechos humanos. In: **Estudios sobre derechos humanos**. Madrid: Civita/IIDH, 1988.

HINNAWI, Essam El. **Environmental refugees**. Nairobi: Unep, 1985, apud BARBOSA, Luciana Mendes. *A construção da categoria de refugiados ambientais: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas*. I Simpósio em Relações Internacionais do Programa de pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP e PUC-SP), 12 a 14 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.santiagodantassp.locaweb.com.br/br/simp/artigos/mendes.pdf>>

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **Refugiados Ambientais: Uma nova categoria de pessoas na ordem jurídica Internacional**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 7, p. 123-132, jun./2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. Editora Saraiva. São Paulo. 2015.

PIOVESAN, obra citada. 2015. P. 254/255 in GROS ESPIEL, Hector. El derecho internacional de los refugiados y el artículo 22 de la Convención Americana sobre derechos humanos. In: **Estudios sobre derechos humanos**. Madrid: Civita/IIDH, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Editorial Livraria do Advogado. 11ª Edição. Porto Alegre, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 edição. Editora Malheiros, São Paulo, 1998.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ANIMAIS E A PROTEÇÃO DA VIDA

Eliana Franco Neme

Mestre e Doutora em Direito Constitucional, professora dos cursos de graduação e pós graduação do Centro universitário de Bauru, Instituição Toledo de Ensino, da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e da Universidade Metropolitana de Santos

Resumo:

A proposta do presente artigo é evidenciar que tanto o texto da Constituição Federal de 1988, como a Constituição Portuguesa de 1976 estabelecem normas de Direitos Fundamentais e sobre a proteção ao meio ambiente, a brasileira assim como a portuguesa estabelece que o meio ambiente é direito de todos e dever do Estado, e especificamente protege a fauna como elemento deste ambiente, vedando qualquer tipo de atividade cruel com os animais. Ambos os textos porém, apesar de bem intencionados não são suficientes para que a proteção ao meio ambiente e a proibição de tratamento cruel com animais seja realidade nesses países. O fato é que ainda não conseguimos compreender a natureza sistêmica das cláusulas de proteção ambiental, e, estabelecer uma dialética necessária entre esta proteção, a inexorabilidade do impedimento de crueldade contra os animais e a dignidade humana. Nesta dinâmica constitucional a análise que fazemos é a que é sim possível retirar de uma visão antropocêntrica a necessária compreensão que sem proteger a parte há sempre, e inexoravelmente o comprometimento do todo. Para isso passamos pela apresentação desta ideia de que homens e animais encontram-se ligados pelo meio ambiente comum, pela determinação dos valores constitucionais protegidos como direitos fundamentais e, especialmente direitos individuais. A abordagem aqui utilizada é a que despreza a proposição biocêntrica, não por não acreditar nela, mas por compreendermos que talvez o primeiro passo para a concretização dos valores relacionados aos direitos dos animais é a compreensão sistêmica do problema. Traçamos a trajetória constituinte e a sistematização dos preceitos, que ainda que estejam dispostos de maneira esparsa nas Constituições brasileira e portuguesa, sejam condicionantes para a compreensão do valor “vida digna” proposto. Também caminhamos e pela identificação da vedação contra a crueldade como um meio de implementação de cláusulas de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

e sua efetivação como meio ambiente necessário ao exercício de uma vida digna.

Palavras-chave: Constituição; Meio ambiente; Vida digna; Direitos Animais; Crueldade.

Considerações Introdutórias

As Constituições modernas como a do Brasil e a de Portugal passaram a reconhecer em seus textos a preocupação com o meio ambiente. A Constituição Portuguesa informa que todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender¹. Já a Constituição brasileira de 1988 informa, praticamente nos mesmos termos, que 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 gerações². Evidente que os textos estabelecem a proteção pela constatação cada vez mais empírica de que a nossa vida no planeta está umbilicalmente ligada à preservação ambiental. Assim o pressuposto mínimo para a compreensão de nosso pensamento é o reconhecimento de que vida humana e proteção ambiental são temas correlatos.

Especificando a tutela a Constituição brasileira de 1988 trouxe norma expressa de vedação de crueldade com os animais³. Em uma primeira análise, antropocêntrica, poderia parecer contraditório que a Constituição, objetivando a proteção da vida humana fosse capaz de proteger também a vida dos animais. Neste sentido, soaria impróprio que fosse dada tanta ênfase para a proteção dos animais em um país em que alguns dos direitos humanos fundamentais são desprezados. E é razoável que pensemos que no Brasil, onde crianças ainda morrem de fome, jovens são massacrados por grupos de extermínio, homens e mulheres vagueiam as margens do trabalho formal, e idosos são tratados como um problema social, não reste muito tempo e disposição para nos preocuparmos com o meio ambiente e com os animais. Por outro lado, não é tão difícil imaginar o planeta terra como um sistema completo e que haja uma relação entre as questões que atormentam a humanidade e a especificidade da proteção dos animais. O que pretendemos demonstrar neste trabalho, é que não há como estabelecer uma efetiva proteção da vida humana sem que haja necessariamente um ambiente ecologicamente equilibrado, e

1 Constituição de Portugal, artigo 66

2 Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 225.

3 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. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade

para que este ambiente seja ecologicamente equilibrado devemos observar o preceito fundamental que proíbe a crueldade com os animais.

A tarefa é complexa uma vez que o ser humano tem como padrão a produção de conhecimento, analisando o meio ambiente com a exclusão dele próprio, e que o homem normalmente analisa os fatos do mundo sob o prisma de um observador imparcial, o que não é verdade. Por Descartes “*aprendi a não crer com muita firmeza em nada do que só me fora persuadido pelo exemplo e pelo costume*”⁴, e partilho aqui minha inquietação. Não somos imparciais, somos parte do problema e parte da solução deste problema apresentado: a dinâmica nas relações entre homens e animais. Richard Dawkins sobre a necessidade de enfrentamento e análise permanente de nossa convicção afirmou que: “*Temos o poder de desafiar os genes egoístas de nosso nascimento e, se necessário, os genes egoístas de nossa doutrinação*”⁵. Neste contexto, as Constituições apresentam-se como um conjunto de normas, que por razões técnicas e metódicas foram separadas em grupos distintos. Não há hierarquia entre essas normas, e sua disposição física no texto não pode trazer outra consequência, a não ser a de dar mais organização as ideias que foram retratadas. Assim, a interpretação da proteção constitucional ao meio ambiente deve ser feita com cautela, e o interprete deve ter o cuidado de não privatizar o entendimento e traduzi-lo para a órbita dos anseios humanos. Diante das possibilidades de leitura do texto, é necessário que nós façamos uma interpretação integrativa, onde se possa enxergar que a vida humana e o ambiente estão inexoravelmente interligados.

Por sua vez, os efeitos da não observância das regras de proteção contra a crueldade com os animais não merece igual respeito. A crença humana na sua superioridade sobre os outros elementos ambientais é tão forte e arraigada que é muito complicado rever alguns conceitos. Nós nos achamos superiores, e em um primeiro momento acreditávamos que o ambiente se subjugaria aos nossos desejos sem que houvesse qualquer consequência. Estamos aqui há tanto tempo explorando, destruindo, poluindo, matando, queimando, usando e experimentando, que isso parece à coisa natural a ser feita. Não é verdade. Da mesma forma que precisamos sentir os sinais da insatisfação ambiental para que pudéssemos rever nossa atividade sobre a terra, teremos que nos envolver em um processo menos egoísta para entender a linguagem dos animais.

Felizmente, há setores que impulsionados por crenças religiosas, filosóficas ou humanísticas, deflagram o alerta no sentido da proteção dos animais. Esta categoria de pessoas já se deu conta de que não é tão importante, e que, se estamos todos no mesmo planeta e precisamos uns dos outros para sobreviver, é melhor passar a agir como parte e não como proprietários do todo. Assim, a proteção dos animais contra a crueldade é o reflexo de uma consciência que está surgindo, a de que qualquer crueldade contra os animais é um ato de crueldade contra todas as espécies vivas albergadas por este pla-

4 René Descartes. Discurso sobre o método. pag. 22.

5 Richard Dawkins. O Gene Egoísta. pag. 76.

neta. Fazer este caminho, o caminho da identidade com os outros seres vivos, não é confortável. Já dizia Raul Seixas que o receio maior deve vir sempre “*daquela opinião formada sobre tudo*”, mas no mundo líquido talvez a certeza da nossa superioridade sirva de alento diante de todas as demais inconstâncias que enfrentamos, e que não controlamos. Mas, se queremos a Justiça, e mais ainda, se queremos “ser justos” precisamos acima de tudo da coragem, pois como explica muito bem São Tomás, “*a fortitudo é a condição de qualquer virtude*”⁶. Toda razão é universal; toda coragem, singular, Toda razão é anônima, toda coragem, pessoal. Por isso é preciso coragem para pensar, porque ninguém pode pensar em nosso lugar. Felizmente ou infelizmente, o prêmio da capacidade racional que nos foi ofertado traz como consequência a imposição da sua utilização. Não estou aqui tentando convencer você a ser vegano, deixar de consumir produtos animais de qualquer espécie, invadir laboratórios experimentais e salvar baleias, ursos, ou até todos os cachorros perdidos que encontrar pelo seu caminho. Só quero, e se isso funcionar este texto já terá sido um grande sucesso, que você pense um pouco sobre esta possibilidade, a de estarmos todos inexoravelmente ligados simplesmente por vivermos aqui, neste planeta.

Terminologia Necessária para a Compreensão do Meio Ambiente (e a Proteção Contra a Crueldade) como Direito Fundamental

Bem, entendemos que a tutela constitucional ao meio ambiente tem uma premissa antropocêntrica, uma vez que é direcionada pela ideia de que a violação do meio ambiente representa por si só uma ameaça aos direitos do homem. E é esse justamente o reconhecimento que fazemos, tanto a Constituição Federal brasileira como a Constituição portuguesa deixam claro, desde o princípio, a preocupação com a proteção do cidadão e de seus direitos. Os constituinte foram tão cautelosos que até redundaram suas afirmações sobre liberdade, igualdade, segurança, liberdade e propriedade. Esta repetição tornou inequívoca sua preocupação com a manutenção desses valores, e outras normas que servem como vértice para aprofundamento da ideia de “dignidade da pessoa humana” viga mestre desses ordenamentos jurídico. Sobre o tema manifestou-se Luis Roberto Barroso:

A dignidade da pessoa humana, na sua acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cul-

6 São Tomás de Aquino, Summa Theologica, I a II ae, quest. 57, art. 5, e quest. 61, art. 2.

tura pós positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional⁷.

E continua:

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e - não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet⁹ propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

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

Longe de tentar esgotar a matéria, a conceituação apresentada serve de suporte para o raciocínio que pretendemos desenvolver, sem embargo de qualquer outro que venha a se lhe acrescentar. Dignidade é assim a qualidade que transforma aquela pessoa em única, titular de atributos físicos, mentais, sensoriais e sociais que a diferenciam de todas as demais, e a colocam em condição de igualdade nas relações autônomas com outras pessoas, na medida em que deve ser considerada um fim em si mesma, E aqui para nós, é o

7 Luís Roberto Barroso. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. pags. 12/13.

8 Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2014.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60

vértice para compreensão do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” de acordo com o disposto na Constituição Federal brasileira e na Constituição de Portugal. O único entendimento possível para o projeto de vida digna para as presentes e futuras gerações é aquele em que individualismo é substituído pela releitura sistêmica e coletiva¹⁰. Sobre este assunto, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade¹¹.

E também:

Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais¹².

Para a complementação do valor dignidade humana as Constituições alocaram em outros capítulos, e complementarmente ao que foi estipulado em tópico próprio, alguns elementos indissociáveis para a compreensão da amplitude e profundidade do conceito da dignidade humana. Temos então, entre outros preceitos, a proteção à saúde, à educação, à propriedade, à ordem

10 “Reserva extrativista. Conflito de interesse. Coletivo versus individual. Ante o estabelecido no art. 225 da CF, conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último. (...) Não coabitam o mesmo teto, sob o ângulo constitucional, reserva extrativista e reforma agrária.” (MS 25.284, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010.)

11 MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.

12 DI 3.540-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.)

econômica, à cultura e ao meio ambiente, que é o objeto desta reflexão. Por esse viés é de se concluir que deve ter a tutela dos animais, na esfera da proteção ao meio ambiente assegurada pela Constituição Federal. Vale explicar: Se topograficamente a proteção ao Direito Ambiental não se coloca ao lado dos valores insculpidos fundamentais, não há que se falar em manutenção de direitos fundamentais sem plano ambiental de existência. Além disso, tanto a Constituição Portuguesa como a brasileira estabelecem regras de hermenêutica que levam à mesma compreensão. O artigo 16.º da Constituição portuguesa ao disciplinar o âmbito e sentido dos direitos fundamentais informa que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. E ainda, que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Já a Constituição brasileira além de estabelecer a dignidade humana como princípio fundamental, em seu artigo 5º consagra direitos e garantias individuais e coletivos e informa que os direitos ali assegurados não excluem outros que por força de tratado e convenção internacional o Brasil venha a adotar. E esta é apenas a mais tacanha das interpretações, e a mais positivista, mas qualquer pessoa pode inferir que não há menor possibilidade de proteção à vida digna sem que haja proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na esteira do que dispõe o artigo 225 da Constituição brasileira e o artigo 66 da Constituição portuguesa.

O fato é que ambas constituições alteraram radicalmente a compreensão da proteção que deve ser dada ao indivíduo, e ao meio ambiente. Aquele pensamento liberal que impulsionava os textos para serem meros regulamentos da atividade econômica, com o prestígio de algumas poucas liberdades ruiu. De fato, uma Constituição que se anuncia como instrumento de efetivação dos valores humanos mais sagrados, com o projeto de reduzir as desigualdades sociais e incentivar a concretização de um Estado Democrático de Direito focado na dignidade humana, não poderia deixar de elevar o meio ambiente a uma categoria própria, um sistema banhado de imperatividade sistêmica.

A despeito dessas breves considerações que não excluem outras de caráter complementar ao raciocínio aqui estabelecido, é forçoso concluir que a constituição do Brasil e a Constituição de Portugal consagraram a proteção da vida humana digna como vetor interpretativo, e que a realização deste propósito condiciona-se à efetivação de vários outros direitos previstos pelo próprio texto, entre os quais se evidencia de maneira multidisciplinar a preocupação com o meio ambiente. Assim, é consequência da interpretação lógica constitucional em que a existência do Estado Democrático de Direito é voltada e condicionada à proteção da vida humana em todas as suas esferas de compreensão, e que não há proteção da vida humana em parâmetros constitucionais sem a proteção ao meio ambiente. Por aí é forçoso concluir que o

direito individual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está elevado à condição máxima de proteção, petrificado e consagrado pelo Constituinte como um dos temas que não podem ser alterados pelo legislativo ou pelo poder reformador.

Uma Necessária Compreensão de que Vedação de Crueldade com Animais é Proteção de Vida Digna

Estabelecida esta premissa, a de que a vida humana digna impõe necessariamente a proteção do meio ambiente, reta a nós adentrarmos na proteção dos animais contra a crueldade. Infelizmente, até agora e o que podemos perceber (e o que é ditado pela conveniência humana) é que acima de qualquer determinação ética, o valor que serve de parâmetro para a ponderação entre os direitos dos homens e dos animais é a vontade do homem. Vontade esta fundamentada e justificada pela vaidade, pela cultura, pelas crenças e pela perseguição da superação científica, é essa vontade que determina o destino dos animais.

Neste artigo, longe de tecer qualquer tipo de consideração religiosa, filosófica, sociológica ou política a respeito da questionável superioridade entre homens e animais, vamos partir da ideia de que esta superioridade exista, e que realmente a implementação das políticas públicas e das regras de elaboração, aplicação e interpretação das leis deve ser feita nesse sentido. Advertimos desde já: não acreditamos que somos superiores aos demais animais deste planeta, mas apenas a título de argumentação podemos utilizar esta premissa para concluir que ainda assim, ainda que fossemos superiores, qualquer atividade cruel com animais seria uma atividade basicamente inconstitucional. Se para o direito civil, o animal é coisa ou semovente; no direito penal, objeto material; no direito ecológico, bem ambiental de uso comum do povo, é forçoso concluir que entre se tivermos que optar entre eles e nós a segunda opção é a mais frequente. A ideia desse trabalho nos leva ao raciocínio de que mais ou menos desenvolvidos, espertos, hábeis, inteligentes ou belos, todos os animais (e entre eles incluí aqui os humanos), os minerais e os vegetais estão imediata e inexoravelmente interligados por um vínculo que lhes é comum, qual seja, o de pertencerem ao mesmo planeta, e integrarem o mesmo ambiente. Seguindo esse conceito, não temos assim, enquanto membros de uma mesma sociedade, a dos habitantes desse planeta, autoridade ou qualidade superior para determinar quem pode e deve ser eliminado em benefício dos demais. Se a afirmação parece absurda hoje, basta nos recordarmos de alguns posicionamentos que já tomamos em relação os nossos semelhantes, para poder acreditar na fagulha da ética que se defende.

Os parâmetros dos Direitos dos Animais, ao contrário das demais revoluções de Direitos, não foram propagados pelos interessados (nunca vimos um cão, um ganso ou uma vaca peticionando por direitos) e tampouco estão comprometidos com uma esfera de benefícios ulteriores, como se pode dizer

da revolução na proteção dos direitos das Mulheres e das crianças, a revolução dos bichos foi e está sendo movimentada por pessoas impulsionadas pela empatia, pela religião, pela razão e inspiradas pelas demais Revoluções de Direitos. De fato, não é recente na história a ideia de exploração dos animais para benefício humano: a alimentação, a experimentação laboratorial para fins médicos, o lazer, a cultura, o esporte, a educação.... Todos esses fatores já foram ou ainda são suporte para o estabelecimento de uma relação vertical e imperialista em que os homens tem direito a tudo, e os animais não tem direito a nada. O princípio essencial era que os animais existem para o benefício dos seres humanos. Na Bíblia hebraica, apenas citada como exemplo religioso, as primeiras palavras de Deus a Adão e Eva são: *Crescei e multiplicai-vos, enchei e dominai a terra. Dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todos os animais que se movem na terra.*

Da mesma forma, Deus disse a Noé em Gênesis¹³: *Sereis temidos e respeitados por todos os animais da terra, por todas as aves do céu, por tudo quanto rasteja sobre a terra e por todos os peixes do mar; ponho-os à vossa disposição. Tudo o que se move e tem vida servir-vos-á de alimento; dou-vos tudo isso como já vos tinha dado as plantas verdes.*

No livro “Os Anjos bons da nossa natureza” Steven Pinker informa que a Grécia e Roma antigas tinham uma visão similar sobre o lugar dos animais na ordem das coisas. Aristóteles escreveu que *“as plantas foram criadas para o benefício dos animais e os animais para o benefício do homem”*. Na cristandade, Santo Agostinho e Tomás de Aquino combinavam enfoques bíblicos e gregos para ratificar o tratamento amoral dos animais. Tomás de Aquino escreveu: *Pela divina providência, [os animais] foram projetados para o uso do homem [...]. Por conseguinte, não é errado que o homem deles faça uso, seja matando-os ou de qualquer outra maneira.*

A filosofia também não ajudou muito. Descartes escreveu que os animais eram mecanismos, de modo que não havia maneira de sentirem dor ou prazer. Porém Descartes estava comprometido com a existência da alma, concedida aos seres humanos por Deus, e a alma era onde residia a consciência. As faculdades de querer, sentir, conceber etc. não podem tampouco ser tomadas propriamente como partes: pois é o mesmo espírito que se empenha por inteiro em querer, e por inteiro em sentir, em conceber. A linguagem igualmente é uma faculdade dessa coisa indivisível que chamamos de espírito ou alma. Como os animais carecem de linguagem, têm de carecer de alma; portanto, necessariamente são privados da capacidade de sentir¹⁴. Hoje sabemos que a consciência depende, até o mais ínfimo vislumbre, da atividade fisiológica do cérebro, o que é completamente desconexo com o argumento anteriormente apresentado.

Foi na renascença em que os primeiros sinais de uma genuína preocupação com os direitos dos animais surgiram. Vieram da Índia relatos sobre o vegetarianismo com a informação de que comunidades inteiras sobreviviam sem carne. Se você é aquilo que você come, neste momento da história comer

13 Bíblia Sagrada.,Capitulo 9,2-3.

14 Steven Pinker. Os anjos bons da nossa natureza. pag. 457.

cadáveres não parecia algo muito elevado. Alguns escritores, entre eles Leonardo da Vinci, tornaram-se vegetarianos e os valores renascentistas por ele representados acabaram por influenciar uma seleta elite intelectual europeia. Mas foi a separação entre o dualismo de substância de Descartes, pelo monismo e pelo dualismo de propriedades que deflagrou nos séculos XVIII e XIX maiores argumentos em benefício dos animais. Nesta nova perspectiva, havia a equiparação ou apenas a conexão íntima entre a sciência e a atividade cerebral. Assim, se comprovada a atividade cerebral, seria necessário reconhecer a existência de um senciente. Por fim Jeremy Bentham trouxe significativa contribuição para uma nova inteligência de valores éticos que deveriam ser utilizados no tratamento com os animais. Bentham escreveu:

Poderá existir um dia em que o resto da criação animal adquirirá aqueles direitos que nunca lhe poderiam ter sido retirados senão pela mão da tirania. Os franceses descobriram já que a negrura da pele não é razão para um ser humano ser abandonado sem mercê ao capricho de um algoz. Poderá ser que um dia se reconheça que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a forma da extremidade do os sacrum são razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível ao mesmo destino. Que outra coisa poderá determinar a fronteira do insuperável? Será a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? Mas um cavalo ou cão adultos são incomparavelmente mais racionais e comunicativos do que uma criança com um dia ou uma semana ou mesmo um mês de idade. Suponhamos que eram de outra forma - que diferença faria? A questão não é: Podem eles raciocinar? nem: Podem eles falar? mas: Podem eles sofrer?

Bentham assegura que reside na capacidade de sentir dor o repositório para a titularidade desses direitos. Por outro lado, a publicação de “A origem das espécies” por Darwin em 1859, e sua aceitação pelos biólogos tornou praticamente impossível sustentar que a sciência era um atributo exclusivamente humano, e foi apenas em razão das duas grandes guerras mundiais e a escassez consequente, que o projeto de igualdade em direitos foi postergado para o final do século XX.

Mas foi apenas com a publicação do livro “Libertação Animal”, do filósofo Peter Singer, em 1975, que o movimento efetivamente eclodiu. Singer apresentou um argumento poderoso em favor de uma plena consideração pelos interesses dos animais, ainda que não lhes garantindo necessariamente “direitos”. A ideia começa pela noção de que é a sciência, mais que a inteligência ou o fato de pertencer a uma espécie, que torna um ser merecedor de consideração moral. Deriva daí que não devemos infligir aos animais nenhuma dor evitável. Em outro livro, “O círculo expandido”, ele desenvolve uma teoria de progresso moral, segundo a qual os seres humanos foram dotados pela seleção natural de um cerne de empatia para com seus próximos e aliados, e gradualmente o estenderam a círculos cada vez mais amplos de seres vivos, da família e da aldeia ao clã, à tribo, à nação, à espécie e a toda a vida

sensível¹⁵. Dessa forma, o homem quando subvaloriza a crueldade com os animais, e lhes impõe sofrimento inútil e desnecessário, nega a si próprio o valor de integração ao seu meio, se exclui do ambiente e informa que todo o planeta deve se curvar aos interesses humanos. A própria etimologia da palavra que vem do latim *crudelis, crudus*, avilta seu conteúdo selvagem: *aquele que sente prazer com a dor, com o sangue do outro; o que não passou pela ação civilizatória do fogo*. O progresso moral impõe que esse sentimento seja cada vez mais excluído da sociedade humana.

Ao julgar a questão da “Farra do Boi” no Brasil, o Ministro Francisco Rezek do Supremo Tribunal Federal ressaltou que *“a farra do boi é uma prática manifestamente cruel com os animais, e, portanto contrária à Constituição”* e prosseguiu *“que tipo de país queremos ser se protegemos práticas cruéis sob o argumento de que elas são vetores culturais?”*¹⁶ O mesmo ocorreu no julgamento da “Vaquejada”, quando por seis votos a cinco o Supremo deu procedência a uma ação direta de inconstitucionalidade contra lei que regulamentava o esporte/cultura no Ceará. Em seu voto, Marco Aurélio considerou que a proteção ao meio ambiente, neste caso, deveria se sobrepor ao valor cultural da prática que indubitavelmente causa sofrimento desnecessário aos animais, no que foi acompanhado pela atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lucia, nos seguintes termos: *“Sempre haverá os que defendem que vem de longo tempo, se enraizou na cultura do nosso povo. Mas cultura se muda e muitas foram levadas nessa condição até que se houvesse outro modo de ver a vida, não somente ao ser humano”*¹⁷

Se pensarmos que o sistema biológico material é regrado por um sistema normativo constitucional ao qual pertencemos, devemos compreender que a regulamentação da proteção ao meio ambiente, nesta perspectiva antropocêntrica, está voltada unicamente à preservação da vida digna da espécie humana na terra. O constituinte ao proibir expressamente qualquer tipo de ação cruel para com os animais compreendeu que a vida humana digna, a teor do que consagra o texto, só pode ser aquela em que os seres dotados de sensibilidade e de capacidade para o sofrimento tem sua integridade prestigiada. O deslocamento da interpretação, pelo que aqui dispomos, não retira do homem a qualidade de centro de convergência das atividades interpretativas, mas elucida que ainda nesta condição a vida do homem só pode ser digna quando ele não impuser sofrimento desnecessário aos animais. A perspectiva é que se for possível saber se uma determinada conduta é certa ou errada, levando-se em conta a felicidade ou infelicidade de todos os que foram afetados pela ação, sendo que a felicidade está relacionada ao prazer e a infelicidade à dor, é possível, também perceber que atos que causam dor aos animais são vedados pelo nosso sistema jurídico. Com isso, o fato dos animais também serem capazes de sentir dor e prazer toma-se relevante para a consideração moral. E assim, nossa Constituição compreendeu que esta consideração moral deve ser

15 Steven Pinker. The expandig circle. pag. 149.

16 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983.

17 ção Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983

levada em conta.

Se ao longo dos tempos os animais permaneceram excluídos da esfera de consideração moral dos seres humanos, não é de se estranhar que a ética tradicional tenha sido pensada apenas para atender ao aprimoramento dos seres dotados dessa característica, ou seja, dos homens. Para o que pretendemos esse critério tem que ser modificado, ainda que aqui, a ideia de extensão aos outros seres, do respeito concedido a indivíduos da espécie humana, seja viabilizada apenas como instrumento de efetivação do propósito maior da vida digna. Existe um inegável conteúdo ético no artigo 225 parágrafo 1º inciso V da Constituição Federal, que se direciona ao equilíbrio das espécies e a valoração dos preceitos relacionados ao meio ambiente nas demais áreas de proteção estabelecidas pela Constituição. Por este viés, todos os demais direitos consagrados pelo texto devem, necessariamente, passar pela aceitação do que foi prometido para a proteção do meio ambiente. Vale lembrar por fim que a ideia aqui adotada, a da concepção sistêmica ambiental, serve como parâmetro para recente determinação do Tribunal Penal Internacional. Como sabemos o TPI se configura como uma corte permanente e independente cujo objetivo principal é o de julgar os mais graves crimes contra a espécie humana. Na disciplina do Tribunal formulada pelo Estatuto de Roma, estão arrolados os seguintes crimes: crimes de guerra, crimes de agressão, crimes de genocídio e crimes contra a humanidade. A novidade surgiu com a publicação de um *policy paper*¹⁸ em 15 de setembro de 2016, em que o Tribunal informa que a partir de agora os critérios para seleção dos crimes objeto de julgamento e dará especial atenção a crimes relacionados à destruição do meio ambiente, à exploração de recursos naturais e à apropriação ilegal de terras. A situação por si anuncia o reconhecimento por parte do TPI, um Corte de Direitos Humanos, que o tema ambiental é de indissociável importância para o direito Internacional. Não havia até agora uma Corte Internacional dedicada ao Direito internacional Ambiental e é imprescindível que a preocupação com a proteção ambiental seja compreendida como um valor fundamental, a ser preservado por toda a espécie humana.

Considerações Finais

i. A existência do homem está intrinsecamente ligada ao meio ambiente, as ameaças ao meio ambiente devem ser consideradas ameaças ao homem, e na medida em que o homem faz parte do ambiente, toda ameaça ao homem como uma ameaça ambiental.

ii. A colocação da proteção ao meio ambiente como direito fundamental e de aplicabilidade imediata nas constituições brasileira e portuguesa é consequência lógica de interpretação por equivaler se em nível de importância, e

18 Tribunal Penal Internacional. Gabinete do Procurador. Policy Paper on Case Selection and Prioritization. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf>. Acesso em: 08 novembro 2019.

mais ainda, como condição de exercício para todos os demais direitos.

iii. Os princípios constitucionais ambientais servem de diretrizes para a aplicação do próprio texto constitucional, de toda normatização interna, e para a atividade da administração pública e dos cidadãos;

iv. O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado deve ser entendido como direito fundamental um direito da humanidade, no sentido de que têm por objeto bens que pertencem a todo o gênero humano, e cuja lesão pode impedir ou restringir as possibilidades de sobrevivência do homem nesse planeta. Entre os bens ambientais tutelados estão os animais, elemento indissociável da fauna.

v. Diante do pensamento ético que adotamos essa posição não mais se admite. Somos animais, vegetais e minerais parte de um todo, assim, a lesão a qualquer um dos integrantes desse sistema repercute necessariamente na existência dos demais. Assim, a proteção contra a crueldade com os animais, dentro de um processo evolucionista de proteção ao ambiente, nos informa que a crueldade com os animais não é admitida porque é, em última análise, uma crueldade contra nós mesmos.

Referências

BARROSO. Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forum, 2014.

CAPRA. Fritjof. **O ponto de mutação**. 22ª edição. São Paulo: Cultirix, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes. 2014.

DAWKINS, Richard. **O Gene Egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DESCARTES. Rene. **Discurso sobre o método**. Petrópolis: Vozes, 1988.

Richard Dawkins FERRY, Luc. **A Revolução do Amor**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

PINKER. Steven. **Os anjos bons da nossa natureza**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2013.

SINGER. Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SINGER. Peter. *The expandig circle*. Princeton University Pres, 2003.

ECONOMIA CIRCULAR *VERSUS* ECONOMIA LINEAR

Graziele Aparecida Carneiro Wille

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *Campus* de Marechal Cândido Rondon – Estado do Paraná

Isabella Reimann Gnas

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *Campus* de Marechal Cândido Rondon – Estado do Paraná

Resumo:

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil o meio ambiente passa a ser um objeto de proteção especial e integral, sendo direito de todos os seres humanos presentes e das gerações futuras, o acesso ao ambiente ecologicamente equilibrado, garantindo a qualidade de vida, aspecto que lhe atribuí ainda à característica de direito inerente à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual o dispositivo constitucional impõe ao Poder Público e à coletividade a obrigação de preservá-lo. No entanto, desde a Revolução Industrial, a fim de atender às necessidades básicas humanas, houve a implementação do modelo econômico atual denominado de Economia Linear, o qual consiste no procedimento de extração, transformação, consumo e descarte dos recursos naturais, não havendo reaproveitamento destes. Logo, passou a ser considerado insustentável, uma vez que as matérias-primas são recursos finitos, bem como ineficiente, haja vista a ligação direta com o aumento da poluição, efeito estufa e aquecimento global, dentre outras problemáticas relacionadas que afetam diretamente o ambiente. Derradeiramente, considerando que o modelo mencionado é aplicado mundialmente, vislumbra-se que o direito ao meio ambiente equilibrado resta prejudicado tanto em nível nacional quanto internacional. Assim sendo, diante dos danos consideráveis, estabeleceu a Declaração de Estocolmo que a melhoria no meio ambiente converteu-se em meta imperiosa da humanidade, equiparando-se a busca pela paz social e o desenvolvimento econômico. Desta feita, buscando a preservação do meio ambiente surge na Europa um modelo alternativo e restaurador, conhecido como Economia Circular, a qual tem por objetivo recuperar as matérias-primas utilizadas nas atividades envolvidas no procedimento. Fundamentada por três princípios básicos que consistem na preservação e aumento do capital natural, otimização da produção dos recursos e fomentação da eficácia

do sistema, o modelo visa à regeneração dos recursos naturais.

Palavras-chave: Desenvolvimento; Meio Ambiente; Sustentabilidade.

Introdução

Após a segunda guerra mundial, com o temor de uma nova poluição a partir das armas nucleares, a proteção ao ambiente começou a ser pauta de discussão em vários setores e países. Assim, em 1972, com a preocupação universal sobre o uso saudável e sustentável do planeta e de seus recursos, a Organização das Nações Unidas realizou a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo, Suécia.

Desta Conferência nasceu a “Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano”, que trata acerca de 19 princípios que estabelecem bases para o meio ambiente. O parágrafo 6º, da referida declaração, diz que, *in verbis*:

A defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade, que se deve perseguir, ao mesmo tempo em que se mantém as metas fundamentais já estabelecidas, da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo, e em conformidade com elas (ESTOCOLMO, 1972, p. 12).

Além disso, em 2015, em Nova York, Estados Unidos, a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, definiu novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, denominado “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, que traz ações para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, buscando medidas transformadoras para a busca de um mundo sustentável e resiliente, para então criar condições favoráveis ao crescimento sustentável, inclusivo e economicamente sustentado.

Desta forma, o cuidado com o meio ambiente se tornou um compromisso de todos os países que fazem parte da Organização das Nações Unidas, para criar um mundo mais sustentável. Para isso, se faz necessário um olhar ao modelo econômico que a maioria dos países vêm utilizando.

A principal forma de Economia é a linear, que se baseia no consumo e ciclo de vida curto dos produtos ofertados no mercado, gerando maiores resíduos sólidos e um consumismo desenfreado, prejudicando o meio ambiente.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (2018, sem página) por ano são produzidos mais de 02 bilhões de toneladas de resíduos no mundo, onde 99% dos produtos que compramos são descartados em um período de seis meses, sendo necessários aproximadamente três planetas para manter o estilo de vida da população mundial.

Deste modo, a transição de modelo econômico com a finalidade de conservação do ambiente e dos recursos naturais, visando a produção de bens

mais duráveis e promovendo a justiça social, é medida imprescindível, momento em que nasce a Economia Circular como modelo alternativo da forma de produção. Modelo este que, segundo a Câmara dos Comuns do Reino Unido “se afasta do modelo atual da economia linear (fabricar – usar – dispor), em direção a um no qual os produtos e os materiais que o compõe, são valorados de forma diferenciada, criando uma economia mais robusta” (HOUSE OF COMMONS, 2014, p. 05).

Objeto e Metodologia

Defronte as questões ambientais mundiais o presente trabalho visa demonstrar os benefícios na mudança do modelo econômico linear para o circular, compreendendo este sistema como o melhor para o aprimoramento da vida útil dos recursos naturais que, conseqüentemente, contribuirá com a redução dos impactos nos ecossistemas, beneficiando diretamente todos os seres vivos. Desta feita, considerando que o tema é pouco debatido no Brasil, bem como que, em âmbito nacional a economia é significativamente voltada à extração da matéria-prima, sem priorizar a sua reutilização ou a reciclagem, imprescindível a abordagem acadêmica a fim de incitar a reflexão sobre o alcance destas estratégias no país.

Assim, metodologicamente optou-se pela pesquisa por meio da metodologia dialética, buscando definir o modelo atual, pontuando suas inconsistências para então apresentar o modelo sustentável e eficiente, fundamentando o estudo com estatísticas, tendo-se por parâmetro as linhas de pesquisas conceituadas na esfera ambiental. Ademais, tendo em vista que o continente europeu é signatário no impulso para empregar o modelo econômico circular como atual, fundamenta-se a presente análise com as referências da Comissão Europeia ante a pauta de revisão da Diretiva de Resíduos.

Direito Ambiental como Direito Fundamental

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é inerente ao ser humano, tendo em vista que tudo é provido por ele (ambiente). A Constituição Federal Brasileira (1988, pág. 84) preceitua em seu artigo 225 que “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”.

Assim, de acordo com Salles (2014, sem página), “o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi consagrado constitucionalmente como direito fundamental de tríplice dimensão: individual, social e intergeracional”.

Individual, porque cada um e cada uma, em sua individualidade, são possuidores do referido direito fundamental. Social, pois diz respeito a toda sociedade, integrando o patrimônio público. E, intergeracional, pois envolve

o cuidado da geração presente para com a geração futura.

Neste ímpeto, é necessário lembrar que para a garantia dos direitos fundamentais à vida digna e à saúde, se torna essencial à preservação do meio ambiente, já que os seres humanos estão intimamente vinculados a este.

Deste modo, a Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano (1972, pág. 03) diz em seu princípio número um (01) que “o homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida de dignidade e gozar de bem-estar”. Assim, os países que assinaram tal declaração, possuem como compromisso primordial zelar pela vida das pessoas, lhes entregando um ambiente equilibrado e que lhe proporcione qualidade de vida.

Por conseguinte, para que o desafio imposto pela Organização das Nações Unidas e pela Constituição Brasileira de construir um meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se imprescindível uma mudança nos costumes e na economia mundial.

O desenvolvimento sustentável necessita de novas políticas e uma nova reinterpretação, para que tenha como resultado mudanças significativas. Desta maneira, é indispensável uma ação do Estado juntamente com a população, para que assim, sejam garantidos todos os direitos fundamentais da pessoa humana.

Conceito de Economia Linear

Consiste a economia linear no sistema de produção cujo crescimento econômico depende do consumo de recursos naturais finitos, em que o ciclo se configura de forma linear, iniciando com a extração dos recursos, seguindo-se o processamento, a distribuição, o consumo e o descarte como resíduos.

O modelo em estudo revelou-se ineficiente e insustentável, considerando os inestimáveis pontos negativos provocados pelo sistema. Desta feita, destaca-se alguns pontos relevantes, sendo estes: limitação de suprimento, interdependência, aumento de externalidades e a degradação do meio ambiente.

No tocante a limitação de suprimentos, verifica-se que neste procedimento não há reaproveitamento dos recursos explorados, os quais, por sua natureza, são classificados como finitos, culminando com o alto risco iminente de esgotamento de matérias-primas. Logo, gera-se um volume sem precedentes de resíduos inutilizados e potencialmente tóxicos tanto para os seres humanos quanto para os ecossistemas.

O ponto retro mencionado relaciona-se com a interdependência dos produtos, uma vez que a escassez dos recursos naturais demanda países a dependerem de outros, gerando um impacto sobre os preços e a disponibilidade das demais matérias.

Acerca das externalidades, estas se referem aos efeitos provocados em

nível social, as quais são incomensuráveis, pois estão relacionadas com o meio ambiente, suscitando danos aos ecossistemas pelo efeito da poluição, aquecimento global, além dos aspectos econômicos. Portanto, há a redução na vida útil do produto e o desajuste com a demanda por produtos responsáveis.

Nesta esteira, pontuamos a degradação do meio ambiente, visto que, seguir com a economia linear provocará a produção em massa de resíduos, sendo estes destinados aos depósitos de lixo, os quais aumentam demasiadamente a poluição, bem como a emissão desequilibrada de gás carbônico no ecossistema, contaminando o ar, colaborando com o aquecimento global, mudanças climáticas, dentre outros inúmeros prejuízos. E, por fim, como é sabido, o destino dos lixos são os rios, lagos e oceano, em progressão geométrica.

Por conseguinte, apesar do modelo revelar-se nocivo, segundo pesquisas realizadas pelo grupo Circle Economy, apoiado pela Organização das Nações Unidas Meio Ambiente, menos de 10% das toneladas minerais são reutilizados no planeta. Sendo que tão somente 9% da economia global é circular (VASCONCELLOS, 2019, sem página).

Economia Circular: Sistema Alternativo ao Modelo Econômico Atual

Indo em direção contrária à Economia Linear, a Economia Circular procura a redução, reutilização, recuperação e reciclagem de materiais e energia, reorganizando o modelo econômico atual no mundo.

Nascida na Europa, é uma nova estratégia para a utilização de recursos, que objetiva a implementação de um ciclo fechado, visando o aproveitamento total da matéria prima e dos resíduos para a produção, com maior eficiência ambiental e econômica.

Assim, busca a reinserção de materiais, que anteriormente eram destinados ao “lixo”, na produção de produtos, diminuindo a quantidade de resíduos produzidos, integrando toda a produção, desde a extração de recursos, até a reciclagem depois do uso.

Deste modo, a Economia Circular possui como um de seus principais objetivos o fim da cultura do descarte, procurando promover um ciclo mais longo, onde os produtos são mais duráveis, podendo ser concertados. Buscando uma mudança na cultura consumista que predomina o ocidente mundial.

A fim de alcançar os objetivos propagados a Economia Circular norteia-se por três princípios, quais sejam, preservar e aumentar o capital natural, otimizar a produção dos recursos e fomentar a eficácia do sistema, sendo que facilitam a regeneração dos materiais. Ambos os princípios são visualizados consideravelmente em ciclos biológicos efetivos, que, segundo a fundação Ellen MacArthur (2017, sem página), apenas nestes ciclos configura-se puramente a Economia Circular.

No tocante à preservação e aumento do capital natural, este é voltado à utilização de matérias-primas renováveis, de forma a reduzir os gastos com extração de recursos, aproveitando-os da melhor forma possível e ao máximo. Na Economia Circular, incitam-se os fluxos de nutrientes propiciando as condições para a regeneração dos recursos, como no caso dos solos, para então alcançar o seu fim de aumentar o capital natural sem degradar o sistema.

Quanto à otimização da produção dos recursos busca-se a circulação destes, sendo que o seu compartilhamento amplia a reciclagem, prolongando a vida útil destas matérias. Desta feita, o intuito da Economia Circular é manter o fluxo dos produtos pelo maior período possível, bem como reincorporá-los à cadeia de consumo de outras formas, ao invés de descartá-los como resíduos, implicando em demais consequências.

Acerca do princípio da fomentação da eficácia do modelo econômico, este se relaciona com os prejuízos gerados pelo procedimento, uma vez que o intuito é revelar as externalidades negativas a fim de excluí-las do projeto. Portanto, tal princípio vincula-se a procura das melhorias no próprio sistema circular, aspirando ao perfeccionismo do modelo econômico.

Por fim, com embasamento nos seus princípios e metas, a Economia Circular é o modelo econômico com potencial de reduzir custos, gerar lucros, atrair investimentos e estimular a inovação, estando apta a garantir os direitos humanos e inerentes à dignidade da pessoa, definida na Constituição Federal do Brasil, bem como destacado pela Declaração de Estocolmo, almejando-se a melhoria no meio ambiente a fim de atingir a meta da humanidade pelo meio ambiente equilibrado, garantindo a qualidade de vida a todos os seres vivos.

Benefícios da Aplicação

Os países que buscam a implementação da sistemática da Economia Circular perceberão um aproveitamento tanto econômico, quanto ambiental. Já que, com a utilização de estratégias de aumento da eficiência no uso dos recursos há a probabilidade de corroborar com ganhos significativos.

De acordo com Ribeiro e Kruglianskas (apud FUNDAÇÃO ELLEN MACARTHUR, 2012, p. 07) para a economia os benefícios seriam reduções de custo com matéria-prima, redução de riscos na volatilidade e suprimento de materiais no mercado, criação de oportunidades de novos negócios e crescimento nos setores primário, secundário e terciário, redução das externalidades, e estabelecimento de sistemas econômicos mais resilientes.

Ademais, no tocante aos consumidores, os benefícios seriam a melhoria da qualidade dos produtos, redução da obsolescência programada, maior possibilidade de escolha, além do meio ambiente ecologicamente equilibrado, aumentando a perspectiva de vida e saúde, além das novas oportunidades de emprego, sendo que há expectativa de mão de obra qualificada para tanto.

E para as empresas, o potencial de lucro em novos negócios, novas for-

mas de relacionamento com clientes, oportunidades em novos modelos de negócio, novas oportunidades de financiamento, criação de resiliência e vantagem competitiva, redução de custos e riscos com matéria-prima, ganhos diretos com reutilização dos materiais que eram descartados, redução da complexidade dos produtos e ciclos de vida mais gerenciáveis, e estímulo à inovação e *ecodesign*, conforme fundamenta a Fundação Ellen MacArthur (2012, sem página).

Com efeito, a instauração deste novo modelo produzirá efeitos, inicialmente, voltados ao aumento da vida útil dos recursos naturais, sendo que, frise-se, alguns encontram-se em fase de esgotamento. Por conseguinte, em decorrência de tal benefício, e, considerando a reutilização dos produtos inseridos no ciclo circular, haverá a redução de resíduos sólidos, gerando aproveitamento para o meio ambiente, haja vista a redução dos impactos, e também econômicos, pois não sobrevirão investimentos dirigidos para o descarte de tais resíduos.

Nessa perspectiva, consoante o acima disposto, há estudos confeccionados pelo parlamento britânico (HOUSE OF COMMONS, 2014, p. 08) que indicam que a Economia Circular poderá contribuir com o aumento do Produto Interno Bruto - PIB, por exemplo, aspecto que está diretamente ligado com a ascensão da economia, e, além do mais, por vezes o PIB está relacionado com a qualidade de vida, para tanto, o que indicaria a certeza das prerrogativas constitucionais, entre elas, o meio ambiente de qualidade para as gerações presentes e futuras.

Para mais, insta destacar que haverá considerável retorno econômico, ante os pontos acima esposados, corroborando com a qualidade de vida e sustentabilidade.

Desafios para a Implementação da Economia Circular

Vive-se em um mundo globalizado, o que faz com que novidades tecnológicas batam a todo momento na porta das pessoas, que sentem necessidade de, por exemplo, trocar seu celular por um mais moderno. Assim, a implementação da Economia Circular exige mudanças na educação, valores e comportamentos de produtores e consumidores, para que tenha um resultado transformador na sociedade.

Além disso, existe uma preocupação com a tecnologia, já que se faz necessário manter a qualidade dos materiais nos produtos subsequentes. Deste modo, torna-se necessária a busca por novos modelos de negócio e novos designs de produtos que tenham vida útil, ou seja, que facilitem a transformação de produtos e serviços em matéria-prima para outros produtos em um ciclo contínuo.

Assim, o desafio é em investir em pesquisas em novas tecnologias e novos designs, encorajando aspectos como longevidade, durabilidade, potencial de reparo, possibilidade de atualização (*upgrade*), reuso, remanufatura e reci-

clagem (RIBEIRO e KRUGLIANSKAS, 2015, sem página).

No Brasil, o grande desafio para a implementação da economia circular, além de mudar as empresas para que elas desenvolvam novos modelos de negócio que agreguem valor ao produto e ao serviço, é a administração pública.

Estima-se que o setor público movimenta cerca de 10% do PIB brasileiro (SILVA, 2019, sem página), deste modo, a ação do poder público é fundamental no processo, investindo em políticas públicas eficientes para aprimorar o desenvolvimento da economia circular, implementando dentro das cidades, e também, dando subsídios às empresas para a busca por soluções sustentáveis, que integrem o ciclo fechado na produção de seus produtos.

Políticas Nacionais de Resíduos Sólidos – Lei Federal Nº 12.305/2010

Ante as problemáticas acima expostas no tocante ao modelo da economia linear, evidente a necessidade de políticas públicas a fim de induzir a mudança de comportamento, voltando-se ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, estimulando a restauração do modelo econômico vigente, contribuindo com o aumento dos índices de reciclagem, compelindo a utilização de aterramento e limitando prejuízos para com o ecossistema.

Destarte, a Comissão Europeia (2014, pág. 10) tem se direcionado às propostas de modernização dos sistemas econômicos vigentes na perspectiva de fechar os ciclos, e, por consequência, os resíduos tornarem-se produtos. Todavia, a transição de modelo encontra limites, vez que a maioria das empresas não possuem estrutura para tanto, principalmente quanto à dificuldade de garantir novamente o ingresso dos materiais secundários por preços competitivos, motivo pelo qual ratifica-se a essencialidade do incentivo a implementação da Economia Circular por meio de políticas públicas, assegurando-se condições de estabilidade.

Apesar dos debates acerca da Economia Circular não serem frequentes no Brasil, vige a Lei nº 12.305/2010, Política Nacional de Resíduos Sólidos, sendo perceptível na redação desta, alguns singelos princípios do referido modelo, como por exemplo, a perspectiva de ciclo de vida dos resíduos sólidos, sendo que a lei, especificamente em seu art. 3º, XVII, define a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos:

Responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei (BRASIL, 2010, sem página).

Observa-se que o texto legal impõe a responsabilidade de forma com-

partilhada, atribuindo a todos a responsabilidade pela minoração dos resíduos, a fim de dirimir os impactos por estes causados. Vislumbra-se que tal finalidade está aquém da reciclagem, instigando a redução das substâncias nocivas ao meio ambiente, voltando-se para estratégias sustentáveis, bem como para a criação de novos mercados, vez que, ao passo em que imputa responsabilidade às pessoas ligadas ao comércio, estimula as atividades produtivas mais sustentáveis.

Outrossim, o art. 31, da Lei supramencionada, estabelece diretrizes para a reutilização e destino adequado dos resíduos sólidos, ao passo em que imputa aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes responsabilidades específicas, como por exemplo, na redação do inciso I, que elenca o desenvolvimento de atividades ligadas ao investimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos. Assim sendo, a regra está disciplinada não apenas com o fim do ciclo de vida dos produtos, bem como com o início deste, especialmente no estágio de projeto e design.

Neste diapasão, verifica-se que apesar da Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos conter princípios vinculados à Economia Circular, o Brasil ainda possui consequências significativas e negativas no meio ambiente, conforme pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais, foram gerados no país aproximadamente 78,6 milhões de toneladas de resíduos sólidos urbanos, referente ao ano de 2016 (2018, pág. 14).

Ademais, o art. 3º, XII, da referida Lei, define a logística reversa como uma forma de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações destinadas a viabilizar a coleta e restituição dos resíduos sólidos para reaproveitamento, determinando a implementação da logística reversa por produtores, importadores, distribuidores e comerciantes. A prática também é considerada no continente europeu, porém, há aplicações de sanções quando do seu descumprimento, aumentando a eficácia da legislação.

Derradeiramente, haja vista os desafios para a instauração da Economia Circular, bem como as limitadas oportunidades de debate do tema no país e, tendo em conta, ainda, os benefícios atinentes a sua aplicação, evidente a necessidade de pesquisas voltadas a transição de sistema, a fim de garantir os direitos inerentes a cada ser humano, para então alcançar o desenvolvimento sustentável. Para isso, imperiosa o desenvolvimento de políticas públicas, na perspectiva de restauração da atual forma de produção.

Considerações Finais

A luz do todo exposto vislumbra-se que, a partir das consequências produzidas pelo modelo econômico linear, a implementação de condutas voltadas à intervenção da escassez e disponibilidade de recursos naturais é medida imperiosa e iminente. Logo, originaram-se os debates no continente europeu acerca do modelo econômico circular, o qual se demonstra eficiente e susten-

tável a nível mundial, tendo em vista os seus princípios e metas.

Outrossim, como as conferências internacionais estão voltadas a projeção do meio ambiente sustentável, no momento em que se determina a preservação atual para garantir os direitos relacionados às gerações futuras, salienta-se a demasiada potencialidade de modernização das políticas de resíduos sólidos, inclusive no âmbito da legislação brasileira, inspirando-se nos princípios, diretrizes e finalidades da Economia Circular.

Todavia, para a transição do sistema econômico mostra-se imprescindível a mudança de pensamento da população, e, conseqüentemente do comportamento. Para isso, aos seres humanos é indispensável à conscientização acerca da problemática do modelo linear, inclusive quanto aos seus efeitos prolongados, a fim de então, com base em políticas públicas, tornar-se viável a execução do modelo circular.

Isto posto, frise-se que a Economia Circular não visa amenizar os impactos decorrentes da Economia Linear, todavia, propõem uma nova forma de produção, visando reduzir custos, gerar valor, atrair investimentos e estimular a inovação nas próximas décadas. Assim, garantirá a qualidade de vida da população, bem como direitos, garantias e prerrogativas a eles assegurados, e, essencialmente, a preservação do meio ambiente sustentável e ecologicamente equilibrado, observando o texto constitucional, objeto de análise no presente artigo.

Referências

ABRELPE. **Panorama dos resíduos sólidos no Brasil**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2014.pdf>> Acesso em 27 de maio de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Do meio ambiente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.305/2010, de 02 de agosto de 2010. **Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Da responsabilidade compartilhada. Capítulo III. Seção II. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm> Acesso em 28 de maio de 2019.

COM - European Commission. **Towards a circular economy: a zero waste programme for Europe**. Bruxelas: COM, 2014. 2014^a. Disponível em <<http://ec.europa.eu/environment/circular-economy/pdf/circular-economy-communication.pdf>> Acesso em 25 de maio de 2019.

ELLEN Macarthur Foundation. **Economia circular**. 2017. Disponível em: <<https://www.ellenmacarthurfoundation.org/pt/economia-circular-1/principios-1>> Acesso em 20 de maio de 2019.

HOUSE of Commons. **Growing a circular economy: ending the throwaway society**. HC-214. Londres: House of Commons/ Environmental Audit Committee, 2014. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201415/>>

cmselect/cmenvaud/214/214.pdf> Acesso em 27 de maio de 2019.

NAÇÕES Unidas Brasil. **Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** 2015. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em 23 de maio de 2019.

NAÇÕES Unidas Brasil. **A ONU e o meio ambiente.** 2016. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>> Acesso em 23 de maio de 2019.

NAÇÕES Unidas Brasil. **Humanidade produz mais de 2 bilhões de toneladas de lixo por ano, diz ONU em dia mundial.** 2018. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>> Acesso em 23 de maio de 2019.

ONU. **Declaração da conferência das nações unidas sobre o meio ambiente humano - 1972;** Estocolmo, 1972. Disponível em <https://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf> Acesso em 29 de maio de 2019.

REVISTA de direito econômico e socioambiental. **Reinterpretação conceitual do desenvolvimento sustentável em face do planejamento urbano e da economia circular.** Curitiba, 2016. Disponível em <[file:///C:/Users/Usu%C3%Alrio/Downloads/Dialnet-Reinterpreta%C3%A7%C3%A3oConceitualDoDesenvolvimentoSustentavel-6172756-1%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%Alrio/Downloads/Dialnet-Reinterpreta%C3%A7%C3%A3oConceitualDoDesenvolvimentoSustentavel-6172756-1%20(1).pdf)> Acesso em 27 de maio de 2019.

RIBEIRO, Flavio de Miranda et al. **A economia circular no contexto europeu: conceito e potenciais de contribuição na modernização das políticas de resíduos sólidos.** Disponível em <<http://www.engema.org.br/XVIENGEMA/473.pdf>> Acesso em 27 de maio de 2019.

SALLES, Carolina. **O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana.** Disponível em <<https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/112172281/o-meio-ambiente-como-um-direito-fundamental-da-pessoa-humana>> Acesso em 29 de maio de 2019.

SILVA, Christian Luiz da. **Economia circular: desafios e oportunidades para o Brasil.** Disponível em <<http://inpar.eco.br/economia-circular-desafios-e-oportunidades-para-o-brasil/>> Acesso em 24 de novembro de 2019.

VASCONCELLOS, Ana Maria. **Economia circular pode ajudar países a combater mudanças climáticas, diz relatório.** Disponível em <<https://nacoesunidas.org/humanidade-produz-mais-de-2-bilhoes-de-toneladas-de-lixo-por-ano-diz-onu-em-dia-mundial/>> Acesso em 24 de maio de 2019.

A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE EM PROL DO BEM-ESTAR DA VIDA HUMANA NO BRASIL

Samuel André de Oliveira Neto

Mestre em Administração de Empresas, professor mestre dos cursos de Gestão e Direito do Centro Universitário Fundação Santo André

Resumo:

O artigo tem como objetivo analisar, por meio das normas jurídicas brasileiras, a efetividade da proteção ao meio ambiente, tendo em vista o bem-estar da vida humana. Isto significa avaliar se os princípios constitucionais estão produzindo efeitos no meio ambiente. Em vista disso, a reflexão da pesquisa não se norteará apenas pelo prisma do poder Judiciário, mas para além deste, porque a matéria do bem-estar da pessoa está envolta na complexidade de usufruir uma sadia qualidade de vida.

Palavras-chave: Proteção jurídica; Meio ambiente; Vida humana; Bem-estar; Direito fundamental.

Introdução

Este ensaio tem por finalidade estudar a efetividade da proteção do meio ambiente, por meio do amparo jurídico, a ponto de repercutir no bem-estar da vida humana no Brasil, e testar hipóteses sobre novos caminhos para complementar os comandos previstos na constituição nacional.

A problematização está concentrada em ajuizar dedutivamente os reais efeitos do amparo jurídico brasileiro a partir de sua base de freios e contrapesos, elaborados para garantir que os direitos fundamentais da vida humana se perpetuem.

Ora, a preservação do meio ambiente não se limita as necessidades da vida cotidiana, mas também representa a existência humana futura. Por isso, esta pesquisa busca respostas que apontem minimamente a uma concretização dos comandos inscritos na Constituição de 1988.

Diante das catástrofes ambientais causadas por grandes empresas, inclinam-se os olhares da sociedade com maior rigor e cautela para o que está posto nas normas jurídicas. Assim, este trabalho busca encontrar saídas ou “freios” a fim de impedir que tragédias como as vivenciadas nos municípios

de Mariana e Brumadinho, em Minas Gerais, no Brasil, se repetam ou que fiquem sem solução, vide que interesses financeiros se sobrepuseram a fatos concretos, negligenciando com isto os alertas sobre riscos de ruptura das barragens a ponto de ceifar muitas vidas¹.

Ao final do trabalho, são analisados como os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tem atuado para assegurar ou não o estado democrático de direito e o bem-estar coletivo. Demonstrando com isto que as questões do meio ambiente não se resolvem isoladamente.

A Tutela Jurídica e o Ecodesenvolvimento

O conceito de meio ambiente não é unânime, podendo significar o conjunto de seres vivos e sua interação com o meio que o cerca, ou de acordo com a ecologia seria o complexo formado pela junção do mundo biótico (seres vivos) e abiótico.

Na área jurídica há duas correntes distintas sobre o que engloba o termo: a estrita e a ampla. Na visão estrita, o meio ambiente está relacionado ao patrimônio natural, recursos naturais, e suas relações com e entre seres vivos. Já na visão ampla, os limites da ecologia tradicional são ampliados e o meio ambiente passa a abarcar não só toda a “natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos” (MILARÉ, 2015, p. 139).

Assim, na esteira do movimento ambientalista² da década de 1970, as preocupações voltaram-se efetivamente para a proteção do meio ambiente. Reconhecendo a necessidade de se incorporar novas reivindicações às demandas de justiça social, elas dinamizaram a sociedade civil e as estruturas de poder, o que enriqueceu os processos de democratização. Nisto entrou em voga a discussão sobre a incorporação na sociedade de um possível ecodesenvolvimento³.

1 Em 2013, professores da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) produziram um estudo sobre as barragens de Germano e Fundão, na cidade de Mariana, em Minas Gerais, a pedido do Ministério Público, “uma vez que, já naquele momento, se mostravam especialmente perigosas” (MIRANDA et al, 2017, p. 5). Contudo, a empresa Samarco, detentora dessas barragens, alegou nunca ter recebido o documento, e realizou no mesmo ano uma “auditoria independente”, apresentando um novo estudo que informava que as barragens eram estáveis, o que permitiu a renovação da licença de operação sob a condição de reforçar as barragens de contenção existentes, em vez de construir uma nova. O resultado disto foi o rompimento da barragem do Fundão no dia 5 de novembro de 2015, lançando com sua lama rejeitos da extração de minério de ferro retirados das minas da região por uma distância de 663 km até chegar ao mar, no estado do Espírito Santo. O volume de rejeitos matou 19 pessoas e cerca de 11 toneladas de peixes ao longo dos dois estados em apenas um mês. Três anos depois, no mesmo Estado, houve o rompimento de outra barragem, desta vez na cidade de Brumadinho. A lama com **ferro, sílica e água** atingiu o **rio Paraopeba e comprometeu a qualidade da água**, além de matar 241 pessoas (CHAGAS, 2019).

2 O movimento ambientalista foi considerado um movimento social fruto de um período histórico que exerce pressão nos órgãos oficiais e, também inserido neles, faz com que os Estados tomem medidas para defesa de um meio ambiente saudável (CASTELS, 1999).

3 Ecodesenvolvimento é sinônimo de desenvolvimento sustentável para Milaré (2015, p.

Porém, a proteção jurídica ao meio ambiente não nasceu pelo simples romper deste movimento, mas sim, do reconhecimento da finitude dos recursos naturais que se escasseavam à medida que a população global aumentava.

O problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano [...] O que é importante é que se tenha consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo de tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade e como as de iniciativa privada (SILVA, 2000, apud NUNES JUNIOR, 2004, p. 297).

Nesta mesma linha, Sachs (1993) alega que o direito ambiental se destaca por sua importância singular ao se voltar, mediante princípios e regras, ao bem-estar da sociedade contemporânea. O Estado torna-se, então, patrocinador da nova concepção de cidadania ambiental, implicando no reconhecimento dos atuais institutos e garantias que possibilitem adequação aos anseios e demandas sociais.

No Brasil, diante destas demandas, movimentos sociais clamaram pela criação de normas que regulamentassem o uso e a posse dos recursos naturais. Enquanto isso, o poder público era pressionado pelas grandes empresas a privatizar suas riquezas naturais, o que, por sua vez, conflitava diretamente com as intenções nascentes naquela época de preservação ambiental.

Em meio a tudo isto, o Estado assumiu a dianteira na missão de fomentar o desenvolvimento do país, mas desconsiderou neste processo as perdas ambientais. Na sequência, foram editadas normas esparsas relativas à proteção ambiental e as constituições brasileiras que precederam a de 1988 não privilegiaram a temática ambiental, refletindo a despreocupação com a inevitável finitude dos recursos naturais. Por isso, Silva (2019) aponta que a questão ambiental no Brasil demorou a ter o ajuste efetivo, provocando, assim, o seu desamparo legal.

No entanto, foi observado ao longo do tempo alguns ajustes na governança nos parâmetros econômicos, sociais e ambientais. Mesmo assim, não se exclui a necessidade de avaliações contínuas e regulamentações específicas nestas áreas, porque os ajustes podem acontecer tardiamente; e isto pode ter consequências sérias não só para o Brasil, mas também para todo o planeta.

20), tanto que coloca que sua “característica consiste na possível conciliação entre o desenvolvimento, a preservação ecológica e a melhoria da qualidade de vida do homem” e insiste que: “É falso o dilema ‘ou desenvolvimento ou meio ambiente’, na medida em que, sendo este fonte de recursos para aquele, ambos devem harmonizar-se”.

A Constituição do Meio Ambiente nas Normas Brasileiras

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é um direito humano fundamental no Brasil. E embora não esteja arrolado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 de forma explícita, como os demais direitos e garantias, a doutrina já reconhece o seu caráter basilar, amparado na compreensão material de que os direitos fundamentais são a chave para a construção da liberdade e qualidade de vida do indivíduo (DENARI, 1998).

Há de salientar que é a primeira vez na história brasileira que uma carta magna dedicou um capítulo inteiro à questão ambiental, e isto está amparado no princípio do desenvolvimento sustentável⁴ da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas: de atender “às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades” (BRUNDTLAND, 1987, p. 46).

Tal ideal passou a ser reproduzida no texto constitucional e nas leis ordinárias, o que coaduna com a proposta do relatório *Nosso Futuro Comum* de que os governos deveriam adotar políticas públicas com o objetivo de alcançar um desenvolvimento econômico que considerasse às necessidades básicas da população e, ao mesmo tempo, evitasse a deterioração da reserva de recursos naturais em sua mensuração de crescimento.

Em consonância a isto, a constituição brasileira explicita que cabe ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar seus ecossistemas para as atuais e futuras gerações; afinal, a repartição com a sociedade da responsabilidade pela proteção ambiental demonstra que problemas deste tipo não pertencem apenas ao domínio estatal, mas também ao domínio privado. Dito isto, os incisos do parágrafo 1º do art. 225 estabelecem regras e princípios que se relacionam diretamente com o trato dos recursos ambientais.

O ingresso deste tema dentro do capítulo “Da Ordem Social”, da carta magna, configura o direito ao meio ambiente como um direito basilar: uma cláusula pétrea⁵ e de aplicabilidade direta (LENZA, 2019), já que se trata de um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988). Logo, há um reconhecimento na Constituição do direito ao meio ambiente como parte da “3ª Dimensão” dos direitos fundamentais (LENZA, 2019)⁶.

4 O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu no relatório *Nosso Futuro Comum*, publicado em 1987 pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, e se difundiu tanto na academia, como mundialmente.

5 Cláusula pétrea é um artigo ou dispositivo na constituição de um Estado que não pode ser alterado, nem por meio de emenda constitucional.

6 Os direitos de primeira dimensão ou geração se referem aos direitos individuais e dizem respeito às garantias do indivíduo diante do poder do Estado. Os direitos de segunda geração são direitos sociais, isto é, e se voltam ao que o Estado deve prover a seus cidadãos (NUNES JUNIOR, 2004). Os direitos de terceira geração, ou direitos difusos, se referem a um direito dever, pois vão além dos interesses do indivíduo, transcendendo-o ao ser

Todavia, Silva (2019) argumenta que a evolução do direito ambiental sob a esfera legal tem sido marcada pela falta de normas norteadoras que proponham uma visão global das questões ambientais no que se refere à tutela de bens e recursos naturais, como água, ar, solo, entre outros. Assim, na legislação brasileira, mais especificamente no documento que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, tem-se como objetivo uma política de “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico (sic), aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana” (id., 1981).

E isto coaduna com Queiroz (2012), de que o direito ambiental brasileiro nunca foi pensado apenas para proteger ou preservar o meio ambiental, sendo, desde sua concepção, ligado intimamente à ideia de desenvolvimento socioeconômico, tanto que coloca: “o direito ambiental brasileiro em momento algum quer frear o desenvolvimento sócio econômico (sic). Pelo contrário, se frear o desenvolvimento sócio econômico (sic), com certeza, estará gerando indiretamente uma maior agressão ao meio ambiente, pois atividades irregulares começarão a aparecer”. E enfatiza: “O direito ambiental não visa preservação cega e burra, ela (sic) visa compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, gerando também um desenvolvimento social. Este é o elo do direito ambiental com o direito econômico” (QUEIROZ, 2012, p. 1). Porém, o que vemos é que o direito ambiental acaba se subordinando aos interesses econômicos.

Isto mostra quanto as demais regulamentações põe em xeque os princípios contidos na Constituição Federal; pois, apesar da lei 9.638 ter sido alterada em 1989⁷, ela, se mantém afastada de uma preocupação com uma crise ambiental que exija o estabelecimento de compromissos reais com a justiça distributiva e uma mudança de postura e de hábitos da sociedade brasileira, pois estes comprometem não só o futuro das próximas gerações, mas o próprio equilíbrio do planeta.

O fato do país ter uma extensão territorial de 8,5 milhões de km², possuir uma população de 209,3 milhões de habitantes, ter a maior biodiversidade do planeta (com mais de 20% do número total de espécies), desfrutar de uma longa costa marinha (com 3,5 milhões de km²), dispor de uma rica cadeia produtiva na agricultura, pecuária⁸ e abastecimento, e contar com biomas tão

“inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade”. Eles surgem das profundas mudanças na comunidade internacional que afetam significativamente as relações socioeconômicas e ecológicas, transformando-se em preocupações mundiais. Logo, são direitos transindividuais, “pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade” (LENZA, 2019, p. 740).

7 Alguns artigos da lei n. 6.938, de 1981, foram alterados na lei n. 7.804, em julho de 1989, mas o conceito de meio ambiente e os objetivos da política se mantiveram.

8 A Embrapa calculou a taxa de ocupação com produção agrícola em 7,8% do território nacional (cerca de 65,9 milhões de hectares) e de pastagens para pecuária em 20% (aproximadamente 170 milhões de hectares), o que resulta em 210 milhões de cabeças de gado (BOLFE, 2017; LIMA, 2017).

diversos, como o cerrado, a caatinga e a Floresta Amazônica, demonstra a grandiosidade dos desafios para legislar, julgar e executar as questões ambientais no Brasil (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, [s.d.]).

Embora a Constituição permita que estados e municípios legislem con-
correntemente acerca da matéria ambiental (artigo 24, inciso VI), em clara
evidência à ampla diversidade e dimensão do país, é evidente que os legislado-
res não têm condições de prever, antecipadamente, todos os riscos de danos
ao meio ambiente⁹ em seu território. Contudo, isto não deve ser um fator
impeditivo para que ações devam ser tomadas em prol deste (COLOMBO;
FREITAS, 2017) .

Apesar de insurgente e pouco usual, esta análise aponta para uma ou-
tra forma de tutelar estas questões e que vai além dos procedimentos judi-
ciais, pois parece distante a prática de subsunção¹⁰ na resolução de processos
que litigam a temática ambiental. E repensar isto se faz urgente e necessário,
porque o país vem experimentando diversas experiências de problemas dessa
natureza, não só com o caso das barragens mineiras, mas também de outras
violações ao meio ambiente, as quais já produzem efeitos extraterritoriais no
clima, nas águas, agricultura, etc.

A Necessidade de Pensar Sobre o Bem-Estar

Bem-estar é um estado de satisfação plena do indivíduo para com sua
vida, tanto de ordem material como espiritual, ou seja, é uma espécie de “feli-
cidade” que inclui atributos físicos, econômicos (bem-estar objetivo), emocio-
nais e sociais (bem-estar subjetivo). Portanto, atingi-lo é algo subjetivo, com-
plexo e multidimensional, já que as vivências e o contexto também influen-
ciam nesta relação do ser humano consigo mesmo (DIENER, 1984).

Logo, há um grande desafio aos formuladores de políticas públicas para
desenvolver medidas multidimensionais que avaliem o bem-estar geral. Pois é
preciso estabelecer metodologias e métricas padronizadas nacionalmente, que,
ao mesmo tempo, contemplem as diferenciações regionais e reconheçam di-
reitos e liberdades universais, já conhecidos e estabelecidos na sociedade.

Apesar de tal dificuldade, o bem-estar objetivo pode ser mensurado pelo
PIB per capita¹¹; contudo, usualmente, ele mede apenas trocas monetárias de

9 Freitas e Colombo esclarecem que dano ambiental se caracteriza por “alterações nocivas
ao meio ambiente e, ainda, engloba os efeitos que essas alterações provocam na saúde
das pessoas e em seus interesses. Em sua acepção ampla, a lesão provocada pelo dano
ao meio ambiente pode recair sobre os patrimônios ambiental, cultural, natural e artifi-
cial”. E complementam: “o dano ambiental resulta da agressão injusta a bens ambientais,
constituídos de bens ecológicos e mais os bens pessoais, econômicos, morais e materiais”
(FREITAS; COLOMBO, 2017, p. 19). A partir desta explicação é compreensível a difi-
culdade de prever todos os impactos e danos envolvidos nas questões ambientais.

10 A subsunção é a “adequação de uma conduta ou fato concreto (norma-fato) à norma
jurídica (norma-tipo)”, isto é, quando um caso concreto se encaixa a uma norma legal
abstrata (DIRETONET, 2009).

11 O Produto Interno Bruto (PIB) é um índice que calcula a atividade econômica de um
determinado município, estado ou país. O cálculo do PIB leva em consideração a oferta

bens e serviços, isto é, o crescimento econômico. Portanto, o valor de riqueza média por pessoa desse índice desconsidera a desigualdade social e de renda entre habitantes de um mesmo território, ou seja, ele despreza a assimetria das riquezas de um país. Além disso, Bris (2017) aponta que apesar do PIB crescer em países desenvolvidos na última década, o ganho não foi distribuído entre a população, que na realidade viu seus salários diminuírem, já que a maior parte dos ganhos das grandes economias remunerou o capital financeiro e não o trabalho. Assim sendo, acadêmicos, legisladores e demais atores da sociedade civil apontam que devem ser incluídos na dimensão objetiva as necessidades básicas de bem-estar humano, como alimentação adequada, moradia digna, água potável e canalizada para consumo e higiene pessoal, educação e segurança.

Quanto ao bem-estar subjetivo, sua mensuração é abstrata. Basta lembrar que a felicidade humana se pauta na composição de fatores intangíveis, como: autoestima, identidade, patrimônio, projeções futuras e interação e inserção social. Assim, o caso do Butão é emblemático pela criação de um indicador alternativo ao sistema vigente, pois o governo deste país, apesar de ser um dos mais pobres, criou um índice para medir a felicidade em contraste ao PIB e à renda nacional (BRIS, 2017); afinal, nem sempre ter um alto PIB é sinônimo de felicidade.

Contrastando com isto, a população mundial tem se concentrado nas áreas urbanas e tem enfrentando crises sem precedentes na economia, segurança, infraestrutura e abastecimento, agravadas por mudanças climáticas e desastres naturais; gerando neste processo um sentimento coletivo de incerteza sobre o futuro.

Isto posto, torna-se urgente a necessidade de soluções inovadoras que visem um futuro socioeconômico e ecológico mais sustentável. Não se afasta desta dinâmica a normatização jurídica brasileira, já que é fundamental para estabelecer os limites de atuação dos diferentes grupos em disputa na arena política, tentando conciliar boas práticas e políticas que aproximem os interesses econômicos dos núcleos empresariais e o interesse no bem-estar humano dos movimentos sociais.

O bem-estar coletivo só poderá ser alcançado quando formuladores de políticas públicas, juristas, governantes e representantes de organismos internacionais e de organizações da sociedade civil desenvolverem conjuntamente ações e acordos que coadunem o complexo contexto em que estão inseridos à sustentabilidade socioambiental. É mister o esforço destes atores para produzir um bem-estar pautado por decisões de comum acordo e na direção da perenidade da vida humana.

Enfim, conciliar os diferentes interesses é um grande desafio, tanto na esfera internacional como nacional. Mas, acredita-se que no Brasil há possi-

e demanda de bens e serviços produzidos na área pesquisada. O PIB per capita é obtido por uma operação simples de divisão do valor do PIB da área pelo número de pessoas que vive nela.

bilidade de mudanças positivas já que há a invocação para um compromisso pactuado entre Estado e sociedade civil na carta constitucional, e que se mantem nos tratados e normativas esparsos, para a construção de um sistema de bem-estar coletivo que contemple as três bases do desenvolvimento sustentável: ambiental, econômica e social. Todavia, é preciso atentar que esse caminho tem que se dar pela via democrática, ou seja, passando pelas instâncias dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Portanto, não cabe ao Judiciário decidir sozinho os conflitos, mas sim mobilizar as outras duas esferas e os demais atores para que se faça valer novas posturas na conservação dos interesses e direitos fundamentais a fim de salvaguardar os recursos naturais e promover qualidade de vida para a presente e futuras gerações.

Contraposição à Judicialização das Questões Ambientais

Com base nas normas brasileiras, há poucos recursos ou “freios” para coibir as ações que causem danos ao meio ambiente. Em geral, as notícias de desastres ambientais vêm seguidas de somas bilionárias como forma de reparação aos danos. Contudo, essas multas não são pagas devido à morosidade das decisões judiciais e aos inúmeros recursos processuais¹², o que cria na sociedade a imagem de impunidade sobre os crimes ambientais, ou seja, incute-se nas pessoas a ideia de que não há coercibilidade e tampouco pacificação na direção da preservação da natureza.

Contrastando com as posições que visam a judicialização¹³ como forma de resguardar o meio ambiente e resolver os litígios, há de se indicar dois caminhos alternativos e complementares para a solução dos atuais problemas ambientais¹⁴: a arbitragem e a cooperação internacional.

Arbitragem: Uma Solução Pacificadora de Conflitos

Carmona (1993) explica que a arbitragem é uma técnica para solução de controvérsias na qual uma ou mais pessoas, chamadas de árbitros¹⁵, recebem poderes das fontes do litígio para intermediar um conflito, sem com isso ferir

12 Em direito, recurso processual é um instrumento para pedir o reexame de uma decisão judicial na mesma instância, ou em instância superior, sobre o mesmo processo.

13 Judicialização é o ato de entrar com processo no Judiciário sobre disputas e matérias que não foram resolvidas pelo poder Executivo, Legislativo ou até mesmo entre as partes em divergência sobre um determinado objeto de conflito.

14 Os principais problemas ambientais estão relacionados com o gerenciamento e manejo de resíduos urbanos e as práticas predatórias da agropecuária e do extrativismo mineral e vegetal (atividade madeireira). Isto acarreta em perda da biodiversidade em razão do desmatamento e das queimadas, degradação e esgotamento dos solos por causa das técnicas de produção, escassez de água pelo mau uso e gerenciamento das bacias hidrográficas, contaminação de corpos hídricos por conta do esgotamento sanitário, aterros sanitários e resíduos industriais, poluição do ar nos grandes centros urbanos, entre outros problemas.

15 Normalmente, o árbitro é um especialista na matéria que está sendo julgada, enquanto o juiz é sempre um generalista, ou seja, ele está mais preocupado com a forma, isto é, com o respeito às leis do que compreender a matéria e os interesses das partes no processo.

as normas brasileiras ou ter a necessidade de intervenção do Estado. Portanto, a arbitragem é uma via jurisdicional de solução pacificadora de conflitos, na qual as partes têm a liberdade de escolher o árbitro, delimitar o direito aplicável e estabelecer com que critérios ele deve dirimir a matéria conflituosa. Por esta razão, os sujeitos da relação jurídica têm a possibilidade de atribuir ao árbitro o poder de decidir a controvérsia, conforme as regras convencionadas por eles mesmos.

No Brasil, a lei n. 9307/1996 disciplinou esta matéria e representou um divisor de águas na justiça brasileira. Entre os avanços que a “Lei da Arbitragem” trouxe podem ser citados: a possibilidade das entidades de direito público se submeterem à arbitragem para solucionarem problemas contratuais de forma mais célere e econômica¹⁶; e a sentença arbitral produzir, entre as partes, os mesmos efeitos de uma decisão proferida pelos órgãos do poder Judiciário. Outro item que difere da via judicial é o menor rigor e formalidade nas audiências, no tratamento e nos dispositivos normativos do processo arbitral, pois as partes decidem as regras vigentes em comum acordo. Além disso, semelhante ao processo no Judiciário, é assegurado às partes o direito ao contraditório, à ampla defesa e à produção de provas.

Consoante ao artigo 31 da referida lei, a sentença arbitral equivale a uma sentença judicial; neste sentido, é um título extrajudicial automaticamente executável. À vista disso, o uso da arbitragem é um meio alternativo eficaz para solucionar litígios, mesmo porque o árbitro terá maior afinidade e conhecimento técnico sobre as questões tratadas no conflito, e como consequência suas decisões serão proferidas tentando harmonizar os interesses e pacificar as disputas. Ademais, a aplicação deste instrumento tende a reduzir os volumes infundáveis de processos, gerando um “desafogamento” nos trabalhos do poder Judiciário¹⁷ e deixando-o livre para tratar de questão mais importantes e urgentes, onde o julgamento estatal é preponderante e imprescindível.

Apesar da importância da via arbitral, sobretudo nas questões ambientais¹⁸, a arbitragem em matéria ambiental é um tema controverso no direito brasileiro.

Há uma vertente que defende que questões ambientais somente podem

16 A celeridade é uma vantagem deste método, pois a lei exige que a sentença deva ser proferida em até seis meses, salvo disposição em sentido contrário estipulado pelas duas partes. E a economia se dá porque as partes decidem tanto o valor dos honorários pago ao árbitro, como as custas do processo.

17 De acordo com dados da pesquisa *Justiça em Números*, de 2017, **80 milhões de processos estão em tramitação em no Brasil e aguardam uma decisão. As despesas com o Poder Judiciário foram de R\$ 90,8 bilhões**, registrando aumento de 4,4% em relação ao ano anterior. **Isto equivale a 1,4% do PIB, sendo que 90,5% do gasto total se refere a despesas com recursos humanos.** Segundo o relatório, a despesa média por magistrado é de cerca de R\$ 48,5 mil; por servidor, de R\$ 15,2 mil; por terceirizado, de R\$ 4,1 mil, e por estagiário, de R\$ 828,76 (RICHTER, 2018, grifo do autor).

18 Freitas e Colombo apontam a relevância do uso da via arbitral “para solucionar problemas ambientais que, embora deveriam ser considerados obstáculos à manutenção da qualidade de vida, não são levados à apreciação do Poder Judiciário, por se tratar de questões aparentemente irrisórias” (2017, p. 13).

ser solucionadas perante o juízo estatal, uma vez que considera a proteção do meio ambiente um direito público e indisponível E a Lei de Arbitragem, em seu art. 1º, reforçaria esta visão, pois a aplicação desta técnica seria voltada apenas a direitos patrimoniais disponíveis¹⁹.

A interpretação da indisponibilidade desse direito difuso conduz alguns doutrinadores e juristas a ponderarem que uma relação jurídica de conteúdo ambiental não pode ser submetida à arbitragem. Com isto, todos os litígios deste tema tendem a passar pela via estatal, isto, é, são judicializados. Isto só tem um resultado prático, os processos ingressam (entrada), contudo, nem sempre contemplam uma resposta jurisdicional (saída) em tempo hábil para prevenir, reduzir e/ou sanar os danos.

Em direção oposta a esta interpretação, destaca-se inúmeros tratados e convenções internacionais que adotam a arbitragem para a resolução de seus conflitos, fazendo com que as partes ajustem previamente a solução do litígio por meio da via arbitral. Exemplo disto é a Convenção sobre a Diversidade Biológica, ratificada pelo governo brasileiro em março de 1998²⁰ e que prevê a possibilidade de utilizar a arbitragem como instrumento de solução de conflitos internacionais na questão ambiental.

Quanto a relação dos três poderes políticos no Brasil e sua atuação na questão ambiental, nota-se que o caminho normativo estabelecido pelo poder Legislativo tem gerado procedimentos processuais extensos e morosos que implicam em uma resposta ineficiente neste tema. Neste sentido, o poder Executivo também deixa desejar ao não expressar uma conduta educativa, fiscalizatória e preservativa para o assunto. Isso pode ser resultado de um orçamento limitado ou da falta de vontade política em proporcionar infraestrutura e instrumentos legais efetivos para esta matéria, o que pode resultar em um erro de planejamento a médio e longo prazo; porque isto compromete o desenvolvimento econômico do país e o bem-estar de sua população. Por fim, o Judiciário conta com uma estrutura humana e material limitada para produzir soluções eficientes, ficando cativo das correntes processuais que permitem recursos infundáveis e que se traduz no mercado corporativo com a ideia de que sabe que causará danos, mas assumirá os riscos muito tempo depois.

Dito isto, a arbitragem no campo do Direito Ambiental esbarra na limitação material imposta pela Lei de Arbitragem. Porém, não se nega a opção pela potencialização do uso da arbitragem como instrumento de solução pacífica de conflitos ambientais, já que essa via dispõe de maior flexibilidade para se ajustar as condições e especificidades de cada questão analisada. Afinal, em geral, o árbitro escolhido compreende as peculiaridades do tema e do local do litígio, tendo com isto maior sintonia e conhecimento sobre a coisa julgada.

19 De acordo com Lacerda (2002, p. 32), “direito patrimonial disponível é todo aquele direito que advindo do capital ou do trabalho, ou da conjugação de ambos, bem como ainda dos proventos de qualquer natureza como tais entendidos os acréscimos patrimoniais não oriundos do capital ou do trabalho ou da conjugação de ambos”.

20 Para mais informações sobre o documento, ver o Decreto Federal n. 2.519, de 16 mar.98..

Ou seja, a arbitragem apresenta vantagens em relação à jurisdição estatal para a tutela ambiental.

Cooperação Internacional em Matéria Ambiental

Os efeitos decorrentes da degradação ambiental são de ordem global, tornando premente a soma de esforços dos Estados a fim de impedir que sejam experimentados novos danos ao meio ambiente e resguardar o que ainda existe.

A ação conjunta entre Estados se faz mediante o instituto de cooperação internacional, que encontra na área ambiental um universo amplo de possibilidades e de desafios, os quais estão entre os mais urgentes e problemáticos para a sociedade mundial, haja vista que é preciso compatibilizar culturas, regimes de governo e perspectivas diversas para a construção de soluções conjuntas.

Não há dúvida de que a cooperação entre Estados é um tema recorrente e necessário, pois muitos dos desastres naturais são provocados pelo homem, cabendo a nós reverter o dano. Ademais, os efeitos do descaso com a preservação do meio ambiente vão além do território de uma nação, se fazendo presente por todo o globo terrestre. Tudo isso, seguramente, é reflexo da “dimensão transfronteiriça e global das atividades degradadoras exercidas no âmbito das jurisdições nacionais” (MIRRA,1996).

Cabe ressaltar que o termo “cooperação” ganhou notoriedade no plano internacional com a Carta das Nações Unidas, ao ser colocada como o terceiro propósito da organização: “Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (ONU, 1945, apud MAZZUOLI, 2011). O documento não só cita, mas disciplina a cooperação econômica e social entre nações no capítulo IX, tanto que o artigo 56 salienta que os países-membros da organização devem se comprometer a agir de forma colaborativa, em conjunto ou separadamente, a fim de “criar condições de estabilidade e bem-estar” (id, 2011).

Baseado no propósito colaborativo da Carta, a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) também prevê um princípio sobre cooperação para proteger e melhorar o meio ambiente. O documento deixa claro que a cooperação pode se dar por meio de acordos multilaterais e bilaterais, desde que considere a soberania e os interesses dos Estados e sejam estabelecidos com o intuito de controlar, evitar e reduzir os efeitos nocivos ao meio ambiente.

Apesar de ser uma causa de grande aceitação popular, há de se colocar a complexidade de se estabelecer ações e medidas de cooperação internacional em prol do meio ambiente. Afinal, além dos governos, em cada Estado o tema não só está atrelado à extração e manipulação de recursos naturais por

certos grupos econômicos, mas também está vinculado a preocupação de determinadas causas e movimentos sociais, o que faz cada um desses diferentes atores ter demandas, interesses e problemas específicos, que não podem ser desprezados ou negligenciados nas negociações e decisões nacionais e internacionais.

Dado que as consequências da degradação ambiental não são freadas por qualquer tipo de fronteira ou limitação geográfica (MILARÉ, 2015), acredita-se que o momento em que vivemos é propício para o fortalecimento de alianças diplomáticas que visem a cooperação internacional em matéria ambiental para prevenir atos (estatais ou de particulares) que possam impactar negativamente o planeta e seus habitantes. E por esta razão há a necessidade de efetivação de normativas ambientais (internacionais e nacionais) que consolidem a atuação conjunta de atores e de nações para a real proteção do meio ambiente e promoção do bem-estar coletivo.

Considerações Finais

Diante do que foi apresentado, pode-se afirmar que a proteção jurídica brasileira²¹, com todo o seu arcabouço legal, não consegue dar conta de tudo o que está inscrito na Constituição Federal. Logo, os princípios norteadores não foram incorporados à realidade do país e estão longe de gerar um concreto bem-estar a seus cidadãos, seja no campo econômico, social ou ambiental; tanto que a própria ideia de um desenvolvimento sustentável a longo prazo parece distante.

Para o ajuste do entrave sistêmico do Judiciário, alternativas devem ser pensadas para minimizar o descompasso que se tem nos dias de hoje - tanto entre teoria e prática (leis e políticas públicas), como entre alto volume de processos e baixa performance na solução de casos; e isto passa sem dúvidas alguma pelo realinhar da atuação dos três poderes, no qual cada um tem sua parcela de culpa que resulta na baixa confiança da sociedade brasileira nas instituições públicas e na baixa efetividade da proteção ao meio ambiente.

Diante das atribuições de cada esfera e ente federado, é preciso lembrar que para produzir bem-estar coletivo e zelar pelo meio ambiente se necessita reunir os diversos atores da sociedade e ouvir e conciliar seus interesses sob as bases do estado democrático de direito, assegurando-lhes o respeito e o acesso a direitos fundamentais e dando-lhe estímulos para desenvolverem em conjunto a economia, o meio ambiente e sua comunidade, e gerando neste processo melhor qualidade de vida dentro do seu território.

Como os desafios ambientais atuais são complexos e, por vezes, transcendem fronteiras, alianças internacionais devem ser feitas a fim de criar acordos conciliatórios ou soluções conjuntas; além disso, tais parcerias podem garantir recursos financeiros, como custear projetos de proteção florestal, além

21 Proteção jurídica significa a proteção que o sistema jurídico brasileiro confere a determinados valores primordiais e fundamentais da dinâmica social, como direito à propriedade, direito ao meio ambiente, direito à saúde, entre outros.

de prestar apoio ao poder Executivo para enfrentar outros desafios internos, como garantir a subsistência socioeconômica local.

Somado a isto, a incorporação de normas que fortalecem o processo de arbitragem e outras técnicas de pacificação de contenda na área ambiental são imprescindíveis para reduzir a judicialização das questões ambientais, “fugindo do gargalo” do Judiciário e solucionando conflitos de forma mais horizontal.

Portanto, fortalecer a arbitragem não é enfraquecer o sistema jurídico. Mas sim, promover um julgamento mais célere e que atente melhor para as necessidade e anseios das partes, pois a complexidade dos temas ambientais e o rápido espraçamento dos danos exige que sejam tomadas decisões rápidas e mais acuradas no trato ambiental e social.

Por fim, não se tem a pretensão de desenhar soluções às lacunas apuradas nas legislações e nos três poderes. A inquietação em produzir caminhos alternativos é justamente o ponto reflexivo deste trabalho, que poderá dar ao leitor a oportunidade de meditar sobre outras possibilidades de atender com maior efetividade à causa ambiental, para que se garanta as futuras gerações um amanhã que contemple suas necessidades, como tentamos contemplar as nossas.

Referências

BOLFE, É. **Pecuária integrada e sustentável - Portal Embrapa**. Disponível em: <www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/24523612/artigo---pecuaria-integrada-e-sustentavel>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BRIS, A. **Felicidade pode substituir o PIB como medida da economia**. Disponível em: <exame.abril.com.br/economia/felicidade-pode-substituir-o-pib-como-medida-da-economia/>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 6938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente**. Brasília, DF, 31 ago. 1981.

BRASIL. Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 set. 1996.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Nosso futuro comum: comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento**. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CARMONA, Carlos A. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CASTELS, Manuel. **O “verdejar” do ser: o movimento ambientalista**. São Paulo: 1999.

COLOMBO, S. R. B.; FREITAS, V. P. DE. Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. **Direito Ambiental e Sociedade**, v. 7, n. 2, p. 7-27, 2017.

DENARI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). **Temas de direito ambiental e urbanismo**. São Paulo: Max Limonad, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998.

DIENER, E. (1984). Subjective well-being. **Psychological Bulletin**, 95 n. 3, 542 – 575.

DIREITONET. **Subsunção**, 24 nov. 2009. (Nota técnica).

LACERDA, Belizário Antônio de. **Comentários à Lei de Arbitragem**. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, J. **Lavouras são apenas 7,6% do Brasil, segundo a NASA**. Disponível em: <www.agricultura.gov.br/noticias/dados-da-nasa-demonstram-que- apenas-7-6-da-area-do-brasil-e-ocupada-por-lavouras>. Acesso em: 16 nov. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

MILARE, Édis. **Direito do Ambiente**. 10a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Biodiversidade Brasileira**. Disponível em: <www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>. Acesso em: 16 nov. 2019.

MIRANDA, M. G. et al. Cadê a minha cidade, ou o impacto da tragédia da Samarco na vida dos moradores de Bento Rodrigues. **Interações (Campo Grande)**, v. 18, n. 2, p. 3–12, abr. 2017.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios fundamentais do direito ambiental**. Revista de Direito Ambiental, v. 2, abr./jun. 1996.

NUNES JUNIOR, A. T. O Estado Ambiental de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, p. 295–308, set. 2004.

RICHTER, A. **Pesquisa do CNJ aponta 80 milhões de processos em tramitação no país**. Disponível em: <agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-08/pesquisa-do-cnj-aponta-80-milhoes-de-processos-em-tramitacao-no-pais>. Acesso em: 8 nov. 2019.

ROSSIT, Liliana Allodi. **Educação e cooperação internacional na proteção do meio ambiente**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transposição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Fundap/Studio Nobel, 1993.

SÉGUIN, Elida. CARRERA, Francisco. **Planeta Terra: uma abordagem de direito ambiental**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2001.

SILVA, J. A. DA. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL Y DE DERECHOS HUMANOS DE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA. VIRTUALIDAD DE LA DIRECTIVA 2011/92/EU

Ana M^a Aldaz Casanova

Doctora por la Universidad de Murcia. España. Abogada y Profesora Asociada de la Universidad de Murcia en el área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Resumen:

El ruido, cuyo origen radica en las actividades humanas y está directamente relacionado con el desarrollo y la industrialización, constituye una de las manifestaciones más evidentes de la relación directa entre la degradación del medio ambiente y la afección grave a los derechos más básicos del ser humano. A día de hoy no se cuestiona la sustancial importancia de las garantías procedimentales tanto para la protección del derecho a un medio ambiente sin riesgos, saludable y sostenible como para la efectiva, completa y plena garantía de derechos humanos individuales más básicos, como el derecho a la vida privada y familiar. Surge así en la intersección entre la esfera de protección de los derechos humanos y la del medio ambiente, la evaluación previa de los posibles impactos ambientales de los proyectos y autorizaciones, que en el ámbito del derecho de la Unión se materializa en directivas como la 2011/92/EU.

Palabras Clave: Ruido. Contaminación Acústica. Evaluación de Impacto Ambiental. Derechos Humanos.

La Protección Frente a la Contaminación Acústica Desde dos Derechos Humanos. El Sistema del Convenio de Roma

El ruido¹ constituye un agente ambiental patógeno que incide directamente en las personas, habiéndose reconocido científicamente su relación di-

1 MARTIN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental. Tomo IV*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003, p. 149., hace referencia a características especiales que alejan la contaminación acústica de otras formas comunes de contaminación, por lo que define al ruido como una forma de contaminación «atípica y singular». En la misma línea, ALENZA GARCÍA, J.F., «La nueva estrategia contra la contaminación acústica y el ruido ambiental», *Revista jurídica de Navarra*, vol. 36, 2003, p. 73.

recta con severos efectos perniciosos sobre la salud.

Desde estas consideraciones se viene concluyendo por la más alta instancia jurisdiccional europea encargada de la protección de los derechos humanos que las exigencias relativas a un medio ambiente sano pueden concretarse en forma de derecho humano, en tanto que constituyen un presupuesto inexcusable para el pleno ejercicio de ciertos derechos individuales, siendo el derecho a la vida privada y familiar y al domicilio, contenido en el artículo 8 del Convenio de Roma el que ha centralizado la fundamentación de lo que ha resultado ser una aplaudida doctrina jurisprudencial que se inclina por la interpretación dinámica de los derechos clásicos en clave ecológica² y que ha desembocado en la incorporación de las consideraciones medioambientales como elemento condicionante para el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos³.

Sobre la base de estas consideraciones, existe a día de hoy una consolidada la postura del Tribunal de Estrasburgo propensa a la admisibilidad de eventuales reclamaciones en el ámbito de las molestias por ruidos, en el sentido de que no se van a determinar exigencias extremas ni se va a realizar una lectura restringida o puntillosa de la literalidad del artículo 8. A día de hoy, para el Tribunal el artículo 8 del Convenio custodia el derecho del individuo al respeto de su vida privada y familiar «en todos sus ámbitos» por lo que atentados graves al medioambiente pueden atentar directamente contra este derecho y cualquier violación grave de esta obligación de respeto podrá ser objeto de estudio sin miramientos por esta institución⁴.

Sin dejar de encomiar el incuestionable valor de esta doctrina y el gran avance que ha supuesto para la conquista de derechos, no podemos perder la perspectiva de las limitaciones de las que la misma adolece, pues no solo la protección del medio ambiente desde la perspectiva del artículo 8 ofrece una defensa un tanto sesgada e insuficiente, incapaz de abarcar los múltiples

2 SAN MARTÍN SEGURA, D., «La *ecologización* de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, vol. 3, 2005. p. 224. En el mismo sentido, GARCÍA SAN JOSÉ, D.I., «La protección del derecho al disfrute de un medioambiente adecuado por el Tribunal Constitucional a la luz de los principios extraíbles de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico», en CARRASCO DURÁN, M., et al. (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1, Aranzadi, 2006, pp. 1873-1894. FERNANDEZ EGEA, R.M. «La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 31, 2015, pp. 163-204. p. 167.

3 JORDÁ CAPITÁN, E., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 283, y BOUAZZA ARIÑO, O., «Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 160, 2003, p. 174.

4 FITZMAURICE, M., «The European Court of Human Rights, Environmental Damage and the Applicability of Article 8 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: *Dubetska and others v Ukraine*, European Court of Human Rights, (application n° 30499/03) Judgment of 10 February 2011, not yet reported», *Environmental Law Review*, vol. 13(2), 2011, pp. 107-114. p. 107.

ámbitos en los que se pueden manifestar estas agresiones y la variedad de sus efectos⁵, sino que además la inexistencia en el Convenio de un derecho a la integridad física y mental obliga a una interpretación un tanto forzada desde la protección que ofrece el artículo 8, que podría suscitar la reticencia de los Estados ante lo que podría parecer una extralimitación de las funciones del Tribunal, poniéndose así en peligro de desestabilización el sistema del Convenio.

A mayor abundamiento, el establecimiento del requisito de gravedad obliga al Tribunal a concentrarse en las vulneraciones del Convenio más importantes, lo que supone un innegable sacrificio de los derechos de los particulares víctimas de incumplimientos que no llegan al nivel de gravedad requerido. Por otro lado, la negativa del Tribunal de ubicar la protección del medio ambiente desde la perspectiva del artículo 10 del Convenio, a la luz del principio de libertad de información limita la intervención de esta institución a una función esencialmente correctiva que resulta inadmisibles desde la perspectiva de la preservación de derechos⁶.

Además el Convenio responde a unas inquietudes contemporáneas al momento de su redacción pero que a día de hoy están superadas por incuestionables y no ha sido capaz de incorporar en su articulado las demandas sociales relativas a cuestiones de tipo supraindividual o de tercera generación, de esta forma se obliga a la institución jurisdiccional a hacer alarde de una capacidad interpretativa-creativa que en todo caso no ofrece la seguridad y la certeza que incorporaría su reconocimiento en el seno mismo del instrumento jurídico.

Unión Europea y Contaminación Acústica

La Unión Europea carece de competencias para reglamentar sobre derechos humanos y consecuentemente tampoco dispone de atribuciones específicas para vigilar de forma directa su protección y controlar su respeto⁷, pero esto no ha impedido que este sistema europeo de integración se ocupe de esta problemática, haciéndose eco de la evolución cultural y social del sistema que ha determinado un revolucionario cambio de prioridades en el que los primigenios objetivos económicos y pragmáticos perseguidos por las comunidades

5 FRANCIONI, F., «International Human Rights in an Environmental Horizon», *European Journal of International Law*, vol. 21 (1), 2010, pp. 41-55. p. 48.

6 LOZANO CUTANDA, B., «La ecologización de los derechos fundamentales: La doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», *Revista española de derecho europeo (REDE)*, vol 1, 2002, pp. 175-205. p. 196.

7 Sobre la competencia de la Unión en materia de derechos humanos, véase entre otros, ALONSO GARCÍA, R., «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pp. 13-43.; LIÑAN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», en BADIA MARTÍ, A.M., PIGRAU SOLÉ, A. y OLÉSTI RAYO, A. (coords.), *Derecho Internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 1058.

europas originarias se modulan hoy en función de las nuevas demandas sociales de vertiente social y medioambiental⁸. Surge de este modo la protección medioambiental como un objetivo estructural indisolublemente unido al desarrollo sostenible, que llega a ser calificado de «diseño esencial del sistema de la Unión»⁹ y que se despliega con una imperatividad tal que incluso puede condicionar los objetivos económicos, desplegando su eficacia transversal en todas las políticas¹⁰.

Se desarrolla así en el sistema de la Unión una política pionera en la que, si bien no existe proclamación de un derecho general subjetivo al medio ambiente adecuado o contra la contaminación, se formula la protección medioambiental como un objetivo prioritario a alcanzar, eso sí, desde el máximo respeto a los principios de subsidiariedad, atribución de competencias y la responsabilidad compartida entre Unión y Estados¹¹.

Además, el medio ambiente constituye una competencia compartida que como tal se encuentra sometida al principio de subsidiariedad y si bien la Unión deberá orientar su actuación hacia la consecución de dicho objetivo de protección, su efectiva materialización solo podrá alcanzarse mediante una acción concertada que incorpore a todos los actores implicados¹². De este modo, por virtud de las obligaciones asumidas en los tratados y el compromiso de cooperación leal del artículo 4.3 TUE, los Estados deben dar cumplimiento idóneo a las normas de la Unión, de las cuales se pueden derivar derechos subjetivos para los particulares, que podrán hacerlos valer ante los

8 A este respecto, a propósito de los cuatro pilares que conforman el concepto de desarrollo sostenible véase: BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Derecho ambiental*, La Ley, Madrid, 2014, p. 436 y 437.

9 Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 26 de mayo de 2005, en el asunto Comisión/Consejo, C-176/03, EU: C:2005:311, apdos. 4 y 8 (sentencia de 13 de septiembre de 2005, Comisión/Consejo, C-176/03, EU: C:2005:542).

10 En la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Comisión/Dinamarca, C-302/86, EU: C:1988:421, apdo. 9. Véase sobre este punto, PERNAS GARCÍA, J.J., «Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías», *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, p. 610 y ss. BARNES VÁZQUEZ, J., «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», *Revista de Administración Pública*, num. 135, 1994, p. 517-522. ESPÓSITO MASSICCI, C.} y FERNÁNDEZ EGEA, R.M., «La protección del medio ambiente a través de los derechos exclusivos y el derecho de la competencia. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y la competencia*, vol. 211, 2001., p. 56.

11 LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 175.

12 La sentencia de 12 de mayo de 2011, Luxemburgo/Parlamento y Consejo, C-176/09, EU:C:2011:290 (apdos. 76 y 77) hace referencia a que los distintos actores habrán de colaborar en el marco del principio de responsabilidad compartida, derivado necesariamente de una intervención mixta de actores y de la concurrencia de instrumentos normativos de diferente origen y naturaleza. Sobre el carácter «mixto» y «concurrente» de la competencia sobre medio ambiente, véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Avances y retrocesos en materia de acuerdos mixtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el asunto Oso Pardo», *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 29, 2013, pp. 8-9.

tribunales nacionales.

Cristaliza de este modo la política europea sobre la contaminación acústica, basada en un enfoque integrado y equilibrado¹³, a día de hoy aún en fase de desarrollo, que se orienta a la identificación de los orígenes del ruido y su extensión –fase prospectiva- y a la toma de medidas efectivas – fase activa-, ya sea en el marco de la política común de transportes (ruido en aeronaves¹⁴), en el del mercado interior y aproximación de legislaciones (vehículos rodantes, neumáticos, máquinas al aire libre, etc.¹⁵) o en el ámbito de las Redes transeuropeas (interoperabilidad de vías férreas¹⁶), pero siempre y por encima

13 En este aspecto, resultan especialmente ilustrativas las conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalon, en el asunto que enfrentaba a European Air Transport SA con diversas autoridades nacionales belgas. Conclusiones de 17 de febrero de 2011, asunto C-120/10, EU: C:2011:94, apdo. 37 y ss. (sentencia de 8 de septiembre de 2011, European Air Transport SA, C-120/10, EU: C:2011:556).

14 Reglamento (UE) N° 598/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativo al establecimiento de normas y procedimientos con respecto a la introducción de restricciones operativas relacionadas con el ruido en los aeropuertos de la Unión dentro de un enfoque equilibrado y que deroga la Directiva 2002/30/CE. DO L 173 de 16.6.2014., p. 65/78. Reglamento (CE) 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) N° 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE. DO L 79, 19.3.2008, p. 1-49. Reglamento (UE) no 748/2012 de la Comisión, de 3 de agosto de 2012, por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción. DO L 224, 21.8.2012., p.1-112. Y Directiva 2006/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a la regulación del uso de aviones objeto del anexo 16 del Convenio relativo a la aviación civil internacional, volumen 1, segunda parte, capítulo 3, segunda edición (1988), DO L 374, 27.12.2006. p. 1-4.

15 Reglamento (UE) N° 540/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el nivel sonoro de los vehículos de motor y de los sistemas silenciadores de recambio y por el que se modifica la directiva 2007/46/CE y se deroga la Directiva 70/157/CEE. DO L 158 de 27.5.2014, p. 131/195., Reglamento (CE) 661 /2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor, sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados. DO L 200, 31.7.2009, p. 1-24., Reglamento (UE) n° 168/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013, relativo a la homologación de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos. DO L 60 de 2.3.2013, p. 52/128., Reglamento (CE) n° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativo a la comercialización de los productos. DO L 218, 13.8.2008, p.30-47 y Directiva 2000/14/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 8 de mayo de 2000 relativa a las emisiones sonoras en el entorno debidas a las máquinas de uso al aire libre. DO L 162 de 3.7.2000. p.1-79.

16 Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016. DO L 138 26-5-2016, p. 1., Reglamento (UE) N° 1304/2014 de la Comisión de 26 de noviembre de 2014, sobre la especificación técnica de interoperabilidad aplicable al subsistema «material rodante-ruido» y por el que se modifica la Decisión 2008/232/CE y se deroga la Decisión 2011/229/UE. DO L 356 de 12.12.2014, p. 421-437., Directiva 2012/34/UE del Parlamento y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se

de todo, con la vista puesta en los últimos avances científicos y tecnológicos, incorporando los resultados de la investigación y el desarrollo como componentes esenciales de la acción comunitaria¹⁷.

Si bien todo este despliegue normativo de índole sustantivo ha sido muy aplaudido por sus probados efectos directos y objetivos sobre el medio ambiente, es bien cierto que el abordaje de la problemática de la contaminación acústica queda limitado a la implementación de las medidas establecidas de reducción del ruido en la fuente y al desarrollo de herramientas para la planificación de las políticas a nivel interno, pero no se han desplegado normas materiales o sustantivas que determinen unos niveles máximos o mínimos de calidad acústica, ámbito que queda a discrecionalidad de los Estados, lo que cercena toda posibilidad del Tribunal de Justicia para intervenir en aquellas ocasiones en las que se pudiera interpretar una eventual dejación de los Estados respecto del mantenimiento de unos hipotéticos niveles de calidad acústica saludables para la ciudadanía¹⁸, quedando el papel del alto órgano jurisdiccional de Luxemburgo reducido a verificar el estricto cumplimiento del requisito de la elaboración de los planes estratégicos, pero sin poder entrar a valorar su contenido ni verificar que dichos planes responden de forma eficaz a la consecución de una mejora efectiva de la calidad ambiental acústica¹⁹.

Sin embargo, existe en el ámbito de la Unión un despliegue normativo orientado hacia la incorporación de los derechos procedimentales contemplados en la Convención Aarhus en los procesos de toma de decisiones con repercusión medioambiental. Surge en este marco la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos pú-

establece un espacio ferroviario europeo único, DO L 343, de 14.2.2012, p. 32-77.

17 En el programa de Acción hasta 2020 «Vivir bien respetando los límites de nuestro planeta», la Unión Europea en cumplimiento de su compromiso de reducir significativamente la contaminación acústica, se ha propuesto verificar ciertos objetivos específicos entre los que se destacan en primer lugar y de forma preeminente la implementación de una política de ruido actualizada conforme a los nuevos descubrimientos científicos en un contexto en el que se combinen con medidas destinadas a la reducción del ruido en la fuente y mejoras en el diseño de las ciudades.

18 No debemos olvidar que las atribuciones encomendadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea están limitadas. La labor del TJUE en el ámbito del control del derecho se circunscribe a la verificación de que el despliegue normativo realizado por las instituciones se verifica con cumplimiento estricto de los Tratados y a la fiscalización del debido y correlativo respeto de los mismos por los Estados.

19 De hecho la propia Comisión se hizo eco de la carencia de reglamentación sustantiva sobre niveles mínimos de calidad ambiental o umbrales máximos de contaminación en esta directiva y en su Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM(2017) 151 final de fecha 30 de marzo de 2017 relativo a la aplicación de la Directiva sobre el ruido ambiental de conformidad con el artículo 11 de la Directiva 2002/49/CE., reconoce las grandes divergencias entre países respecto de la determinación de los planes estratégicos sobre ruido, en coherencia con el distinto grado de concienciación y sensibilización respecto de la problemática. Sin embargo, la Comisión no formula propuesta alguna respecto de la determinación de unos valores límite, ni siquiera unos valores umbral o requisitos mínimos, que ya se habían dibujado como opción en su informe anterior del año 2011.

blicos y privados sobre el medio ambiente (directiva ERMA)²⁰, desarrollada sobre la fundamentación jurídica de la protección del medio ambiente, que se ha posicionado como un elemento clave para instrumentalizar la defensa de los individuos frente a la contaminación en general y la acústica en particular.

La Doctrina del TJUE Sobre la Directiva Erma y Su Importancia para la Defensa de los Particulares Frente a la Contaminación Acústica

Como sabemos, en el ámbito de la protección medioambiental son los jueces nacionales los que actúan en la primera línea de protección de los particulares, aplicando y/o cuestionando el debido cumplimiento del derecho de la Unión por las autoridades nacionales y ejecutando las directrices que el TJUE les remite a través del mecanismo de reenvío prejudicial. En consecuencia, la intervención del TJUE en estos supuestos queda a expensas del órgano interno, y su intervención se limitará a dar respuesta a las cuestiones planteadas para que sea el órgano jurisdiccional nacional el que las aplique, resolviendo finalmente la problemática.

Por otro lado, la Comisión tiene encomendada la función también discrecional de someter ante la alta jurisdicción de la Unión las demandas en las que se aborda el incumplimiento del derecho por parte de los Estados; la intervención del órgano jurisdiccional de Luxemburgo en este caso queda igualmente circunscrita esta vez a la constatación de dicha vulneración²¹ lo cual puede ser más o menos complicado dependiendo de si esta es a resultas de la omisión de un deber de actuar o si requiere una valoración más exhaustiva que analice el comportamiento estatal con vías a determinar si es coherente o no con las expectativas y el efecto pretendidos por el derecho de la Unión.

Sobre la base de estas consideraciones, la jurisprudencia desplegada en materia medioambiental por el TJUE parte de la base de que los atentados al medio ambiente incorporan necesariamente consecuencias para la salud, aunque estas no sean apreciables de forma directa e inmediata²² y desde esta

20 Directiva 2011/92/UE sobre evaluación de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. DO L 26 de 28.1.2012 p. 1-21. Supone una codificación de la anterior directiva 85/337/CE (directiva EIA) del Consejo y de todas sus modificaciones, con miras a recogerlas en un único acto jurídico.

21 En este sentido, BORN, C.-H., «El juez europeo y la directiva de impacto ambiental: balance de treinta años», *ropea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, en GARCÍA URETA A.M. (coord.), *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 9-28. p. 18.

22 En este sentido se pronuncia la Abogada General Juliane Kokott en sus conclusiones presentadas el 13 de noviembre de 2014, C-570/13, ÉU: C:2014:2374, apdo. 51. Sentencia de 16 de abril de 2015, Gruber, C-570/13, EU: C:2015:23, haciendo referencia al objetivo perseguido por la directiva EIA: «se pretende realizar uno de los objetivos de la Unión en el ámbito de la protección del medio y de la calidad de vida. Además, los efectos de un proyecto sobre el medio ambiente deben evaluarse para proteger la salud humana, contribuir mediante un mejor entorno a la calidad de la vida y conservar la capacidad de

constatación el TJUE ha determinado de forma consolidada una lectura amplia y extensa del derecho derivado, que favorezca la consecución del verdadero efecto perseguido por la norma.

De este modo, aunque el acceso por parte del TJUE al conocimiento de asuntos que abordan la problemática de la contaminación acústica es un camino sinuoso en el que su intervención se perfila como algo excepcional y accesorio, y aunque a su vez el eventual pronunciamiento de este alto Tribunal queda limitado a un reducido margen de maniobra aún más restringido que en el ámbito de otras formas de contaminación (con ocasión de la limitada reglamentación sustantiva), el TJUE se ha visto facultado para conocer de asuntos en los que se ha tratado esta problemática en aquellas ocasiones en las que se ha cuestionado la actuación del Estado en el ámbito de la ejecución de directivas procedimentales, especialmente la Directiva 2011/92/UE.

La doctrina desplegada por el alto Tribunal respecto del efecto útil de la directiva busca la coherencia entre la decisión estatal a la hora de autorizar o no un proyecto y la finalidad de protección perseguida por la norma y aunque por un lado la directiva no contiene en su seno contenidos sustantivos específicos, siendo su naturaleza netamente procedimental, y por otro corresponde a la autoridad nacional en el ámbito de su capacidad discrecional perfilar los términos de esta evaluación; de la exigencia de «adecuación» y de la obligatoriedad prescrita en la directiva de valorar tanto los efectos «directos» como los «indirectos» de todos aquellos proyectos que produzcan efectos significativos en el medio ambiente, el Tribunal extrae unas obligaciones objetivas mínimas a cumplimentar por las autoridades nacionales que pueden ser fiscalizadas por la autoridad jurisdiccional europea, que se deducen nítidamente de la finalidad perseguida por la norma y cuyo incumplimiento determina de forma directa el incumplimiento del Derecho de la Unión.

Entra así de lleno la virtualidad de la capacidad protectora del alto Tribunal a través de la verificación del cumplimiento de un derecho cuya vocación es esencialmente proteccionista, pues el Tribunal se encuentra legitimado para establecer ciertas pautas que resultan determinantes para estimar que se han cumplido las obligaciones que vienen impuestas por el Derecho de la Unión, instituyéndose en este caso en garantía máxima del principio de elevado nivel de protección en su aplicación, verificación y/o ejecución. Para el Tribunal de Luxemburgo, cuando el Estado no despliega la evaluación previa debiendo hacerlo o no lo hace debidamente, está atentando directamente a los derechos de información, participación y acceso a la Justicia y dicha vulneración conlleva consecuencias inmediatas derivadas de la violación del derecho de la Unión, que por imperativo legal deberá ser subsanada.

reproducción del ecosistema como recurso fundamental de la vida. (...) Precisamente la protección de la salud frente a los efectos perjudiciales sobre el medio ambiente ha sido mencionada reiteradamente por el Tribunal de Justicia como razón (añadida) para que los particulares puedan invocar las disposiciones directamente aplicables del Derecho de la Unión en materia de medio ambiente.».

De este modo, cuando el objetivo principal de un acto de la Unión, particularmente una directiva, sea cual sea su naturaleza última (sustantiva o procedimental), reside en garantizar la protección del medio ambiente, sería incompatible con el efecto imperativo que los tratados y en particular el art. 288 del TFUE le reconoce, excluir *a priori* que los interesados puedan invocar las obligaciones que estas imponen.

La alta jurisdicción, desde la constatación del carácter obligatorio de las directivas, ha tenido a bien considerar que las referencias contenidas en la directiva ERMA respecto de una «evaluación adecuada» trascienden desde el terreno de las obligaciones políticas o programáticas hasta impactar de lleno en el patrimonio jurídico de los ciudadanos como auténticas expectativas de derecho directamente reivindicables²³, por lo que la consecuencia inmediata del incumplimiento de esta consigna requiere su subsanación integral, correspondiendo a los jueces nacionales hacer: «todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo para la plena eficacia de aquel»²⁴.

Así, el Tribunal aplica de forma integral su doctrina del efecto directo vertical de las directivas en el ámbito de la directiva ERMA deduciendo de ella una obligación específica a cargo del Estado de desplegar una evaluación previa «adecuada» o en su caso de abrir los procedimientos orientados a determinar objetivamente si esta es necesaria -anexo II de la directiva- y un correlativo derecho de los particulares afectados a que se evalúen las repercusiones significativas para el medio ambiente de un proyecto, debiendo acordarse por el órgano jurisdiccional interno las medidas que sean procedentes para «eliminar las consecuencias ilícitas de la violación de este derecho», reiterando sin fisuras, que en todo caso estas consecuencias provienen del incumplimiento del Estado y no de la resolución del Tribunal²⁵. Y si bien es el órgano interno el único competente para valorar cuales han de ser las medidas más propicias para dar cumplimiento a esta encomienda, el alto Tribunal no ha tenido reparos en señalar entre ellas la revocación o la suspensión de la autorización del proyecto o plan, lo que no excluye otras posibilidades alternativas o añadidas como la reclamación contra el Estado incumplidor de indemnización por los

23 En esta línea: GOURITIN, A., «Arrêt “Boxus”: les droits environnementaux procéduraux en cas d’adoption d’un projet susceptible d’avoir des incidences sur l’environnement», *Journal de Droit Européen*, vol. 188, 2012, pp. 112-113. En el mismo sentido, DE SADELEER, N., «L’évaluation des impacts environnementaux: vers une véritable protection juridictionnelle?», *Journal de Droit Européen*, vol. 215, 2015, pp. 2-10.

24 Sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77, EU: C:1978:49, apdo. 22, sentencia 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apdo. 41 y STJUE de 20 de diciembre de 2017, Protect Natur, C-664/15, EU:C:2017:987, apdo. 56. Entre otras.

25 Sentencia de 7 de enero de 2004, Wells, C-201/02, EU: C:2004:12, apdo. 64. Frente a los argumentos del gobierno británico que denunciaba que de prosperar la demanda se estaría afectando al principio de seguridad jurídica al suponer un perjuicio para terceros afectados y en consecuencia un «efecto directo inverso u horizontal», se pronuncia diciendo: «En virtud del principio de cooperación leal previsto en el artículo 10 CE, los Estados miembros están obligados a eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario».

daños y perjuicios ocasionados.

De este modo el TJUE ha formulado una doctrina del efecto útil con una intencionalidad claramente instrumental, diseñándola como una herramienta que encauza la protección ambiental hasta los confines que permita la propia finalidad perseguida por la norma. Se perfila de este modo el fin último como un salvoconducto pero también como una limitación que encuentra su frontera en la propia esencia de estos argumentos, pues lo que se busca en esencia es la cristalización práctica de la que fue la voluntad del legislador a la hora de aprobar la norma, siendo este anhelo el que enmarca los límites del alcance protector que ampara la norma comunitaria. El despliegue de esta doctrina jurisprudencial ha producido unos efectos de relevancia superlativa, pues por un lado ha extendido y enriquecido la virtualidad proteccionista de la norma a aquellos ámbitos en los que su influencia no quedaba clara y por otro ha potenciado su revisión desde el análisis que se genera con ocasión de la interpretación de sus términos, llegando incluso a incorporar supuestos que la estricta literalidad de la norma no acababa de contemplar. La consecuencia final de todo ello es una evidente mejora de calidad medioambiental en último extremo²⁶

Es cierto que la propia naturaleza de las directivas netamente procedimentales determina que la fiscalización de la actuación estatal quede circunscrita a su espíritu en una vertiente estrictamente procedimental, de tal modo que, al no existir en esta directiva referencias específicas que constriñan el margen de actuación estatal más allá de la elaboración de un estudio ambiental adecuado con carácter previo, el Tribunal no se siente legitimado para pronunciarse más allá de este despliegue procedimental, quedando maniatado en este caso por su propia doctrina del «efecto útil». Pero cuando un proyecto se desarrolla en un entorno sobre el que concurre el perímetro de actuación de varias directivas a la vez, incluida la directiva ERMA, los condicionantes de la evaluación respecto de los contenidos requeridos pueden verse enriquecidos por exigencias de orden sustantivo procedente de la otra normativa, de tal modo que en esos casos la capacidad tuitiva del Tribunal puede verse ampliada.

Es sabido que en el ámbito de la reglamentación del ruido no existe una norma general sustantiva específica que recoja contenidos obligatorios sobre la calidad acústica del medio ambiente. Los últimos informes de la Comisión han cercenado los sueños de quienes aspirábamos a una pronta reglamentación que fijara desde la Unión unos valores mínimos ambientales que unificaran la divergente protección acústica para los ciudadanos en el territorio europeo. Pero, si en el marco del principio de elevado nivel de protección la

26 Sobre el efecto *spill over* de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Avances y retrocesos en materia de acuerdos mixtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el asunto Oso Pardo», Revista General de Derecho Europeo, vol. 29, 2013, p. 10.

Unión se decidiera a adoptar actos que conminaran al respeto de un mínimo de calidad acústica ambiental²⁷, podríamos fantasear con un nuevo paso en la conquista de derechos para los particulares, pues la confluencia de obligaciones sustantivas que reglamenten específicamente el ruido con la normativa procedimental que ya conocemos, podrían dotar al TJUE de un abanico mucho más amplio de opciones entorno a la fiscalización y control de la actuación de los Estados reticentes a la protección de los particulares en este ámbito, ofreciendo una protección de vocación preventiva desde la perspectiva de los eventuales contenidos que debiera contemplar una evaluación de impacto, lo que permitiría una garantía añadida proveniente de la Unión respecto de unos eventuales objetivos sustantivos de calidad ambiental que a día de hoy se encuentran blindados a esta jurisdicción.

Bibliografía

ALENZA GARCÍA, J.F., «La nueva estrategia contra la contaminación acústica y el ruido ambiental», **Revista jurídica de Navarra**, vol. 36, 2003.

ALONSO GARCÍA, R., «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», **Cuadernos de Derecho Público**, núm. 13, 2001.

BARNES VÁZQUEZ, J., «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», **Revista de Administración Pública**, num. 135, 1994, p. 517-522.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., **Derecho ambiental, La Ley**, Madrid, 2014.

BORN, C.-H., «El juez europeo y la directiva de impacto ambiental: balance de treinta años», ropea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años}, en GARCÍA URETA A.M. (coord.), **La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años**, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 9-28.

BOUAZZA ARIÑO, O., «Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», **Revista de Administración Pública**, núm. 160, 2003.

DE SADELEER, N., «L'évaluation des impacts environnementaux: vers une véritable protection juridictionnelle?», **Journal de Droit Européen**, vol. 215, 2015, pp. 2-10.

ESPÓSITO MASSICCI, C.} y FERNÁNDEZ EGEEA, R.M., «La protección del medio ambiente a través de los derechos exclusivos y el derecho de la competencia. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de mayo de 2000», **Gaceta jurídica de la Unión Europea y la competencia**, vol. 211, 2001.

²⁷ Bastaría con una mención genérica como la que se recoge en la directiva de aves respecto de la toma de medidas para «asegurar su supervivencia y reproducción». Recuérdese la este respecto la mención recogida en el Quinto Programa de Medio ambiente a cerca del propósito de que «ninguna persona deberá estar expuesta a niveles de ruido que pongan en peligro su salud o calidad de vida».

FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Avances y retrocesos en materia de acuerdos mixtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el asunto Oso Pardo», **Revista General de Derecho Europeo**, vol. 29, 2013.

FERNANDEZ EGEA, R.M. «La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales», **Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid**, vol. 31, 2015, pp. 163-204.

FITZMAURICE, M., «The European Court of Human Rights, Environmental Damage and the Applicability of Article 8 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms: Dubetska and others v Ukraine, European Court of Human Rights, (application n° 30499/03) Judgment of 10 February 2011, not yet reported», **Environmental Law Review**, vol. 13(2), 2011, pp. 107-114.

FRANCIONI, F. «International Human Rights in an Environmental Horizon», **European Journal of International Law**, vol. 21 (1), 2010, pp. 41-55.

GARCÍA SAN JOSÉ, D.I., «La protección del derecho al disfrute de un medioambiente adecuado por el Tribunal Constitucional a la luz de los principios extraíbles de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico», en CARRASCO DURÁN, M., *et al.* (coords.), **Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, vol. 1, Aranzadi, 2006, pp. 1873-1894.

GOURITIN, A., «Arrêt “Boxus”: les droits environnementaux procéduraux en cas d’adoption d’un projet susceptible d’avoir des incidences sur l’environnement», **Journal de Droit Européen**, vol. 188, 2012, pp. 112-113.

JORDÁ CAPITÁN, E., **El derecho a un medio ambiente adecuado**, Aranzadi, Pamplona, 2001.

LIÑAN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. «Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», en BADIA MARTÍ, A.M., PIGRAU SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A. (coords.), **Derecho Internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia**, Marcial Pons, Madrid, 2009.

LOZANO CUTANDA, B., «La ecologización de los derechos fundamentales: La doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», **Revista española de derecho europeo (REDE)**, vol 1, 2002, pp. 175-205.

MARTÍN MATEO, R., **Tratado de Derecho Ambiental. Tomo IV**, Ed. Edisofer, Madrid, 2003.

PERNAS GARCÍA, J.J., «Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías», **Anuario da Facultad de Dereito da Universidad da Coruña**, núm. 5, 2001, p. 610 y ss.

SAN MARTÍN SEGURA, D., «La *ecologización* de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos», **Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja**, vol. 3, 2005.

DIREITO À CIDADE(ANIA): (IN) SUSTENTABILIDADE DO ESTADO EM REALIZAR O ACESSO À JUSTIÇA DE CATADORES/RAS EM UMA SOCIEDADE LIXO ZERO

Laíze Lantyer Luz

Mestranda em Políticas Sociais e Cidadania (Universidade Católica do Salvador)
Bolsista Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia
Especialista em Direito Ambiental (Universidade Federal da Bahia)

Resumo:

Este estudo investiga até que ponto a inovação (aparentemente) mais sustentável de uma sociedade lixo zero é ética e eficiente também do ponto de vista da inclusão social e não apenas um processo de automação da indústria do lixo para descartar vulneráveis. A proposta analisa a metamorfose e emancipação social dos catadores em uma sociedade lixo zero. A metodologia é pautada na literatura e legislação nacional e estrangeira, bem como na análise dos modos de discurso para compreender as estruturas de Poder. O estudo pretende trazer como resultado analítico que para uma sociedade lixo zero efetivamente sustentável são necessárias políticas públicas e sociais para pessoas que hoje são tão invisíveis e descartáveis quanto o lixo. Visa também apontar a responsabilidade recíproca do Estado, sociedade civil e indivíduos imersos na ilusão de uma sociedade do espetáculo fetichista, produto do sistema de reprodução social do capital, que a tudo transforma em mercadoria.

Palavras-chave: Direito à Cidade; Estado; Acesso à Justiça; Catadoras(es); Lixo Zero.

Introdução

No decorrer da história da humanidade, da organização mais simples até as mais complexas, nos deparamos com lutas por direitos. Vivemos a Era dos Direitos proposta por Bobbio (2004), mas não necessariamente a efetividade deles. E os diversos movimentos sociais mundiais são responsáveis, e muito, pela (re)construção de novas realidades que foram sendo moldadas no decorrer da história. O mundo hoje é aclamado pelos inúmeros movimentos que objetivam implantar, proteger e efetivar direitos, muitas vezes, essenciais.

O Movimento Nacional das Catadoras e Catadores de Materiais Recicláveis foi fundado com esse intuito e visa em sua essência dar visibilidade a uma força de trabalho marginalizada, renegada como verdadeiro capital humano invisível. O direito à emancipação sustentável (social, econômica e ecológica) é base orientadora das relações éticas, em um ambiente no qual o sujeito somente é reconhecido como cidadã(o) se for partícipe e, por consequência, cúmplice do processo de produção, consumo e propagação do excedente do sistema capitalista.

Este estudo parte do pressuposto que Direito Ambiental, Direito à Cidade e Direitos Humanos estão conectados e que, portanto, problemas sistêmicos precisam de soluções sustentáveis que possuem origem em bases de educação ambiental e expansão de consciência. Não é possível debater sociedades sustentáveis sem justiça ambiental, da mesma forma que não é possível falar em justiça ambiental sem debater seriamente racismo ambiental. E o estágio de analfabetismo ambiental que a sociedade se encontra é causadora da vulnerabilidade social que atinge essas catadoras e, por consequência, suas famílias. (LUZ, 2019, A-3). O desafio é sem dúvida o alcance de uma justiça social sustentável diferente do paradigma dialético vigente, “para quem está inserido no processo de produção e consumo: tudo; àqueles/as que vivem à margem da sociedade – alienados/as de políticas protetivas: o vazio.” (CAVALCANTI; SILVA, 2019, p. A-3)

Este estudo investiga a (in)(ex)clusão das catadoras de materiais recicláveis, vulneráveis descartáveis à luz da (in)sustentabilidade humana em uma sociedade que caminha para o mecanismo lixo zero¹. A partir do conceito do termo, o objetivo é discutir até que ponto essa inovação (aparentemente) mais sustentável é ética e eficiente também do ponto de vista da inclusão social e não apenas um processo de automação da indústria do lixo para descartar vulneráveis. A proposta analisa a teórica metamorfose e emancipação social (in) sustentável das catadoras diante da visão de (pseudo) evolução da categoria para além da sobrevivência em uma sociedade lixo zero.

Desse modo, o desenvolvimento deste trabalho está subdividido em três partes. A primeira parte oferece alicerces conceituais e históricos da Política Nacional de Resíduos Sólidos e do Movimento Nacional de Catadores de Material Reciclável e sua relação com as personagens principais dessa trama: as catadoras. Assim, será analisada de que forma a atividade das catadoras vem se institucionalizando no Brasil desde como uma prática social, econômica, ambiental e política, de acordo com mecanismos que garantem a sua invisibilidade na sociedade. Para tanto, visa demonstrar o que ocorre no estado de

1 Conceito Lixo Zero consoante o estabelecido pela Zero Waste International Alliance (ZWIA) que consiste no máximo aproveitamento e correto encaminhamento dos resíduos recicláveis e orgânicos. A redução, ou mesmo o fim, do encaminhamento destes materiais para os aterros sanitários ou para a incineração. Lixo Zero, portanto, é uma meta ética, econômica, eficiente e visionária para conduzir as pessoas a mudar seus modos de vida, de forma a incentivar os ciclos naturais sustentáveis, onde todos os materiais são projetados para permitir sua recuperação e uso pós-consumo (ver em <http://zwia.org/>).

entorpecimento de uma categoria quando um rebanho cego é conduzido até o abatedouro sem ter consciência do caminho que percorre, conduzido como massa de manobra através do labirinto da história.

Na segunda parte, mostrará a informalidade do trabalho das Catadoras e seu sonho sur(real) do lixão ao empreendedorismo, além da (pseudo) contribuição promovida pelo Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR) no processo de empoderamento e emancipação das catadoras. Este capítulo demonstrará se a experiência de organização social dos catadores de materiais recicláveis contribui para diminuir a invisibilidade social através da construção de suas identidades, autoestima, sentimento de pertencimento ao possibilitar a coordenação de suas ações coletivas as quais os catadores se encontram engajados, os permitindo reconhecerem-se enquanto autores de seus destinos. E ao passo que as atividades de engajamento ocorrem, a pauta de reivindicações gera conflitos socioambientais de interesses entre catadores, cooperativas, empresas de reciclagem, Estado e Sociedade Civil. No mesmo capítulo será demonstrada a falácia social, das leis, política e econômica que transforma o catador em mera mercadoria descartável como o lixo.

E, por fim, na terceira parte, mostrará o processo de (ex)inclusão do mercado de trabalho (in)formal, discutindo-se a (im)possibilidade da (re)construção de uma real sociedade sustentável pautada no reconhecimento do sujeito ético moral e na valorização do capital humano. Demonstrará a presença da catadora na era digital e os exemplos de mecanismos tecnológicos existentes, analisando até que ponto o aplicativo Cataki e a organização Pimpmycarroça proporcionam uma melhoria socioeconômica aos catadores cadastrados e contribuem para o seu processo de emancipação (in)sustentável.

Na conclusão, visa restar demonstrada a importância da responsabilidade recíproca do Estado, sociedade civil e indivíduos imersos na ilusão de uma sociedade do espetáculo fetichista, produto do sistema de reprodução social do capital, que a tudo transforma em mercadoria. E em paralelo ao emaranhado labiríntico dessa trama, o fio condutor transparece ser o reconhecimento de que tudo não passa de um processo histórico, portanto mutável, e que o despertar de uma nova concepção de mundo através de uma aventura emancipatória sustentável parece ser (im)possível. Para tanto, a metodologia foi pautada na revisão de literatura nacional e estrangeira, e seus respectivos casos concretos sociais e históricos.

O Movimento de uma Onda: Cada Concha Conta o Mar de Lixo

Assim como a onda retorna para o infinito oceano, todo o resíduo gerado por cada ser humano deveria retornar à cadeia produtiva para compor matéria prima orgânica ou a geração de novos produtos para a indústria. E nesse processo de logística reversa proposto pela lei de resíduos sólidos, cada resíduo conta, pois é sempre menos um lixo descartado em locais inapropriados.

dos para a reciclagem. A reciclagem pressupõe coleta seletiva. E a coleta seletiva no Brasil, há décadas, vem sendo realizada informalmente por catadores avulsos.

A categoria dos catadores que (sobre)vivem dos resíduos não é recente no Brasil. Eles estiveram presentes no registro do poeta Manuel Bandeira, em 1947, quando escreveu “O Bicho” para denunciar pessoas no submundo da catação de restos de comida (Bandeira, 1993). Todavia, os personagens do poeta não eram catadores de materiais recicláveis. Eles estavam no ápice das vidas precárias (Butler, 2016) em busca de comida e não de recicláveis para revender como mercadoria. A atividade de catar alimentos e material reciclável para (sobre)viver foi retratado no Brasil por Marcos Prado, no documentário Estamira (2004). Nesse documentário conta a história de uma mulher invisível que cata no lixão seus sonhos e sentido para viver. No entanto, viver com dignidade do lixo em condições precárias de trabalho, sem moradia, sem inclusão no processo de gestão dos resíduos parece ser uma emancipação insustentável e utópica.

O estudo de Grossi (2003) realiza uma etnografia dos catadores e demonstra que muitos se percebem como parte do lixo, revelando sentimentos depreciativos e de baixa autoestima cultivados pela própria elite através do “ódio aos pobres” (Souza, 2017). Para Pereira e Goes (2016) os trabalhadores que atuam nas atividades de catação de materiais recicláveis são notados como vagabundos ou delinquentes e essas representações possivelmente resultam da ausência de interesse na compreensão da situação da categoria e, por consequência, na busca por modificar tal realidade.

Em 2010, a Lei 12305/2010 instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, PNRS, trazendo como norte o seu VIII princípio, que afirma o resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho, renda e também promotor de cidadania. A questão das atividades exercidas pelos catadores de materiais recicláveis é tratada pela PNRS como fundamental para o adequado manejo dos resíduos sólidos, já que recolhem material descartado, que pode ser reaproveitado no processo produtivo, diminuindo o uso de novos recursos naturais. Catadores contribuem para a reciclagem e se faz necessária à inserção de novos conceitos de valorização social e econômica desta categoria profissional, garantindo padrões de produção e de consumo sustentáveis.

Vale salientar que desde 09 de outubro de 2002, a ocupação de catador de material reciclável se encontra regulamentada pela Portaria nº 397, na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO. Essa profissão possui o reconhecimento do Ministério do Trabalho e Emprego, que descreve suas atividades como aquelas que contribuem para o aumento da vida útil dos aterros sanitários e para a diminuição da demanda por recursos naturais, na medida em que abastece as indústrias recicladoras para reinserção dos resíduos em suas ou em outras cadeias produtivas. As atividades podem ser exercidas individualmente ou coletivamente, preferencialmente organizadas em cooperativas/as-

sociações.

Apesar desse reconhecimento legislativo não conseguiu evitar que a atividade continuasse a ser estigmatizada e discriminada pela sociedade do espetáculo. Diante da invisibilidade social em que se encontram, faltam dados de registro da categoria. No entanto, um breve passeio pela literatura, artigos e periódicos é capaz de assinalar que a maioria dos catadores são mulheres e possuem baixa escolaridade e, por essa razão, que o recorte dessa análise é através das mulheres catadoras.

O debate sobre o desenvolvimento de projetos de políticas públicas, particularmente no âmbito social, muitas vezes recai na atuação unilateral estatal, como responsável e provedor único, dotado legalmente de recursos para esta finalidade. Cabe um questionamento: de que forma as organizações e os cidadãos podem se inserir no processo de elaboração e execução dos projetos políticos e sociais, em especial na implementação da crescente filosofia lixo zero ao redor do mundo?

Enquanto acontece o debate de como devem ser desenvolvidos estes projetos, o Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis – MNCR - denuncia ausência de apoio do poder público, das empresas e da sociedade. O dia 7 de junho é celebrado como dia Nacional dos Catadores e Catadoras de Material Reciclável, mas os trabalhadores desta atividade não vêm tendo o que comemorar e muitos deles sequer possuem conhecimento do movimento que os representa pela falta de sentimento de pertencimento à própria categoria. O MNCR acredita que o prazo para a categoria ser reconhecida e valorizada ainda se encontra distante.

Da Escuridão do Lixão ao Fetiche da Luz do Empreendedorismo na Globalização 4.0

Os “batalhadores”, nos dizeres de Jessé e Nozaki (2017), são os subcidadãos, invisíveis, que carecem de autoestima e autoconfiança. Cardoso (2010), ao falar do Estado Antissocial trouxe uma análise de como o trabalho manual foi visto como degradado historicamente pelas elites. Os catadores são, por analogia, criminalizados pelo Estado, herdando o ódio e o desprezo antes condenados aos escravos. Atualmente, os catadores são os escravos de condução dos rejeitos de tudo o que aparentemente não serve mais para a sociedade, mas paradoxalmente vale muito para a manutenção do ciclo de consumo do capital.

O capital extrai do meio ambiente sua matéria prima sem nenhum retorno benéfico, pois o seu principal foco é a produção de mais dinheiro. Desta forma, a reciclagem surge para o capital com a nítida finalidade de lucro: a mercadoria que é consumida e descartada é reutilizada ao retornar à indústria como matéria prima reciclável que será transformada em nova mercadoria em um ciclo extremamente lucrativo. Nesse ciclo, o uso da força de trabalho do catador mantém ganhos ao sistema capitalista e o legítima.

Nesse sistema acima descrito, a catadora batalhadora é explorada triplamente: pelo capital, pelo Estado e pelo indivíduo que descarta incorretamente seus resíduos. A catadora uma vez inserida na informalidade, é forçada a vender o que encontra e preços desumanos, enquanto a figura do atravessador compra na mão da catadora e repassa a mercadoria à indústria. Se formos analisar o valor de uso e o valor de troca, o item reciclável volta a ser valor de uso uma vez que retorna ao ciclo produtivo como nova mercadoria. Sem se dar conta disso, a figura da catadora é co-partícipe do processo de limpeza urbana cuja responsabilidade é do município (Estado) bem como do processo de produção capitalista. Todavia, essa importante agente ambiental não é reconhecida nem como empregada do Estado nem do capital. Ou seja, elas se encontram em espécie de limbo. Como diz Mota, “o trabalhador de rua materializa na sua atividade um trabalho duplamente explorado, pelas empresas de reciclagem e pelo próprio Estado” (2002, p. 14). E para fechar a tríade, a catadora é explorada também pelo consumidor gerador de resíduo, uma vez que este vê na catadora uma oportunidade de se desfazer do peso de algo que lhe é inútil e ainda fazer uma caridade através da doação do resíduo para alguém que vive da coleta do lixo que analfabetos ambientais chamam de lixo.

Em meio a essas metamorfoses sociais do trabalho em especial das catadoras, a literatura e as pesquisas têm retratado um número cada vez maior de excluídos sociais. Alguns autores trazem a inclusão social tomando como base o desemprego. Ou seja, estar desempregado é estar excluído do sistema. No entanto, as catadoras que trabalham em condições desumanas estariam incluídas apenas por auferirem uma renda? No ano de 2003, o governo federal criou o Comitê de Inclusão Social de Catadores de Lixo, cuja atribuição principal era de implantar projetos que buscassem garantir condições de dignidade aos catadores e catadoras de materiais recicláveis. Para Miura (2004), a maior questão na época não se tratava de reconhecimento profissional, mas sim garantir as condições humanas de trabalho para além da mera sobrevivência. Paradoxalmente, mesmo diante de tantas condições deploráveis e desumanas, o trabalho de catação proporciona a (sobre)vida de mais de 600.000 mil brasileiros segundo dados do MNCR e do IPEA (2016). O que configura um grande “exército industrial de reserva”, uma onda crescente de uma “superpopulação relativa de trabalhadores”, pois conforme Marx essa avalanche de trabalhadores estaria sem ocupação fixa, mas seria parte integrante do sistema capitalista (1988).

Do ponto de vista da estruturação e da busca pela melhoria das condições de trabalho e na ausência de apoio e visibilidade junto ao Estado, as catadoras terminam por se submeterem às cooperativas de reciclagem que oferecem um valor mais alto pelo produto, melhores condições de limpeza e segurança no trabalho. No entanto, a informalidade possui traços comuns tais como: ausência de direitos trabalhistas, flexibilização de jornada etc. No caso dos catadores e catadoras, o que se diz informal ou ilegal foi legalizado através da criação de cooperativas (Piccinini, 2004), uma vez que são isentas de

diversos encargos trabalhistas. Segundo Marx, “as sociedades cooperativas e (associativas) atuais, estas só têm valor enquanto são criações independentes, realizadas pelos trabalhadores e não são protegidas nem pelos governos nem pelos burgueses” (2001, p. 120). A formação de um sentimento de pertencimento ao coletivo de uma categoria de trabalhadores ocorre através da conscientização do catador e da catadora da sua importância, como diz OFFE (1984), a relação de poder original só poderá ser sentida a partir do momento que essas associações ou cooperativas conseguem formar uma identidade coletiva. Ou seja, para vigorar uma real emancipação sustentável das catadoras em uma sociedade de consumo, seria necessário implantar cooperativas com real sentido de cooperação e conforme a filosofia de base do movimento nacional: “de catador(a) para catador(a)”.

Em uma sociedade capitalista fetichista, o trabalhador se identifica como consumidor antes mesmo de se sentir cidadão. Pelo Fetiche da mercadoria, é a coisa que transmite valor ao ser humano e não o contrário. Por isso não é dada a devida importância para o lixo, pois não se enxerga valorização do status e nenhum valor de uso e nem de troca, uma vez que o lixo é visto equivocadamente pelo analfabetos ambientais como um objeto que já foi mercadoria e que não possui valor e nem preço.

Desta forma, auferir uma renda com o resíduo mesmo que em um trabalho degradante é uma forma de se sentir parte na sociedade capitalista. Mas, então, o que é ser humano no moderno sistema de (re)produção social do capital? Em analogia, a catadora utilizada como alegoria de análise para ser considerada ser humano ela precisa ser solvente. Eis o paradoxo dos direitos humanos trazido por Kurz (2003), a catadora para ser considerada humana precisa de renda para se tornar consumidora e co partícipe do sistema capitalista que a escraviza, mantendo-a sob o fetiche ecológico de agentes ambientais, quando na verdade não passam de marionetes do sistema de reprodução do capital. E a sequência da (pseudo) evolução da aventura emancipatória da catadora é se tornar empreendedora. O estado de entorpecimento proporcionado pelas mudanças sociais conforme a estratégia para manutenção do poder pelo capital incute na trabalhadora informal a falácia ilusória de se sentirem empreendedoras. Ocorre que esse sentimento, ao invés de fortalecer a categoria catadora causa um enfraquecimento de identificação com a classe, uma vez que na prática a subordinação do trabalho se mantém, pois mesmo autônoma ou inserida no mercado predatório e precário seu capital de trabalho está inserido na lógica do capital. Para Tavares (2002, p. 113), “a estratégia é transformar trabalhadores em pequenos empresários”.

Em meio a tantas contradições e posicionamentos de pseudo liberdade, melhoria e independência que fazem um castelo de cartas construído em um mundo de fantasia ruir, Castel (1998, p. 430) traz que a “nova relação entre o aumento do salário, aumento da produção e o aumento do consumo”. Essas transformações pelas quais a sociedade contemporânea passa e que reflete na vida cotidiana de vulneráveis como os catadores não são verdadeiras meta-

morfozes sociais emancipatórias do ponto de vista sustentável, pois de um lado aumenta a pobreza, a desigualdade social, a precarização das relações de trabalho e o aumento da informalidade subsidiada por um crescimento maquiado de desenvolvimento (Furtado, 2002), aumento das possibilidades de consumo, conhecimento e tecnologia. Percebe-se o quanto o (pseudo) desenvolvimento emancipatório sustentável de uma categoria pode ser permeado por um processo contraditório e dialético.

Em paralelo, mas não distante desse ciclo, com o investimento e avanço em tecnologia a revolução 4.0 tem sido significativo o aumento de ações, de cunho participativo, relacionadas à inovação e às tecnologias Sociais, ao associativismo, à cooperação institucional e ao voluntariado e que visam ampliar o bem-estar e dar visibilidade ao trabalho das catadoras. Dentre essas novas tecnologias surgiu o aplicativo de celular Cataki², cuja ideia existe desde 2013, com o intuito de encontrar os catadores e catadoras avulsos de materiais recicláveis, facilitando o descarte correto enquanto gera renda para estes profissionais. O desafio é enorme, pois este é um aplicativo criado para encontrar um público que em sua grande maioria está *off-line* e, portanto, precisa do usuário para ter a devida utilidade. Conforme a descrição do aplicativo, “o Cataki é um experimento aberto e otimista (...), uma ferramenta política”, cuja intenção é gerar mais renda e aumentar o índice de reciclagem, “mas antes de tudo, para lutar por trabalho digno”. Um dos questionamentos propostos pelo aplicativo é refletir por que ainda são enterrados materiais valiosos em aterros sanitários? Por que quem realiza a sustentabilidade na prática ainda é marginalizado? O aplicativo incentiva um programa de coleta operado por catadores e catadoras e mediado pela tecnologia. Tudo de forma aberta e com a colaboração dos usuários. O aplicativo Cataki está vinculado ao Pimp My Carroça³, um movimento que luta pelo reconhecimento dos catadores de materiais recicláveis, através do ativismo artístico. Desde 2012, o projeto já esteve em pelo menos 42 duas cidades em 12 países, com o engajamento de quase 2.000 voluntários e 750 artistas, apoiando o trabalho de mais de 850 catadores.

Diante da falta de estrutura pública em relação a coleta seletiva nas cidades brasileiras, o aplicativo foi criado para suprir a demanda das pessoas que querem reciclar e não encontram alternativas. O Cataki permite ao usuário chamar diretamente o catador ou catadora, em tese, sem nenhum intermediário. O usuário visualiza o perfil do profissional da reciclagem mais próximo e negocia a retirada e o pagamento, em tese, diretamente com o catador. A crítica que se faz atualmente é que como o aplicativo é aberto, não se sabe ao certo se quem está sendo cadastrado são atravessadores ou catadores. A segunda crítica é do ponto de vista do fetiche ecológico, uma vez que a partir do momento que o cliente chama o(a) catador(a) através do aplicativo muitos ainda não remuneram o(a) catador(a) pela coleta, como se o seu resíduo fos-

2 <http://www.cataki.org/>

3 <http://pimpmycarroca.com/>

se uma doação ou favor a(o) catador(a). A pergunta que fica desse início de revolução 4.0 no mundo dos(as) catadores(as) é até que ponto o aplicativo conseguirá se manter com ação em prol dos(as) catadores(as), uma vez que já abriu cadastros para as cooperativas. Será o futuro do Cataki um Uber dos resíduos? Só o tempo demonstrará o que acontecerá em especial com as catadoras no decorrer da revolução 4.0. Será o ciclo de catadora à cooperada e empreendedora 4.0 um caminho de inclusão e emancipação verdadeiramente sustentável ou um retrocesso do humano?

Conclusão

No desfecho desta análise, pode-se concluir de maneira esperançosa, assim como David Harvey (2014), que movimentos sociais urbanos estão em andamento. As reflexões aqui expostas nos conduzem ao pensamento de Bobbio na sua obra *A Era dos Direitos* quando ele afirma que os direitos humanos são sistematicamente violados pelos próprios homens em suas declarações solenes que permanecem quase sempre, e quase em toda parte, letra morta. (Bobbio, 2004). O que conduz a seguinte conclusão: o problema fundamental em relação ao direito à emancipação sustentável das catadoras de luxo não é tanto do reconhecimento da sua importância, mas primeiramente da ressignificação do que se entende por lixo, resíduo. O processo educativo de emancipação sustentável precisa ser em conjunto e simultaneamente tanto das catadoras quanto da população para a separação dos materiais recicláveis. E para que essa mudança ocorra se faz necessário, nas palavras de Migueles (2004), que a sociedade perceba o(a) catador(a) como ‘um(a) outro(a) trabalhador(a) qualquer’ correlacionando com aspectos positivos. Afinal, a maneira como a sociedade vê o lixo interfere na visão que ela tem de quem trabalha com resíduos. Se não for assim, então para que buscar sentido, unidade e clareza no rosto de um mundo ininteligível, desprovido de razão e reconhecimento do outro como sujeito ético-moral?

Referências

- BANDEIRA, Manuel. *O Bicho*, In: **Estrela da vida inteira**. Rio de Janeiro: Fronteira, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Lei n. 12.305, 02 ago. de 2010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos**; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências.
- BUTLER, Judith. Introdução: vida precária, vida passível de luto. In: **Quadros de Guerra**: quando a vida é possível de luto? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, pp. 13-55.
- CARDOSO, Adalberto Moreira. **A Construção da Sociedade do Trabalho no Brasil**: uma investigação sobre a persistência secular das desigualdades. Rio de

Janeiro: FGV, 2010.

CATAKI. Disponível em: <<http://www.cataki.org/>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2018.

CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti & SILVA, Antonio Carlos. **Nova Necessidade:** sustentabilidade de pessoas e relações. A Tarde, 01º. de agosto de 2019, p. A-3.

FURTADO, Celso. **Metamorfoses do capitalismo.** Disponível em: www.redcelsofurtado.edu.mx/archivosPDF/furtado1.pdf>. Acesso em: 08 de dezembro de 2018.

GROSSI, Gabriele. **O luxo do lixo: uma etnografia dos catadores de lixo.** Salvador: Universidade Católica do Salvador, 2003.

HARVEY, David. A crise. In: **O enigma do capital e as crises do capitalismo.** São Paulo: Boitempo, 2011, p. 9-40.

HARVEY, David. O direito à cidade. In: **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana.** Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 27-67.

KURZ, Robert. **Os paradoxos dos Direitos Humanos:** inclusão e exclusão na modernidade. Folha de São Paulo de 16.03.2003. Disponível em: <<http://obeco.planetaclix.pt/rkurz116.htm>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2018.

LUZ, Laíze Lantyer. **Catadoras de luxo:** heroínas (in)visíveis. A Tarde, 06 de agosto de 2019, p A3 06/08/2019

MARX, Karl. **O capital.** São Paulo: Abril Cultural, 1988.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista.** Porto Alegre: L&PM, 2001.

MIGUELES, C. P. **Significado do lixo e ação econômica – a semântica do lixo e o trabalho dos catadores do Rio de Janeiro.** Em Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação em Pesquisa em Administração – ENANPAD, Curitiba – PR.

MIURA, P. C. O. **Tornar-se catador: uma análise psicossocial.** Dissertação de mestrado em Psicologia Social. PUC SP. São Paulo, SP. 2004.

MOTA, Ana Elizabete. **Entre a Rua a Fábrica:** Reciclagem e Trabalho Precário. Revista: Temporais. Brasília: Ano 3, nº 6, julho/dezembro de 2002.

NOZAKI, William; SOUZA, Jessé de. **O Brasil não conhece o Brasil.** 20/04/2017.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista.** Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984.

PEREIRA, B C J; GOES F L (Org.). **Catadores de materiais recicláveis:** um encontro nacional. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

PICCININI, Valmíria. **Cooperativas de trabalho de Porto Alegre e flexibilização do trabalho.** Porto Alegre: Sociologias, 2004.

PIMPMYCARROÇA. Disponível em: <<http://pimpmycarroca.com/>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2018.

PRADO, Marcos. **Estamira**. Documentário. Brasil, 2004.

SOUZA, Jessé de. **A classe média é feita de imbecil pela elite**. Carta Capital. 23/06/2017.

TAVARES, Maria Augusta. **A centralidade do trabalho produtivo no capitalismo contemporâneo**. Temporalis/Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social. Brasília: ABEPSS, 2002.

TEIXEIRA, K D. **Trabalho e Perspectivas na Percepção dos Catadores de Materiais Recicláveis**. Psicol. Soc., Belo Horizonte, v. 27, n. 1, p. 98-105, abr. 2015.

ZERO WASTE INTERNATIONAL ALLIANCE (ZWIA). Zero Waste Definition. Disponível em: <<http://zwia.org/zero-waste-definition/>>. Acesso em: 28/04/2019.

ACORDOS DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS (ACFI) DO BRASIL E O PAPEL DO *OMBUDSMAN*: É POSSÍVEL UM CENÁRIO COMPATÍVEL COM A SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL?

Dávila Teresa de Galiza Fernandes Pinheiro

Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES UNITA (Caruaru-Brasil)
Doutoranda no Programa de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Málaga
-ES Professora assistente -ASCES UNITA

Resumo:

O presente artigo tem como objeto analisar em que medida os acordos de investimentos estabelecidos pelo Brasil podem contribuir para proporcionar maior equilíbrio entre investimento estrangeiro e desenvolvimento sustentável, enfocando-se na análise da figura denominada *Ombudsman* de Investimentos. Para a realização do presente trabalho, adotar-se-á a pesquisa de natureza bibliográfica e o método de abordagem dedutivo, a fim de explicar o cenário geral dos acordos de investimentos, adentrando à análise específica dos acordos de cooperação e facilitação de investimentos brasileiros. O resultado da pesquisa tem o intuito de apontar três perspectivas: quais as novidades destes novos acordos de investimentos; o papel do *Ombudsman* neles delineados e, por fim, seu potencial impacto como instrumento facilitador de cooperação entre as partes contratantes e a sociedade civil, de forma a contribuir com a promoção da sustentabilidade socioambiental como direito humano a ser protegido.

Palavras-chave: Acordos de Investimentos; Sustentabilidade; *Ombudsman*; Brasil.

Introdução

O Direito Internacional de Investimentos¹, que passou a se configurar

1 Trata-se de um ramo do Direito Internacional de natureza jurídica híbrida ao abarcar tanto normas de direito público (perceptível quando os investimentos ocorrem no setor de serviços públicos ou ainda quando está envolvido com a exploração de recursos naturais, por exemplo), quanto de direito privado (nas questões sobre responsabilidade civil das empresas multinacionais para com nacionais do Estado anfitrião ou em face de questões relativas à propriedade dos investimentos, com as decorrentes expropriações e indenizações) (VELÁZQUEZ PÉREZ, 2016).

especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial com o impulso do processo de globalização política e econômica, tem como um dos principais instrumentos de regulação internacional os denominados acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos, conhecidos pela sigla APPRI.

Em grande parte, referidos acordos são realizados com cláusulas específicas de proteção aos investidores de países desenvolvidos em detrimento dos países em vias de desenvolvimento, constatando-se nítidas assimetrias de direitos e obrigações em suas cláusulas.

São desequilíbrios obrigacionais e vazios de justiça presentes no conteúdo desses acordos, os quais foram formulados, desde a sua concepção, com o intuito de proteger os investimentos estrangeiros, marginalizando, consequentemente, os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dos Estados anfitriões.

Ainda hoje é possível verificar que, se de um lado, empresas multinacionais violam normas socioambientais, protetoras dos direitos humanos dos Estados receptores, quando percebem que sua rentabilidade econômica está ameaçada de alguma maneira², por outro lado, grande parte dos Estados receptores de investimentos flexibilizam suas políticas internas, a fim de mostrarem-se mais atrativos para os investidores estrangeiros, criando um clima favorável aos mesmos.

Percebe-se nessa dinâmica uma grande vulnerabilidade dos direitos humanos em prol da corrida internacional em busca do crescimento econômico desacompanhado da necessária sustentabilidade social e ambiental e de políticas públicas adequadas à situação concreta dos países receptores de investimentos.

Além disso, as cláusulas de mecanismos de resolução de conflitos presentes nos APPRI's privilegiam, sobretudo, as cortes internacionais arbitrais, evitando tribunais locais e outros mecanismos de resolução de conflitos, o que, mais uma vez, coloca em desvantagem os interesses dos Estados anfitriões de investimentos (VELÁZQUEZ PÉREZ, 2016).

Especialmente quanto aos meios de resolução de conflitos, alguns países (a maioria latino-americanos) começaram a denunciar³ os acordos de investimentos ou a estabelecer novos marcos legais sob a égide de novos instrumentos contratuais, encontrando outros meios regulatórios para a proteção e facilitação dos investimentos estrangeiros. Esta última hipótese amolda-se ao caso brasileiro.

Na dupla condição de país receptor e investidor, a partir do ano de

2 Já em sentido contrário, não é raro que empresas transnacionais que busquem equalizar interesses econômicos com sustentabilidade socioambiental, respeitando os direitos humanos, sofram o risco de serem acusadas de infringir obrigações internacionais paralelas a nível econômico, destinadas a proteger os interesses das nações mais ricas (VELÁZQUEZ PÉREZ, 2016).

3 Três Estados da América Latina denunciaram à Convenção de Washington: a Bolívia em 2007, seguido pela República do Equador em 2009 e pela República Bolivariana da Venezuela em 2012

2015, o Brasil desenvolveu um novo modelo de acordo, denominado acordo de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI), que está estruturado em três eixos principais: governança institucional; mecanismos para redução de riscos e agendas temáticas para cooperação e facilitação recíproca dos investimentos⁴.

Neste novo cenário, a figura denominada de *Ombudsman*⁵ de Investimentos Direto (OID) se destaca com o fim de orientar aos investidores estrangeiros e nacionais, propondo aos órgãos de governo melhorias na legislação e nos procedimentos adotados, podendo servir como potencial instrumento para prevenir litígios ou facilitar sua resolução.

Sabendo que o investimento estrangeiro é uma realidade complexa, que deveria ir além da dimensão estritamente econômica – embora sem renunciar a ela – esta pesquisa busca demonstrar que ao buscar equilibrar interesses, direitos e obrigações entre investidores (*stakeholders*) e Estados receptores do investimento, maior a probabilidade de alcançar acordos de cooperação mútua em prol do desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, o *Ombudsman* de Investimentos poderá fornecer uma grande contribuição ao aspecto qualitativo dos investimentos, servindo também como ponto focal de equilíbrio de interesses a fim de priorizar a sustentabilidade socioambiental nos Estados receptores.

Investimentos Estrangeiros e Sustentabilidade Socioambiental: Situando a Questão

Investimentos estrangeiros e direitos humanos ao desenvolvimento sustentável são duas grandes áreas abarcadas pelo Direito Internacional, o qual se consubstanciou juridicamente através de tratados, acordos e pactos inter-

4 BRASIL. MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Carta de Apresentação de Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>.

5 A origem da palavra *Ombudsman* é sueca, composta pelo prefixo *ombud*, aquele que atua como representante, mediador, guardião ou porta-voz do povo e *man*, homem, significando, portanto aquele agente ou pessoa que busca resolver conflitos ou dar diretrizes para solucionar questões na qualidade de defensor do povo. Referido termo é atribuído ao jurista sueco, membro da Comissão Redatora da Constituição da Suécia de 1809, Hans Harta, designando, inicialmente, o escrutinador do governo (tornou-se um verdadeiro instituto constitucional jurídico sueco) que denunciava casos de descumprimentos das responsabilidades legais ou excesso de poder por parte dos parlamentares. Mais tarde, ampliando suas funções, passou a compreender o funcionário/órgão encarregado de receber as queixas de cidadãos contra as organizações do setor público. Atualmente a conotação do termo *Ombudsman* vem tendo uma importância crescente, registrando-se mais de 900 modelos de *Ombudsman* nos mais diversos âmbitos. Disponível em: <https://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/info/ombudsman22.html>. Acesso em: 10.ago.2019. O presente trabalho irá focar no *Ombudsman* de Investimentos, o qual teve uma primeira experiência exitosa, no setor de investimentos, na Coreia do Sul, a partir no ano de 1998, quando foi implantado para atrair investimentos estrangeiros, captando benefícios, oferecendo assistência aos investidores e, principalmente, servindo como meio preventivo de solução de conflitos.

nacionais. São áreas de conteúdos bastante definidos que, por longos anos, caminharam paralelas sem qualquer conexão transversal e, ainda hoje, enfrentam grandes desafios de convergência. Daí a pergunta: seriam opostos conciliáveis?⁶

A pergunta é cabível, pois, em razão da ideologia mercadológica predominante na maioria dos países, o poder econômico na esfera capitalista trouxe em si a supremacia do capital e do lucro chocando-se com a ideia de proteção ao meio ambiente e do necessário respeito aos recursos naturais, à inclusão social por meio de políticas públicas e à regulamentação normativa equilibrada e compatível entre direitos e deveres dos *stakeholders*.

Antes de mais nada, importante salientar que, historicamente, o Direito Internacional dos Investimentos surgiu com o viés de proteção aos investidores estrangeiros, o que, desde a sua origem, pode demonstrar como a balança pendia para um dos lados: o dos investidores.

Isso porque como resultado do fim dos regimes coloniais entre os séculos XIX e XX, os Estados recém-independentes, manifestando claramente sua necessidade de autonomia político-econômica, se refutavam a firmar instrumentos de regulação econômica no âmbito internacional (GABRIEL, 2015). Assim, na ausência de normas reguladoras, ocorreram muitas expropriações de empresas estrangeiras e de propriedade dos investidores nos países anfitriões, sem a devida compensação, favorecendo um cenário de insegurança para os investidores.

Mas não só, o fato de o investidor não ser nacional do Estado receptor dos investimentos, estando, em tese, em situação de maior desamparo legal em face do nacional do Estado anfitrião contribuiu, igualmente, para a criação de um arcabouço de medidas de caráter protetivo aos investidores estrangeiros (VELÁZQUEZ PÉREZ, 2016).

Assim sendo, muitos defenderam a ideia de que o Direito Internacional dos Investimentos serviria para substituir os ordenamentos jurídicos nacionais por uma normativa internacional própria, assegurando proteção jurídica aos contratos de investimentos e a propriedade dos investidores em face dos riscos econômicos, jurídicos e políticos dos países em vias de desenvolvimento (COSTA, 2015, p. 878).

Portanto, o tratamento jurídico conferido aos tratados bilaterais de investimentos (em inglês, *bilateral investment of treaties* - BIT's), teve, desde sua origem, nítido viés protetivo aos investidores estrangeiros em detrimento dos Estados anfitriões, especialmente no que tange à proteção dos denominados

6 O desafio por conciliar ou equilibrar desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente entrou na pauta internacional a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, onde elaborou-se o primeiro documento de direito internacional sobre meio ambiente denominado de Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (ESTOCOLMO, 1972).

7 Com o fim de facilitar a leitura, o presente artigo adotará a sigla em português, APPRI, para fazer referência aos acordos bilaterais de promoção e proteção recíproca de investimentos.

riscos não-comerciais ou políticos, ou seja, decorrentes da instabilidade política mais presente em países menos desenvolvidos (AZEVEDO, 2001).

Logo, ao analisar o conteúdo-núcleo das cláusulas contratuais dos APPRI's, seu teor substancial encontra-se amparado em garantias de proteção aos investimentos a partir de cláusulas que se repetem como padrão em praticamente todos os acordos, abrangendo quatro áreas principais: admissão e estabelecimento dos investimentos estrangeiros; tratamento; expropriação e resolução de conflitos (LIMA, 2008).

Percebe-se, ao revés, que cláusulas de obrigações e responsabilidades legais aos investidores são, muitas vezes, inexistentes, vagas ou imprecisas⁸.

De igual modo, a dimensão da sustentabilidade socioambiental, do respeito aos direitos humanos, da proteção do meio ambiente, do acesso aos recursos naturais e da qualidade de vida digna, por exemplo, estão marginalizadas no interior dos APPRI's, especialmente sendo desrespeitados por parte dos investidores⁹.

Como se nota, muitos desequilíbrios são encontrados no interior dos acordos de investimentos, o que demonstra a necessidade de conciliar referidos “opostos”, a fim de minimizar as frequentes coalizões e equilibrar os APPRI's com os postulados do desenvolvimento sustentável e dos direitos humanos consagrados internacionalmente (VELÁZQUEZ PÉREZ, 2016).

Para tanto, os atores envolvidos na elaboração, interpretação e execução dos acordos de investimentos estrangeiros – empresas, governos, juízes,

8 Nas palavras do autor Rafael A. Velásquez Pérez (2016, p. 18), “de hecho, habitualmente, los APPRI's contienen listados de derechos para los inversores y de obligaciones para los Estados receptores, pero no a la inversa”.

9 Indo na contramão desse modelo de acordos padronizados, a proposta de modelo do IISD (*International Institute for Sustainable Development*), instituto criado em 1990 com sede em Winnipeg (Canadá) e escritórios em Genebra e Nova Iorque, desenvolveu um acordo de investimento compatibilizando intrinsecamente investimento e desenvolvimento sustentável. Em seu art. 14 dispõe o seguinte: a) Os investimentos devem, de acordo com os requisitos de boas práticas relacionados ao tamanho e natureza do investimento, manter um sistema de gestão ambiental. Empresas com mais de [250] [500] funcionários ou em áreas de exploração de recursos ou empresas industriais de alto risco devem manter uma certificação atual segundo a ISO 14001 ou um padrão equivalente de gerenciamento ambiental. Os planos de resposta a emergências e desativação devem ser incluídos no processo do sistema de gestão ambiental. b) Investidores e investimentos devem defender os **direitos humanos** no local de trabalho, no Estado e na comunidade onde se encontram. Os investidores não realizarão ou causarão a realização de atos que violem ditos direitos humanos. Os investidores e os investimentos não serão cúmplices ou ajudarão a violação dos direitos humanos por outros no país anfitrião, o que inclui autoridades públicas ou durante manifestações da sociedade civil. As partes, em sua primeira reunião, adotarão uma lista de direitos humanos internacionais e de instrumentos de direitos humanos para ajudar os investidores a cumprir essa disposição. c) Investidores e investimentos agirão de acordo com os padrões trabalhistas básicos, conforme exigido pela Declaração de Princípios da OIT relativa aos Direitos Fundamentais no Trabalho, 1998. d) Investidores e investimentos não administrarão ou operarão investimentos de maneira que sejam conatadas as obrigações internacionais de direitos ambientais, trabalhistas e humanos do qual o Estado anfitrião e/ou o Estado local sejam Partes. Disponível em: https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf.

árbitros, mediadores e sociedade civil – devem estar em consonância com as medidas de caráter protetivo ao meio ambiente e aos direitos humanos que devem ser garantidos aos cidadãos dos Estados envolvidos nesses acordos.

Nesse sentido, os investidores e demais *stakeholders* envolvidos no processo de investimentos devem pautar sua conduta especialmente na responsabilidade social corporativa, na ética (em regras de *compliance*, especificamente) e na moralidade, de modo a evitar que seus investimentos afetem negativamente direitos e garantias sociais, ambientais e econômicos dos Estados anfitriões, (FERNANDÉZ, 2016), pois não há dúvidas sobre o fato de que “(...) as questões relacionadas com o comportamento ambiental, social e de governo corporativo repercutem no resultado financeiro das empresas, e ajudam aos investidores a serem conscientes da importância e da responsabilidade de tomarem estes assuntos a sério, bem como afrontá-los quando necessário” (FERNANDÉZ, 2016, p. 279).

De modo reverso, também os Estados receptores de investimentos devem agir de modo a não flexibilizar as normativas ambientais, trabalhistas e de responsabilidade civil, bem como sua política de desenvolvimento nacional, evitando qualquer envolvimento em situações de suborno e corrupção conjuntamente com empresas transnacionais.

Deve haver, ademais, um contrabalanço justo entre o direito de um Estado a regular soberanamente seus recursos de acordo com sua política nacional e o interesse comercial dos investidores (VELÁZQUEZ PÉREZ, 2016), ambos se utilizando de políticas em que preponderem os direitos humanos.

Ressalte-se, igualmente, a necessidade de que tanto legisladores quanto juízes, árbitros, negociadores, mediadores etc. orientem suas leis, sentenças, laudos arbitrais e acordos levando em conta a justiça social, bem como critérios de eficiência, razoabilidade e prevalência dos direitos humanos, não se permitido parcialidades nitidamente em prol dos investidores sem qualquer razoabilidade para tanto. Deverão, assim, impor o cumprimento de medidas protetivas, preventivas ou reparatórias, se for o caso, no intuito de resguardar a sustentabilidade dos investimentos em todos os seus âmbitos.

Ocorre que, em situações concretas, especificamente diante de conflitos de interesses, a “balança” tende a pender, conforme dito antes, para as pretensões dos investidores estrangeiros. Isso se observa, claramente, quando as expectativas econômicas dos mesmos passam a conduzir procedimentos arbitrais¹⁰ injustos, sem neutralidade e isentos de imparcialidade (VELÁZQUEZ PÉREZ, 2016).

10 Ressalte-se que a arbitragem de investimentos é o meio de resolução de conflitos utilizado por excelência nos APPRI's, sendo, majoritariamente, realizada pelo Centro Internacional de Arbitragem para Resolução de Disputas relativas a Investimentos (CIADI ou, em inglês, *Internacional Centre for Settlement of Investment Dispute* – ICSID), estabelecido pela Convenção de Washington de 1965, no âmbito do Banco Mundial (LUÍS; COSTA, 2016, p. 191). Esse meio arbitral tem suscitado muitas críticas aos APPRI's, o que ocasionou, inclusive, denúncias desses acordos, especialmente, por países latino-americanos, como foi o caso brasileiro.

Seria mister, portanto, repensar a prática de resolução de conflitos presente nos APPRI's, encontrando soluções complementares ou novos meios que possam proporcionar maior equilíbrio entre investimentos estrangeiros e desenvolvimento sustentável, num plano de maior igualdade, o que contribuirá para convergência dos ditos “opostos”: investimentos *versus* sustentabilidade.

Ao menos a partir da perspectiva jurídico-processual, referido conflito de interesses esbarra na necessidade de reforçar, de um lado, a exigência da neutralidade nos meios arbitrais, tanto no que diz respeito aos atos processuais quanto no que tange à atuação dos árbitros. E, de outro lado, a necessidade de mecanismos preventivos de resolução de controvérsias, evitando que conflitos perdurem sem solução adequada e sem justiça social concreta.

Passa-se, agora, à análise da posição brasileira adotada em face do regime jurídico de proteção dos investimentos, dado que o Brasil denunciou os acordos bilaterais anteriormente firmados, desenvolvendo seu próprio acordo de investimento denominado de ACFI – acordo de cooperação e facilitação de investimentos, que traz como novidade a ausência do mecanismo da arbitragem de investimento¹¹ e a adoção de mecanismos preventivos, de caráter não litigioso, como a figura do *Ombudsman* de investimentos.

A Posição do Brasil em Face do Regime Jurídico de Proteção de Investimentos Estrangeiros

Tradicionalmente, o Brasil constitui um dos países que demonstrou, desde o início, interesse contrário em formar parte de tratados bilaterais de investimentos, apresentando, nesse sentido, posição divergente do movimento internacional de grande parte dos países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, mas não indiferente aos novos rumos da economia internacional em busca de atrair investimentos e lucros.

Prova disso, é que o Brasil decidiu aderir, primeiramente, à convenção constitutiva da Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA¹²) e, somente num momento ulterior, começou a firmar acordos de investimentos (MAGALHÃES, 1997).

Nesse sentido, importante marcar dois tipos de movimentos que marcaram a posição do Brasil frente aos acordos de investimentos estrangeiros.

11 Importa ressaltar que o presente trabalho não intenciona tecer críticas ao instituto da arbitragem. Busca-se trazer à tona o papel dos mecanismos extrajudiciais na modalidade não contenciosa, aqui se inserindo o papel do *Ombudsman* de Investimentos. Muitas das críticas realizadas à arbitragem de investimentos, na verdade, deveriam ser direcionadas à forma e ao conteúdo dos próprios APPRI'S ou ainda a questões de políticas internas e de gestão administrativa-governamental dos países receptores e/ou dos investidores.

12 A MIGA é uma organização internacional instituída no ano de 1985 no âmbito do Banco Mundial, tendo como objetivo principal contido no artigo 2º de sua Convenção: “Encorajar o fluxo de investimentos estrangeiros para países em desenvolvimento por meio da criação de instrumentos capazes de aliviar os riscos não comerciais”. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1472431.

O primeiro, na década de 1990, marcado pelas economias externas desejosas em investir no Brasil e proteger os seus respectivos investidores nacionais. O segundo movimento, mais visível em meados dos anos 2000, quando o Brasil passou a liderar sua indústria de exportação, especialmente conquistando espaço nos mercados da América do Sul e, mais recentemente, na África, preocupando-se, desta vez, em proteger seus negócios em países receptores de seu capital (MOROSINI; JÚNIOR, 2015).

No que tange ao primeiro movimento, entre 1994 a 1999, período marcado por forte liberalização da economia nacional (FERNANDES; FIORATI, 2015), o Brasil despontou como um dos principais países atrativos para os investidores estrangeiros, tendo firmado 14 tratados bilaterais de investimentos¹³.

Ocorre que, mesmo tendo assinado referidos acordos, ao passar pelo Congresso Nacional, nenhum deles foi ratificado. A resistência brasileira em ratificar esses acordos de investimentos deu-se principalmente em razão da cláusula de solução de controvérsias investidor-Estado, na modalidade arbitragem de investimentos como mecanismo padrão.

Os principais óbices levantados pelos legisladores brasileiros em relação à arbitragem de investimentos foram: ofensa ao princípio do esgotamento dos recursos internos antes de recorrer à jurisdição internacional; limitação da capacidade do Estado brasileiro de legislar soberanamente sobre essa matéria, ferindo, assim, a soberania nacional; ideia de que o sistema arbitral internacional afastaria a competência do judiciário nacional, infringindo o art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988; e, por fim, distorção das regras de concorrência nacional e de livre mercado ao se constatar uma maior proteção ao investidor estrangeiro (GABRIEL, 2015¹⁴).

Por outro viés, no que diz respeito ao segundo movimento, ocorrido, sobretudo, nos últimos decênios, determinando a mudança de perfil do Brasil: de Estado meramente receptor de investimentos para Estado investidor, tal cenário contribuiu com a mudança de perspectiva do governo federal brasileiro, no que tange a realizar esforços, a fim de proteger os investimentos brasileiros e suas empresas no exterior (GABRIEL, 2015, p. 46).

Observa-se, portanto, que o Brasil transitou entre uma fase de mudança regulatória de resistência em assumir tratados bilaterais de investimentos nos moldes dos APPRI's para o protagonismo em desenvolver seu próprio modelo de acordo de investimentos moldado conforme seus interesses (MOROSI-

13 Os acordos foram assinados com os seguintes países, em ordem de data: Portugal (1994), Chile (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994), Dinamarca (1995), Finlândia (1995), França (1995), Alemanha (1995), Itália (1995), Coreia do Sul (1995), Venezuela (1995), Cuba (1997) Holanda (1998) e Bélgica/Luxemburgo (1999) (FERNANDES; FIORATI, 2015).

14 GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi: 10.11606/D.2.2016.tde-08112016-131230. Acesso em: 2019-11-10.

NI; JÚNIOR, 2015).

Fato é que a partir de 2015 e até a data do presente artigo, o Brasil passou a firmar acordos de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI's) com os seguintes países: Moçambique, Angola, México, Malawi, Colômbia, Chile, Peru, Guiana, Etiópia, Suriname, Emirados Árabes Unidos, Marrocos e Equador¹⁵. No âmbito do Mercosul, foi também firmado um Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul - (PCFI), baseado no ACFI¹⁶.

Os ACFI's estão estruturados em três bases, quais sejam: mitigação de riscos e prevenção de conflitos, estrutura de governança institucional e agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos entre Estados¹⁷.

Tratam-se de acordos que inovam ao trazer em foco estruturas não previstas nos tradicionais APPRI's, como a citada previsão de governança para cooperação entre Estados, através de agendas de negociação colaborativa entre eles.

É preciso destacar também que os novos acordos brasileiros trazem cláusulas específicas contendo disposições acerca de “responsabilidade social corporativa”; “medidas de investimentos e de combate à corrupção e à ilegalidade”, bem como, dispositivo sobre “investimentos e meio ambiente, assuntos trabalhistas, direitos humanos e saúde”¹⁸.

Percebe-se, portanto, a intenção de equilibrar opostos, outrora inconciliáveis, na tentativa de (re)estabelecer o balanceamento entre progresso econômico e desenvolvimento sustentável, incluindo, manifestamente, o respeito aos direitos humanos das pessoas envolvidas nas atividades empresariais, como uma recomendação aos investidores e seus investimentos dentro dos Estados anfitriões.

Ocorre que, como expressado acima, trata-se apenas de âmbito de “recomendação” ou enunciado meramente formal dentro desses acordos, uma

15 BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/>

16 BRASIL. SECRETARIA-EXECUTIVA DA CÂMARA DE COMÉRCIO EXTERIOR – CAMEX. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/negociacoes-comerciais-internacionais/memorandos-assinados/120-subsecretaria-de-investimentos-estrangeiros/2192-acordos-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi>. BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA, INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/component/content/article/61-noticias/3766-secretaria-executiva-da-camex-apresenta-as-entregas-de-2018-relacionadas-ao-tema-investimento>

17 BRASIL. MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Carta de Apresentação de Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>

18 Referidas cláusulas foram extraídas do último ACFI assinado entre Brasil e Equador em 25 de setembro de 2019. Percebe-se nitidamente que a cada ACFI firmado pelo Brasil, incrementa-se referidos dispositivos de orientação em prol da responsabilidade social corporativa. Todavia, o que deveria ocorrer seria que em todos os acordos firmados houvesse igual compromisso. Disponível em: BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12332?s=e-quador&tipoPesquisa=1>.

vez que não será possível pleitear o cumprimento dos mesmos em caso de eventual violação desses direitos¹⁹.

Por fim, no que diz respeito à cláusula de solução de controvérsias, diferentemente dos convencionais APPRI's, os ACFI's excluíram a cláusula de estipulação de arbitragem investidor-Estado, apostando no meio preventivo para resolução de conflitos atribuído aos denominados Pontos Focais Nacionais ou *Ombudsmen* de investimentos. É o que será objeto de análise no tópico a seguir.

A Figura do *Ombudsman* de Investimentos Direto e seu Potencial Impacto para a Promoção de Sustentabilidade Socioambiental

O *Ombudsman* de Investimentos atua no pilar de melhoria de governança institucional conforme estruturado pelos ACFI's. Também denominados de Pontos Focais, os *Ombudsmen* funcionam como órgãos governamentais designados por cada Estado-parte do acordo para atuar servindo de intermediário entre governo e investidor no intuito de, entre outras funções, orientar os investidores da outra parte em seu território; propor melhorias na legislação ou nos procedimentos adotados pela administração pública; bem como prevenir litígios e facilitar a sua resolução²⁰.

Importante observar que ao lado do Comitê Conjunto – órgão composto por representantes governamentais de ambas as partes, que possui o fim de administrar o acordo em geral, podendo interpretar cláusulas e resolver questões/controvérsias de maneira amigável – ambas as instâncias são consideradas o desenho estruturante proposto para favorecer a prevenção de conflitos no modelo dos ACFI's, facilitando a sua resolução.

Os *Ombudsmen*, portanto, deverão atuar de maneira coordenada com o Comitê Conjunto, servindo como a primeira instância de atuação na resolução de eventuais conflitos e, somente depois de esgotadas as tentativas de solução por esse meio, se poderá convocar um procedimento de arbitragem Estado-Estado.

Como se analisa, claro está, que a figura do *Ombudsman* de Investimentos complementa o mecanismo de prevenção e solução de conflitos, sem substituir outras vias de recursos existentes em matéria de investimentos.

Por outro viés, tratando-se de figura relativamente nova no cenário de investimentos brasileiros, assim como o são os próprios ACFI's, certamente alcançará muitos desdobramentos práticos, a medida em que forem sendo

19 Segundo Caio Borges (2015, p. 47), “os dispositivos sobre responsabilidade social corporativa (RSC), embora tenham alimentado esperanças, possuem fragilidades que podem torná-los inócuos na prática. Sua linguagem, de baixa normatividade, é recheada de verbos exortatórios, como “incentivar”, “fomentar”, “estimular” e “apoiar”, mas que geram insegurança jurídica e carecem de mecanismos de implementação.

20 Ressalte-se que o *Ombudsman* de Investimentos Diretos no Brasil integra a Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior – Camex, tendo sua competência definida no art. 4º do Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016, alterada pelo Decreto nº 9.770 de 22 de abril de 2019.

executados, sendo conveniente e oportuno repensar sua competência e mecanismo de atuação no intuito de facilitar o cumprimento dos acordos de investimentos em consonância com as políticas internas do Estado receptor.

Isso porque, retornando ao *status quo* original dessa figura, o *Ombudsman* deve representar a voz do interesse público e não apenas dos interesses privados de empresas.

Infelizmente, à maneira em que suas funções foram atribuídas deixou praticamente nenhum espaço para a participação da sociedade civil, o que reduziu em muito o seu papel enquanto “porta-voz” das necessidades reais da sociedade. Nesse sentido,

É fundamental também que a sociedade civil reivindique seu espaço na regulamentação dos ACFI. Há diversos dispositivos que estabelecem processos que dependerão de negociações posteriores pelas Partes, especialmente aqueles que dizem respeito aos ritos e procedimentos para prestação de reclamações e outras alegações pelas partes que se sentem afetadas por eventual inobservância às estipulações dos acordos (BORGES, 2015, p. 48).

Portanto, referido instrumento poderá contribuir com forte impacto positivo nos acordos de investimentos presentes e futuros, em especial se for considerada a necessidade de ampliação de sua competência, no sentido de permitir uma co-governança que implique a participação não apenas de Estados e investidores, mas da própria sociedade civil, o que gerará a formulação de políticas públicas em consonância com os objetivos do bem-estar público em concreto.

Outrossim, percebendo seu forte viés conciliatório, o *Ombudsman* poderá desempenhar uma importante missão de equilibrar as assimetrias constatadas entre desenvolvimento econômico desvinculado de desenvolvimento sustentável, servindo para abrir caminhos viáveis para um tratamento cada vez mais horizontal entre as partes signatárias dos acordos.

Não há dúvidas de que, a fim de contribuir com um desenvolvimento verdadeiramente sustentável e não redundar em um sistema débil de proteção exclusiva de investimentos estrangeiros, os pontos focais necessitarão atuar com caráter mais inclusivo e vinculante, de modo a não servir para burocratizar ainda mais o processo.

Considerações Finais

A existência de acordos de investimentos verticalizados e padronizados – os quais não atendem as reais necessidades dos signatários do acordo, especialmente dos países anfitriões – e a crescente internacionalização de empresas nacionais do Brasil são fatos que merecem atenção e melhor regulamentação, pois ainda são incipientes ou instrumentos jurídicos eficazes e políticas públicas, em que sejam priorizadas, por exemplo, o cumprimento às obriga-

ções trabalhistas, a preservação ambiental, o respeito aos direitos humanos, o tratamento contratual horizontal entre as partes signatárias, a prevenção e a solução amigável de eventuais conflitos decorrentes dos acordos de investimento.

É fato que, nos dias de hoje, não há mais uma total indiferença por parte dos investidores e das práticas empresariais no que diz respeito à observância de normas ambientais e de direitos humanos para com os investimentos empreendidos. No entanto, ainda são incipientes, omissos e imprecisos.

Diante desta perspectiva, o presente trabalhou intencionou analisar a partir dos acordos de cooperação e facilitação de investimentos desenvolvidos pelo Brasil, contribuições favoráveis ao equilíbrio entre investimentos estrangeiros e desenvolvimento sustentável.

Como foi analisado, em que pese os pequenos avanços necessários no reconhecimento da compatibilização desse binômio, as medidas adotadas no sentido de regulamentação jurídica no interior dos ACFI's não possuem qualquer efetividade prática, já que o sistema de solução de controvérsias previstos nesse modelo de acordos não poderá ser acionado para resolver determinada violação de direitos humanos, o que em muito prejudica a aplicabilidade dos compromissos sociais e ambientais assumidos, colocando, mais uma vez em jogo o equilíbrio entre investimentos e sustentabilidade.

Por essa razão, não obstante apresentar alguns aspectos positivos em seu modelo, oferecendo, ainda que timidamente, cláusulas sobre a responsabilidade social corporativa, com base na promoção do desenvolvimento sustentável, ainda prescindem de efetividade prática para cumprimento coercitivo.

Nesse sentido, o papel assumido pelos *Ombudsmen* de Investimentos ou Pontos Focais poderá ser o de fiscalizar, inicialmente, a promoção da sustentabilidade socioambiental, ao priorizar o aspecto qualitativo dos acordos de investimentos, a partir do diagnóstico de “problemas-gargalo” e a propositura de práticas efetivas a serem implementadas pelos investidores nos Estados anfitriões.

Todavia, haveria que se repensar em seu potencial papel enquanto instrumento intermediador entre interesses público e privado, fazendo emergir, a partir de sua atuação concreta, políticas públicas que tenha como base a justiça social inclusiva, como verdadeiro *dever* a ser respeitado e cumprido na esfera do denominado Estado Socioambiental de Direito.

Referências

AZEVEDO, Débora Bithiah de. **Os acordos para a promoção e a proteção de investimentos assinados pelo Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

BORGES, Caio. A responsabilidade das empresas pelos direitos humanos no novo modelo de acordos bilaterais de investimentos brasileiros. In: **Acordos de investimento à brasileira** / Organizador Instituto Equit Gênero, Economia e Cidadania Global. – Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2015, (p. 45-48).

BRASIL. MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. **Carta de Apresentação de Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>. Acesso em: 01.out.2019.

BRASIL. SECRETARIA-EXECUTIVA DA CÂMARA DE COMÉRCIO EXTERIOR – **CAMEX**. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/negociacoes-comerciais-internacionais/memorandos-assinados/120-subsecretaria-de-investimentos-estrangeiros/2192-acordos-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi>. Acesso em: 01.out.2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA, INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/component/content/article/61-noticias/3766-secretaria-executiva-da-camex-apresenta-as-entregas-de-2018-relacionadas-ao-tema-investimento>. Acesso em: 01.out.2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. <https://concordia.itamaraty.gov.br/detalhamento-acordo/12332?s=equador&tipoPesquisa=1>.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DO MÉXICO. Disponível em: <https://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/info/ombudsman22.html>. Acesso em: 02.ago.2019.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional dos Investimentos**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e Arbitragem Internacional de Investimentos: realidades e possibilidades. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 1 (2015), nº 3, p. 875-911.

ESTOCOLMO, 1972 - **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment - United Nations Environment Programme (UNEP)**. Disponível em: www.unep.org. Acesso em: 16.11.2019.

FERNANDES, Érika Capella & FIORATI, Jete Jane. Os ACFIS e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada. **Revista de Informação Legislativa**. a. 52, v. 208. Out/dez 2015, p. 247-276. Brasília.

FERNÁNDEZ, Alberto Muñoz. Inversión socialmente responsable = Socially Responsible Investment. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, [S.l.], p. 273-284, sep. 2016. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3293>. Acesso em: 16 set. 2019

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. **A Proteção Jurídica dos Investimentos Brasileiros no Exterior**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2016.tde-08112016-131230. Acesso em: 2019-11-10.

GOMEZ, Katia Fach, Construyendo un nuevo Derecho Internacional de las Inversiones: las propuestas del instituto internacional para el desarrollo sostenible *in* **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**. Número 18 - diciembre de 2009.

ICSID. **International Institute for Sustainable Development**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/>. Acesso em: 16 set. 2019.

LIMA, Thaís Sundfeld. A posição do Brasil perante a regulamentação internacional de investimentos estrangeiros: estudo de caso da situação da Argentina no ICSID e comparação com a posição brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 55, jul 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4874>. Acesso em: março 2019

MAGALHÃES, José Carlos de. Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 135, p. 13-18, jul./set. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/248/r135-02.pdf?sequence=4&isAllowed=y> Acesso em: 11.11.2019.

VELÁZQUEZ PÉREZ, Rafael A. Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humano al agua: un conflicto no resuelto. **Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad** - REDAS - ISSN 2444-9571. Núm. 0, 2016. Disponível em: <http://redas.webs.uvigo.es>.

A CONSTRUÇÃO LEGÍTIMA DE CONSENSO NO USO DE RECURSOS NATURAIS COMO EXPRESSÃO DO ESTADO SOCIAMBIENTAL DE DIREITO: A EXPERIÊNCIA DE CONCEIÇÃO DO MATO DENTRO/MG NA AUTORIZAÇÃO DE INTERVENÇÃO NA ZONA DE AMORTECIMENTO DO MONUMENTO NATURAL SERRA DA FERRUGEM

Priscila Ramos Netto Viana

Advogada. Pós-Graduada em Direito Público e Ambiental pelo Centro de Atualização em Direito-Universidade Gama Filho. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC

Felipe Generoso Murta Gaeta

Secretário Municipal de Meio Ambiente e Gestão Urbana do Município de Conceição do Mato Dentro/MG. Pós Graduado em Direito Ambiental e Minerário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais

Resumo:

A criação e manutenção de unidades de conservação no Brasil, no âmbito do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente previsto na Lei n. 6.938/1981 que mais conflita com os interesses econômicos que informam a instalação de empresas que exploram recursos minerais. O Estado de Minas Gerais, por sua riqueza mineral, representa um cenário em que a preservação de ecossistemas relevantes coincide com locais de interesse de extração desses bens, já que o minério nessas localidades aflora em áreas de grande potencial hídrico e riqueza de fauna e flora. Este artigo tem como objetivo demonstrar que o Estado Socioambiental de Direito é possível a partir de uma ação comunicativa desenvolvida entre os diversos *stakeholders* envolvidos nesse tipo de conflito, nas hipóteses de empreendimentos de significativo impacto ambiental que possam afetar unidade de conservação ou sua zona de amortecimento, produzindo, assim, legitimidade discursiva. Para isso, toma-se como objeto de pesquisa o caso ocorrido em Conceição do Mato Dentro, Minas Gerais, Brasil, em 2017, no qual o órgão gestor do Monumento Natural Serra da Ferrugem,

unidade de conservação municipal, apenas concedeu autorização para intervenção na zona de amortecimento do Monumento Natural à Anglo American Minério de Ferro Brasil S/A, empresa responsável pelo Projeto Minas-Rio (extração de minério de ferro), após um processo dialógico do qual participaram o gestor municipal, os técnicos do Município, o gestor estadual, os gestores responsáveis pelo empreendimento e a comunidade local, devidamente representada no conselho gestor da unidade de conservação. Ao final dessa concertação, a mineradora assumiu o compromisso de cumprir diversas medidas compensatórias para minimizar ou neutralizar os impactos ambientais e sociais negativos oriundos da atividade mineradora, que foram inseridas como condicionantes da licença ambiental expedida pelo órgão licenciador estadual. A iniciativa do gestor local de alterar a sua postura perante o empreendimento e a própria comunidade demonstra que o entendimento mútuo e o consenso entre os diferentes atores sociais sobre as regras de uso e fruição dos recursos naturais é indicativo de que o Estado Sociambiental de Direito é uma realidade possível, sendo este o resultado obtido pela pesquisa. A metodologia utilizada foi o estudo de caso, complementada por uma abordagem compreensivo-exploratória da teoria da ação comunicativa e da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas no âmbito do Estado Sociambiental de Direito.

Palavras-chave: Estado Sociambiental de Direito; Unidades de Conservação; Ação comunicativa; Teoria Discursiva do Direito Consenso.

Pós-modernidade, direito e a utilização do paradigma discursivo na solução dos conflitos socioambientais

Vivemos uma era marcada por discussões sobre a relações das comunidades locais com o meio ambiente. Os conflitos socioambientais decorrem, notadamente, da visão desenvolvimentista da modernidade que imperou nos séculos XIX e XX, que impregnou no imaginário social a ideia de que o progresso da humanidade poderia ser alcançado à custa da exploração econômica ilimitada dos recursos naturais, já que a motivação da busca do bem-estar para a sociedade era um mote justo.¹

Contudo, a falência das promessas da modernidade, calcadas na noção de progresso ligada apenas à dimensão econômica da sociedade e a insistência de utilização de um *modus operandi* não sustentável por grande parte dos atores sociais, acabou por intensificar os conflitos socioambientais. Interesses diver-

1 Segundo Boaventura de Souza Santos: “Sobretudo desde a expansão europeia a partir do final do século XV, a natureza passou a ser considerada pelos Europeus um recurso natural desprovido de valor intrínseco e por isso disponível sem condições nem limites para ser explorado pelos humanos. Esta concepção (...) tornou-se gradualmente dominante à medida que o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado (este último reconfigurado pelos anteriores) se foram impondo em todo o mundo considerado moderno. Esse domínio foi de tal modo profundo, que se converteu na base de todas as certezas da época moderna e contemporânea: o progresso.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Pneumatóforo. Escritos políticos. 1981-2018. Coimbra: Almedina, 2018, p. 38)

gentes se intensificam no interior da sociedade – conflitos gerados em virtude de diferentes formas e interesse de uso e acesso aos recursos naturais e espaços territoriais.

A crescente submissão do Estado e da sociedade aos direitos fundamentais faz com que a legitimidade da atuação estatal, passa, assim, a obedecer aos ditames da garantia dos direitos fundamentais, neles incluídos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a sustentabilidade e a dignidade da pessoa humana², retrato do que hodiernamente chamamos de Estado socioambiental de Direito.

Para José Afonso da Silva, a Constituição da República permite-nos inferir que meio ambiente é a

[...] interação de conjunto de elementos naturais (flora, fauna, recursos hídricos, ar atmosfera e o solo), artificiais (espaço urbano e equipamentos públicos) e culturais (patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, modos de vida, costumes e turístico) que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.³

A partir dessa concepção, certo é que o meio ambiente não diz respeito à natureza isolada, estática, porém integrada à vida do homem social nos aspectos relacionados à produção, ao trabalho, ao seu lazer e à sua cultura, seu modo de vida e a forma como interage com a natureza. Assim explica Ariela Kreitlon Carolino porque no Brasil se fala de um Estado socioambiental de Direito:

A Constituição passa a dar sólido arcabouço jurídico à orientação socioambientalista [...], avançando rumo a uma concepção unitária de meio ambiente que trataria os bens naturais e os bens culturais como duas facetas indissociáveis. Em outras palavras, sob a égide da síntese socioambiental, a nova Constituição pode estabelecer os nexos fundamentais entre as temáticas de meio ambiente e cultura, de biodiversidade (meio ambiente natural) e sociodiversidade (meio ambiente cultural), assegurando a proteção integrada de ambas.⁴

Neste contexto, a criação e manutenção de unidades de conservação⁵

2 A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Está expressa no art. 1º, III, junto com a livre iniciativa (inciso IV), sendo relevante destacar que nos objetivos fundamentais da nossa República encontra-se a promoção do bem de todos. (art. 3º, IV C.R./88) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27.10. 2019.

3 SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. SP: Malheiros, 8ª ed., 2010, p. 18.

4 CAROLINO, Ariela Kreitlon. *O lugar do social na avaliação de impacto ambiental: regulação pública no Brasil, avanços teóricos e desafios para o planejamento regional*. Dissertação, Mestrado -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

5 Segundo o art. 2º, I da Lei n. 9.985/2000, unidade de conservação é o espaço territorial

no Brasil, no âmbito do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente previsto na Lei n. 6.938/1981 que mais conflita com os interesses econômicos que informam a instalação de empresas que exploram recursos minerais. O Estado de Minas Gerais, por sua riqueza mineral, representa um cenário em que a preservação de ecossistemas relevantes coincide com locais de interesse de extração desses bens, já que o minério nessas localidades aflora em áreas de grande potencial hídrico e riqueza de fauna e flora.

Diante destes conflitos quanto ao uso dos recursos naturais que envolvem o aspecto social do meio ambiente em áreas onde existem unidades de conservação, acredita-se que o Estado Socioambiental de Direito só seria concretizável a partir de uma ação comunicativa desenvolvida entre os diversos *stakeholders* envolvidos nesse tipo de conflito, numa compreensão interpretativa da realidade permeada pela linguagem, enquanto meio de expressão de uma racionalidade comunicativa.⁶

A racionalidade comunicativa tem como pressuposto uma ação comunicativa, isto é, uma interação social entre sujeitos voltada para o convencimento, de forma a produzir entendimento mútuo e consenso. Explica Jürgen Habermas que na ação comunicativa

[...] uma coordenação bem sucedida da ação não depende da racionalidade teleológica das orientações da ação [agir estratégico⁷], mas da força racionalmente motivadora de realizações de entendimento, isto é, de uma racionalidade que se manifesta nas condições para um consenso obtido comunicativamente⁸

O consenso é obtido, assim, pelo melhor argumento, ou seja, pela submissão dos destinatários do discurso à racionalidade comunicativa. O melhor argumento é definido de forma pragmática, no próprio discurso e não de forma absoluta, unilateral e prévia à comunicação estabelecida no mundo da vida.⁹

A solução que se busca para os conflitos socioambientais gestados em uma sociedade marcada pela diversidade e pluralidade de interesses, muitas

e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

6 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tomo I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

7 O agir estratégico (ação instrumental), é uma distorção do processo de comunicação, já que se pauta pelo uso de uma pessoa por outra, para a realização de um fim pessoal. O agir estratégico, ao contrário do agir comunicativo, pauta-se pela influência e não pelo argumento.

8 HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo. Racionalidade da ação e racionalização social*. V. 1. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 136.

9 GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

vezes antagônicos passa pela adoção de ações comunicativas. Nesse sentido, a lição de Cristiane Derani: “Uma vez que a estabilidade social e a concatenação (coerência, continuidade) da interação social não possam ser concretizadas com a simples sobreposição de busca de interesses individuais, a sociedade precisa ser integrada por uma ação comunicativa”.¹⁰

Dentro desta perspectiva, o direito apto a gerar segurança jurídica para os seus operadores e contar com o reconhecimento de legitimidade de seus destinatários será o direito discursivo, “cujos destinatários participem de sua elaboração, ou seja, que contem com a sua adesão racional”.¹¹ A autoridade do direito e das normas que o revelam é obtida não pela força ou pela imposição, mas sim, pelo diálogo, pela concertação.

O direito, em sua concepção discursiva e procedimentalista, de acordo com HABERMAS, é o elemento de integração social¹² num contexto de racionalidade comunicativa. Contudo, para que lhe seja reconhecida legitimidade, faz-se necessário que ele se origine, seja aplicado e garantido no contexto de um procedimento discursivo, construído por seus destinatários, mediado pela racionalidade comunicativa. Isto se torna possível a partir de um entendimento dos cidadãos sobre regras de sua convivência, do qual se originará o próprio direito e a sua condição de legitimidade. Nas palavras de HABERMAS,

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado [Estado liberal] e pelo cliente de burocratas do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes¹³.

No tocante especificamente à administração pública e a sua relação com os cidadãos/pessoas jurídicas, HABERMAS defende que

10 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. Saraiva, SP, 2008, 3ª edição, p. 18.

11 GALUPPO, ob. cit., p. 138.

12 Partindo do pressuposto do direito enquanto forma de linguagem que regula as relações sociais, Álvaro Ricardo Souza Cruz e Bernardo Ferreira Duarte destacam que:[...] o direito só pode conformar-se pela legitimidade se for capaz de refletir os influxos comunicativos advindos do mundo da vida. [...] na medida em que a opinião e a vontade dá decorrentes forem capturadas pelos discursos de fundamentação, o produto deles proveniente torna-se passível de ser aceito, e não simplesmente imposto. Uma vez que isso ocorra, isto é, na medida em que os programas normativos refletirem esses influxos, os cidadãos podem ser entendidos como coautores do Direito. [Destques no original] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 194).

13 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tomo II. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 181; 183.

[...] práticas de participação na administração não devem ser tratadas apenas como sucedâneos da proteção jurídica, e sim como processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante* os quais, julgados de acordo com o seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição.¹⁴

Assim, a efetiva participação popular prévia à decisão administrativa no âmbito de um licenciamento ambiental é condição essencial de legitimidade no contexto pós-moderno e deve ocorrer no âmbito da esfera pública, local no qual os indivíduos se valem de elementos da ação comunicativa para chegarem a um consenso, de forma que as interpretações estratégicas, pautadas por interesses, possam ser mudadas através de ações discursivas.¹⁵

Lucas Mastellaro Baruzzi expõe com clareza o papel do direito na garantia de legitimidade do processo deliberativo, na forma proposta por Habermas:

O modelo de democracia proposto por Jürgen Habermas atribui ao conceito de legitimidade uma carga substantiva, o que permite avaliar não apenas se os procedimentos decisórios existem e se são observados (aspecto procedimental), mas em que condições o conteúdo da decisão pode ser influenciado por atores que se engajam num processo comunicativo (participação substantiva). Permite assim uma avaliação do desenho institucional tanto quanto às suas normas procedimentais como se os instrumentos de participação e deliberação são adequados para a que a deliberação seja legítima.¹⁶

O direito pós-moderno passa necessariamente pela democratização do debate ambiental sob o viés da ação comunicativa, a fim de solucionar os conflitos socioambientais presentes na sociedade atual. Destarte, é fundamental que as comunidades aprovelem os impactos ambientais e sociais decorrentes da instalação e operação de novos empreendimentos, já que a democracia participativa é pressuposto e condição de cumprimento do disposto no art. 225 da Constituição da República.

14 Ob. cit., 2003, v. I, p. 184-185.

15 GONÇALVES, Julia Eugenia. *A pós-modernidade e os desafios da educação na atualidade*. Revista Científica Aprender. 2. ed., nov. 2008. Disponível em: <<http://revista.faprender.org/index.php?id=116>>. Acesso em: 05.11.2019. Segundo a autora, “Embora promova a integração, a natureza da “ação comunicativa” está presente em ambientes de contestação e sua aplicação nasce a partir da problematização do “mundo da vida” ao perceber a interferência da ação sistêmica, surgindo a disputa política fundamental das sociedades contemporâneas”.

16 BARUZZI, Lucas Mastellaro. *Licenciamento Ambiental e Legitimidade: Entre o Déficit e o Potencial Democrático*. São Paulo: 2015. Dissertação, Mestrado -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

Da participação social na autorização para o licenciamento ambiental de empreendimento que afeta unidade de conservação ou sua zona de amortecimento

É inegável que o ordenamento jurídico pátrio guarda conformidade com os pressupostos da teoria da ação comunicativa de Habermas, que põe no centro do discurso o entendimento dos valores culturais e dos interesses sociais dos agentes de fala, especialmente em situações como a interação entre empreendedores e sociedade, no âmbito do licenciamento ambiental. Com efeito, reza o art. 36, § 3º, da Lei nº 9.985/2000:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

(...)

§3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento¹⁷, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

No mesmo sentido o art. 1º da Resolução CONAMA nº 428/2010¹⁸, que prescreve que

O licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental que possam afetar Unidade de Conservação (UC) específica ou sua Zona de Amortecimento (ZA), assim considerados pelo órgão ambiental licenciador, com fundamento em Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), só poderá ser concedido após autorização do órgão responsável pela administração da UC ou, no caso das Reservas Particulares de Patrimônio Natural (RPPN), pelo órgão responsável pela sua criação.

Tal medida é necessária para que o órgão gestor da unidade de conser-

¹⁷ Quanto à zona de amortecimento, encontra-se definida pelo artigo 2º, XVIII da Lei nº 9.985/2000 como o “entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade”. Ela tem a função de proteger a periferia (entorno) das unidades de conservação, criando uma área protetiva que permite, sob condicionantes, atividades antrópicas. Essa porção adjacente visa a proteger o espaço das atividades humanas, prevenindo-se, dessa maneira, o efeito de borda.

¹⁸ BRASIL. Resolução CONAMA 428, de 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=641>. Acesso em 30.10.2019.

vação possa autorizar ou não o licenciamento, bem como recomendar condicionantes, medidas mitigadoras ou compensatórias, visando a preservação da integridade da unidade de conservação por ele gerida, com o apoio do Conselho Gestor, instância de participação da sociedade civil e da comunidade, nos termos do art. 29 da Lei Federal n. 9.985/2000¹⁹:

Cada unidade de conservação do grupo de Proteção Integral disporá de um Conselho Consultivo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil, por proprietários de terras localizadas em Refúgio de Vida Silvestre ou Monumento Natural, quando for o caso, e, na hipótese prevista no § 2º do art. 42, das populações tradicionais residentes, conforme se dispuser em regulamento e no ato de criação da unidade.

Além da inserção expressa, na legislação acima citada, da necessidade de autorização do conselho gestor para o licenciamento de empreendimento de significativo impacto ambiental que afete unidade de conservação ou sua zona de amortecimento, a legitimidade de uma decisão deve considerar a comunidade não como objeto, mas como sujeito ativo no processo. Os estudos de impacto ambiental devem levar em conta a presença da diversidade de práticas sócio ambientais e sua relação com uma pluralidade de valores éticos de leituras e formas de cidadania²⁰.

Para tanto torna-se indispensável a participação direta, no licenciamento ambiental, das comunidades existentes em determinado território cuja dinâmica sócio ambiental será alterada por um empreendimento, criando-se canais de diálogo de forma que a decisão possa levar em consideração, de forma efetiva e não apenas formalmente, as percepções da sociedade local e o seu direito ao mesmo meio ambiente, que será objeto de uma nova atividade econômica.

Por isso o efetivo bem-estar e a dignidade da pessoa humana, fins últimos de um Estado socioambiental de direito, reclamam a incidência do princípio da cooperação (ou princípio da participação) nos licenciamentos ambientais, que pressupõe uma atuação conjunta do Estado e da sociedade na escolha de prioridades e nos processos decisórios:

Outro princípio constitucional relevante é o da participação pública, tendo a Constituição asseverado que incumbe também à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente. Com isso, consagrou-se o que a doutrina chama de princípio da participação, essência do Estado democrático de direito. Trata-se de uma participação ampla, que se dá junto a todo o poder público: na esfera administrativa – por meio de peticionamentos, participação em conselhos ambientais e audiências públicas; [...]A participação dos cida-

19 BRASIL. Lei Federal 9.985, de 18 de julho de 2.000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em 30.10. 2019.

20 BARUZZI, ob. cit.

dãos e associações não se dá em substituição à atuação do Poder Público, mas a um título complementar – a exemplo do que ocorre no processo de licenciamento ambiental [...]”²¹

A comunidade, enquanto *locus* de tomada de decisões em conjunto com o Estado, é expressão de efetividade do princípio da cooperação e da racionalidade comunicativa para a consecução da proteção do patrimônio ambiental, que deve ser utilizado de forma racional por todos, já que os bens ambientais pertencem à coletividade. Assim, a decisão sobre a utilização desses bens só será legítima se construída com a participação de todos os possíveis interessados.

Para José Rubens Morato Leite é essencial o “[...] amplo acesso direto dos titulares dos interesses comunitários das diversas gerações aos processos de decisão e à integridade do conjunto de opções sobre os destinos de utilização e gestão do patrimônio natural e cultural comum”.²² Nesse sentido, é essencial que o princípio da cooperação seja observado na elaboração das avaliações de impacto ambiental, na consideração das manifestações das comunidades durante as audiências públicas, produzindo-se uma decisão consensual no processo de licenciamento ambiental, impondo-se a adequação dos diversos interesses envolvidos, plasmada pela ideia da sustentabilidade.²³

A realidade da participação da comunidade local nos licenciamentos ambientais: a colonização do mundo da vida pelos interesses econômicos e o descumprimento do princípio da cooperação

Com a criação de espaços de participação no processo de licenciamento ambiental, imaginou-se que haveria um aprimoramento da democracia, ao compartilhar com cidadãos e entidades, num espaço de participação formalmente constituído, a tomada de decisões que impactam certo grupo de indivíduos²⁴.

Esperava-se que a participação popular garantisse legitimidade ao procedimento de análise sobre a viabilidade de concessão da licença ambiental, onde decisões deveriam ser tomadas com base em relações dialógicas, despidas de qualquer ação estratégica por parte de qualquer dos atores envolvidos.

21 BARUZZI, ob. cit.

22 LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de risco e Estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. - Org. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro São Paulo: Saraiva, 2007, p. 154.

23 Nos licenciamentos ambientais “Deve-se observar e privilegiar os fluxos do mundo da vida, que é lugar das relações sociais espontâneas, dos vínculos, ou seja, o mundo da cultura, da sociedade, da identidade cultural, da gramática das práticas sociais destas comunidades, promovendo a solidariedade e a empatia. (MARTINS, Juliana Guedes. *Cidadania e meio ambiente: gestão ambiental no meio rural, uma análise do potencial do princípio constitucional da participação a partir das teorias do pluralismo jurídico e da teoria da ação comunicativa de Habermas*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d30960ce77e83d89>. Acesso em: 31.10.2019).

24 BARUZZI, ob. cit.

Todavia, o que se observa é a participação popular acaba por ser apenas mero cumprimento de requisito formal e burocrático para obtenção da licença, esvaziando-se o conteúdo democrático da discussão pública que deveria ser externado durante o processo de licenciamento.²⁵

Embora a participação das comunidades afetadas por certo empreendimento seja capaz de levantar questionamentos a respeito do relatório de impacto do meio ambiente (RIMA) e dos mecanismos propostos pela empresa para mitigação dos impactos ambientais, na maior parte dos casos essa contribuição é ignorada. Nesse sentido, observa RESENDE:

[...] além do problema da ausência de efetiva participação cidadã, tem-se a questão da apropriação da esfera pública decisória por interesses particulares, individuais, apresentando-se como uma expressão da cultura clientelista e coronelista brasileira, arraigada há muito no nosso cotidiano político e social. A dificuldade de efetiva preservação ambiental passa, muitas vezes, por essa apropriação pelos interesses particulares em detrimento do interesse maior de proteção ao meio ambiente, vista não como uma postura radical, mas como a compreensão de que se pode alcançar desenvolvimento econômico sem agressões desmedidas, pois o que se espera é o cumprimento da legislação ambiental.²⁶

Diante da perspectiva de uma sociedade não reflexiva na dinâmica dos licenciamentos ambientais, a consequência natural é que os impactos sociais mais abrangentes dos projetos são sempre subestimados ou desconsiderados, eis que não propriamente identificados. Verifica-se, assim, a superficialidade da compreensão do social e das suas inter-relações com o meio biofísico, dificultando o diagnóstico eficiente das implicações dos impactos ambientais sobre a qualidade de vida das comunidades afetadas. Sem a efetiva participação das comunidades, não há como assegurar o uso equitativo dos recursos naturais pelas comunidades e pelo novo empreendimento.

O momento em que a sociedade é chamada a participar não é um momento em que ela tem a capacidade de demonstrar o seu ponto de vista e de convencer o empreendedor e o Estado de que os seus anseios e expectativas são legítimos. Assim, a não aceitação de um empreendimento muitas vezes ocorre pela inexistência de um diálogo pautado pela racionalidade comunicativa, eis que a premissa é de que o empreendimento vai ocorrer de qualquer jeito, de uma maneira ou de outro. Para CAROLINO,

[...] os processos participativos (pontuais) passam a ser vistos, crescentemente, a partir de uma miríade de posições negativas: seja como mecanismos de legitimação de decisões preestabelecidas, seja como mera conformação formal a requisitos regulatórios ou, no melhor cenário, como processo muito restritivo de aprimoramento

25 RESENDE, ob. cit.

26 RESENDE, ob. cit., p. 101.

da intervenção. Em qualquer um dos casos, prevaleceria o pressuposto de que o empreendimento deve ser aprovado. A margem de manobra aberta consistiria apenas em negociar as condições da implantação e o alcance das medidas mitigadoras e compensatórias.²⁷

No atual contexto brasileiro, o desequilíbrio das relações de poder e as desigualdades de capital econômico, político, cultural ou científico acabam por inviabilizar uma ação pautada pela racionalidade comunicativa. Ademais, não se pretende um ambiente dialógico propenso à coesão e ao consenso, mas sim estratégias de legitimação de interesses específicos no uso dos recursos ambientais. Os instrumentos de democracia participativa presentes no licenciamento ambiental acabam por funcionar como mera etapa do processo administrativo.

A experiência de Conceição do Mato Dentro/MG na autorização de intervenção na zona de amortecimento do Monumento Natural Serra da Ferrugem: a legitimidade do discurso obtida a partir de uma ação comunicativa

Em Conceição do Mato Dentro, Minas Gerais, Brasil, em 2017, o órgão gestor do Monumento Natural Serra da Ferrugem, unidade de conservação municipal de proteção integral, apenas concedeu autorização para intervenção na sua zona de amortecimento à Anglo American Minério de Ferro Brasil S/A, empresa responsável pelo Projeto Minas-Rio (extração de minério de ferro), após um processo dialógico do qual participaram o gestor municipal, os técnicos do Município, o gestor estadual, os gestores responsáveis pelo empreendimento e a comunidade local, devidamente representada no conselho gestor da unidade de conservação.

Por meio dos fatos que serão a seguir dispostos cronologicamente, será possível compreender os procedimentos adotados pela Secretaria de Meio Ambiente e Gestão Urbana, - SMMAGU para conquistar, como órgão legítimo e responsável pelo ordenamento do seu território, voz ativa dentro de um processo de licenciamento que ocorre no âmbito Estadual, tendo como relevante ator o Conselho Gestor da Unidade de Conservação, órgão do qual a sociedade civil participa ativamente.

O Monumento Natural Serra da Ferrugem foi criado pela lei municipal nº 1903 de 15/06/2007, com área de 651,3609 hectares. É uma unidade de conservação de proteção integral, composta por campos ferruginosos, motivo que deu origem ao seu nome, e é caracterizado como um dos ecossistemas brasileiros com menor proteção ambiental, além de ser um dos mais ameaçados de extinção, por estar fortemente condicionado ao embasamento litológico e pedológico rico em minério ferro. Possui grande potencial turístico, pois seu conjunto paisagístico e proximidade com a cidade se transformam em um

27 Ob. cit.

mirante naturalmente constituído, onde é possível ver toda a sede urbana.

De acordo com o artigo 2º da lei de criação, a implantação do Monumento Natural teve como objetivo primordial, dentre outros o de “proteger e preservar a cadeia de montanhas que forma a Serra da Ferrugem, localizada no Município de Conceição do Mato Dentro, bem como a zona de amortecimento, tendo em vista sua beleza e importância socio cultural”.

Em 28/07/2016, a lei municipal nº 2160 instituiu o Conselho Gestor do Monumento Natural da Serra da Ferrugem - CONGESF, composto por 10 (dez) conselheiros, sendo metade deles membros do poder público e a outra metade membros da sociedade civil. No art. 1º da lei de criação determinou-se que o CONGESF teria caráter deliberativo no âmbito de sua competência e consultivo de assessoramento ao poder Executivo Municipal sobre as questões ambientais que envolvessem a unidade de conservação. No artigo 2º, VII da mesma lei constou como competência do conselho, “manifestar-se sobre obra ou atividade potencialmente causadora de impacto na unidade de conservação, em sua zona de amortecimento, mosaicos ou corredores ecológicos.”, cabendo à SMMAGU vincular suas decisões às manifestações do CONGESF.

No dia 28/03/2017, a SUPRAM Jequitinhonha (Superintendência Regional de Meio Ambiente) solicitou, por meio do ofício nº 208/2017, à SMMAGU, autorização para o licenciamento ambiental do empreendimento minerário da Anglo American, processo nº 00472/2007/008/2015, consoante preceituado pelo já citado 36 § 3º da Lei nº 9.985/2000 e art.1º da Resolução CONAMA nº 428/2010, haja vista seu empreendimento causar impacto direto na Zona de Amortecimento do Monumento Natural Serra da Ferrugem, definida nos termos do artigo 1º, §2º²⁸ da mesma Resolução.

A SMMAGU, através do ofício 200 de 05/05/2017, na qualidade de órgão responsável pela administração do Monumento Natural Serra da Ferrugem, respondeu ao pedido de autorização emitido pelo órgão licenciador, questionando a ausência de cumprimento do art. 2º, §2º da Resolução CONAMA 428/2010, que estabelece que “o órgão ambiental licenciador deverá, antes de emitir os termos de referência do EIA/RIMA, consultar formalmente o órgão responsável pela administração da UC quanto à necessidade e ao conteúdo exigido de estudos específicos relativos a impactos do empreendimento na UC e na respectiva ZA, o qual se manifestará no prazo máximo de 15 dias úteis, contados do recebimento da consulta.”

No momento em que a SUPRAM enviou a solicitação da autorização à SMMAGU, os estudos ambientais já haviam sido produzidos. Logo, o artigo acima descrito não foi respeitado, já que a administração do Monumento Natural não teve oportunidade de solicitar estudos específicos de impacto do

28 “Durante o prazo de 5 anos, contados a partir da publicação da Resolução nº 473, de 11 de dezembro de 2015, o licenciamento de empreendimento de significativo impacto ambiental, localizados numa faixa de 3 mil metros a partir do limite da UC, cuja ZA não esteja estabelecida, sujeitar-se-á ao procedimento previsto no caput (...)”.

empreendimento na Zona de Amortecimento da Serra da Ferrugem.

A SMMAGU justificou com a omissão do órgão estadual licenciador, os motivos para não cumprimento do prazo de autorização e de acordo com o art. 3º § 4º da referida Resolução, requereu a interrupção do prazo para sua manifestação até que fossem elaborados os estudos complementares. Solicitou também prazo de 15 dias para manifestar-se sobre o conteúdo dos estudos específicos de impacto do empreendimento na zona de amortecimento a ser exigido ao empreendedor, além de novo prazo para análise dos estudos ambientais a contar da apresentação dos estudos complementares, bem como o adiamento da audiência pública até que a análise específica dos impactos na zona de amortecimento do Monumento Natural Serra da Ferrugem fossem elaborados e publicados, para permitir o adequado conhecimento da comunidade afetada.

A SUPRAM, após os questionamentos do Município, encaminhou para a Anglo American o ofício nº 316/2017, solicitando ao empreendedor “especificar os impactos do empreendimento sobre a zona de amortecimento do Monumento Natural Serra da Ferrugem e relacioná-los com os objetivos da criação da Unidade de Conservação, tendo em vista a interferência do empreendimento na sua zona de amortecimento”. Após receber a documentação solicitada, a SUPRAM limitou-se a encaminhar as informações prestadas pela empresa.

A documentação apresentada era composta, entretanto, por fragmentos do Estudo de Impacto Ambiental – EIA e, portanto, não contemplava questões específicas de impacto ambiental no entorno da Serra da Ferrugem. Assim, em 12/06/2017 a SMMAGU enviou para a SUPRAM o ofício 297/2017, declarando que, em seu entendimento, os documentos apresentados não continham documentos que poderiam ser identificados como “estudos complementares”, e encaminhou em anexo solicitação de apresentação de estudo circunstanciado que tratasse do impacto do empreendimento na Zona de Amortecimento do Monumento Natural.

Em 18 de setembro de 2017, a SMMAGU enviou para a SUPRAM o ofício 391/2017, informando que a Anglo American somente apresentou os estudos complementares em 20/07/2017, sendo que em 09/08/2017 a equipe técnica da SMMAGU solicitou complementações do material apresentado, sendo fornecida a documentação final em 18/08/2017.

Em novembro de 2017 foi elaborado um parecer técnico pela equipe de analistas da SMMAGU quanto aos impactos do empreendimento mineirário na zona de amortecimento do Monumento Natural Serra da Ferrugem. Tendo como documento de orientação esse parecer, após vários encontros e reuniões entre os técnicos do Município, da Empresa, do Estado de Minas Gerais e com o acompanhamento do CONGESF, foram definidas aproximadamente 39 medidas compensatórias sem as quais a pretendida intervenção na zona de amortecimento do Monumento Natural seria impossível.

As medidas contemplavam, entre outras ações, o repasse de recursos

para que o Município de Conceição do Mato Dentro elaborasse o plano de manejo, construísse a sede administrativa da unidade de conservação, realizasse o levantamento de nascentes e executasse programas de turismo de base comunitária e de educação ambiental.

Em 05/12/2017 houve a reunião do CONGESF, que se manifestou favoravelmente sobre a autorização, desde que as medidas definidas de comum acordo entre as partes constassem como condicionantes do licenciamento ambiental e que fossem cumpridas pelo empreendedor. Desta forma, o cumprimento das medidas compensatórias aprovadas pelo CONGESF foi inserido pela SUPRAM como condicionante do processo de licenciamento ambiental (condicionante 34 da LP + LI da fase 3, processo número 00472/2007/008/2015).

Sendo assim, o não cumprimento das medidas compensatórias, além de poder gerar revogação da autorização pelo conselho gestor no âmbito municipal, também vincula a não concessão da próxima etapa do licenciamento no âmbito estadual.

Conclusão

O procedimento acima descrito demonstra na prática a aplicação da teoria da ação comunicativa na construção de normas legítimas pautadas no consenso, que se tornaram condicionantes em um processo de licenciamento ambiental de competência estadual. A teoria da ação comunicativa é, pois, ferramenta da qual se pode valer o direito ambiental brasileiro na consecução de um Estado socioambiental de direito.

Quando se trata de decidir a forma de distribuição da utilização dos recursos naturais não pode haver perdedores e ganhadores. A construção de um relacionamento estável e benéfico para todas as partes envolvidas implica na mudança de visão das relações comunitárias. A rigidez locacional a que se submetem os empreendimentos minerários é condição de respeito obrigatório e absoluto às formas de uso do território pela comunidade.

Deve-se buscar a “formação de uma vontade comum”, numa comunicação orientada para o entendimento recíproco. Assim, quando se discute que uso se pode e se quer dar a uma unidade de conservação e sua zona de amortecimento, onde sociedade, Estado, Município e empreendedor desfrutam da mesma relevância argumentativa e de confiança recíproca, verifica-se que os participantes harmonizam seus planos de ação, eis que na promoção da cultura do diálogo e da participação de todos os envolvidos na criação das condições para a exploração dos recursos naturais, impede-se a prevalência de um interesse em relação a outro. Destarte, relações tendentes ao consenso serão estabelecidas entre os atores. O espaço público onde se dará a ação comunicativa será o processo de licenciamento ambiental. Por meio da racionalidade comunicativa que permeará os discursos sociais e institucionais, a única solução possível será a conciliação da atividade mineral com outras formas de

ocupação de maneira construtiva, em prol da sustentabilidade.

Referências

- BARUZZI, Lucas Mastellaro. **Licenciamento Ambiental e Legitimidade: Entre o Déficit e o Potencial Democrático**. São Paulo: 2015. Dissertação, Mestrado -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27.10. 2019.
- BRASIL. **Lei Federal 9.985**, de 18 de julho de 2.000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em 30.10. 2019.
- BRASIL. **Resolução CONAMA 428**, de 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=641>. Acesso em 30.10.2019.
- CAROLINO, Ariella Kreitlon. **O lugar do social na avaliação de impacto ambiental: regulação pública no Brasil, avanços teóricos e desafios para o planejamento regional**. Dissertação, Mestrado -Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 194.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. Saraiva, SP, 2008, 3ª edição, p. 18.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GONÇALVES, Julia Eugenia. A pós-modernidade e os desafios da educação na atualidade. **Revista Científica Aprender**. 2. ed., nov. 2008. Disponível em: <<http://revista.faprender.org/index.php?id=116>>. Acesso em: 05 11. 2019.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tomo I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tomo II. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 181; 183.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo. Racionalidade da ação e racionalização social**. V. 1. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 136.
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 154.
- MARTINS, Juliana Guedes. **Cidadania e meio ambiente: gestão ambiental no meio rural, uma análise do potencial do princípio constitucional da participação a partir das teorias do pluralismo jurídico e da teoria da ação comunicativa de Habermas**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/>

artigos/?cod=d30960ce77e83d89. Acesso em: 31.10.2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pneumatóforo**. Escritos políticos. 1981-2018. Coimbra: Almedina, 2018.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. SP: Malheiros, 8ª ed., 2010, p. 18.

ALIMENTAÇÃO E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA - OS LIMITES DA LIBERDADE NA PRODUÇÃO DE DESIGUALDADES

Bruna Valadares Calheiros de Siqueira

Advogada.

Resumo:

O presente trabalho destina-se a realizar uma análise crítica quanto ao uso predatório dos recursos naturais pelo sistema alimentar – incluídos no seu sentido a produção e o consumo de alimentos – e explicar como a livre utilização desses recursos é capaz de produzir e agravar desigualdades sociais inaceitáveis. De início, procura-se demonstrar através do estudo dos relatórios publicados pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura, pela Fundação Heinrich Böll e por outras instituições especializadas em estudo de impactos ambientais e sociais do sistema alimentar, como esse sistema explora os recursos naturais de maneira predatória, contribuindo para o esgotamento e a inutilização desses recursos. Os recursos naturais demandam decisões políticas quanto a sua distribuição que sejam capazes de equilibrar os limites da liberdade de iniciativa privada e da liberdade de consumo com a busca pela igualdade e justiça social. Especialmente no que diz respeito ao uso dos recursos naturais como insumos e como alvos de externalidades negativas na produção de alimentos, o acesso deve ser distribuído de modo a garantir que a necessidade vital básica de alimentação fique garantida e que os demais direitos humanos não sejam atingidos negativamente pela liberdade de produção e consumo alimentar. Com o objetivo de entender o que seria um uso desequilibrado e injusto dos recursos naturais – bens finitos e de uso comum, necessários para a garantia da dignidade humana e da sobrevivência das gerações presentes e futuras – e se a forma como se dá o uso de recursos naturais pelo sistema alimentar é injusta, é feita uma análise das teorias de justiça distributiva, partindo do desenvolvimento do seu conceito moderno por John Rawls e passando por críticas que revelam a necessidade de pensar a utilização dos recursos naturais a partir de outros parâmetros. A título de conclusão intermediária, entende-se que a atuação privada deve estar regida pelo *ethos* da justiça, pois caso contrário a sociedade continuará produzindo desigualdades socioeconômicas inaceitáveis. Alimentar-se também é um ato político à medida que se sabe que aquilo que escolhemos consumir pode estar a serviço do aprofundamento das desigualdades socioeconômicas e conseqüentemente do

esgarçamento do tecido social. No entanto, embora as ações individuais guiadas pelos princípios da justiça sejam imprescindíveis, é importante reconhecer os seus limites. Dentro do contexto ambiental a interdependência é exposta, e já não se pode falar que apenas o agir individual seja capaz de dialogar com os interesses sociais e ambientais. Sabendo que a liberdade de iniciativa privada não é uma liberdade anárquica e sim social, podendo ser limitada a depender do conflito de interesses, é preciso repensar as bases do sistema alimentar e refundá-lo dentro de uma ética que prime pelo planejamento coletivo e democrático da produção e pela organização do uso dos recursos naturais em função das necessidades sociais e da proteção do meio ambiente. A metodologia utilizada foi a dedutiva, a partir da análise teórica da bibliografia levantada, a fim de avaliar os limites entre a liberdade e a produção de desigualdades com relação ao uso de recursos naturais por parte do sistema alimentar contemporâneo.

Palavras-chave: Teoria da justiça; Justiça distributiva; Sustentabilidade; Meio ambiente; Igualdade.

Introdução

O presente pretende demonstrar como o uso desequilibrado dos recursos naturais pelo sistema alimentar, incluídos nesta definição produtores e consumidores de alimentos, é capaz de produzir desigualdades socioeconômicas inaceitáveis, e propor caminhos para o uso racional desses recursos naturais de forma a promover uma sociedade mais igualitária e justa. A metodologia utilizada foi a de análise teórica da bibliografia levantada sobre as teorias da justiça distributiva a fim de avaliar os limites entre a liberdade e a produção de desigualdades com relação ao uso de recursos naturais por parte do sistema alimentar contemporâneo. Para avaliar os danos ambientais, foram utilizados estudos científicos disponíveis para consulta em sites de organizações internacionais especializadas no controle desses danos.

A Produção e o Consumo de Alimentos Como Fonte de Uso Desigual de Recursos Naturais

O uso predatório dos recursos naturais pela indústria alimentícia: dimensionando o problema

A produção e o consumo de alimentos estão íntima e diretamente relacionados a questões ambientais. Não apenas porque são utilizados recursos naturais como insumos para a produção de comida, mas porque esses mesmos recursos sofrem as consequências da política atual de produção alimentar: perda de biodiversidade, desmatamento, desertificação dos solos, aquecimento global e contaminação de mares e rios, põem em xeque a sobrevivên-

cia de gerações presentes e futuras.

No entanto, o uso dos recursos naturais para a produção de alimentos nem sempre constituiu um problema: primeiro porque o modo de produção e consumo ainda não havia se desenvolvido e intensificado à maneira que vemos hoje; e segundo, como o meio ambiente conseguia se renovar, havia o entendimento generalizado de que os insumos naturais eram inesgotáveis¹: seu uso individual não afetaria a quantidade disponível para a coletividade.

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, nossos sistemas agroalimentares começaram a se industrializar e a focar no aumento da produção e da produtividade a qualquer custo – no caso, qualquer custo ambiental e social. Esse movimento de intensificação e industrialização da produção agrícola se globalizou, mas seu crescimento trouxe consequências problemáticas. Concentrou a produção alimentar nas mãos de poucas empresas² e contribuiu para a fuga do campo através da desvalorização do trabalhador rural e da produção agrícola familiar, que não conseguia competir com as novas tecnologias voltadas ao aumento de produtividade.

Essas práticas se justificaram em nome de resolver o problema da fome no mundo e conquistar a segurança alimentar³. Ou seja, o uso intensivo dos recursos naturais para a produção capitalista e industrial de alimentos, mesmo que às custas de danos ambientais irreparáveis, foi justificado em nome de um pretense benefício para a sociedade e para os menos favorecidos.

No entanto, a verdade é que a produção monocultora não alimenta diretamente a população. Um dos maiores destinatários dessa produção é a indústria de transformação agroalimentar, produtora de alimentos processados e ultraprocessados, aumento mundial das taxas de obesidade e de doenças cardiovasculares, além de alguns tipos de câncer⁴. Mas, especialmente no Brasil, o maior consumidor da produção monocultora é a agropecuária⁵. Para além de agregar todos os impactos ambientais causados pela produção monocultora de grãos como soja e milho – ao utilizar esses produtos como ração para criação bovina – a agropecuária ainda é responsável pelo desmatamento de florestas para abertura de campos de pasto⁶, por ser uma das maiores fontes de emissão de gases de efeito estufa no mundo⁷, pela poluição de rios e mares

1 PRESTRE, Philippe Le. **Ecopolítica Internacional**. São Paulo: Senac, 2005, p. 42

2 Heinrich Böll Foundation. **Atlas do Agronegócio**: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/atlas-do-agronegocio> Acesso em: 5.11.2018

3 FAO. **The State of Food and Agriculture**. Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 1996. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/003/w1358e00.htm> Acesso em: 5.11.2018

4 DUCASSE, Alain; REGOUBY, Christian. **Comer es un Acto Político**. Barcelona: Editorial Txalaparta, 2018.

5 Heinrich Böll Foundation. **Atlas da Carne**: fatos e números sobre os animais que comemos. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2016. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/tags/atlas-da-carne> Acesso em: 5.11.2018 p. 42

6 Heinrich Böll Foundation. **Atlas da Carne**: fatos e números sobre os animais que comemos. p. 20

7 Heinrich Böll Foundation. **Atlas da Carne**: fatos e números sobre os animais que come-

e pelo uso insustentável de recursos hídricos.⁸

A produção de proteínas animais para consumo humano, principalmente a de carne bovina, demanda uma enorme quantidade de recursos naturais. Estudos demonstram que sua produção dificilmente se sustentaria economicamente se os produtores fossem obrigados a internalizar o custo dos danos ambientais gerados por esse tipo de atividade econômica. O fato da produção em larga escala de proteínas animais precisar de tantos recursos naturais para se manter deixa claro que essa produção não trata de combater a fome e a insegurança alimentar. Boa parte da produção de comida no mundo é destinada a alimentar as 1.001.829.000 cabeças de gado registradas em 2018 pela USDA⁹. No Brasil, curiosamente, temos mais cabeças de gado bovino do que pessoas (232.350.000 bovinos contra 209.062.537 seres humanos¹⁰), mas ainda não erradicamos a fome no país.

As iniciativas que integram o sistema alimentar como o conhecemos hoje, produzem e agravam desigualdades sociais inaceitáveis: amplifica os efeitos da pobreza e marginalização através da desvalorização do trabalhador rural, da formulação de produtos alimentícios pobres em densidade nutricional, da intermediação entre o produtor e o consumidor final controlada a partir de interesses financeiros – o que encarece o preço dos alimentos – e, principalmente, através da contribuição para a destruição de biomas, de ecossistemas, das reservas de água e para a emissão de gases de efeito estufa, como demonstram os relatórios já citados no texto. Isso chama a atenção para um debate jurídico filosófico dos limites da liberdade produtora de desigualdades. Aqui, vamos focar principalmente na relação entre a liberdade de produção e de consumo de alimentos e o impacto dessa liberdade na formação de desigualdades, tomando por exemplo mais ilustrativo o consumo e a produção industrial de carne bovina.

Recursos naturais enquanto bens comuns finitos que demandam uma distribuição justa

Como vimos, o consumo de recursos naturais demandado pela indústria alimentar é altíssimo, e se agrava quando falamos especificamente da indústria agropecuária. Para a produção de 1kg de carne bovina, por exemplo, são necessários 15.415 litros de água, em comparação com 1.644 litros necessários para a produção do mesmo peso em cereais. Se comparada a quantidade de litros necessários para produzir um grama de proteína, a proteína animal bo-

mos. p. 44

8 Heinrich Böll Foundation. **Atlas da Carne: fatos e números sobre os animais que comemos.** p. 40

9 Foreign Agricultural Service – United States Department of Agriculture. **The Livestock and Poultry: World Markets and Trade.** Outubro, 2018. Disponível em: <https://www.fas.usda.gov/data/livestock-and-poultry-world-markets-and-trade>. Acesso em: 5.11.2018

10 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da População Brasileira, 2018.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 5.11.2018

vina requer uma quantidade de água 6 vezes maior.¹¹

De acordo com a FAO, o crescimento do setor agropecuário precisa ser acomodado em um contexto de recursos naturais finitos¹². Temos de ter em conta que os recursos naturais e o meio ambiente, embora pareçam inesgotáveis, se tratam em sua maior parte de bens em comum sujeitos ao consumo concorrencial.¹³

Os bens em comum são, assim como os bens públicos, bens de acesso livre – ao contrário dos bem de acesso limitado, como são os bens privados e os sujeitos a pedágio. A diferença é que quando nos referimos à utilização de recursos classificados como bens em comum, significa que o consumo desse bem por um ator diminui a quantidade disponível para os demais atores.¹⁴

Sendo recursos renováveis ou não, a exploração desses bens se dá de maneira concorrencial, o que os sujeita a cair no que Garret Hardin chamou de “tragédia dos bens comunais”. A questão se centra no problema de gestão dos bens coletivos.

O uso dos bens comunais é marcado e condicionado pela possibilidade de sua extinção, uma vez que evidencia a áspera convivência entre o interesse individual e o interesse coletivo, entre a liberdade de propriedade e iniciativa privada e a preservação e justa distribuição de bens essenciais à sobrevivência humana.

Essa temática é um reduto natural das questões de justiça. Isso porque, se é verdade que alguns recursos naturais são limitados e que há claramente uma desigualdade no uso e propriedade de tais recursos, não há nada mais indicado do que descobrir meios de racionalizar o seu uso e a sua distribuição. Como bem observou Hume, a necessidade da noção de justiça e de propriedade privada surge porque nossos recursos são escassos, “a justiça é uma virtude que entra em cena para determinar a propriedade precisamente onde não há o suficiente para satisfazer a todos”¹⁵

O objetivo, portanto, é otimizar essa distribuição para que ela se dê de forma justa, consiga satisfazer as necessidades humanas e garantir a liberdade sustentável de todos os indivíduos da sociedade. Isto apenas se alcança, obviamente, por meio de ações coletivas pensadas segundo o denominador da justiça¹⁶. Para decidir o que é ou não uma distribuição justa de recursos

11 UNESCO. **The green, blue and grey water footprint of farm animals and animal products**. Value of Water Research Report Series n° 48, 2010. Disponível em: http://www.waterfootprint.org/media/downloads/Report-48-WaterFootprint-AnimalProducts-Vol1_1.pdf acesso em: 5.11.2018, p. 28

12 FAO. **Tackling climate change through livestock – a global assessment of emissions and mitigation opportunities**. Food And Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 2013. Disponível em: <https://www.fao.org/3/a-i3437e.pdf> acesso em: 5.11.2018.

13 PRESTRE, Philippe Le. **Ecopolítica Internacional**. São Paulo: Senac, 2005, p. 24

14 PRESTRE, Philippe Le. **Ecopolítica Internacional**. São Paulo: Senac, 2005, p. 43

15 FLEISCHACKER, Samuel. **Uma Breve História da Justiça Distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 69

16 FLEISCHACKER, Samuel. **Uma Breve História da Justiça Distributiva**. p. 69

naturais, é preciso entender as teorias de justiça entender como a distribuição desses recursos poderia se encaixar nessas teorias.

A Justiça na Distribuição dos Recursos Naturais

O desenvolvimento do conceito de justiça distributiva e a Teoria da Justiça de Rawls

Os recursos naturais demandam decisões políticas quanto a sua distribuição que sejam capazes de equilibrar os limites da liberdade de iniciativa privada e da liberdade de consumo com a busca pela igualdade e justiça social. Especialmente no que diz respeito ao uso dos recursos naturais como insumos e como alvos de externalidades negativas na produção de alimentos, o acesso deve ser distribuído de modo a garantir que a necessidade vital básica de alimentação fique garantida e que os demais direitos sociais não sejam atingidos negativamente pela liberdade de produção e consumo alimentar.

Essa preocupação com a distribuição de recursos e proteção de direitos sociais é recente. Até o século passado não se reconhecia que a distribuição de recursos em uma sociedade, realizada através de uma estrutura institucional básica, era uma questão a ser tratada no âmbito da justiça, muito menos era aceitável que essa distribuição tivesse como objetivo satisfazer as necessidades de todos.¹⁷

A ideia original de justiça distributiva desenvolvida por Aristóteles se construía a partir do mérito individual, assim as pessoas eram “recompensadas” na exata medida dos seus méritos. Essa ideia de distribuição pelo mérito se dava principalmente no âmbito político, onde aquele que fizesse por onde merecer conquistaria maior status político¹⁸. Não era, pois, uma ideia voltada a distribuição de bens primários, muito menos com a finalidade de satisfazer necessidades básicas das pessoas.

O princípio moderno de justiça distributiva, de forma totalmente destoante do princípio aristotélico, requer uma distribuição que independe tanto de mérito como de qualquer traço especial de caráter ou de esforço¹⁹.

Segundo Samuel Fleischacker, é John Rawls – em um artigo denominado Justiça Distributiva e posteriormente em seu livro Uma Teoria da Justiça – quem delimita pela primeira vez o conceito moderno de justiça distributiva²⁰. Rawls afirma trazer uma alternativa à ideia utilitarista clássica enquanto propõe a forma distributiva de justiça, discordando de que a felicidade deve ser dada ao maior número de pessoas sem se preocupar com a infelicidade individual: “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, a qual nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujar”

Rawls cria uma teoria semelhante às teorias contratuais, mas com uma

17 FLEISCHACKER, Samuel. **Uma Breve História da Justiça Distributiva**. p. 4

18 FLEISCHACKER, Samuel. **Uma Breve História da Justiça Distributiva**. p. 4

19 FLEISCHACKER, Samuel. **Uma Breve História da Justiça Distributiva**. p. 9

20 FLEISCHACKER, Samuel. **Uma Breve História da Justiça Distributiva**. p. 9

abordagem diferente, pretendendo através de um processo mental conduzir as pessoas a uma certa concepção de justiça²¹ que será capaz de determinar que direitos e deveres fundamentais devem ser atribuídos a todos em um Estado de Direito²².

Ele toma o princípio da equidade como uma base prévia ao desenvolvimento dos princípios da justiça. Começa imaginando uma situação hipotética onde há um conjunto de pessoas e ninguém conhece a sua posição na (futura) sociedade: nem a sua classe social, ou seus atributos, crenças e talentos naturais. Na chamada posição original, onde essas pessoas se encontram, “os princípios da justiça são escolhidos a coberto de um véu de ignorância”²³.

Rawls imagina que as pessoas na posição original de escolha, enquanto seres racionais e razoáveis, vão eleger dois princípios de justiça. O primeiro, o princípio da liberdade: “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras”²⁴; e o segundo, o princípio da igualdade: “as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: a) se possa razoavelmente esperar que ela seja em benefício de todos; b) decorram de posições e funções às quais todos tem acesso”²⁵.

Para proteger sua teoria da lógica utilitarista, Rawls determina uma ordem para os seus princípios, tendo o primeiro princípio prioridade sobre o segundo. Isso significa que a violação das liberdades básicas individuais não pode ser legitimada por uma maior vantagem econômica e social²⁶. Só pode haver mitigação de uma liberdade básica se em confronto com outra, e apenas em circunstâncias especiais. Kaufmann traduz a regra de prioridade em uma forma de tutela das minorias, onde “a necessidade prevalece, até ao mínimo de subsistência, sobre a produtividade”²⁷.

Quanto à alocação dos bens primários, ou seja, como se daria a execução dessa distribuição, Rawls entende que a solução para esse problema deriva da justiça procedimental. Da estrutura básica da sociedade – conjunto de instituições políticas, sociais e econômicas – os cidadãos obtêm o direito à sua parcela de recursos sociais.

Já com relação ao que seria esses bens primários, Rawls diz que são os bens que um sujeito *racional* deseja, independentemente dos seus outros desejos e planos individuais mais detalhados. “Partimos do princípio que há diversas coisas das quais ele preferirá ter uma quantidade maior do que uma quantidade menor”²⁸.

21 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 33

22 KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 407

23 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 34

24 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 68

25 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. p. 68

26 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. p. 69

27 KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. p. 266

28 RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. p. 90

A evolução da Teoria da Justiça de Rawls através da contribuição de seguidores e críticos ampliou a discussão sobre a extensão da justiça distributiva. Que tipo de bens e direitos materiais ou até mesmo bens simbólicos seriam da responsabilidade da justiça distribuir? Seguindo essa linha argumentativa, a escolha dos recursos a serem distribuídos dependerá do que cada sociedade entende como essencial para assegurar a liberdade e a capacidade de agir dos seres humanos.

A possibilidade de inclusão dos recursos naturais no rol de bens primários visando garantir sua distribuição justa

A partir dessa análise geral sobre a Teoria de Justiça de Rawls, observa-se que, embora a justa distribuição dos recursos naturais seja fundamental para a concretização da justiça social, para a garantia da justa distribuição das liberdades individuais e inclusive para a manutenção da existência desses recursos – que por serem bens comunais são finitos e devem ter seu uso/consumo regulado – ele não trata de maneira direta a questão da distribuição desse tipo de bens.

O meio ambiente aparece na Teoria de Rawls apenas como uma fonte de recursos naturais, mas a distribuição desses recursos não é tratada diretamente. No entanto, diante da possibilidade de apropriação desses recursos de forma desigual – especialmente pela indústria alimentícia e mais especificamente, no Brasil, pela indústria agropecuária bovina – para um uso que ademais agrava a desigualdade na sociedade, parece imperioso que os recursos naturais estejam resguardados pelos princípios da justiça distributiva. Afinal, como bem resumiu Sônia T. Felipe ao analisar a crítica de Russ Manning à teoria de Rawls, ao não tratar dos recursos naturais como bens primários dignos de entrar no “contrato de justiça”, Rawls acaba se eximindo de analisar justamente as condições que a liberdade e a racionalidade necessitam para se revelar²⁹. Uma distribuição não regulada do acesso a esses bens naturais – para além de limitar as liberdades individuais de todos – corre o risco de promover a destruição ou agravar a escassez desses bens, podendo comprometer a própria sobrevivência das gerações presentes e futuras.

Rawls trabalha com a ideia de que irá existir, inevitavelmente, alguma escassez dentro da sociedade, a qual sempre estará sujeito algum indivíduo. Mas isso não significa que essa escassez deverá ou está fadada a ser mantida. A obrigação de assegurar o acesso equitativo ao bem escasso é permanente.³⁰ O Estado, através de políticas públicas e projetos de lei, tem a responsabilidade de controlar o impacto dos recursos naturais pela produção e o impacto do consumo sobre as reservas naturais, já que os impactos negativos são capazes

29 FELIPE, Sônia T. Por **uma Questão de Justiça Ambiental: Perspectivas Críticas à Teoria de John Rawls**. p. 13

30 FELIPE, Sônia T. Por **uma Questão de Justiça Ambiental: Perspectivas Críticas à Teoria de John Rawls**. p. 14

de destruir o recurso natural comum a todos e afetar a saúde, a dignidade e a sobrevivência humana.

Com as devidas correções, a ética de Rawls poderia até se prestar à defesa do meio ambiente e conseqüentemente à defesa da dignidade humana e das liberdades fundamentais básicas, mas ainda assim não seria o modelo ideal para impedir a produção de desigualdades não benéficas à sociedade. Isso porque, por mais que ele tenha se negado a subscrever a uma perspectiva estritamente meritocrática, Rawls acreditava que a igualdade de oportunidades e a justiça através das instituições básicas da sociedade seriam suficientes para garantir o equilíbrio de poder e construir uma sociedade justa, sem ter que restringir a liberdade individual.

O que se demonstra é que a atuação individual também deve estar voltada à realização da justiça distributiva, o pensar dentro da justiça ambiental deve ser coletivo e democrático ou não será suficiente para garantir uma sociedade justa e igualitária.

Possíveis Caminhos Para o Uso Igualitário dos Recursos Naturais na Produção de Alimentos

Em seu livro *"If You're an Egalitarian, how come you're so rich?"*, Cohen defende que existem certos direitos e recursos que é preciso que as pessoas tenham em igualdade para que a justiça se concretize, então qualquer coisa que afete a distribuição desses bens deve ser motivo de preocupação para a justiça³¹. Certamente a estrutura básica da sociedade afetará enormemente a distribuição desse bem, mas, segundo Cohen, a conduta individual e o *ethos* de uma sociedade também o farão.

Gerald Cohen era crítico a Rawls quanto a forma de alocação dos bens primários na sociedade, a qual achava insuficiente para garantir a igualdade de resultados. Ele discordava da ideia de que de uma atuação livre dentro de instituições justas iriam derivar necessariamente resultados justos, porque entendia que o egoísmo humano, se não fosse ele mesmo regulado, levaria a distorções inaceitáveis nessa distribuição.

Cohen conclui que, se o jeito como as pessoas egoístas são afeta as perspectivas para igualdade e justiça, então é de certa forma porque a justiça não pode ser somente uma questão da estrutura básica do Estado onde as pessoas atuam, mas é também uma questão a estar presente na atuação das pessoas dentro daquela estrutura³², nas escolhas pessoais de sua vida diária. Ou seja, é impraticável separar os atos que praticamos na nossa vida privada da nossa vida pública: *"the personal is political"*³³.

A título de exemplo, somente a extensão da aplicação do princípio da

31 MANDLE, J.; REIDY, D. (eds). *The Cambridge Rawls Lexicon*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p.

32 COHEN, G. A. *If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich?*. Harvard: Harvard University Press, 2009. p. 162

33 COHEN, G. A. *If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich?*. p. 168

diferença às escolhas individuais já limitaria significativamente as desigualdades admissíveis, especialmente se aplicadas à atuação autônoma da iniciativa privada. A aplicação desse princípio só permitiria uma desigualdade quando fosse levar a um aumento na parcela de bens primários para os menos favorecidos³⁴.

Cohen, no seu artigo intitulado “*On The Currency of Egalitarian Justice*” argumenta que a igualdade é necessária para limitar o poder que alguns têm sobre outros e para limitar a exploração.³⁵ Se os indivíduos governassem seu comportamento diretamente pelo princípio da diferença, não haveria a necessidade de introduzir uma desigualdade. Assim, a desigualdade só é necessária se o princípio da diferença for aplicado apenas à estrutura básica e não diretamente ao comportamento dos indivíduos dentro da estrutura básica.³⁶

Levando esta crítica para a questão prática do problema das desigualdades geradas pelo uso de recursos naturais na produção e no consumo de alimentos, parecia salutar que as ações privadas dos indivíduos, seja na iniciativa privada ou nas decisões sobre o consumo, deveriam também ser regidas pelos princípios da justiça distributiva, com vistas a limitar efetivamente as desigualdades sociais. Cientistas, políticos e ativistas do meio ambiente defendem que o consumo de carne bovina a nível de dietas como a americana e a brasileira, por exemplo, não é universalizável em razão da quantidade exorbitante de recursos naturais que é demandada para a produção desse alimento.

Diante da certeza de que recursos naturais são esgotáveis, consumir um alimento cujo consumo não pode ser universalizável por contribuir de maneira marcante para o esgotamento de recursos naturais – recursos estes que deveriam ser protegidos a fim de resguardar o exercício das liberdades individuais e da própria sobrevivência humana – soa como uma violação direta à igualdade e à justiça.

Isso porque, utilizando novamente como exemplo o consumo de carne bovina, além de este consumo não ser universalizável e se promover através da desigualdade de acesso – é de certa forma um produto elitizado – ele também agrava essa desigualdade ao diminuir progressivamente, e alheio à vontade daqueles que não têm acesso, a disponibilidade de recursos naturais comuns.

A justiça distributiva é violada nesse caso porque, como o meio ambiente é considerado um bem comum, o consumo individual dos recursos provenientes do meio ambiente afeta o consumo de outros atores, ou seja, é capaz de causar um desequilíbrio injustificado na distribuição desse bem necessário para garantia da dignidade da pessoa humana e de direitos sociais como direito à alimentação e à saúde. A verdade é que esse consumo só se sustenta justamente porque divide as externalidades negativas da produção, mais precisamente os custos ecológicos, com o resto da sociedade e com as gerações

34 MANDLE, J.; REIDY, D. (eds). **The Cambridge Rawls Lexicon**. p. 113

35 MANDLE, J.; REIDY, D. (eds). **The Cambridge Rawls Lexicon**. p. 112

36 MANDLE, J.; REIDY, D. (eds). **The Cambridge Rawls Lexicon**. p. 113.

futuras. Ou seja, se sustenta com base na redução dos direitos dos outros atores sociais.

A justiça distributiva aplicada somente às instituições sociais e sem colocar os recursos naturais na categoria de bens primários, à maneira da Teoria da Justiça de Rawls, não parece dar conta de controlar essa caixa de pandora de desigualdades. Entendendo que comer também é um ato político, seria exigível a aplicação dos princípios da justiça distributiva nas ações individuais privadas para justificar, por exemplo, uma responsabilização sobre esse consumo, ou isso seria comprometer em demasia a liberdade individual?

É difícil justificar a não responsabilização deste tipo de consumo sob o argumento de proteção da liberdade individual, especialmente dentro do nosso sistema jurídico onde diversas formas de liberdade são cerceadas por ofensas muito menos gravosas à sociedade. Até porque, como o meio ambiente é um só e as relações humanas estão interligadas dentro da sociedade cada vez mais complexa, a defesa da liberdade plena do agir consumidor acaba se tornando uma maneira de legitimar desigualdades inaceitáveis e restringir as liberdades individuais dos outros atores.

De fato, o *ethos* de justiça distributiva no agir privado dos indivíduos é necessário, mas responsabilizar cada ação individualmente é praticamente impossível. Isso porque as consequências negativas sob o meio ambiente e as desigualdades sociais derivadas da utilização desigual e dos recursos naturais ambientais são difíceis de rastrear: em razão da conectividade do meio ambiente, uma atuação autônoma é capaz de produzir um efeito borboleta que se protraí no tempo. Além disso, uma vez causado o dano e consumido o bem comum, este dificilmente é recuperado.

Como a questão da utilização dos recursos naturais é um problema de bens comuns, a utilização desses recursos como insumo para a produção industrial de alimentos de maneira autônoma, mesmo que seguindo critérios de justiça distributiva, pode não ser suficiente para ser proteger a sociedade de desigualdades inaceitáveis.

A decisão democrática quanto ao uso dos recursos naturais para a produção e consumo de alimentos – em comunidade e não ilusoriamente “livre” – tem a vantagem de ser mais racional e pensar nas externalidades negativas, pois é capaz de se distanciar da lógica do lucro econômico para levar em conta critérios não monetários, como necessidades sociais e equilíbrio ecológico.

Parece salutar que a utilização dos recursos naturais para a produção de alimentos seja definida democraticamente, em comunidade – e da maneira mais direta possível – para que essa proteção ao meio ambiente seja preventiva e se dê de maneira efetiva, para que se garanta uma liberdade sustentável para todos e não uma liberdade produtora de desigualdades protegida apenas para alguns, para que não se produzam resultados injustamente desiguais que afetem os direitos sociais, culturais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à dignidade humana e até mesmo à vida dos atores da sociedade.

Conclusão

A partir do estudo dos relatórios publicados pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura, pela Fundação Heinrich Böll e por outras instituições especializadas em estudo de impactos ambientais e sociais do sistema alimentar, pudemos concluir que o sistema alimentar como conhecemos e financiamos hoje é capaz de produzir desigualdades socioeconômicas indesejadas à luz das teorias da justiça e incompatíveis com a manutenção de direitos constitucionalmente protegidos.

Diante da importância de garantir a proteção dos recursos naturais ambientais a fim de resguardar o livre exercício por todos das liberdades e direitos previstos na Constituição, precisamos ter especial atenção quando ao uso equilibrado desses recursos. Não se pode escusar a ação individual de seguir os princípios da justiça. Comer também é um ato político à medida que se sabe que aquilo que escolhemos consumir pode estar a serviço do aprofundamento das desigualdades socioeconômicas e conseqüentemente do esgarçamento do tecido social.

No entanto, é importante reconhecer os limites das ações individuais. A justiça também deve estar na estrutura da sociedade, que deve estar voltada para a promoção de uma comunidade cada vez mais igualitária, dentro de um contexto de igualdade de singularidades.

Referências

COHEN, G. A. **If You're an Egalitarian, How Come You're So Rich?**. Harvard: Harvard University Press, 2009

DUCASSE, Alain; REGOUBY, Christian. **Comer es un Acto Político**. Barcelona: Editorial Txalaparta, 2018.

FAO. **Livestock's Long Shadow: Environmental Issues and Options**. Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2006, p. XX. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/010/a0701e00.HTM> Acesso em: 5.11.2018

FAO. **Tackling climate change through livestock** – a global assessment of emissions and mitigation opportunities. Food And Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 2013. Disponível em: <https://www.fao.org/3/a-i3437e.pdf> acesso em: 5.11.2018

FAO. **The State of Food and Agriculture**. Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome, 1996. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/003/w1358e00.htm> Acesso em: 5.11.2018

FELIPE, Sônia T. **Por uma Questão de Justiça Ambiental: Perspectivas Críticas à Teoria de John Rawls**. In: **Ethic@. Revista Internacional de Filosofia Moral**. Florianópolis, v.5, n.3, p. 5-31, Jul 2006. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/ethic@ Acesso em 5.11.2018

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma Breve História da Justiça Distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

Foreign Agricultural Service – United States Department of Agriculture. **The Livestock and Poultry: World Markets and Trade**. Outubro, 2018. Disponível em: <https://www.fas.usda.gov/data/livestock-and-poultry-world-markets-and-trade>. Acesso em: 5.11.2018

GUERRANTE, R.; ANTUNES, A.; PEREIRA JR., N. **An Analysis of the Growth Trajectory of Monsanto**. *iBusiness*, vol. 2, nº3, 2010, p. 223-231. Disponível em: http://file.scirp.org/Html/4-8601050_2692.htm Acesso em: 5.11.2018

Heinrich Böll Foundation. **Atlas da Carne: fatos e números sobre os animais que comemos**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2016. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/tags/atlas-da-carne> Acesso em: 5.11.2018

Heinrich Böll Foundation. **Atlas do Agronegócio: fatos e números sobre as corporações que controlam o que comemos**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/atlas-do-agronegocio> Acesso em: 5.11.2018

HOSSAIN, Naomi. **Inequality, Hunger, and Malnutrition: power matters**. Global Hunger Index, 2017. Disponível em: <http://www.globalhungerindex.org/pdf/en/2017> Acesso em: 5.11.2018

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da População Brasileira 2018**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/> . Acesso em: 5.11.2018

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

KRAFT, Steven E. **Use of Natural Resources in a Market Economy Ethical and Legal Perspectives**. In: *International Journal of Social Economics*, volume 15, 1988

LÖWY, Michael. **O Que é o Ecosocialismo?** 2ª ed. São Paulo: Costez, 2014

MANDLE, J.; REIDY, D. (eds). **The Cambridge Rawls Lexicon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014,

PRESTRE, Philippe Le. **Ecopolítica Internacional**. São Paulo: Senac, 2005

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisboa: Editorial Presença, 1993

SANTA HELENA, Eber Zoehler. **Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls**. Brasília: Revista de Informação Legislativa. Nº 178 abr./jun. 2008

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2012

STF. Agravo Regimental no RE com Agravo, **1.104.226/SP**. Primeira Turma. Relator Min. Roberto Barroso, 27/04/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=313795220&tipoApp=.pdf> Acesso em 5.11.2018

THORTON, Philip. **The Impacts of Climate Change on Livestock and Livestock Systems in Developing Countries: a Review of What we Know and What we Need to Know**. Agricultural Systems, 2009. Disponível em: <https://www>.

researchgate.net/publication/223601083_The_Impacts_of_Climate_Change_on_Livestock_and_Livestock_Systems_in_Developing_Countries_A_Review_of_What_we_Know_and_What_We_Need_to_Know Acesso em: 5.11.2018,

UNESCO. **The Green, Blue and Grey Water Footprint of Farm Animals and Animal Products.** Value of Water Research Report Series n° 48, 2010. Disponível em: http://www.waterfootprint.org/media/downloads/Report-48-WaterFootprint-AnimalProducts-Vol1_1.pdf acesso em: 5.11.2018.

O DANO AMBIENTAL EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO E O RISCO: UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO DE DANO

Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim

Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Pesquisadora do Grupo de Pesquisa GP Sustentabilidade Professora do curso de Especialização em Direito Contratual da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e de Direito Civil da Universidade São Judas Tadeu

Resumo:

O presente artigo aborda a complexa questão do dano ambiental extrapatrimonial coletivo partindo da análise do dano no ordenamento jurídico brasileiro, considerando-o na sociedade de risco atual e futura. O dano extrapatrimonial ambiental é estudado no seu aspecto objetivo, pois o interesse a ser protegido tem natureza difusa. Partindo-se da análise da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à concepção de dignidade da pessoa humana, como direito constitucionalmente assegurado, é proposta a aplicação de uma teoria mais moderna de responsabilização civil ambiental considerando-se a equidade intergeracional. A análise das características do dano ambiental e da possibilidade de sua irreversibilidade, em face dos princípios da prevenção e da precaução, nos leva a propor uma nova classificação de dano ambiental, denominando de dano-dano o já efetivado, bem como de dano-risco, o que se configura pela exposição ao risco, ambos indenizáveis.

Palavras-chave: Meio ambiente; Dano extrapatrimonial; Risco.

Dano extrapatrimonial ambiental

Dano

A análise dos artigos 186 e 927 do Código Civil¹ demonstra que o legis-

1 Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, Código Civil. *Lei 10.406/2002*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 20.05 2016).

lador brasileiro entende que constituem pressupostos da responsabilidade civil: a ação ou omissão do agente, o nexo de causalidade e o dano. O elemento culpa será considerado na medida em que se estabeleça a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva, sendo que na primeira constitui elemento da obrigação de reparar o dano e na segunda, não.

Várias definições são encontradas na doutrina, relacionando o dano a ideia de lesão a um bem jurídico, que acarreta a necessidade de reparação. Outras definições atribuem a configuração do dano à diminuição patrimonial, no sentido econômico.

Limongi França conceitua o “dano como a diminuição ou subtração de um bem jurídico.”² A ideia de perda também está presente no conceito de dano, relacionando-o a necessidade de reparação.

Sérgio Cavalieri Filho entende que não pode haver responsabilidade sem dano e lhe atribui a seguinte definição:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral³.

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, segundo Maria Helena Diniz, pois “não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo”⁴. Explica a autora que a responsabilidade civil pressupõe a existência de um dano a um bem jurídico, sendo necessária a prova “real e concreta” dessa lesão. Segundo a autora, “dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”⁵.

Parece que a atual dificuldade reside na aplicação da definição de “dano”, uma vez que a doutrina ao tratar de responsabilidade civil, tradicionalmente levou em conta, ao defini-lo, um evento já ocorrido, ou um *post facto*.

Dano ambiental

Um dano ambiental pode acarretar a reparação da lesão causada ao meio ambiente enquanto macrobem, ou seja, a fim de proteger o meio ambiente

2 FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral in *Revista dos Tribunais*. Ano 77. Volume 631. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 29.

3 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71.

4 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Volume 7: responsabilidade civil*. Op. cit., p. 77.

5 *Idem*, p. 80.

como valor autônomo, sendo este visto como um macrobem pertencente à coletividade, pois o titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pode ser identificado.

Por outro lado, pode ocorrer a proteção do meio ambiente enquanto microbem, ou seja, levando-se em conta os elementos corpóreos que o integra como a água, o ar, a floresta, relacionando-o a interesses individuais afetados.⁶ Nessa hipótese, citamos a poluição provocada pela queima da palha de cana-de-açúcar, que pode causar, paralelamente, um dano ao meio ambiente enquanto interesse difuso e um dano físico subjetivo nos brônquios e na capacidade respiratória, danos relativos a interesse individual.

Cabe esclarecer que utilizamos as expressões dano ambiental coletivo e difuso como sinônimos no presente trabalho, sem o rigor técnico da distinção entre interesse difuso e coletivo em sentido estrito, entendendo ser coletivo *lato sensu*, por ser referente a interesses transindividuais violados.

Dano patrimonial e extrapatrimonial

Com relação aos efeitos jurídicos da lesão⁷ estabelece a doutrina a clássica distinção entre o dano patrimonial ou material de um lado, e de outro, o denominado dano extrapatrimonial ou moral. Limongi França considera que se deve observar não o bem sobre o qual incide, mas a natureza final do prejuízo causado⁸.

Aguiar Dias, com propriedade, observa que a distinção entre dano patrimonial e dano moral “não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado”⁹.

Sérgio Cavaliéri afirma que o dano patrimonial “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima”, esclarecendo que patrimônio é o “conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”.¹⁰ Nesse mesmo sentido Aguiar Dias também atribui a patrimônio um conceito econômico, afirmando que neste sentido, “patrimônio é apenas o conjunto de bens econômicos”.¹¹

O entendimento predominante é de que o dano patrimonial é o que pode ser apreciável economicamente, podendo acarretar uma perda ou diminuição do patrimônio, denominado de dano emergente ou *damnum emergens*,

6 Sobre o assunto ver: MARCHESAN, Ana Maria Moreira, STEIGLEDER, Annelise Monteiro, CAPPELLI, Silvia. *Direito ambiental*. 7ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 36. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 99.

7 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Volume 7: responsabilidade civil*. Op. cit., 108.

8 FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral in *Revista dos Tribunais*. Op. cit., p. 31.

9 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Volume II, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 852.

10 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. Op. cit., p. 71.

11 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Op. cit., p.837.

e/ou frustrar o aumento patrimonial, no denominado lucro cessante ou *lucrum cessans*. Estabelece o artigo 402 do Código Civil que as perdas e danos abrangem, além do que efetivamente o credor perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Não entendemos como sinônimas as expressões dano extrapatrimonial e dano moral, como ocorre comumente na doutrina pátria, pois entendemos ter o dano extrapatrimonial conteúdo mais abrangente do que o dano moral.

O dano moral tem conteúdo mais restrito na medida em que está relacionado diretamente à lesão aos direitos da personalidade, sendo essa noção que a doutrina clássica atribui a essa espécie de dano, relacionando-o à dor, sofrimento psíquico, humilhação.

Entretanto, assim como a doutrina mais moderna vem apontando, o dano extrapatrimonial tem um significado mais amplo, relacionando-se a toda forma de lesão que não tenha caráter econômico.

Bruno Miragem estabelece uma sistematização dos danos extrapatrimoniais subdividindo-os em quatro espécies: a) danos morais em sentido estrito; b) dano corporal; c) dano estético; e d) danos extrapatrimoniais que decorrem da lesão a bens e interesses coletivos (dano moral coletivo).¹²

O dano moral em sentido estrito, explica o autor, não se confunde com o dano moral em sentido lato, ou seja, com a noção abrangente de dano extrapatrimonial. Entende o autor ser dano moral em sentido estrito aquele relacionado a dor ou sofrimento decorrente de lesão à personalidade.

Ao tratar dos danos extrapatrimoniais que decorrem da lesão a bens e interesses coletivos. Bruno Miragem os relaciona com a titularidade do bem jurídico que sofre a lesão, pois a coletividade será a vítima do dano extrapatrimonial, afastando a noção de dor e sofrimento do conceito. Ele aponta situações que pressupõem a existência de interesses difusos e coletivos, como no caso de bens culturais, ambientais, paisagísticos ou urbanísticos e que não possuam necessariamente uma dimensão econômica.¹³

Se antes da Constituição Federal de 1988 ainda havia certa controvérsia sobre a possibilidade de reparação do dano extrapatrimonial, hoje tal discussão já caiu por terra.

Com a previsão expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso V¹⁴, ficou clara a possibilidade de reparação do dano moral com autonomia. Nesse mesmo sentido a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça que estabeleceu que: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

12 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 198.

13 *Idem*, p. 206.

14 Assim dispõe o inciso V do art.5º da Constituição Federal. “Art. 5º (...)V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

Sociedade de risco e o dano

Assim como ocorreu na “evolução dos direitos” proposta por Bobbio¹⁵, as mudanças de paradigmas suscitam sempre novas visões com relação a sociedade e ao próprio direito. Isso também ocorre no direito ambiental, pois a tutela dos interesses que afetavam as sociedades de massas foi a primeira etapa de identificação desse ramo do direito, que até então sequer tinha autonomia reconhecida.

Mauro Cappelletti,¹⁶ jurista italiano, foi quem levantou a questão da complexidade da sociedade contemporânea, face aos conflitos de interesses de massas, que tornam insuficientes as soluções dadas pela tutela meramente individual.

José Joaquim Gomes Canotilho, ao analisar a evolução do direito ambiental no direito português, aponta os efeitos combinados dos vários fatores de poluição e suas implicações globais e duradouras, como o efeito estufa, as mudanças climáticas, a destruição da camada de ozônio e a própria destruição da biodiversidade.

Alerta o autor, que as gerações atuais não devem continuar a agir sem a adoção de medidas restritivas, sob pena de comprometerem de forma irreversível os interesses das futuras gerações. Daí a Constituição Portuguesa falar em “solidariedade para com as gerações futuras”, que impõe a visão de desenvolvimento sustentável, com o aproveitamento racional dos recursos, salvaguardando a capacidade de renovação e estabilidade ecológica.¹⁷

Nesse contexto, Canotilho traz a expressão: Estado de direito ambiental, pois, segundo afirma, o “Estado de direito hoje, só é Estado de direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente”, sendo que o Estado ambiental e ecológico deverá “cumprir os deveres de juridicidade impostos à actuação dos poderes políticos”.¹⁸

Ulrich Beck, filósofo alemão publicou em 1986 o livro intitulado “Sociedade de Risco”, após o gravíssimo acidente ocorrido em Chernobyl em abril de 1986.

Como colocado por Beck, o tema do livro é o prefixo “pós”. Ele afirma que tudo hoje é “pós”. Pós-industrialismo, pós-modernidade, pós-esclarecimento. O autor afirma que escreveu o livro “movido pelo esforço de compreender os conteúdos que o desenvolvimento histórico da modernidade nas últimas duas, três décadas – especialmente na Alemanha Ocidental -, atribuiu a essa partícula”.¹⁹

O desenvolvimento tecnocientífico potencializou os riscos que começa-

15 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

16 CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*, in *Revista de Processo* n. 5, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 128 a 159.

17 *Idem*, p. 3.

18 *Idem*, p. 6.

19 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 11.

ram a surgir após a revolução industrial, e a sociedade de risco, assim denominada por Beck, hoje é caracterizada pela incerteza quanto às consequências das atividades desenvolvidas com as novas tecnologias empregadas.

Questões como o aquecimento global, risco de pandemias incontrolláveis, como, por exemplo, a doença causada pelo vírus Ébola, tecnologias novas que ainda não passaram pelo crivo dos anos nos seus experimentos, justamente por serem novas, como situações que envolvem a telefonia celular, os alimentos produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, os novos “drones”²⁰, cujo uso ainda não está completamente regulamentado²¹, e, como tudo, pode ser usado tanto para o bem como para o mal, dentre diversos outros exemplos que aqui poderíamos mencionar, trazemos denominados por Beck, os “riscos abstratos”.

Esse autor coloca a existência de duas modalidades de risco: o risco concreto ou potencial e o risco abstrato. O risco concreto ou potencial é visível e previsível pelo conhecimento humano. O abstrato é invisível e imprevisível pela racionalidade humana²².

Aponta, ainda, Beck, para o “efeito bumerangue” dos riscos, pois, segundo o autor, “cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles”. Nem os ricos e poderosos estão a salvo²³.

É justamente em razão das novas tecnologias e supostos avanços científicos que entendemos que o direito precisa evoluir. Diante dos novos riscos apresentados e de seus efeitos devastadores, não podemos esperar a ocorrência de uma catástrofe para que depois apareçam as soluções, até porque há situações que põem em risco a própria preservação de nossa espécie no planeta. Não se trata aqui de alarmismo, porém, infelizmente, de realismo. No direito ambiental já está assentada a ideia de que “mais vale prevenir do que remediar”.

Não podemos nos socorrer de conceitos firmados a partir de ideias calcadas em uma realidade ultrapassada. A teoria da responsabilidade civil precisa evoluir, a fim de que haja efetividade para a sociedade. A noção de dano e o

20 Recente matéria publicada na Revista Globo Rural, em maio de 2015, aponta 15 modalidades de usos dos drones na agricultura e pecuária, que vão desde contar e localizar animais perdidos até mesmo tocar uma boiada. (BASTOS, Teresa Raquel. *15 usos de Drones na Agricultura e na Pecuária*. 2015. Disponível em <<http://revistagloborural.globo.com/Noticias/Pesquisa-e-Tecnologia/noticia/2015/05/15-usos-de-drones-na-agricultura-e-na-pecuaria.html>>. Acesso em 18.10.2015).

21 A ANAC tem a Instrução Suplementar 21-002, Revisão A, intitulada “*Emissão de Certificado de Autorização de Voo Experimental para Veículos Aéreos Não Tripulados*”, que orienta a emissão de CAVÉ para Aeronaves Remotamente Pilotadas – RPA com os propósitos de pesquisa e desenvolvimento, treinamento de tripulações e pesquisa de mercado. (BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Instrução Suplementar 21-002, Revisão A*. Disponível em <<http://www2.anac.gov.br/rpas/>>. Acesso em 18.10.2015).

22 LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Dano ambiental na sociedade de risco*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16.

23 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 44.

tratamento jurídico a ele dispensado também precisam adaptar-se a essa nova realidade, aos novos riscos e as novas demandas existentes.

Rui Stoco, mencionando o artigo 944 do Código Civil, que preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, entende como a maior parte da doutrina, que se não há dano, não há indenização, entretanto, ressalta que essa não é a opinião de Teresa Ancona Lopez, que questiona essa afirmação e conclui seu pensamento no sentido de ser perfeitamente possível responsabilidade civil sem dano (apenas sua ameaça), tanto na teoria como na prática.²⁴

Entendemos que não se trata de responsabilidade civil sem dano, e sim de verificarmos o dano sob uma nova ótica, dentro da realidade apresentada ao direito, que precisa de uma revisão de seus conceitos.

A responsabilização pelo dano ambiental extrapatrimonial coletivo em face do dano e do risco: uma proposta de nova classificação do dano

No artigo 3º da Constituição Federal brasileira, no inciso I, está prevista a solidariedade, pois prevê a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. O artigo 225 vem completar essa ideia, ao dispor que cabe a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Poderíamos falar, então, em dano intergeracional?

Patrícia Faga Iglecias Lemos²⁵ entende que a resposta a esta indagação baseia-se na ideia de equidade intergeracional, que é a igualdade que deve existir entre gerações no que se refere ao acesso aos bens ambientais. Para a autora, a responsabilidade hoje deve voltar-se para o futuro: em vez de procurarmos os culpados das ações passadas.

Na medida em que somos guardiões da natureza, o desaparecimento de uma espécie pode configurar um dano intergeracional, bem como o desaparecimento de uma beleza paisagística, turística, afinal, nossos netos, bisnetos, tataranetos, não terão a mesma oportunidade que tivemos de conhecer a beleza natural que foi perdida.

A questão que colocamos é se temos que esperar acontecer a perda do bem ambiental ou sua degradação para falarmos em responsabilização, no sentido de condenação pelo dano ambiental extrapatrimonial, ou o risco de ocorrer essa perda já pode ser considerado um prejuízo, até mesmo intergeracional, na medida em que a ação ou omissão da atual geração já afeta interesse das gerações futuras? É nesse sentido que passamos a propor uma nova classificação de dano ambiental.

24 LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139 *apud* STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. Tomo I. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 176 e 177.

25 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexo causal*. Op. cit., 2012, p. 132.

O dano ambiental na sua acepção de *post factum* é o que denominamos de **dano-dano**, ou seja, aquele já efetivado, porém, cujas consequências podem perdurar por muito tempo, como é o caso do desmatamento de uma determinada área, que acarreta consequências ambientais por muitos anos, pois mesmo que haja a condenação para que se proceda o reflorestamento, com o plantio das mesmas espécies vegetais devastadas e em igual quantidade, deve-se considerar o fator tempo, pois a restituição ao *status quo ante* pode demorar muitos anos para acontecer, isso se acontecer um dia, pois alterações climáticas, do solo, interferências de diversas naturezas podem influenciar para que nunca se atinja uma reparação integral.

A legislação ambiental brasileira, nos artigos 4º, VII e 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, prevê ao degradador a obrigação de restaurar e/ou indenizar o dano (no sentido de prejuízo) ambiental causado. Assim, a primeira opção é a tentativa de restauração do bem ambiental lesado, e, não sendo possível, busca-se a compensação pelo dano causado.

Ainda sob a ótica de uma nova classificação do dano, trataremos a seguir da configuração do dano pela exposição ao risco, o qual denominamos de **dano-risco**, considerando-se o risco concreto e o risco abstrato e seus desdobramentos.

Quando os riscos concretos são ignorados, colocando-se deliberadamente em perigo o meio ambiente, aí entendido no seu conceito de forma mais ampla, estamos diante do dano-risco, isto é, de uma situação em que o dano já existe pelo simples fato de que há exposição ao risco.

Pelos princípios da prevenção e da precaução, em termos ambientais, muito mais vale prevenir do que remediar, até porque o dano pode ser irreparável. Tratamos aqui do risco concreto, visível, conhecido.

A doutrina menciona a ocorrência do dano futuro, com o entendimento predominante de que não há aí dano propriamente, pois ainda não concretizado.

Délton Winter de Carvalho menciona que “alguns autores entendem que o dano ambiental futuro se trata de um dano que, apesar de ainda não concretizado, pode ser descrito como dano certo em razão da realização de estudos periciais”²⁶.

Ele descreve duas espécies de danos ambientais futuros: os danos ambientais futuros propriamente ditos ou *stricto sensu* e as consequências futuras de danos ambientais já concretizados. A primeira espécie é caracterizada com o risco do dano em momento futuro, mas com alta probabilidade ou uma probabilidade determinante de ocorrência futura de danos ambientais em razão de determinada conduta ou atividade. Na segunda espécie, já foi efetivado o dano, porém, deve ser considerada a avaliação dos riscos quanto “às

26 CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 193. O autor aponta que nesse entendimento perfilam-se Álvaro Luiz Valery Mirra e os autores argentinos Jorge Mosset Iturraspe, Tomás Hutchinson e Edgardo Alberto Donna.

consequências futuras desse dano atual em sua potencialidade cumulativa e progressiva”²⁷.

Entendemos que o risco não configura um dano futuro e sim um dano presente, pois a exposição ao risco por si só já configura um dano.

Nesse sentido também é o entendimento de Tereza Ancona Lopez:

(...) será que é possível caracterizar-se como dano (prejuízo) a ameaça ou risco de “danos graves e irreversíveis”? Ou seja, existiria o “dano de risco”? Pensamos que é possível na teoria e na prática. Ainda nos socorrendo do direito à saúde, podemos lembrar de situações em que pessoas tiveram contato com algum vírus, mas não desenvolveram a doença ou porque ainda não passou o período da chamada “janela imunológica”, como no caso da AIDS (hoje essa hipótese é remota), e não é possível ainda averiguar se o exame vai dar positivo ou negativo; ou, então, porque há um lapso de tempo muito grande entre o contato e o desenvolvimento da doença, como no caso da temida “hepatite C”, que leva à cirrose hepática e à morte. Podemos imaginar a hipótese de determinada pessoa ter sido infectada, em transfusão de sangue, pelo vírus da hepatite C, doença que, às vezes, demora 30 anos para se manifestar. Poderá pedir indenização pela ameaça ou risco de desenvolver a doença? O medo constante de ser portador de vírus de doença incurável é, com certeza, dano indenizável. Também poderíamos colocar a hipótese de uma ação civil pública contra o Município do Rio de Janeiro, em nome de toda a população carioca (não somente dos já contaminados), pelo risco de adquirir dengue por falta de precaução da Prefeitura do Rio de Janeiro. O dano aqui é o risco²⁸.

Concordamos com a Profa. Tereza Ancona na medida em que o dano-risco pode ensejar ações de reparação no âmbito individual ou coletivo, e tratando-se da questão ambiental envolvida, entendemos ser mais uma hipótese de condenação por dano ambiental extrapatrimonial coletivo.

No âmbito individual verifica-se que a condenação se dá pela exposição ao risco, envolvendo dano ambiental, como, por exemplo, na decisão a seguir:

INDENIZAÇÃO – Dano moral – Contaminação por produtos químicos despejados por indústria em local próximo à residência das vítimas – Lesados que, à época dos acontecimentos, foram comprovadamente contaminados pela ação degradadora da empresa – Irrelevância da inexistência de traços de contaminação quando da realização de perícia médica no curso da instrução processual – Sofrimento, constrangimento e desconforto evidenciados pelo simples contato com produtos químicos, com potencial risco à saúde dos vitimados - Verba devida – Reparação por dano material indevida, no entanto, diante da não comprovação de prejuízos materiais sofridos com o ato ilícito²⁹.

27 *Idem*, p. 194.

28 LOPEZ, Teresa A. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. Op. cit., 139.

29 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação Cível nº 231.745-*

Na presente decisão não houve manifestação de doença nas vítimas, que sofreram contaminação por grave dano ambiental ocorrido e não haviam mais vestígios dessa contaminação na data do exame pericial, porém, considerou o julgador ser caracterizador do dano moral a exposição, pois, como consta no acórdão, “é inegável a ocorrência de danos morais sofridos pelos apelantes, representados pela exposição a dejetos químicos a que foram submetidos, decorrente de comportamento ilícito da apelada”.

Ora, se no âmbito individual essa exposição ao risco é considerada motivadora para a responsabilização pelo dano moral causado, entendemos ser perfeitamente possível a responsabilização no âmbito coletivo, havendo uma exposição ao risco, acarretando, portanto, dano-risco e a consequente responsabilização na esfera coletiva, porque a coletividade foi exposta de forma difusa. Nesse caso não há que se falar em outra forma, senão a responsabilização pelo dano extrapatrimonial ambiental coletivo causado.

Havendo o dano-risco, demonstrado que afeta a coletividade, entendemos ser possível a condenação pelo dano extrapatrimonial ambiental coletivo. Claro que existe a dificuldade de estabelecimento do nexu causal, face as diversas concausas a que estamos expostos em muitas situações, porém, é uma dificuldade que existe em todas ações ambientais.

A fundamentação legal para tal condenação é a própria Constituição Federal, ao proteger a dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, inciso III, artigo 5º, *caput*, ao garantir o direito fundamental à vida, o artigo 225, *caput* (que garante a sadia qualidade de vida) e § 3º; o artigo 1º, incisos I e VIII, da Lei 7.347/85 (LACP), o artigo 14, §1º, da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do meio ambiente), que estabelece a responsabilidade objetiva do poluidor, bem como os dispositivos atinentes à responsabilidade civil do Código Civil (artigo 927 e seguintes) e ao ato ilícito (artigos 186 e 187).

Deve-se considerar também os princípios do direito ambiental e a legislação pátria ambiental pertinente ao analisar o dano-risco.

Pensem, por exemplo, no risco de perda do patrimônio histórico pela ruína de edifícios em péssimo estado de conservação. Pelo princípio da prevenção não se deve aguardar a ruína total do prédio para que alguma atitude seja efetivada. Pelo contrário, a preservação implica em medidas antecipatórias. A inação por parte do Poder Público ou de particulares, conforme o caso, implica em dano-risco, uma vez que a inércia na manutenção do patrimônio histórico, colocando-o em grave risco de se perder, já é um dano à coletividade, passível de condenação por dano ambiental extrapatrimonial difuso.

Pode-se questionar se teria utilidade prática uma condenação dessa natureza, na medida em que a condenação por dano extrapatrimonial, por maior contrassenso que seja, sendo pecuniária, atribui valor pecuniário/econômico a algo que, o próprio nome diz, é extrapatrimonial. Porém, consideramos que há numa condenação desse tipo o caráter punitivo e pedagógico.

4/4-00. Sexta Câmara “A” de Direito Privado, Relator: Des. Márcio Antônio Boscaro, j. 25/11/2005. Revista de Direito Ambiental 46, ano 12, abr.-jun./2007, p. 338-344.

Nesse sentido concordamos com Patrícia Iglecias Lemos³⁰ no sentido de que a indenização pedagógica é necessária para efetivar a responsabilidade preventiva, já que desestimula outras práticas danosas. Talvez assim a prevenção e a precaução passem a ser efetivadas, concretamente, deixando de serem apenas princípios utilizados de forma retórica por todos, sociedade civil e Poder Público.

Conclusão

Quando tratamos do dano ambiental a visão clássica estabelecida pela doutrina acerca do conceito de dano não é mais suficiente para atingir seu alcance, pois o dano na denominada sociedade de risco ganha dimensões inimagináveis outrora.

A proteção ambiental deve ocorrer da forma mais ampla possível, em obediência aos princípios constitucionais e ambientais e a legislação vigente, que deve ser interpretada levando-se em conta a pós-modernidade. A norma pode perdurar por longos anos, porém a forma de interpretá-la deve ser adaptada pelo intérprete, de tal sorte a atingir os anseios sociais.

Sendo o risco concreto, fica mais fácil a percepção do dano-risco, entretanto, a dificuldade aumenta na medida em que sejam menores os conhecimentos científicos sobre o risco e a exposição da população a ele.

Entendemos que a noção de dano-risco aplica-se tanto ao risco concreto quanto ao abstrato. Porém, a dificuldade de aplicação da responsabilização pelo dano-risco abstrato é muito maior, na medida em que a incerteza científica dificulta, e pode até mesmo impossibilitar, a demonstração do nexo de causalidade.

Entendemos que pode ocorrer a condenação em razão do dano-risco abstrato caso não tenha sido observado o princípio da precaução, ou seja, a população tenha sido exposta ao risco (ainda que suposto), sem que nenhuma medida fundada na precaução tenha sido tomada. O dano ambiental extrapatrimonial revela-se pela perda da qualidade de vida e isto já o fundamenta. A não observância ao princípio da precaução é fundamento para a condenação em função do dano-risco, fundada muito mais pela omissão do que pela ação.

Ora, como já mencionamos, há um limite de tolerabilidade aos riscos, que toda sociedade assume por obter os benefícios de determinadas atividades. Por exemplo, vivenciamos muito recentemente um gravíssimo desastre ambiental envolvendo uma grande empresa mineradora, cuja escala de gravidade ainda nem foi devidamente mensurada. Ninguém desconsidera a importância dessa atividade para nossas vidas, porém, qual o limite desses riscos a serem suportados? Qual é a relação de custo/benefício (custo ambiental/benefício social) que deve ser considerada? A legislação ambiental deve ser interpretada de forma a atender aos anseios da sociedade, acompanhando a

30 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexo causal. *Op. cit.*, p. 138.

evolução social, econômica e, sobretudo, jurídica.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BASTOS, Teresa Raquel. **15 usos de Drones na Agricultura e na Pecuária**. 2015. Disponível em <<http://revistagloborural.globo.com/Noticias/Pesquisa-e-Tecnologia/noticia/2015/05/15-usos-de-drones-na-agricultura-e-na-pecuaria.html>>. Acesso em 18.10.2015.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2013.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Responsabilidade Civil: teoria e prática**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Instrução Suplementar 21-002, Revisão A**. Disponível em <<http://www2.anac.gov.br/rpas/>>. Acesso em 18.10.2015.
- BRASIL, Código Civil. *Lei 10.406/2002*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 20.05 2016.
- BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. *Lei 8.070/1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 20.05.2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. In **Revista de Processo n. 5**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. O princípio do poluidor-pagador e a sua aplicação jurídica: complexidades, incertezas e desafios. In MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da (Coord.). **O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Volume II, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume 7: responsabilidade civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANÇA, R. Limongi. Reparação do dano moral. *In* **Revista dos Tribunais**. Ano 77. Volume 631. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 29-37.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial**. Teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, José Rubens Morato; IGLECIAS, Patrícia Faga (Org.). **Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, José Rubens Morato (Coord.); FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Org.) **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexu causal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MALINCONICO, Carlo. **Trattato di Diritto Amministrativo. I Beni Ambientali**. Volume quinto. Padova: CEDAM, 1991.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MILARÉ, Édis e Coimbra, José de Ávila Aguiar, Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica. *In* **Revista de Direito Ambiental**, vol. 36, outubro-dezembro, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. A imputação da responsabilidade civil por danos ambientais associados às mudanças climáticas. *In* **Revista de Direito Ambiental**, vol. 58, Abr.-Jun., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 223-257.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 231.745-4/4-00**. Sexta Câmara “A” de Direito Privado, Relator: Des. Márcio Antônio Boscaro, j. 25/11/2005. *Revista de Direito Ambiental* 46, ano 12, abr.-jun./2007.

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.471

Natália Rocha Damasceno

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília- UniCeub

Resumo:

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, constata-se que, em torno de 30 anos, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal tem sofrido mudanças consideráveis sobre a interpretação da garantia constitucional à saúde. Nesse contexto de mudanças, verifica-se que atualmente se insurge o recurso extraordinário 566.471, de Repercussão Geral, como uma nova oportunidade para resinificar a demanda e com a promessa de redefinir parâmetros. Assim, com o propósito de examinar o referido recurso – tido como um marco para a judicialização da saúde, a pesquisa investiga as transformações no posicionamento da Corte Constitucional frente a argumentos de cunho orçamentários. Dessa forma, através dos votos já proferidos no julgamento do recurso, realizam-se questionamentos e comentários sobre o proposto até aqui, considerando a concretização do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde; Judicialização da saúde; Reserva do possível; STF; RE 566.471.

Introdução

A judicialização da saúde tomou proporções elevadas no contexto brasileiro. A alta demanda de processos com a pretensão de assegurar a concretização da saúde pelo Estado é fato incontroverso. No que tange ao recurso extraordinário 566.471, são mais de trinta mil processos que se encontram sobrestados, aguardando a decisão do tema para poderem dar prosseguimento à suas demandas, segundo o Conselho Nacional de Justiça¹.

Destaca-se que o citado processo está suspenso desde 2016, estando

1 CNJ. Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Disponível em <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=-true&sheet=STF> Acesso em 24.11.2019

concluso para julgamento desde outubro de 2018 e adiado a continuidade de seu julgamento desde então. Depreende-se, portanto, que o debate nesse momento ganha importância e visibilidade, momento adequado para que se retome com força essa discussão.

Para isso, o presente artigo abordará as transformações de interpretações do Supremo Tribunal Federal sobre a garantia constitucional do direito à saúde, seguindo uma lógica linear: (i) o reconhecimento do direito à saúde; (ii) Audiência Pública nº 4 do STF; (iii) Julgamento da suspensão de tutela antecipada 175; e (iv) recurso extraordinário 566.471. Dessa forma, não só se busca entender atuação do STF no recurso extraordinário 566.471, mas trazer questionamentos quanto à sua efetividade considerando a concretização do direito à saúde.

Há de se ressaltar, também, que o presente artigo não busca exaurir a discussão sobre a questão da judicialização da saúde, mas apenas trazer considerações baseadas na trajetória da Suprema Corte nessas demandas.

O Reconhecimento do Direito à Saúde pelo STF

Após uma série de constituições brasileiras que se omitiam sobre a saúde e não impunham ao Estado o dever de garantir tal direito, foi apenas a partir da Constituição Federal de 1988 que a legislação brasileira, ao conferir tratamento inédito ao tema, reconheceu em seu ordenamento o direito à saúde enquanto um direito fundamental, e atribuiu ao Estado Democrático de Direito obrigações positivas para se construir uma sociedade dignamente humana.²

Percebe-se que a Constituição Cidadã, portanto, trata a matéria da saúde de maneira destacada: traz uma Seção apenas para tratar sobre o assunto, reconhece o direito à saúde como essencial, garante a dignidade à vida humana – que notadamente está ligada à saúde – e, ainda, protege a integridade física e corporal do ser humano³.

À vista disso, ao ler o emblemático artigo 196 da Carta Magna, tem-se: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Logo, com o escopo de preparar o leitor para a análise central da presente pesquisa, se realizará uma breve análise acerca do artigo citado.

Impende ressaltar, portanto, que foi a partir do referido dispositivo que se assegura de forma plural e democrática o direito à saúde para todos, abar-

2 CANOTILHO, J.J. Gomes. *et al.* Comentários à Constituição do Brasil – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Pg. 1925

3 SILVA, M. E. DE A. Direito à Saúde: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, p. 4 - 22, 8 jun. 2017. Pg. 4.

cando esferas individuais e coletivas, além de garantir os efeitos de sua força normativa ao reconhecer o dever de prestação da saúde pelo Estado. Se há o direito fundamental da saúde, também há o dever fundamental de sua prestação⁴.

Considerando o exposto, é através das políticas sociais e econômicas que a prestação deve se dar, observando a necessidade da concretização do direito à saúde a partir de escolhas alocativas e abrangendo dimensões preventiva, promocional e curativa. Portanto, há quem diga que ao invés de “direito à saúde”, seria mais apropriado falar “direito à proteção e promoção à saúde”⁵.

Esse direito apresenta como objetivo a permissão do acesso universal e igualitário às políticas públicas destinadas pelo Estado⁶, como se pode perceber através da implantação do Sistema Único de Saúde – SUS, pois é uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, assegurando a participação de toda comunidade. Entretanto, Ingo Sarlet destaca que apesar da dimensão coletiva e difusa que o direito à saúde possui, “jamais poderá abandonar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e imposterável”⁷.

Ocorre que, a despeito do avanço em 1988 com o reconhecimento do direito à saúde enquanto direito social e fundamental na Constituição, os tribunais superiores demoraram em incorporá-lo. Isso porque foi apenas no ano de 1999 que esse direito foi confirmado em um julgado do Supremo Tribunal Federal⁸, no AI-AgR 238.328 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 16.11.1999 e publicado em 18.02. 2000.

Nessa decisão paradigmática, houve a confirmação da concessão do requerimento de fornecimento de medicamento pelo Estado, considerado como indispensável ao restabelecimento da saúde e a reconhecendo o direito subjetivo do paciente. É como se observa:

COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. [...] SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (BRASIL, 2000a, p. 976).

Verifica-se, assim, o reconhecimento do direito à saúde por um acórdão da Suprema Corte como um verdadeiro marco, funcionando como um definidor de parâmetros para as demandas que a partir daí se instauraram. No âmbito do Distrito Federal, por exemplo, todos os processos em que a parte

4 CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. Op. Cit.. Pg. 1932.

5 *Ibidem*, pg. 1933

6 *Ibidem*, pg. 1934

7 *Ibidem*, pg. 1983

8 PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. RIL, v. 55, n. 218, 2018. Pg.104.

autora requereu a antecipação de tutela entre 2005 e 2008, foram concedidos, chegando a mais de 80 deferimentos⁹, no Rio de Janeiro, o número alcançou 289 liminares concedidas ou parcialmente concedidas¹⁰. Consequentemente, a atuação da Suprema Corte não foi diferente. No período entre 1997 e 2007, o STF decidiu 31 casos relacionados a tratamentos de saúde, com julgados sempre favoráveis aos pacientes¹¹.

Ressalta-se que, com o passar do tempo, apesar dos argumentos de cunho orçamentário despertados por gestores e representantes do Estado, a Corte Constitucional entendeu que as alegações aduzidas não eram suficientemente capazes de ensejar o indeferimento do pleito do paciente. Percebe-se através da ADPF 45 MC/DF de relatoria do Ministro Celso de Mello, de 2004:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Esse panorama retrata fase inicial da judicialização da saúde no Brasil.

Audiência Pública Número 4 do Superior Tribunal Federal

O contexto favorável ao paciente acima descrito funcionou como um efeito multiplicador das decisões, contudo, isso não perdurou por muito tempo. A judicialização trouxe diversas outras questões a serem consideradas, não se esgotando nos argumentos do direito à saúde. Os argumentos de cunho orçamentário tomam força, indaga-se a competência técnica e legítima da justiça para dispor sobre os alocações de recursos das políticas públicas, questiona-se a isonomia das decisões e, consequentemente, a jurisprudência da judicialização da saúde toma novos rumos.

9 DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, v. 5, n. 4, pp. 97-106, 2011, p. 101.

10 VENTURA, M. et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis-Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, 2010, pg. 92-93.

11 WANG, D. W. L.. *Can Litigation Promote Fairness in Healthcare? The judicial review of rationing decisions in brazil and England*. 2013. Tese (Doutorado em Ciências econômicas) – London School of Economics. Londres. 2013, pg. 56.

Assim dá-se a Suspensão de Segurança 3073 e a Suspensão de Tutela Antecipada 91/AL de 2007, onde há a inserção de um novo argumento no mundo jurisprudencial¹². Veja-se trecho da STA 91:

(...). Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. (STF - STA: 91 AL, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 26/02/2007, Data de Publicação: DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167)

O julgado acima desfavorável ao paciente reflete o momento em que as demandas por todo o país passaram a se dividir. Assim, ao passo em que os números dos processos aumentam, o dissídio jurisprudencial toma evidência e resulta na aplicação de critérios destoantes por todo o país, principalmente por não possuírem uma orientação jurisprudencial pacífica e efetiva.

Além disso, percebe-se que o problema da judicialização da saúde não concerne apenas aos operadores do direito, mas aos administradores, economistas, médicos, farmacêuticos, gestores públicos e até de entidades sociedade civil. É a partir daí que se enxerga a necessidade de racionalizar as soluções que se dão aos litígios. Percebeu-se, portanto, que era essencial a participação da comunidade científica, a fim de permitir uma maior coerência e efetivação das orientações que se seguiriam. Assim, surge a figura da Audiência Pública, com o escopo de dar voz a quem pudesse contribuir.

Dessa forma, no ano de 2009, com o objetivo de se esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas na judicialização da saúde, o Superior Tribunal Federal convoca a Audiência Pública nº 4, para que profissionais das mais diversas áreas possam contribuir com a questão, visando ajudar a construir orientações e parâmetros a serem usados nas demandas por todo o território nacional. Era notório, portanto, que a Audiência Pública representaria um verdadeiro marco para a judicialização da saúde no Brasil, e assim ela se consolidou.

A fala do presidente na sessão de abertura bem explicita a situação vivenciada:

Este é o drama que se coloca e que nós vemos muitas vezes, porque os pedidos, em geral, formulam-se inicialmente em sede de decisão de tutela antecipada ou de cautelar, e o juiz se vê às voltas com um sopesamento, com uma ponderação extremamente complexa que há de se fazer de imediato, praticamente sem que se tenha tempo de fazer maiores pesquisas ou estudos, o que justifica ainda mais a necessidade desse processo sofisticado de racionalização que estamos tentando fazer no âmbito desta Audiência Pública. Em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão à sua frente,

12 Ibidem, pg. 56.

que têm nome, que têm suas histórias, que têm uma doença grave, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde.

Então, na realização da Audiência, são apresentados argumentos negativos e positivos, sob os mais variados pontos de vista, sobre a judicialização na ótica das instituições e sujeitos envolvidos no fenômeno. Dessa maneira, entre tantos argumentos e sopesamentos trazidos com a Audiência Pública nº 4 do STF, pode-se reparar como sua consequência a Suspensão de Tutela Antecipada 175, um grande marco para a judicialização da saúde no Brasil, servindo de parâmetro para a resolução de demandas. Passa-se à sua breve análise.

Julgamento Suspensão da Tutela Antecipada Nº 175

A STA 175 reflete a absorção dos argumentos e ponderações da Audiência Pública nº 4, seu julgamento teve o intuito de trazer parâmetros racionalizados com o escopo de pacificar o julgamento das demandas por todo o país. Dessa forma, o Relator da STA 175, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, destacou os seguintes elementos, em síntese:

Primeiro, seria necessário analisar a existência ou não de política pública que abranja o objeto requerido pelo paciente. Se houver política estatal, há o direito subjetivo do paciente. O deferimento, nesse caso, não traz questionamentos da competência do judiciário, uma vez que não cria política pública, mas apenas confere efetividade. Se não houver política pública que garanta a pretensão do requerente, deve-se analisar o motivo: se há (i) omissão legislativa/administrativa, (ii) decisão administrativa não fornecer o medicamento requerido, ou (iii) vedação legal de sua dispensação.

Se houver vedação legal à sua dispensação, ou seja, se o fármaco não tiver registro na ANVISA, como regra o deferimento não seria possível, uma vez que esse registro é condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, além de permitir a análise e ponderação do preço a ser despendido, possibilitando negociações. Todavia, essa regra não seria absoluta: a ANVISA pode dispensar o registro dos medicamentos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso do Ministério da Saúde (Art. 8º, §5º, Lei n.º 9.782/99).

Na hipótese de existir decisão do SUS para o não fornecimento de determinada ação de saúde, a decisão de não custear pode ser por que o SUS fornece tratamento alternativo. Neste caso, deve-se privilegiar o tratamento já conferido pelo SUS, pois obedece a um protocolo baseado em evidências científicas, trazendo segurança aos pacientes. Entretanto, caso se prove que o tratamento conferido não seja eficaz ao paciente, há a possibilidade de deferência do tratamento alternativo.

Por último, se inexistente o tratamento pelo SUS, atesta o Relator que o

Estado não poderia ser obrigado a oferecer um tratamento alternativo experimental. Todavia, se o que se pleiteia é um tratamento alternativo em que se há provas da sua efetividade, o fármaco poderá ser objeto de impugnações judiciais individuais ou coletivas, destacando a ampla instrução processual e lastro arcabouço probatório.

Como visto em apertada síntese, o Ministro Relator Gilmar Mendes utilizou os critérios informados com o escopo de racionalizar a demanda e atribuir parâmetros para o julgamento, resultando em momento histórico para a judicialização da saúde.

Destaca-se que esses parâmetros também vieram ao ordenamento como uma tentativa de causar minoração do número de ações ajuizadas e do despendimento de dinheiro público, vez que são os pontos que mais causam discussão na resolução dessas demandas. Entretanto, não foi o que ocorreu. Em verdade, os números de demandas ajuizadas pleiteando medicamentos ou tratamentos custeados pelo Estado aumentaram de maneira significativa. É o que pode-se concluir através dos relatórios anuais do CNJ.

Desde o ano de 2010 até o ano de 2014, o número das demandas de saúde em curso na justiça Federal e Estadual duplicou, de 100.000 para 400.000 aproximadamente¹³. No ano de 2018, apenas as ações que pleiteiam tratamento/fornecimento de medicamento somaram 980.975 processos, chegando a 2.228.531 no total, segundo o CNJ.

O Recurso Especial 566.471

Diante do aumento da carga judiciária e orçamentária que as demandas resultam, surgem três recursos extraordinários de repercussão geral sobre a matéria, na tentativa de conferir um novo tratamento à judicialização da saúde. Portanto, há o RE 657.718, que discute o dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA; o RE 855.178, que trata da responsabilidade solidária dos entes federados para a prestação de saúde; e o RE 566.471, que será analisado.

Portanto, concentra-se a análise do RE 566.471, que especificamente trata do fornecimento de medicamento de alto custo a quem não tem condição de compra-lo. No caso, o medicamento não era registrado pelo SUS, ou seja, ainda que autorizado pela ANVISA para a venda e compra de medicamento, a administração pública não incluiu em sua lista para dispensação gratuita. Ressalta-se que três votos já foram proferidos, sendo o primeiro do Relator, por óbvio e, os outros dois de votos vista. Desta forma, analisam-se os votos já proferidos, no intuito de traçar considerações sobre sua efetividade, no que concerne à comparação do já instituído na STA 175 e demais questionamentos.

13 PERLINGEIRO, Ricardo. Desjudicializando as políticas de saúde? Revista Acadêmica, v. 86, n. 2, 2015, p. 4

1º Voto – Ministro Relator Marco Aurélio

Verificada transgressão ao mínimo existencial, o direito individual à saúde revela-se imponderável frente aos mais relevantes argumentos de ordem administrativa, como o do comprometimento de políticas de universalização da prestação aos demais cidadãos e de investimentos em outras áreas.

O Ministro Relator, desde o início de seu voto, atesta que os problemas orçamentários não podem obstaculizar a efetividade do previsto constitucionalmente, principalmente quando a questão se trata a respeito do mínimo existencial.

Isso porque, diante da ausência de condições iniciais para vivência digna, os direitos sociais se apresentariam como fundamentais e, por isso, seriam plenamente judicializáveis, ao passo em que o direito à saúde se apresenta como imponderável diante de qualquer argumento de ordem administrativa, não obstante a dimensão objetiva do direito a saúde devesse ficar a cargo de políticas públicas.

O Ministro, então, atesta que a intervenção do Poder Judiciário seria apenas subsidiária, mínima, casual, excepcional e indispensável, estabelecendo os seguintes parâmetros para deferimento do tratamento: 1- Imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito; 2- Impossibilidade de substituição do fármaco pleiteado; e 3-Incapacidade financeira de aquisição .

Os dois primeiros requisitos se apresentariam como elementos subjetivos e objetivos do mínimo existencial passível do dever estatal de tutela. O terceiro requisito, por sua vez, traz a necessidade de comprovação da incapacidade financeira não só da parte requerente, mas de sua família, com base no princípio da solidariedade familiar.

2º Voto Vista – Ministro Luís Roberto Barroso

(...) a escassez de recursos traz contornos dramáticos às decisões alocativas na área da saúde. Afinal, como definir quais prestações fornecer? Quanto destinar ao orçamento da saúde? Quais tratamentos e pacientes priorizar? Como é natural, todas essas indagações devem ser pensadas e respondidas pelos órgãos competentes para a elaboração das políticas públicas de saúde. E não pelo Judiciário.

O Ministro Barroso, em seu voto, divide os parâmetros a serem apresentados em dois cenários:

1º cenário: Demandas judiciais por medicamentos incorporados pelo SUS – Como o medicamento já está incluído na lista de dispensação do SUS, o fármaco deve ser dispensado gratuitamente pelo Estado, independente do custo. Isso porque a dispensação do medicamento já está assegurada pela es-

colha do próprio Poder Executivo, por intermédio de sua função típica: prover políticas públicas. Portanto, considerando o propósito de desjudicializar a saúde, o autor elenca dois critérios para o deferimento de medicamentos padronizados pelo SUS: 1- Prova da adequação e necessidade; e 2- Requerimento prévio realizado frente à Administração Pública.

2º cenário: Demandas judiciais por medicamentos não incorporados pelo SUS – Neste panorama, o autor motiva os critérios a serem definidos a fim de que as demandas sejam reduzidas e racionalizadas. À vista disso, propõe cinco requisitos, sendo cumulativos:

- 1- Incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, como fundamento o princípio da solidariedade;
- 2- Inexistência de decisão expressa desfavorável à incorporação do fármaco pelo SUS, uma vez que a via administrativa seria a ordinária, sendo a judiciária apenas excepcional, em razão de sua falta de aptidão e capacidade técnica dos juristas;
- 3- Inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS. Caso haja algum substituto, o fármaco deve ter efetividade satisfatória para o problema do paciente;
- 4- Eficácia do medicamento pleiteado a partir da Medicina Baseada em Evidências, a fim de que a incorporação se dê apenas quando houver segurança científica em relação à sua eficácia e adequação;
- 5- Propositura da demanda necessariamente feita em face da Justiça Federal, porque somente a União, considerando a Lei nº 8080/90, teria a possibilidade de decidir pela incorporação ou não de uma nova tecnologia de saúde.

Por último, verifica-se a adoção de um parâmetro procedimental: realização de diálogo interinstitucional entre o poder judiciário e entes ou pessoas com expertise técnicas no direito à saúde, com dois objetivos. O primeiro seria aferir a presença dos requisitos acima discriminados, atribuindo mais segurança técnica aos magistrados (Enunciados nº 18, 57, 58 e 2 da II Jornada de Direito da Saúde do CNJ). Caso os requisitos estejam presentes para deferir o medicamento, o segundo objetivo do parâmetro procedimental é a emissão de um parecer pelo órgão competente para incluir o medicamento na lista do SUS. Portanto, o órgão responsável deve apresentar parecer de incorporação ou não do medicamento nesse segundo momento processual.

3º Voto Vistor – Ministro Edson Fachin

Princípio por enunciar a tônica de meu voto, que se pudesse resumir em uma frase, seria “o direito à saúde é a todos assegurado na Constituição” é dever do Estado prover a saúde de todos e desta Suprema Corte assegurar que o Estado proveja saúde para todos.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin aduz que o objetivo central da atuação do Estado deve ser a busca pela promoção de tratamentos e medicamentos universalizáveis, com o escopo de se assegurar saúde para todos. Informa, também, que apesar de abordar uma visão precipuamente coletiva do caso, não se pretenderia, portanto, acabar com a individualização dos casos peculiares.

Nesse sentido, alega que apesar de haver direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, as demandas de implementação de fornecimento de medicamento ainda não incluído na lista de despendimento gratuito do SUS deve se dar, preferencialmente, em ações coletivas ou coletivizáveis, a fim de resultar numa máxima eficácia ao princípio da universalidade que regula o direito à saúde. Destarte, o próprio Ministro aponta seu entendimento com o julgamento da STA 175, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, quando este informa sobre a universalidade da demanda e, em apenas em casos excepcionais, aplica-se a adoção de critérios jurídicos e técnicos.

Portanto, a tutela individual deveria ser excepcional e, para a condenação do Estado a suportar os gastos devem possuir lastro acervo probatório, sendo necessário comprovar:

- 1- Prévio requerimento administrativo, que poderia ser suprido pela oitiva de ofício do agente público por parte do julgador;
- 2- Subscrição preferencialmente realizada por médico da rede pública, pois se presume que a sua escolha já se deu com critérios de exclusão aos fármacos já incorporados pelo SUS;
- 3- Indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional, para facilitar a compra pela administração sem beneficiar indústrias da área;
- 4- Justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública;
- 5- Laudo ou formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, em que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, e os estudos da Medicina Baseada em Evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.

Considerações Finais

Precipuamente, considerando os votos elencados e a trajetória do STF até aqui, é necessário o exame da transformação da interpretação da Suprema Corte sobre a judicialização da saúde. Em pouco mais de 30 anos, desde o reconhecimento da saúde enquanto direito fundamental na Constituição Cidadã, a Corte já apresentou diversas interpretações para os casos análogos de fornecimento de medicamento a quem não tem recursos financeiros a custear

-lo.

Ocorre que, apesar do recurso extraordinário em análise vir como um redefinidor de parâmetros, destaca-se alguns consensos entre os votos proferidos com o julgamento da STA 175, ilustrado por Ramiro Sant'ana: (i) deferência pela Lei 12.401/11, em que as regras de acesso à assistência farmacêutica deve seguir as diretrizes das políticas públicas; (ii) autorização ao magistrado determinar o fornecimento de medicamento em desconformidade com o estabelecido nas políticas públicas, desde que de forma excepcional e justificada; (iii) necessidade de demonstrar que a existente política pública é ineficaz ao caso concreto, ou que ela inexistente; e (iv) referência à Medicina Baseada em Evidências como método de avaliação de novas tecnologias. Ainda em relação a STA 175, o autor também destaca a omissão dos Ministros sobre “a necessidade de se dar tratamento diferenciado aos casos em que não exista política pública alguma estruturada para o agravo de saúde da parte requerente.”¹⁴

No ponto, há de se concluir que os parâmetros dos votos acima elencados, em maioria, não refletem alteração do entendimento do STF sobre a interpretação da judicialização da saúde. Entretanto há de se ressaltar certas hipóteses em que, se introduzidos pela Corte Constitucional, revelariam uma inovação no julgamento dessas demandas. Assim, merece destaque alguns argumentos controversos: (i) incapacidade da parte (ou da sua família) de subsidiar o medicamento pleiteado; (ii) necessária competência da Justiça Federal para resolver demandas de medicamentos não incluídos na lista do SUS; (iii) diálogo interinstitucional; (iv) falta de negativa expressa de incorporação do medicamento pela Administração Pública.

O Ministro Barroso trouxe a necessidade de se atribuir demandas por medicamentos ainda não integrados na lista do SUS para a competência da Justiça Federal. Em consequência, se dá a preocupação de restringir a proteção ao direito à saúde, principalmente porque a Justiça Federal está presente em 10 vezes menos cidades do que a Justiça Estadual, resultando como um possível óbice ao paciente. Além disso, indaga-se sua justificativa para a implementação deste requisito (Lei nº 8080/90), uma vez que a própria Lei também atribui uma responsabilidade complementar aos Estados para a inclusão de novas tecnologias no SUS ¹⁵.

Ademais, o Ministro Barroso também trouxe o requisito procedimental do diálogo interinstitucional. Neste espeque, embora se considere como primordial à resolução adequada de demandas se entende estritamente necessário que haja mais mecanismos e ferramentas para conferir efetividade à sua realização. Portanto, caso o parâmetro seja incorporado, deve se dar reais fer-

14 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. A Judicialização como Instrumento de Acesso à Saúde: Propostas de Enfretamento da Injustiça na Saúde Pública. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Instituto CEUB de Pesquisa E Desenvolvimento – ICPD. Ramiro, Brasília, DF, 2017. pg. 295, 297 e 298

15 *Ibidem*, pg. 302.

ramentas para que a proposta saia do mundo das ideias e se solidifique¹⁶.

Por fim, tem-se a “necessidade da falta de negativa expressa de incorporação do medicamento pela Administração” ou “prévio requerimento administrativo”, tendo como escopo reduzir as demandas judiciais. Isso porque os Ministros que aduziram tais parâmetros (Ministro Barroso e Fachin) usaram como fundamento o fato de que o Poder Judiciário se insere como excepcional para a resolução dessas questões, não sendo uma via ordinária. Entretanto, há quem entenda que esse requisito traria riscos políticos e sociais de adotar um sistema voltado para a população carente, além de que, não se enxergaria embasamento jurídico constitucional para o critério de renda¹⁷.

Apesar dos assuntos controversos acima aferidos, é fato que o direito subjetivo à saúde não mudou, tão pouco a proteção constitucional da dignidade humana atrelado ao mínimo existencial. Entretanto, o que se vê, é que a interpretação da Corte Constitucional vem tomando novas direções. Surge então alguns questionamentos, se o direito positivado não foi alterado, o que mudou então?

Andrea Magalhães destaca que no panorama de crise mundial e profunda escassez, o Judiciário seria visto como uma última alternativa para garantir a redução dos prejuízos sofridos com a crise ou a restituição do estado inicial, envolvendo alocação de recursos públicos. No âmbito da Corte Constitucional, a autora ressalta que a questão é ainda mais complexa, vez que os tribunais superiores assumem protagonismo na resposta jurídica, em decorrência de seus efeitos mais amplos no que tange a resolução das demandas de todo o país, e também no impacto das contas públicas e privadas na promoção de direitos universalizáveis¹⁸.

Portanto, verifica-se que os argumentos de cunho orçamentário ganham cada vez mais força em tempos de crise, o que se constata pela análise da atuação do STF nas demandas de saúde. Enquanto em 1999 até 2007, não se admitia utilizar argumento econômicos para criar óbices na garantia à saúde, percebe-se que os votos analisados do RE 566.471 utilizam novos parâmetros econômicos para a prestação jurisdicional.

Finalmente, resta a dúvida se argumentos de cunho orçamentário têm legitimidade para motivar demandas que discutem garantias fundamentais. Além disso, questiona-se se é possível que alegações econômicas sirvam para a concretização do direito à saúde, ou se apenas se insurgem para distanciar a população da efetivação desses direitos.

Referências

CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. *Comentários à Constituição do Brasil* – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

16 *Ibidem*, pg. 303.

17 *Ibidem*, pg. 299.

18 Magalhães, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática* – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Pg. 23.

CNJ. *Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes obrigatórios*. Disponível em <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=STF> Acesso em 24.11.2019

DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B. **A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito**. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, v. 5, n. 4, pp. 97-106, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. **Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde**. *RIL*, v. 55, n. 218, 2018.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desjudicializando as políticas de saúde? *Revista Acadêmica*, v. 86, n. 2, 2015.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A Judicialização como Instrumento de Acesso à Saúde: Propostas de Enfretamento da Injustiça na Saúde Pública**. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Instituto CEUB de Pesquisa E Desenvolvimento – ICPD. Ramiro, Brasília, DF, 2017.

SILVA, M. E. DE A. **Direito à Saúde: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper**. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, p. 4 - 22, 8 jun. 2017.

VENTURA, M. et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. *Physis-Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, 2010.

WANG, D. W. L.. **Can Litigation Promote Fairness in Healthcare? The judicial review of rationing decisions in brazil and England**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências econômicas) – London School of Economics. Londres. 2013.

O RE Nº 657.718/MG E O DIREITO A MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO A PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS RARAS

Inês Cristina de Souza Vieira

Graduanda da Universidade de Fortaleza (Discente)

Resumo:

A luta pela saúde quando se trata de portadores de doenças raras não começa na justiça, porém, incessantemente o itinerário desses indivíduos antes de alcançar o poder judiciário é esquecido, e, junto a essa ignorância, se rejeita a caminhada árdua de uma vida. À vista disso, perto do fim dessa trajetória, quando já debilitados, os portadores de doenças raras conseguem o ensejo de ingressar com um processo judicial os reveses continuam a acontecer, muitas vezes, de forma ainda mais áspera. Diversas são as barreiras que o Poder Judiciário, no Brasil e no mundo, impõe para a concessão de um medicamento de alto custo, sendo essa matéria um tema extremamente delicado, por essa razão o presente artigo possui o objetivo de realizar uma ponderação factual entre o direito humano e fundamental à saúde e o limite da reserva do possível. De forma gradativa o Poder Judiciário exorbita mais sua função e interfere na esfera administrativa (e, por vezes, legislativa), sendo necessário perceber os limites desse ativismo judiciário. A fim de inquirir sobre essa perplexidade, esse trabalho utiliza uma metodologia de estudo descritivo-analítico, sendo desenvolvida, quanto ao tipo, mediante pesquisa bibliográfica e documental, além de ser qualificada como pura, qualitativa, descritiva e exploratória. Ademais, exhibe o entendimento de Tribunais de diferentes nações ao se tratar da garantia do mínimo existencial, mínimo esse que para portadores de doenças raras envolverá medicamentos de excelso custo. No caso especificamente brasileiro, a atuação do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG desperta controvérsias ao restringir o direito fundamental à saúde com o estabelecimento de requisitos que deveriam ser firmados em sede legislativa e executiva, parecendo dar primazia ao limite da reserva do possível, calcado em uma leitura utilitarista do sistema de saúde, em detrimento da garantia do mínimo existencial. Tal estado de coisas sugere o uso do ativismo judicial em um sentido pouco corrente acerca do tema: a tutela da universalidade do sistema de saúde a partir da constatação da finitude dos recursos públicos em detrimento de interesses (ou mesmo direitos) individuais dos pacientes que demandam os fármacos em questão. Como resultado parcial é

possível inferir que a normatização da saúde, de forma ampla, leva a sua judicialização, pois, quando no âmbito das políticas públicas os entes federativos não cumprem sua função, passa a ser dever do judiciário decidir essas lides e, ainda que por via de um ativismo focado na tutela do sistema (em defesa da universalidade) ou do paciente (em defesa de sua saúde), estabelecer os critérios basilares para garantia do direito à saúde por meio de medicamentos de alto custo imprescindíveis para as pessoas portadoras de doenças raras.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Medicamentos de Alto Custo; Limite da Reserva do Possível; Garantia do Mínimo existencial; Ativismo Judicial.

Introdução

O presente artigo expõe sobre o fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo a pessoas portadoras de doenças raras e como essa temática é analisada pelo poder judiciário quando o provimento desse fármaco é pleiteado por via judicial.

Ao apresentar o tema, alude-se primeiramente em evidenciar como ocorreu a formação do Limite da Reserva do Possível, verificando esse conteúdo com base na decisão do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha nos clássicos casos *Numerus Clausus*, de forma a compreender a definição primária desse limite, que foi intrinsecamente relacionado à razoabilidade da demanda particular exigida sob a coletividade.

Em seguida, se propõe analisar os aspectos do Limite da Reserva do Possível e por consequência as agravadas modificações realizadas em sua interpretação quando aplicado no Brasil. País esse que, ao utilizar a fundamentação da Reserva do Possível, esquece de ponderar se as prestações sociais estão sendo fixas no princípio democrático da maioria e vincula esse limite ao poder da reserva estatal para efetivar as políticas públicas requeridas no processo judicial.

Logo após a abordagem do Limite da Reserva do Possível, se exhibe a concepção de Mínimo Existencial, sua interpretação doutrinária e como ele deve ser buscado pelo Estado, o qual não pode se eximir de prestá-lo, mediante, principalmente, a justificativa da “reserva orçamentária” ou até, de forma errônea, do Limite da Reserva do Possível.

Ademais, é citado como o Mínimo Existencial é interpretado no Brasil, conforme o julgamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, a qual o Ministro Relator Celso de Mello afirma que o Estado não pode se eximir de assegurar condições básicas de dignidade, pois, ao negar o cumprimento de Direitos Fundamentais Sociais, gera a renúncia do reconhecimento desses direitos como verdadeiros.

Outro julgado nesse sentido, também realizado pelo Ministro Celso de Mello, ocorreu no Recurso Extraordinário nº 273.834-4 analisando o forne-

cimento de medicamentos para pessoas aidéticas que não possuíam recursos econômicos para adquirirem os fármacos, sendo deferidos judicialmente com base no direito subjetivo e inalienável estabelecido na Constituição, sendo dever do Poder Judiciário assegurá-los.

Sobre o Mínimo Existencial, por último, é demonstrada sua relação com a Dignidade da Pessoa Humana, visto que esse princípio se relaciona com o núcleo de direitos sociais que precisa ser assegurado a cada indivíduo, devendo o Mínimo Existencial garantir uma vida digna, indo além da mera sua subsistência.

Posteriormente, é evidenciado o que é considerado uma doença rara, quais suas características e consequências, demonstrando como a patologia pode interferir na dignidade da pessoa acometida por ela, podendo aferir se a circunstância de negar ou fornecer o devido medicamento de alto custo à pessoa portadora de doença rara atinge o mínimo existencial desse indivíduo.

Após explicar as particularidades de uma doença rara é possível fazer o comparativo com o fármaco pleiteado e a Dignidade da Pessoa Humana do doente, assim como, explorar os óbices que devem ser postos contra a instrumentalização do portador de uma patologia rara, o qual necessita ser visto sempre como um fim em si mesmo, independente do que seja necessário para assegurar seu Mínimo Existencial.

Ao final é tratado acerca das normas-princípio e como ocorre a ponderação entre elas em cada caso concreto, visto sua convivência conflituosa observando por intermédio da crítica a visão utilitarista a qual pretende atingir o bem-estar da coletividade em detrimento de sacrifícios particulares.

Por último, estreitando essa questão para óptica brasileira, é exposto o Recurso Extraordinário nº 657.718/MG que possibilitou, por um ativismo judicial, o estabelecimento de pilares para a concessão do fármaco, agindo de forma utilitarista e trazendo novas perspectivas sobre o que vem a ser o equilíbrio ideal almejado quando se trata dessa temática.

A Formação do Limite da Reserva do Possível e da Garantia do Mínimo Existencial

A formação do Limite da Reserva do Possível, seus aspectos e sua recepção no Brasil

O Limite da Reserva do Possível, como descrito pelo jurista Schwabe (2005, p. 656), foi empregado de forma pioneira pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*) na decisão dos casos *Numerus Clausus* que tratava sobre a regulamentação para o ingresso no curso de medicina humana na universidade de *Hamburg* e de *Baviera* no ano 1969 e 1970. Nessas demandas, se discutia a restrição de vagas no referido curso, por meio de critérios de seleção para o preenchimento dos futuros estudantes do ensino superior, e a garantia do Art.12, I da Lei Fundamental Alemã da livre esco-

lha profissional e de instituições educacionais para sua formação.

Entretanto, o argumento constitucional alegado não impõe o Estado a dispor para cada postulante, em qualquer momento, os dispendiosos investimentos na área almejada do ensino superior, pois não é coerente que a aplicação estatal se fundamente de forma exclusiva em demandas individuais flutuantes e influenciáveis, de modo que o objetivo pleiteado era irrazoável perante a sociedade (SCHWABE, 2005, p. 656). É compreensível que a vontade de indivíduos particulares não pode definir as políticas públicas governamentais, devendo, ao contrário disso, cada cidadão se vincular ao que foi efetuado em prol do interesse público.

Em vista disso, foi decidido pelo Tribunal Administrativo Federal que não havia violação constitucional ao definir critérios para o acesso ao curso superior, desde que eles sejam racionais e forneçam oportunidade igualitária para todo candidato capacitado ao ensino superior. O referido entendimento fundamenta-se na ideia de que o indivíduo é obrigado a aceitar as restrições de sua liberdade de ação que o legislador institui em virtude da coletividade, quando necessário, devendo, entretanto, permanecer protegida a individualidade do cidadão.

Surgindo, dessa forma, o Limite da Reserva do Possível, conforme Schwabe (2005, p. 663), traz ponderações factuais principalmente sobre as garantias de participação em benefícios estatais, pois aduz que os recursos públicos devem se destinar aos importantes interesses da coletividade, conforme o princípio da igualdade, e não beneficiar apenas uma parte privilegiada da população em seus interesses intrínsecos. Assim, não seria justo adotar condutas que particularizem direitos em demandas judiciais, precisando restringir vontades dispensáveis de determinados indivíduos em alguns casos concretos, desde que o pedido requerido não envolva um sacrifício demasiado por particular, para acolher interesses coletivos.

Observando como se deu a formação desse limite é coerente concordar com Torres (2009, p. 105) quando ele alega que a Reserva do Possível não atua como “o limite dos limites”, mas busca que as prestações sociais se fixem no princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador.

Logo, a Reserva do Possível não é análoga à “reserva orçamentária”, pois esta somente será empregada se o requerimento ao direito social for deferido pelo Legislativo, sendo um revés posterior ao consentimento da aplicação do direito, diferentemente do Limite da Reserva do Possível que está ligado a sua análise, visto que quando se analisa uma demanda jurídica deve-se logo ponderar os impactos de uma decisão singular na vida coletiva da sociedade.

No Brasil, entretanto, a aplicação do Limite da Reserva do Possível se deu de maneira distorcida, sendo ele utilizado de forma errônea nas temáticas que envolvem a judicialização da política orçamentária, estritamente ligado ao limite da reserva financeira, atingindo, inclusive, os processos judiciais que

pleiteiam o acesso a direitos sociais e fundamentais, assim narra Torres (2009, p. 110).

Sob essa realidade do cenário brasileiro, é constatável que o Limite da Reserva do Possível foi utilizado como fundamento de indeferimento judicial quando há ausência de recursos financeiros para efetivação de políticas públicas, evadindo-se totalmente da verdadeira aplicação desse limite, o qual, conforme Sarlet (2012, p. 370), não se preocupa com o poder de disposição ou os recursos dispostos pelo Estado, mas sim se a obrigação de prestar se encontra dentro dos limites razoáveis que se pode exigir da sociedade.

A formação da Garantia do Mínimo Existencial e sua utilização no Brasil

Diversas são as formas utilizadas para se definir o que é o Mínimo Existencial, pois ele não se trata de um rol restritivo de direitos, podendo albergar as mais variáveis temáticas ao depender de cada caso concreto. De acordo com Torres (2009, p. 13) o Mínimo Existencial abrange qualquer garantia, ainda que originariamente não fundamental, considerada em dimensão essencial, inalienável e existencial, sendo a quantidade mínima de direitos sociais sem a qual o indivíduo não tem condição de sobreviver com dignidade.

Em consequência do caráter mais abrangente do mínimo existencial, ele pode carecer de prestações positivas (demandando um estado prestativista) ou negativas (fruto do estado absenteísta). Um exemplo de ação positiva do Estado se concretiza nas prestações judiciais que demandam uma maior onerosidade de despesas e receitas públicas (TORRES, 2009, p. 117), porém, mesmo com esse ônus, doutrinariamente o mínimo existencial não pode ser rejeitado, dado que, nele consiste o mais essencial dos direitos sociais, sendo a garantia individual irrenunciável.

Desse modo, ao se tratar de casos que atingem a esfera vital de uma pessoa é inegável a demarcação desses direitos ao Mínimo Existencial, visto que eles compõem uma garantia fundamental para a manutenção de uma vida digna. Esse caráter imperativo, teoricamente, deve afastar um indeferimento baseado na “reserva orçamentária”, o que gera uma maior preocupação estatal em decorrência da obrigatoriedade irrefutável da sua prestação, pois o Mínimo Existencial se difere dos outros direitos sociais justamente por ser o núcleo material elementar da dignidade humana (CAMARGO et al., 2007, p. 119).

Vale ressaltar a interpretação de Marmelstein (2013, p. 392) a qual afirma que “a proteção ao núcleo essencial é uma ferramenta argumentativa contra leis que restrinjam direitos fundamentais”. Nesse entendimento é demonstrado de forma clara que o Mínimo Existencial, direito que compõe esse núcleo citado, deve ser suficiente para refratar leis restritivas da prestação positiva do estado para garantir a essencial de cada indivíduo.

No cenário brasileiro, o entendimento acerca do Mínimo Existencial foi

expresso pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 promovida contra o veto emanado pelo Senhor Presidente da República que pesou sobre o §2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004 (STF, 2004, online).

Na referida ação, o Ministro Relator Celso de Mello afirmou que a meta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a promoção do bem-estar do homem, não podendo, portanto, o Poder Público em nome da insuficiência de recursos estatais se eximir de assegurar as condições básicas de dignidade aos cidadãos, incluindo além da proteção dos direitos individuais, as condições materiais mínimas de existência digna.

Dessa maneira, o mínimo existencial foi assegurado como prioridade orçamentária, não podendo o Estado se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Semelhante à decisão citada há também o Recurso Extraordinário nº 273.834-4 que pacientes com AIDS destituídos de recurso financeiro pleitearam fornecimento gratuito de medicamento, sendo igualmente o Ministro Relator Celso de Mello que, em seu voto, defendeu que cabe ao Poder Judiciário proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, visto que eles agem como direitos subjetivos e inalienáveis para o indivíduo, devendo, desse modo, prevalecer a qualquer interesse financeiro e secundário do Estado.

Ademais, no Recurso Extraordinário em questão, foi ressaltado que não basta haver a normatização constitucional do direito, é preciso que ele seja integralmente respeitado e plenamente garantido, principalmente quando se trata de prestações positivas do Estado imposta pelo ordenamento. Diante disso, é nítido que os direitos integrantes do Mínimo Existencial, se estendo não somente a condição de subsistência, mas, também à garantia de uma vida digna, como já explicado por Ingo Sarlet, não podem ser ignorados pelo Poder Judiciário, pois ao juiz singular lhe incube a administração da justiça, mesmo que isso pese nas reservas orçamentárias estaduais.

Expandindo-se na temática do Mínimo Existencial, é impossível não o relacionar com a Dignidade da Pessoa Humana, pois nos Estados Sociais a preocupação com os cidadãos se estendia a prestações positivas para assegurar-lhes uma melhora na qualidade de vida, sendo reconhecido a importância desses direitos de forma internacional, sendo um exemplo desse cenário, conforme cita Torres (2009, p. 10), o art. XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1984) a qual garante que:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Assembleia

Entretanto, afirma Torres (2009, p. 53) que com a crise do Estado-Providência e a dificuldade acentuada de fornecer os inúmeros direitos prestacionais que haviam sido garantidos ocorreu a redução dos direitos sociais ao Mínimo Existencial, sendo ele restringido ao último conteúdo dos Direitos Fundamentais, justamente o núcleo irredutível e indisponível para o homem viver com dignidade.

A Dignidade da Pessoa Humana embora seja um princípio atribuído a coletividade, dado que envolve todo o corpo social, possui um aspecto intrinsecamente ligado ao particular, pois, a cada indivíduo deve ser conferido a sua dignidade.

Nessa perspectiva, a Dignidade da Pessoa Humana contém o Mínimo Existencial, uma vez que, de acordo com Sarlet (2012, p. 119) este não pode se restringir ao necessário para o indivíduo sobreviver (a garantia apenas do mínimo vital), pois deve ser intrinsecamente ligado a tal dignidade. Dessa forma, o Mínimo Existencial se estende a qualidade de vida, acompanhando sempre o direito a sua dignidade destinada a cada pessoa.

Medicamentos de Alto Custo e Pessoas Portadoras de Doenças Raras

Doenças Raras e sua definição

Após a explicação de aspecto estritamente jurídico, é preciso esclarecer a definição de doenças raras a serem tratadas neste artigo. De acordo o Ministério da Saúde no Portal do Governo Brasileiro (online) uma patologia se encaixa no rol de doenças raras quando ela afeta até 65 (sessenta e cinco) a cada 100.000 (cem mil) indivíduos, além de não ter cura, ser em regra crônica, progressiva, degenerativa e capaz de levar à morte. Essas características fazem que a maioria dos portadores de doenças raras percam a autonomia para realizar sozinho atividades do cotidiano, diminuindo drasticamente a qualidade de vida dessas pessoas.

Ademais, o Ministério da Saúde no Portal do Governo Brasileiro (online) relata dados alarmantes para os pacientes de doença rara, expondo que 30% (trinta por cento) deles morrem antes dos cinco anos de idade, uma vez que 75% (setenta e cinco por cento) dessas patologias afetam crianças, isso ocorre em decorrência de 80% (oitenta por cento) de todos os casos têm origem genético-hereditária.

É perceptível que uma simples exposição das características de uma doença rara demonstra a importância do fármaco capaz de reduzir complicações e sintomas na vida das pessoas acometidas por uma patologia dessa natureza, sendo capaz, muitas vezes, de restituir a dignidade fruto da autonomia que foi retirada pelas complicações da doença.

Assim, o direito fundamental à saúde é prestado por intermédio de fármacos que são capazes de restituir a dignidade da pessoa humana, pois restringem as mazelas causadas pelas doenças raras, sendo parte do Mínimo Existencial desse grupo de indivíduos, visto que, como já explicitado acima, esse núcleo de direitos sociais inalienáveis podem ser diferentes conforme a realidade de cada sujeito.

O acesso a Medicamentos de Alto Custo como forma de concretização do Direito Fundamental à Saúde: Uma proteção da Dignidade da Pessoa Humana do Paciente

Como dito, o medicamento de alto custo quando aplicado na vida de um portador de doença rara pode dar-lhe a dignidade que muitas vezes a patologia retira, sendo a materialização do direito fundamental à saúde. Ao ignorar essa realidade, ocorre a instrumentalização dessas pessoas, ignorando que, embora as restrições causadas pela doença sejam diversas, elas ainda são sujeitos dotados de autonomia e também devem gozar do direito à saúde estabelecido na Constituição, mesmo que nesse caso concreto se exija um esforço mais acentuado do Estado para fornecer-lhes a prestação necessária.

Afirma Camargo et al. (2007, p. 125) que o núcleo de direitos fundamentais a dignidade pode se fazer presente de forma variável, sendo necessário a delimitação dos bens e utilidades indispensáveis, dessa forma, é plenamente plausível a interpretação que o medicamento de alto custo faz parte da dignidade humana das pessoas acometidas por doenças raras na presente questão, pois esses fármacos são imprescindíveis para a manutenção da vida do portador.

Ademais, a “dignidade humana consiste em um atributo resultante da noção de que toda pessoa é *um fim em si mesmo* e que, por essa razão, não deve ser tratada como mero instrumento ou objeto” (CAMARGO et al., 2007, p. 118) essa visão baseada na filosofia Kantiana é vista como “fórmula objeto” para se examinar quando estaria ocorrendo a violação do núcleo fundamental dos direitos essenciais.

Levando esse pensamento para o requerimento de medicamento de alto custo pelo portador de doença rara seria possível afirmar que a saúde do doente deve virar prioridade nas políticas públicas, visto que se ele é analisado como um fim em si mesmo a sua condição de ter uma vida mais digna e até prolongada precisa ser garantida integralmente.

Sob esse viés também é afirmado, conforme Camargo et al. (2007, p. 117), que não incube ao legislador definir o conceito de Dignidade da Pessoa Humana, sendo sua função apenas consagrar as formas necessários para sua proteção, promoção e concretização, desse modo, igualmente não cabe ao Poder Judiciário discernir um conceito fixo sobre esse princípio, precisando assegurá-lo em cada caso que o pleitear, como se trata do referido litígio de fornecimento do fármaco.

Caso o princípio da Dignidade da Pessoa Humana não seja seguido e o Estado aja de forma degradante e aviltante, ocorrendo uma limitação no fornecimento do fármaco, logo, uma restrição ao direito fundamental à saúde, em detrimento do suposto Limite da Reserva do Possível ou da Reserva Orçamentária ocorrerá a instrumentalização da pessoa, tratando-a não mais como indivíduo, sujeito de direitos, e sim como objeto.

O Recurso Extraordinário nº 657.718/MG o Ativismo Judicial Utilitarista

Relato do caso e conexão com julgado anterior

No Recurso Extraordinário nº 657.718/MG foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal a questão do fornecimento de medicamentos que não possuem registro na ANVISA (Agência de Vigilância Sanitária), sendo necessária, conforme o entendimento prevalecente, a imposição de requisitos para o deferimento do fármaco pleiteado judicialmente.

O Ministro Relator Marco Aurélio ressaltou que não podem os juízes e tribunais buscando dar efetividade ao direito constitucional à saúde, colocá-la em risco pelo fornecimento estatal de medicamentos que ainda não possuem o consenso científico da ANVISA.

Ao tratar dessa temática o Ministro Alexandre de Moraes defendeu que a questão de fármacos concedidos judicialmente não envolve o conflito de um particular contra o Estado, mas sim um atrito na destinação da arrecadação estatal que é finita entre a saúde coletiva e à saúde do particular que exigiria uma destinação monetária fora do planejamento de uma política pública.

De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes, mediando esse conflito, o Poder Judiciário deve agir impedindo que o dinheiro investido no individual venha a prejudicar o coletivo, pois, caso essa prática seja cometida pelos juízes singulares, a cada liminar proferida o valor será retirado da coletividade, podendo se atingir não uma universalidade, mas uma seletividade do direito à saúde.

Outro caso relacionado também com direito fundamental à saúde foi o Recurso Extraordinário nº 566.471/RN o qual trata do fornecimento de remédios não incluídos Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional que são destinados ao tratamento das enfermidades “miocardiopatia isquêmica” e “hipertensão arterial pulmonar” que foram recusados pelo Estado do Rio Grande do Norte.

Na decisão dessa temática o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento que o fornecimento desses medicamentos não incluídos nas políticas públicas somente deve ocorrer em casos de notória imprescindibilidade, com base na adequação e na necessidade do caso concreto, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do autor e dos membros

da família solidária.

Percebe-se que apesar de serem fixos padrões expressos na referida decisão não se isentou o Estado de garantir o Mínimo Existencial do indivíduo enfermo, visto que, ao definir que é fundamental a análise de cada caso concreto para se estabelecer se o fármaco é ou não imprescindível se trata justamente de aferir se o medicamento faz parte da Dignidade da Pessoa Humana do autor e sendo ele a única via de garanti-la na ausência de recursos financeiros familiares, o Estado tem a obrigação de concedê-lo, independentemente de, como alegado pelo Estado do Rio Grande do Norte, reserva orçamentária.

O sopesamento de normas-princípio em Robert Alexy e a crítica de utilitarismo

Ao analisar as normas-princípio uma de suas características mais acentuadas é a convivência antinômica, de modo que duas normas-princípios coexistem devendo ser ponderadas em cada caso concreto e a prevalência de uma delas em determinado litígio não se estende para os posteriores. Ávila (2004, p. 30) baseado nas ideias de Robert Alexy explica que os princípios colidentes somente têm a sua realização normativa limitada reciprocamente, não ocorrendo, entretanto, a declaração de invalidade de um deles.

De fato, se dois princípios colidem um deles terá que ceder, ocorrendo um sopesamento o qual definirá a primazia de um princípio em face do outro em determinada circunstância, preferência essa que não vinculará conflitos advindos de outras condições, assim explica Alexy (2006, p. 93).

Ao se tratar de ponderação entre os princípios a corrente utilitarista, criada por Jeremy Bentham, afirma que a busca pela felicidade humana está vinculada a redução das dores e o aumento de prazeres (hedonismo), sendo essa equação voltada para a administração de interesses conciliáveis, porém, essa corrente é responsável pela transformação do fim em meio, visto que para o utilitarismo, o bem-estar no cômputo geral da satisfação coletiva estaria acima dos direitos individuais, sendo a preocupação com o humano, com o indivíduo diminuta (BITTAR, 2014, p. 149-150).

Desse modo, com base no critério custo-benefício utilizado pelo utilitarismo, quando ocorre a colisão de direitos o mais importante é a busca pela felicidade coletiva, sendo esse o método de escolha para a prevalência de uma garantia em detrimento do sacrifício de outro direito, sendo uma das críticas mais acentuadas em relação ao utilitarismo a noção vaga e geral de bem-estar (BITTAR, 2014, p. 150).

Assim, é possível observar que em litígios que envolvem um direito particular e uma determinada privação da sociedade para garanti-lo, o utilitarismo buscando o maior nível de felicidade coletiva, não se preocuparia com o Mínimo Existencial do indivíduo ao negá-lo seu direito, de forma a ferir a Dignidade da Pessoa Humana e objetivar o cidadão.

Vale ressaltar que quando a corrente utilitarista analisa a possibilidade de deferir ou não um direito individual com base na decisão que geraria um maior bem-estar coletivo, a pessoa que necessita da garantia de seu direito para preservar sua dignidade, deixa de ser um *finem in seipso*, haver a instrumentalização do indivíduo ao torná-lo apenas um meio de aferir a felicidade coletiva.

A Criação de requisitos para a concessão de medicamentos de Alto Custo por decisão judicial: Manifesto Ativismo Judicial Utilitarista

Na decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 657.718/MG foram estabelecidos requisitos para o deferimento da solicitação de um fármaco na via judicial, o que refletiu diretamente na concessão de medicamentos de alto custo às pessoas portadoras de doenças raras. Esse ativismo judicial, que delimitou parâmetros não impostos em lei, os quais são:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (BRASIL, 2019).

Ao estabelecer parâmetros fixos para a concessão do fármaco se cria uma barreira dentro do judiciário para analisar aspectos técnicos antes mesmo de haver a preocupação acerca do mínimo existência da parte autora. Nessa realidade, foi definido que é preciso haver o registro na ANVISA para poder pleitear o dispêndio dos cofres da União na aquisição do medicamento, sendo uma exceção para essa regra justamente o caso central discutido nesse artigo, os pacientes de doenças raras, isso em decorrência da baixa atenção que os laboratórios farmacêuticos e a sociedade possuem em relação a essas patologias.

Ocorre que, sendo responsabilidade da parte autora demonstrar o cumprimento dos requisitos para análise e posterior deferimento de seu pedido, cabe a ela buscar o que foi imposto no Recurso Extraordinário, provar a mora irrazoável da ANVISA, a existência de registro em renomadas agências regulamentadoras no exterior ou a inexistência de substituto do fármaco no Brasil.

Entretanto, aferir documentos que comprovem o cumprimento desses

requisitos muitas vezes torna-se outro grande desafio, principalmente mediante a triste realidade de pessoas acometidas por doenças raras que dependem do Sistema Único de Saúde, tendo uma demasiada dificuldade para adquirir um simples laudo ou receituário médico.

Desse modo, quando o Supremo Tribunal Federal se exime de garantir o direito ao Mínimo Existencial do indivíduo que pleiteia o fármaco judicialmente, sendo esse medicamento muitas vezes o artifício de fornecer Dignidade a Pessoa Humana, ele decide visando a maximização da saúde coletiva, de forma que passa a agir com base no critério utilitarista, ignorando o direito fundamental à saúde do enfermo e muitas vezes exigindo o sacrifício da vida do portador de doença rara, o objetivando-o, em razão das políticas públicas coletivas.

Assim, é inegável que o fornecimento estatal de um fármaco de alto custo exige um dispêndio do orçamento estatal e é inegável que milhares de pessoas hipossuficientes sofrem cotidianamente em filas de hospitais e postos de saúde públicos, porém, não é plausível a alegação do Limite da Reserva do Possível, pois nesses casos o doente não está solicitando da sociedade um detrimento coletivo em prol de sua vontade dispensável, ele está requerendo, muitas vezes, o seu direito fundamental à vida que será retirado se não houver o fornecimento de determinado fármaco, logo, sendo ele negado, o Poder Judiciário passa a exigir um sacrifício demasiado por parte do particular em prol do interesse coletivo.

Conclusão

Mediante tudo que foi citado é possível concluir que a normatização da saúde, de forma ampla, leva a sua judicialização, principalmente na escarces de políticas públicas, o que vai exigir em cada caso concreto uma ponderação de normas-princípio por parte do Poder Judiciário, o qual não pode se isentar de decidir as lides que o destinam, ainda que por um ativismo focado na tutela do sistema (em defesa da universalidade) ou do paciente (em defesa de sua saúde).

No Recurso Extraordinário 657.718/MG o Supremo Tribunal Federal julga de forma a estabelecer os critérios basilares para garantia do direito à saúde por meio de medicamentos de alto custo imprescindíveis para as pessoas portadoras de doenças raras, ocorre que ao fazer isso impõe barreiras para a concessão de um direito que, muitas vezes, faz parte do Mínimo Existencial do enfermo, ignorando a dignidade do indivíduo ao deixa-lo à margem do real acesso à justiça.

É fato que nenhum direito fundamental é absoluto devendo sempre ocorrer a análise do caso concreto, aplicando de forma pertinente o Limite da Reserva do Possível ao se ponderar a razoabilidade do que o particular está exigindo não só do Estado, mas da coletividade, sendo nítido, porém, não legitimidade da aplicação desse limite como garantia da reserva orçamentária.

Inferre, portanto, que não há um equilíbrio ideal na concretização da justiça quando se trata de ponderação de direitos podendo a cada caso concreto haver uma nova interpretação adequada, porém, não plausível a exigência de sacrifícios que envolvem o Mínimo Existencial do indivíduo em prol do cálculo dos interesses sociais, devendo ser respeitada a Dignidade da Pessoa Humana em todo conflito específico, de forma que uma vida não pode se manter aquém de uma contingência economia do Estado.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5a. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 04 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Alcirene de Oliveira. Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Portal STF**, online, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN Estado do Rio Grande do Norte. Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Portal STF**. Online, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273.834-4. Município de Porto Alegre. Cristiane Carneiro Bortolaz. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 02 fev. 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ONU. Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. “Nações Unidas”, 25 (I), 1948, Paris, art. 1, <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acessado em 06 de outubro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). Cinquenta Anos de Jurisprudência **do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideu: Konrad-adenauer-stiftung, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira

Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini. Pós-Graduada em Direito Previdenciário e Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada

Resumo:

A presente pesquisa tem por objetivo geral analisar a atuação do Poder Judiciário brasileiro face à judicialização da saúde, em especial a análise das demandas judiciais de concessão de medicamentos na cidade de Curitiba, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, haja vista a crescente demanda de ações atinentes ao direito sanitário. O escopo do artigo analisará, prefacialmente, a expressa previsão constitucional do direito à saúde na Carta Magna brasileira, para então abordar o papel do Judiciário brasileiro, em especial o paranaense, como garantidor do direito à saúde e como meio alternativo de efetivação da respectiva garantia. Em seguida, discorrerá acerca dos perigos do ativismo judicial, na medida em que a concessão de medicamentos pode ocasionar prejuízos e escassez dos recursos orçamentários. A pesquisa visa identificar importantes elementos que caracterizam o tema, dentre os quais os parâmetros decisórios adotados e as alternativas de melhorias sugeridas pelo Poder Judiciário, inclusive observar a recente pesquisa elaborada e divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça sobre o crescimento da judicialização da saúde em 130% nos últimos dez anos. Após a análise de recentes entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em especial a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 657.718, em maio do corrente ano, com reconhecimento de repercussão geral, restou demonstrada a necessidade de atuação por parte dos outros poderes, inclusive com o estabelecimento de diálogo institucional e interdisciplinar, com o objetivo de aprimoramento de políticas públicas para efetivar o direito constitucional à saúde, bem como a devida implementação de futuras políticas que venham a surgir e que versem acerca do direito sanitário. Trata-se o presente estudo de análise empírico-teórica e descritivo, com a utilização de metodologia qualitativa e dados

coletados por meio de consulta pública aos processos judiciais.

Palavras-chave: Brasil; Judicialização; Saúde; Recursos Orçamentários.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 contempla o Direito à Saúde como parte integrante dos Direitos Sociais, bem como dedica à saúde uma seção exclusiva dentro do capítulo que versa sobre a Seguridade Social. Entretanto, embora haja previsão constitucional acerca do Direito à Saúde, o mesmo carece de efetivação por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao Poder Judiciário, em muitos casos, discutir e assegurar o cumprimento de tal direito, o qual, muitas vezes, incorre em decisões diferentes para casos similares.

Deste modo, o presente trabalho visa analisar a atuação do Poder Judiciário brasileiro face à judicialização da saúde, em especial a análise das demandas judiciais de concessão de medicamentos na cidade de Curitiba, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, haja vista a crescente demanda de ações atinentes ao direito sanitário. Neste mesmo sentido, será explanado o campo de atuação do Poder Judiciário, quanto a sua legitimidade em proceder, por meio do exercício jurisdicional, as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e Executivo, ajustando os recursos disponíveis e reservados para o manuseio das políticas públicas, a fim de se promover o mínimo vital de cada indivíduo que compõe a sociedade.

Previsão Constitucional do Direito à Saúde

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CR/88), a Saúde passou a constituir um dos pilares da Seguridade Social, juntamente com a Assistência Social e a Previdência, adquirindo *status quo* de direito fundamental, impondo a atenção democrática para a efetiva concretização de tal direito¹. Nos termos do artigo 196², da CR/88, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ao discorrer sobre o tratamento constitucional atribuído à Saúde pela CR/88, José Afonso da Silva consigna que “é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é levado à condição de direito fundamental do homem. (...)”³. Neste mesmo sentido, José Afonso

1 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13ª reimpressão, p. 25.

2 BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 jun. 2019.

3 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 311.

da Silva⁴ pontua:

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas” (...).

Em princípio, pode-se afirmar que o direito ao acesso à saúde no Brasil é universal e igualitário, possuindo os indivíduos as mesmas condições de acesso ao sistema público de saúde. Muito embora a CR/88 assegure o acesso à saúde a todos e sem distinção, isto não quer dizer que qualquer sujeito, independente da circunstancia, “(...) tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde”⁵, haja vista que a referida Carta também permite a existência de sistemas privativos de saúde, bem como pelo fato de “(...) cada vez mais vozes sustentarem que o particular que contribui para plano de saúde privado não poderá ser atendido pelo SUS, já se vislumbra que a gratuidade em qualquer caso se revela como questionável.”⁶.

Ativismo Judicial: a Atuação e os Limites do Poder Criativo dos Juízes

O termo “ativismo judicial” foi utilizado publicamente pela primeira vez, segundo a doutrina norte-americana⁷, pelo historiador estadunidense Arthur Meier Schlesinger Jr., no ano de 1947, em seu artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*. Neste artigo, Schlesinger fez uma avaliação sobre os membros da Suprema Corte de 1947, a qual era composta, em sua maioria, por juízes nomeados pelo ex-presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt⁸.

4 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 312.

5 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 633.

6 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 633.

7 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 43.

8 Franklin Delano Roosevelt foi eleito, em 1932, o 32º Presidente dos Estados Unidos. Após ser eleito, Roosevelt lançou um amplo pacote de medidas de intervenção economia e social, popularmente conhecido como *New Deal*. Parte das referidas medidas foram anuladas pela Suprema Corte, sob a justificativa de que os poderes de intervenção delegados pelo Congresso ao então presidente eram inconstitucionais, causando descontentamento ao governo e ao setor econômico. Em 1936, Roosevelt foi reeleito Presidente e apresentou ao Congresso o projeto *Court-Packing Plan*, o qual objetivava o aumento da composição da Corte para quinze juízes e estabelecia a nomeação de um juiz adicional, limitado

Ao apresentar o termo “ativismo judicial”, Schlesinger buscou demonstrar que os juizes ativistas utilizavam-se de sua própria vontade para promover as liberdades civis e os direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos. O referido termo foi utilizado em contraposição à “autorrestricção judicial”, segundo a qual a atuação da Suprema Corte deveria ser restrita à vontade do legislador, sem intervenção nas matérias afetas à política.

Para a doutrina tradicional, o ativismo judicial questiona o próprio significado do direito ao inovar a interpretação do texto legal, haja vista que a função do Tribunal está restrita à interpretação do contexto implícito da norma, em conformidade com os precedentes judiciais. Em contrapartida, para as Cortes ativistas é possível ultrapassar os limites impostos pela legislação e afastar os métodos tradicionais de interpretação nos casos que envolvem temas substanciais⁹. Segundo a corrente ativista, a expansão dos direitos individuais está atrelada ao elemento de conduta do magistrado, pois é necessário que o julgador possa demonstrar o seu posicionamento sobre as normas constitucionais, haja vista que parte dos magistrados mantém um posicionamento conservador e outra parte contempla uma visão liberal¹⁰.

Durante os séculos em que prevaleceu o positivismo jurídico¹¹, não havia abertura para práticas ativistas, pois imperava o estrito cumprimento legal, o qual não possibilitava a expansão jurisdicional. Posteriormente, com o surgimento do neoconstitucionalismo, resultado da soma dos conteúdos legislativos com as novas práticas jurisprudenciais, abriu-se caminho para os princípios, dentre os quais estacam-se a ponderação, a proporcionalidade, a razoa-

a seis, para cada outro que ultrapassasse a idade de 70 anos. Muito embora este projeto não tenha obtido apoio popular, partidário e do Congresso, após algumas aposentadorias e falecimentos, Roosevelt nomeou, entre 1937 e 1943, oito novos juizes para a Suprema Corte, os quais eram defensores do *New Deal*. Com a renovação de seus membros, a Corte deixou de lado o ativismo conservador e passou a atuar de modo deferente às medidas intervencionistas apresentadas por Roosevelt, especialmente durante os anos 50 e 60, sob a liderança de Earl Warren na Suprema Corte. Estas duas décadas ficaram conhecidas, popularmente, como *Warren Court* e representam um marco histórico de interferência do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido, ver: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Vargas, Roosevelt e a independência judicial. **Os Constitucionalistas**, 2014. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/vargas-roosevelt-e-a-independencia-judicial>. Acesso em: 20.ago.2019

9 VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25.

10 VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

11 A corrente do positivismo jurídico ou juspositivismo surgiu na França, no início do século XIX. A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução “direito positivo” em contraposição à locução “direito natural”. Embora no século XVIII tenha existido alguma ligação entre o positivismo jurídico e o positivismo em sentido filosófico, aquela não deriva desta, haja vista que o positivismo filosófico surgiu na Alemanha. Para o positivismo jurídico, o direito é considerado um conjunto de fatos, fenômenos ou dados sociais análogos àqueles do mundo natural e o jurista deve se abster de formular juízos de valor. Neste sentido, ver: BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

bilidade e a maximização dos efeitos normativos dos ditames fundamentais¹². Parte da doutrina, inclusive, considera que o ativismo fortaleceu a legislação e desenvolveu uma interessante troca de experiência da *civil law* na tradição da *commom law*¹³.

No contexto contemporâneo, o ativismo possibilita que antigos dogmas sejam utilizados como justificativa para a criação de nova interpretação por parte dos magistrados. O poder de legislar do judiciário culmina em incerteza e insegurança jurídica sobre a correta interpretação do texto legal ou constitucional que deve ser adotada pelo operador de direito¹⁴. Seguindo os parâmetros doutrinários, dentre as principais características do ativismo judicial encontram-se as práticas que afrontam atos de constitucionalidades emanados por outros Poderes, a não utilização de precedentes e a permissão ao juiz para legislar em determinadas situações¹⁵.

O modelo de Estado brasileiro contempla, atualmente, uma ordem materializada, composta por objetos políticos e fundamentada em princípios, a qual se utiliza de técnicas argumentativas para ponderar bens jurídicos tutelados. Nesta hipótese, as normas que derivam de princípios sensibilizam a aplicação pura das regras por parte do julgador, pois exigem uma interpretação construtiva do caso¹⁶. O Estado, ao instrumentalizar a proteção dos direitos fundamentais, encarrega ao Poder Judiciário o resguardo da dignidade humana, pois o referido órgão não é mero expectador das decisões políticas emanadas pelos demais Poderes¹⁷. O exercício da jurisdição constitucional contemporânea está atrelado à efetivação dos direitos fundamentais, no qual o magistrado deixa de se restringir à legalidade e passa a atuar em prol das exigências do Estado Social, ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo¹⁸.

Os magistrados, contudo, devem se atentar aos limites das práticas jurisprudenciais, sob pena de configurar o denominado “governo dos juízes”¹⁹,

12 VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25.

13 TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 53, 2011, p. 137-164. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 20.ago.2019

14 MARTINS, Ives Gandra da Silva. A ditadura suprema do neoconstitucionalismo. **Ius Gentium**, Curitiba, v. 7, n. 1, jan./jun. 2016, p. 133-144. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/235/182>. Acesso em: 20.ago.2019

15 VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

16 VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

17 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 195.

18 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 196.

19 HESPANHA, António Manuel. Governo da lei ou governo dos juízes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **História Constitucional**, n. 12, 2011.

haja vista que os mesmos, diferentemente dos Poderes Legislativo e Executivo, não compõem o quadro eletivo de seus cargos²⁰. Nesta lógica, destaca-se que o juízo constitucional é detentor de uma função central, qual seja, a defesa da Constituição, motivo pelo qual o Poder Judiciário determina os parâmetros de coerência e regularização do ordenamento jurídico através de uma lógica normativa²¹.

Neste sentido, é possível verificar que a figura do juiz como mero aplicador da lei encontra-se ultrapassada, pois houve a incorporação de valores ao texto constitucional para garantir e preservar os direitos, inclusive na hipótese de omissão por parte do Poder Legislativo²². Logo, em conformidade com o texto constitucional atual, o juiz constitucional também é competente para complementar as normas integrantes do ordenamento jurídico e não apenas controlá-las e saneá-las²³.

Deste modo, é possível constatar que o ativismo judicial, ao mesmo tempo em que se tornou uma teoria de conceito negativo, especialmente no tocante à legitimidade de atuação por parte do Poder Judiciário, também buscou acabar com as arbitrariedades legislativas, a fim de garantir os direitos fundamentais²⁴.

A Atuação do Poder Judiciário Brasileiro em Matéria de Direito Sanitário

É possível observar que foram muitas as mudanças que sobrevieram à CR/88 e uma das que merece mais destaque refere-se à atuação jurisdicional. À princípio, constatou-se o aumento repentino dos números de ações ajuizadas com o intuito de tutelar direitos sociais, dentre os quais destaca-se o direito à saúde, nas quais é possível observar que as políticas públicas pleiteadas em tais demandas correspondem às competências legislativas e executivas, portanto, inviabilizadas em um primeiro momento quanto à intervenção estatal. Porém, os magistrados tomaram frente quanto a realização das ações governamentais, sendo aceito pela sociedade sem muitos embargos, e muitas vezes até prestigiados.

Em relação às transformações no âmbito da jurisdição constitucional

Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com>. Acesso em 20.ago.2019

20 CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 196.

21 TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

22 TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na *débâcle* do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, 2016, p. 751-772. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912/pdf>. Acesso em: 20.ago.2019

23 TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

24 TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

conjugada a atuação estatal e os poderes a ela inerentes, é possível pontuar que o juiz, anteriormente visto como solucionador de conflitos, não está mais restrito ao mero cumprimento legal, haja vista que sua função agora está associada ao resguardo dos fundamentos de justiça elencados na Constituição, passando a ser garantidor dos direitos fundamentais²⁵. A concepção de um juiz neutro, que intervinha nas relações jurídicas quando suscitado pelas partes, é substituída por uma visão de concretização constitucional. Isso significa que a neutralidade deu espaço para decisões categóricas, apagando-se a desagregação das decisões judiciais e políticas e abrindo-se espaço para que ambas possam caminhar juntas²⁶.

Há que se observar que a transferência da defesa dos direitos fundamentais para a jurisdição constitucional é um método que causa controvérsias, pois haverá situações em que a intervenção judicial se fará inexecutível, sejam por questões técnicas ou substanciais, pela afronta ao princípio da separação dos Poderes ou até mesmo pelas discrepâncias na aplicação dos direitos prescricionais. Não obstante, é possível constatar que o fenômeno da judicialização da política tem como meta a supremacia constitucional, pois se trata de um direito fundamental que legitima a atuação do Judiciário na efetivação das políticas públicas, ainda que conflitante com os demais Poderes²⁷.

Através da judicialização da política, o Poder Judiciário concede ao sujeito de direitos a chancela estatal que corresponde à efetividade dos ditames fundamentais, não permitindo que os procedimentos governamentais afrontem as prioridades da justiça social. Deste modo, tornam-se claras as dificuldades enfrentadas para proteger, fiscalizar e manifestar a atuação estatal nos casos concretos. A promoção dos direitos fundamentais ocorre através de ações ou omissões dos órgãos estatais.

Cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário a manutenção dos dispositivos constitucionais e seu devido cumprimento. Portanto, o legislador manuseia as matérias constitucionais e o órgão jurisdicional assume a tarefa de resguardar seu texto, de modo direto e indireto. A diferença é que as decisões judiciais repercutem efeitos entre as partes, já a legislação depende de atos executórios para gerar efeitos no âmbito social²⁸.

25 PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, direitos fundamentais e direito administrativo no Brasil. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, v. 16, n. 85, mai./jun. 2014, p. 73-95. Disponível em: <http://www.interessepublico.com.br/?s=robert%F4nio&x=30&y=16>. Acesso em: 20.ago.2019

26 NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 522.

27 TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, mai./ago. 2018, p. 95-112. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547>. Acesso em: 20.ago.2019

28 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro:

À princípio, o texto constitucional reúne uma lista de especificações objetivas interligadas com a quantidade de recursos disponíveis para a execução das políticas públicas, tal como a verba pública destinada à saúde, determinando a satisfação das disposições constitucionais. Teoricamente, verificam-se os percentuais elencados no texto constitucional para efetivação de determinados direitos, em seguida inquire-se a arrecadação dos recursos, averiguando se estão sendo aplicadas as políticas públicas de modo a efetivar os fins dispostos na Constituição²⁹. Caso o Poder Judiciário constate algum descumprimento do texto constitucional, deve conferir as penalidades cabíveis, punindo o responsável pela prática do ilícito, impedindo os efeitos de sua conduta no âmbito social e fazendo-se cumprir o disposto no texto constitucional. Aferir-se, também, se está ocorrendo o resultado almejado pela atuação estatal, ou seja, se de fato os direitos fundamentais estão sendo resguardados³⁰.

Logo após, analisa-se os meios escolhidos pelo Estado e se os mesmos estão atingindo o disposto no texto constitucional. A função das políticas públicas é fornecer o mínimo de eficiência para a realização dos objetivos constitucionais, não deixando dilapidar os recursos disponibilizados, uma vez que estes são escassos frente a todas as necessidades existentes no âmbito social. O intérprete jurídico, exceto em situações particulares, não conseguirá determinar sozinho se uma política pública instituída por uma autoridade é “minimamente eficiente”. Por conseguinte, o controle jurídico das políticas públicas se perfaz com o acesso às informações dos recursos públicos disponíveis, das previsões e execuções orçamentárias³¹.

A previsão constitucional dos planos, diretrizes e metas a serem desenvolvidas por meio das ações governamentais é o que muitas vezes causa a judicialização do direito e seus entrelaces³². O Poder Judiciário acabou por priorizar o controle dos atos e a legalidade destes por parte do Estado, verificando os procedimentos e as efetivações das ações governamentais por todo país, restringindo demasiadamente o poder de discricionariedade do adminis-

Forense, 2009, p. 804.

29 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 809.

30 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 811.

31 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 812.

32 BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 20.ago.2019

trador público³³.

Não se trata apenas de conferir legitimidade ao Judiciário, mas sim de trazer ao polo ativo os destinatários das normas constitucionais, para que na qualidade de cidadãos, disponham de alternativas para usufruírem de determinados bens e serviços essenciais³⁴. Por óbvio, a principal barreira enfrentada diante da implementação das políticas públicas está ligada aos aspectos econômicos. Além disso, existem limites pré-determinados que restringem a sua aplicabilidade no texto constitucional, classificando as prioridades orçamentárias e políticas e distribuindo os recursos de acordo com os ditames legais.

Quando se trata de eficiência pública, refere-se à otimização dos meios disponíveis que atendam as demandas de interesse público, pois a economicidade está inclusa nos parâmetros de efetividade. Logo, a intervenção do Judiciário revela-se plausível para resolução do princípio da ampla tutela jurisdicional, em prol da eficácia dos direitos fundamentais, com o objetivo de verificar se as políticas públicas vêm sendo ineficientes ou se ocorreu alguma omissão para sua satisfação, resguardados eventuais direitos que venham a ser lesados ou ameaçados³⁵.

Sendo assim, a “reserva do possível” deve ser avaliada minuciosamente, pois haverá sempre um empecilho para a manutenção de determinado direito, vez que todos necessitam da dispensa de recursos públicos, e estes são consideravelmente limitados. A doutrina assinala que o maior problema da efetivação das políticas públicas é a escassez de recursos, pois os direitos exigem do Estado prestações positivas. Muitas vezes, devido ao extenso rol de direitos e garantias taxados na Constituição e a desproporcionalidade orçamentária para efetivá-los, o Poder Público acaba por fazer um atendimento deficiente ao cidadão, ou muitas vezes, omite-se em suas execuções³⁶. Neste mesmo sentido, houve a necessidade de estabelecer uma central de direitos que de forma alguma poderiam ser suprimidos, denominados de “mínimo existencial”, com o objetivo de firmar um limite às restrições de direitos, independentemente das proporções realizadas pelo Estado.

Deste modo, releva-se que a “reserva do possível” não terá carácter ab-

33 FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 720.

34 FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 720.

35 FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 733.

36 HEUKO, Guilherme Ramon. A efetividade e a atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 368.

soluta, haja vista que a Carta Magna consagrou ao cidadão um “mínimo vital” para que sua existência seja considerada digna e íntegra³⁷. Outrossim, sabe-se que no Brasil os pleitos envolvendo direitos fundamentais não são completamente atendidos pelo Estado, cabendo à jurisdição constitucional a implementação dos direitos prestacionais, à exemplo das decisões que determinam o fornecimento gratuito de medicamentos. Tal exemplo é um claro modelo de como o juízo atua frente à promoção dos direitos fundamentais.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça elaborou uma pesquisa sobre o crescimento da judicialização da saúde em 130% nos últimos 10 (dez) anos³⁸. Igualmente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 657.718³⁹ com repercussão geral reconhecida, em maio de 2019, por maioria de votos, fixou tese que desobriga o Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa, devendo as ações que objetivem referido medicamento serem propostas necessariamente em face da União.

Para fins do presente trabalho, foram analisados casos idênticos envolvendo a concessão judicial de medicamentos no Estado do Paraná, os quais, a depender do julgador, tiveram resultados distintos⁴⁰. Após a mencionada análise, verifica-se que as decisões proferidas por magistrados, no âmbito brasileiro, em especial no âmbito do Estado do Paraná, variam conforme o julgador, fazendo com que um mesmo tribunal produza decisões totalmente distintas sobre um mesmo tema, em um pequeno lapso temporal⁴¹.

Portanto, conforme sublinhado acima, a reserva do possível não pode ser invocada como um limite incondicional, e nem pode justificar por completo a não efetivação de políticas públicas e dos direitos fundamentais, dentre os quais insere-se o Direito à Saúde. Tal argumentação deve ser apenas um dos aspectos analisados pelo magistrado no momento decisório, buscando sempre a compatibilidade da necessidade da realização da ação governamental

37 HEUKO, Guilherme Ramon. A efetividade e a atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais. *In*: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 370.

38 CNJ. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 20.ago.2019

39 STF. Decisão do STF desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>. Acesso em: 22.ago.2019

40 À título exemplificativo, cita-se a seguinte ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TUTELA ANTECIPADA NEGADA PELO JUÍZO SINGULAR. COLCHICINA PARA TRATAMENTO DE GOTA IDIOPÁTICA. JUSTIFICATIVA MÉDICA DE INEXISTÊNCIA DE ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS NO SUS PARA A MAZELA DO REQUERENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA NOS TERMOS DO ARTIGO 300 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 4ª Turma Recursal - 0002236-06.2019.8.16.9000 - Curitiba - Rel.: Juíza Bruna Greggio - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Juíza Manuela Tallão Benke - J.24.10.2019);

41 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

e a responsabilidade estatal dispendida para alcançar referida meta.

Considerações Finais

Diante das ponderações a respeito da atuação do Poder Judiciário brasileiro face à judicialização da saúde, é possível concluir que o Poder Judiciário busca amparo no texto constitucional e utiliza-se da ponderação de valores e princípios que eventualmente se colidem, podendo requerer o “remanejamento” das finanças públicas para conceder a efetividade aos direitos fundamentais, dentre os quais está inserido o Direito Sanitário.

Tal procedimento, bem como o requerimento de obtenção de créditos suplementares, são atribuídos aos demais Poderes, não pertencendo mais à ceara do Judiciário, uma vez que este apenas corrobora e requer a proteção dos cidadãos no que abrange seus direitos fundamentais e o mínimo deles esperados, determinando que os demais Poderes providenciem e sucessivamente executem os atos e orçamentos oportunos.

Desta forma, o órgão judicante controla a legalidade dos atos estatais, verificando se as medidas adotadas estão surtindo efeitos para efetivação dos direitos fundamentais, dirimindo o juízo de conveniência da Administração. Mais do que isso, conferem legitimidade para que o cidadão titular do direito possa exercê-lo e requerê-lo por meio de demandas judiciais, uma vez que é seu direito gozar de determinados bens e serviços essenciais.

A impossibilidade de atender todas as prestações positivas devido à escassez econômica abriu espaço para o chamado mínimo vital, que restringe determinados direitos indispensáveis para dispor a plenitude da dignidade humana. Ressalta-se que as parcelas orçamentárias destinadas a efetivação de direitos já vêm elencadas no texto constitucional, mas isso não significa uma restrição, uma vez que se o mínimo existencial não está sendo cumprido, haverá que se estabelecer prioridades.

Por isso, a reserva do possível não possui caráter absoluto e nem pode ser entendida como justificativa para a não efetivação dos direitos fundamentais. Isso significa que o Judiciário está autorizado a antepor determinadas políticas frente a outras de menor substancialidade, até que a dignidade humana seja promovida por completo.

Por fim, observa-se que a tutela jurisdicional é invocada quando se está diante de inconstitucionalidades por parte do administrador estatal, desde que plausivelmente atestadas. Ainda, devem restar comprovadas que as medidas tomadas pelo Poder Público, ainda que predominantemente políticas, contrariam texto constitucional. Cabe ao Poder Judiciário identificar quando uma política adotada é ineficiente ou esclarecer as dúvidas provenientes de medidas adotadas que apontam imperfeições.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais

e Controle das Políticas Públicas. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias brasileiras. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em: <https://www.editoriauerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 20.ago.2019

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13ª reimpressão.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 jun. 2019.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Vargas, Roosevelt e a independência judicial. **Os Constitucionalistas**, 2014. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/vargas-roosevelt-e-a-independencia-judicial>. Acesso em: 20.ago.2019

CNJ. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 20.ago.2019

FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HESPANHA, António Manuel. Governo da lei ou governo dos juízes? O primeiro século do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. **História Constitucional**, n. 12, 2011. Disponível em: <http://www.historiaconstitucional.com>. Acesso em 20.ago.2019

HEUKO, Guilherme Ramon. A efetividade e a atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais. *In*: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A ditadura suprema do neoconstitucionalismo. **Ius Gentium**, Curitiba, v. 7, n. 1, jan./jun. 2016, p. 133-144. Disponível em: <https://www.iusgentium.com.br>

www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/235/182.
Acesso em: 20.ago.2019

NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coords.). **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, direitos fundamentais e direito administrativo no Brasil. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, v. 16, n. 85, mai./jun. 2014, p. 73-95. Disponível em: <http://www.interessepublico.com.br/?s=robert%F4nio&x=30&y=16>. Acesso em: 20.ago.2019

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STF. Decisão do STF desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>. Acesso em: 22.ago.2019

TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, mai./ago. 2018, p. 95-112. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2547>. Acesso em: 20.ago.2019

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 53, 2011, p. 137-164. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 20.ago.2019

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na *débâcle* do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, 2016, p. 751-772. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912/pdf>. Acesso em: 20.ago.2019

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O ATIVISMO JUDICIAL

Laísa Domingues Fernandes

Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada

Luana Rochel Pereira

Graduada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Advogada

Resumo:

O tema direito à saúde sob a perspectiva da reserva do possível e o ativismo judicial é o objeto deste trabalho, pois é de extrema importância no ordenamento jurídico, visto a mudança na consideração do Judiciário como meio de concretização de políticas públicas. O objetivo é analisar o direito à saúde, o Sistema Único de Saúde e seus reflexos em relação ao mínimo existencial e ao ativismo judicial, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de pesquisa bibliográfica, teórica, exploratória e explicativa. Constatou-se que a saúde é competência de todos os entes federativos e que carece de implementação e manutenção pela Administração Pública, que alega a reserva do possível. Com essa omissão, cabe ao Judiciário exigir o mínimo à saúde. Concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal entende que a saúde deve ser plena e que o Judiciário pode implementar políticas públicas, garantindo o bem mais importante da pessoa humana: a vida.

Palavras-chave: Direito à saúde; Teoria da Reserva do Possível; Ativismo Judicial.

Introdução

A presente pesquisa tem por escopo principal o estudo do direito à saúde, mormente se considerar a mudança paradigmática que ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro com a recente consideração da via judiciária como meio eficaz de concretização de políticas públicas que atendam aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Com o avanço judiciário, os entendimentos das Cortes Superiores são no sentido de zelar pelo direito do jurisdicionado à saúde, sob a égide do

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. É imperioso, portanto, proceder a sua sistematização, a qual somente poderá ser realizada através do estudo do direito à saúde e suas inovações, principalmente do posicionamento que vem adotando o Supremo Tribunal Federal, em razão deste possibilitar ao cidadão o exercício pleno do seu direito à saúde.

Assim, o motivo que impulsiona a realização desta pesquisa é a aplicabilidade da teoria da reserva do possível e o fenômeno do ativismo judicial como meios a serem observados para a concretização do direito à saúde, sem a pretensão de exaurir o tema. Tendo em vista que a reserva do possível traz consigo a necessária observância do gasto público e, que de outro lado, o ativismo judicial se além ao efetivo exercício dos direitos, indaga-se, portanto se é direito do cidadão o fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo pela rede pública de saúde.

Portanto, considerando que o direito à saúde é um direito fundamental, o que se almeja com o presente artigo é analisar e estudar a aplicabilidade da reserva do possível e o ativismo judicial, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na efetivação deste direito.

Justificar-se-á a presente pesquisa por sua relevância teórica e prática, que tem por consequência no lapso temporal inúmeras proposições de ações que visam a obtenção de fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo, por ser uma responsabilidade do Estado, o que vem sendo cada vez mais frequente no nosso ordenamento jurídico.

Ainda, para uma eficiente compreensão do tema, perfaz-se necessário o estudo do direito à saúde, explicando sua origem, o Sistema Único de Saúde e a sua proteção constitucional como direito de segunda dimensão na Constituição Federal de 1988. Após, o estudo segue direcionado com a explicação da teoria da reserva do possível, o ativismo judicial e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema em estudo.

No aspecto metodológico, foram usadas para a elaboração da monografia, obras doutrinárias presentes em livros, periódicos, legislações pertinentes e jurisprudências, pátrias e estrangeiras.

Direito à saúde no Brasil

Para compreender a problemática existente entre ativismo judicial para a concretização do direito à saúde e a reserva do possível, é necessário, antes de tudo, estudar o que é o direito à saúde por meio de seu conceito, seus princípios norteadores e a forma que tal direito é disponibilizado no Brasil.

Saúde foi conceituada, em 1946, pela Organização Mundial da Saúde, como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

O direito à saúde é um direito social, integrante dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, ou seja, é um dos instrumentos pelos quais se torna viável o exercício de todos os demais direitos e liberdades (SILVA, J., 2014, p. 187).

A classificação do direito à saúde como direito de 2ª dimensão está expressamente prevista no Art. 6º da Constituição Federal brasileira.

Os direitos de segunda dimensão surgiram do impacto da industrialização e dos problemas sociais e econômicos que ela ocasionou. Por ser um direito de segunda dimensão, o direito à saúde exige do Estado um atuar positivo na concretização da justiça social. Abrangem também as “liberdades sociais” (SARLET, 2010, p. 48).

O direito à saúde está tutelado internacionalmente no Art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que afirma que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar”. Para Dirceu Pereira Siqueira e Henry Atique (2010, p. 336), a saúde é, portanto, a “essência na natureza de um ser, absolutamente necessário, indispensável, o núcleo do direito à vida”.

A saúde é, de acordo com o Art. 196, CF, direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida por meio de políticas sociais e econômicas visando diminuir o risco de doença e de outros problemas, como também garantir acesso igual e universal a todas as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo Germano Schwartz (2001, p. 43), saúde é:

[...] um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.

O direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois para se viver uma vida digna é necessário ter saúde. A saúde é essencial para que a dignidade humana seja atingida (SCHWARTZ, 2001, p. 67).

O jurista Dirceu Pereira Siqueira (2011, p. 75) explana que o direito à saúde é:

direito-dever, impondo ao Estado o dever de prestar uma saúde digna e eficaz aos indivíduos, por meio de políticas públicas que visem a assegurar a dignidade da pessoa humana, abrangendo a todos aqueles que compõem a sociedade, efetivando dessa forma, o que a Constituição de 1988 atribui de “[...] obrigação do Estado e direito da sociedade”.

Nesse mesmo sentido, o ministro Celso de Mello, na relatoria do Recurso Extraordinário 271.286/RS, entende o direito à saúde do seguinte modo:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que

seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (BRASIL, 1995, p. 1.157)

O direito à saúde, segundo Pedro Lenza (2012, p. 1.077), possui duas vertentes, como todos os direitos sociais, “a) natureza negativa: o Estado ou terceiros devem abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacionista para implementar o direito social”.

Para a efetiva concretização da saúde, necessita-se do cumprimento de prestações por parte do Estado, conforme disposto na Constituição Federal.

No que concerne ao direito negativo à saúde, a sociedade pode exigir dos órgãos públicos que impeçam ações estatais ou de particulares que coloquem em risco a saúde da população, tendo em vista que “este aspecto reflete um direito de defesa do cidadão frente ao Estado ou mesmo a outros particulares” (SIQUEIRA, 2011, p. 96).

Um exemplo de direito negativo à saúde é a possibilidade de ser declarada inconstitucional uma lei que possua o objetivo de restringir o acesso à saúde apenas para cidadãos de determinada faixa etária, fato este que jamais poderia ser aceito, pois a saúde é um direito previsto constitucionalmente a todos.

Já em relação à natureza positiva, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado (ou até mesmo de outros particulares) a prestação da saúde, seja por meio de “cirurgias, medicamentos, exames, internações ou qualquer outra forma de se efetivar o direito à saúde” (SIQUEIRA, 2011, p. 98).

Tratando-se da competência estatal para efetivar o direito à saúde, ela é dividida em duas espécies, a saber: uma espécie determina quem pode legislar sobre o assunto (competência legislativa) e a outra quem (órgão) tem o dever de cuidar da saúde (SCHWARTZ, 2001, p. 100), que é a competência material, ou seja, quem tem a “capacidade para executar os serviços atinentes a efetivar os direitos à saúde, ao seu cumprimento efetivo” (SIQUEIRA, 2011, p. 83).

A competência legislativa ao direito à saúde cabe, concorrentemente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal, conforme previsão do Art. 24, XII, CF/88.

A União é responsável por editar normas gerais, enquanto os Estados e Distrito Federal são responsáveis por suplementar tais normas.

Apesar de não ter sido prevista a competência concorrente para os Municípios legislar sobre a saúde, o Art. 30, I e II, prevê que compete a eles legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber, ou seja, os Municípios também podem legislar em matéria de saúde desde que seja em relação ao âmbito de seu próprio município.

No que concerne à competência material, esta é atribuída de forma comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, pois o Art. 23, II, CF, estabelece que todos os entes federativos devem cuidar da saúde.

O objetivo da Constituição Federal brasileira ao prever a obrigação da execução da saúde por todos os seus entes federativos foi retirar qualquer obstáculo ao cumprimento de tal direito (SIQUEIRA, 2011, p. 89).

Inclusive, a Constituição agiu com excesso de cuidado, pois em seu Art. 30, VII, CF, determinou que competem aos Municípios a prestação de serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

Ressalta-se que esse excesso de zelo é necessário, pois o direito à saúde é inerente ao ser humano e vital para se viver dignamente (SIQUEIRA, 2011, p. 94).

O Estado brasileiro, de acordo com o Art. 1º, “*caput*”, CF, é um Estado Democrático de Direito e como tal é obrigado a promover a saúde, por meio de ações e serviços públicos, almejando sua aplicação concreta para atingir a justiça social (SCHWARTZ, 2011, p. 50).

Mesmo o constituinte tendo sido prolixo ao trazer diversas previsões e responsabilidades relativas ao direito à saúde, o poder público tenta criar percalços para efetivá-lo.

A inefetividade do direito à saúde não está relacionada com a falta de legislação específica sobre a matéria, mas sim com a falta de implementação e manutenção de políticas públicas adequadas pela Administração Pública.

A saúde depende de políticas sociais e econômicas, e, ainda, de ações e serviços para promoção, proteção e recuperação, de acesso universal e igualitário, para sua efetivação. Segundo Gilmar Mendes (2012, p. 902).

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

Tais políticas devem objetivar reduzir o risco de doença e outros agravos, ou seja, devem atuar de forma preventiva. As ações preventivas foram consideradas prioritárias conforme Art. 198, II, CF (MENDES, 2012, p. 903).

A promoção estabelece um vínculo entre qualidade de vida e saúde. Já a proteção significa uma saúde preventiva (SCHWARTZ, 2001, p. 98).

O acesso universal e igualitário se consubstancia no estabelecimento de um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde e garante uma “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer

espécie”, conforme o Art. 7º, IV, Lei 8.080/90.

O jurista Gilmar Mendes (2012, p. 903) utiliza como exemplo de política pública universal a quebra de patente de medicamentos, como ocorreu no caso do medicamento para o tratamento da AIDS no Brasil.

O Estado brasileiro garante o acesso à saúde por meio do Sistema Único de Saúde (Art. 200, CF), que visa a promover ações e serviços públicos de saúde de forma regionalizada e hierarquizada, organizado de forma descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, assegurando-se a participação da sociedade (Art. 198, CF).

A saúde pode ser prestada tanto de forma pública quanto de forma privada (por contratação ou convênio), que formam uma rede regional, para melhor atendimento às especificidades locais, devendo ser respeitados os princípios da integralidade, igualdade e participação da comunidade (MENDES, 2012, p. 908).

O financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será realizado por meio de recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme previsão do Art. 198, §1º, CF.

Todos os entes da federação são competentes para a realização dos serviços e ações para a promoção da saúde.

O Ministério da Saúde é encarregado da direção nacional do SUS, ele deve elaborar o planejamento estratégico nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal.

No âmbito estadual, compete às Secretarias responsáveis pela saúde de cada Estado-membro a direção do SUS e devem promover a descentralização para seus municípios dos serviços e ações de saúde (Art. 17, Lei 8.080/90).

As Secretarias Municipais de Saúde são a direção do SUS na esfera municipal, são atribuídas a elas o planejamento, programação e organização das ações e serviços de saúde, além de gerir e executar os serviços públicos de saúde (Art. 18, Lei 8.080/90).

A competência do SUS é estabelecida no Art. 200, CF, em um rol exemplificativo, ou seja, é possível que outros diplomas legais prevejam mais atribuições.

Cabe ao SUS, entre outras competências, controlar e fiscalizar procedimentos e produtos; participar da produção de medicamentos, equipamentos e outros insumos; executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica; incrementar o desenvolvimento científico; fiscalizar e inspecionar alimentos, bebidas e águas para o consumo humano; e colaborar na proteção do meio ambiente, inclusive o do trabalho.

Diante do exposto, nota-se que a inefetividade do direito à saúde não está relacionada com a falta de legislação específica sobre a matéria, mas sim com a omissão da Administração Pública em implementar e manter políticas públicas adequadas para garantir a saúde. Aparece, então, a figura do ativismo judicial.

A Teoria da Reserva do Possível e o ativismo judicial

O Poder Judiciário brasileiro vem experimentando nos últimos tempos, o fenômeno do ativismo judicial, de características e dinâmicas constantes, que foram cedidas pelo antigo Estado de Direito ortodoxo, de perfil neutro e limitado, para um Estado mais atuante e criativo, submetido a uma prestação jurisdicional igualmente mais complexa.

Dessa forma, o ativismo judicial se apresenta como uma necessidade da sociedade contemporânea, que pode ter suas lides julgadas por um juiz ativista, cujo escopo é específico, dando a possibilidade de que a prestação jurisdicional seja regulamentada por este, cabendo a ele o reconhecimento do direito pleiteado e com isto tornar possível a imediata fruição do direito, com a decisão final fundada na concretização de princípios e valores estampados na Constituição Federal de 1988.

Historicamente, a expressão ativismo é utilizada desde meados do século XX como referência crítica da atuação do poder jurisdicional por tratar de matérias que seriam de responsabilidade do Poder Legislativo. Do mesmo modo, o termo ativismo também é empregado para desqualificar decisões ou tribunais contrários a determinadas posições estritamente políticas.

A ferrenha crítica ao ativismo judicial decorre, brevemente, de decisões oriundas do Poder Judiciário que não se atém a assuntos típicos levados a sua apreciação, mas sim a matérias que não estariam no âmbito de sua jurisdição, como aquelas de definição de políticas públicas.

Na maior parte das vezes o ativismo judicial encontra relevância na preservação do Estado Democrático de Direito, com decisões guardadas em harmonia com os ditames da Constituição Federal vigente, que visam uma efetivação mesmo que “forçada” dos direitos fundamentais negados ou omitidos pelo Estado, que por sua vez, pode ser compelido a cumprir com suas funções de direitos fundamentais, apresentando-se como um protagonismo judiciário legítimo, desde que as decisões sejam devidamente balizadas.

O Poder Judiciário, investido de sua estrutura de formação e conformação de autoridade, pode exigir da via executiva ou legislativa, a efetivação de direitos consagrados na Constituição Federal, de forma imediata, conforme aduz o artigo 5º, §1º, CF, seja para atender demandas individuais ou coletivas (BRASIL, 2019).

Assim, o Brasil, país de matriz romanista, tem, ainda que excepcionalmente, o Judiciário, como meio ativo para implementação de políticas públicas fundadas na Constituição, nas hipóteses em que os órgãos estatais competentes por descumprirem seus encargos políticos-jurídicos, vierem a comprometer os direitos de segunda dimensão.

Inegável, de outro lado, que a cultura demandista arraigada, de valor cultural e histórico dos brasileiros, de buscarem o processo judicial como único meio adequado para resolução de conflitos mesmo para as demandas que poderiam ter o mérito resolvido na via administrativa, inclusive em relação aos

direitos fundamentais, favorece o enraizamento do ativismo judicial.

Outrossim, no que tange à denominada reserva do possível, esta se constitui como uma limitação fática e jurídica dos direitos fundamentais, res- tritos à possibilidade de disposição material do Estado no que concerne a re- cursos financeiros e a limites jurídicos envolvidos à autorização jurídica do Esta- do para dispor dos recursos existentes, elemento que se relaciona às distribui- ções de receitas, competências tributárias, orçamentárias, legislativas, dentre outras (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29-30).

A reserva do possível tem origem na Constituição Alemã que apesar de não discorrer diretamente sobre direitos sociais, carrega consigo a teoria de que os recursos públicos não são suficientes para suprir a todas as despesas sociais e, para tanto, a destinação do dinheiro público deve ser embasada pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, uma vez que seus representantes são aqueles eleitos pelo povo.

Explica Carlini (2014, p. 121):

A reserva do possível propõe que a prestação por parte do Estado dos elementos essenciais para a garantia do mínimo existencial esteja condicionada aos recursos arrecadados e disponibilizados pelo Esta- do em consonância com o orçamento público. Em outras palavras, sendo o Estado o agente arrecadador e o organizador do orçamen- to, cabe a ele, pela via do Executivo e do Legislativo, construir o orçamento a partir de escolhas que estariam inseridas no âmbito da discricionariedade do Estado.

A teoria reflete a efetividade dos direitos fundamentais, que está relacio- nado às reservas adquiridas através de arrecadação tributária, sendo que são atribuições do Poder Legislativo e do Poder Executivo decidir a destinação do dinheiro público.

No entanto, os administradores devem usar o recurso orçamentário de forma limitada, de acordo com a disposição do artigo 167, II, da Constituição Federal que veda “a realização de despesas ou a assunção de obrigações dire- tas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais” e, do princípio da legalidade da despesa pública (BRASIL, 1988).

Com isso, o Estado invoca o princípio da reserva do possível com o intuito de inviabilizar a efetivação das políticas públicas que guarnecem de respaldo na Constituição Federal, em detrimento, do mínimo existencial, tam- bém garantido pela referida lei, mesmo que de modo implícito.

Assim, é papel preponderante do Estado alocar de modo planejado e organizado os seus recursos financeiros a fim de garantir condições materiais e elementares à dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, no que concerne a reserva do possível e a obrigação do Estado Brasileiro ao acesso do jurisdicionado à saúde, a jurisprudência pátria caminha no sentido de conceder o medicamento ou tratamento custeado pelo Sistema Único de Saúde, pois a teoria em comento não pode ser invocada

com a pretensão do Poder Público de frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas:

MANDADO DE SEGURANÇA: NXXX2012.0001.008112-9-TE-RESINA/PI- CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. 1. A omissão da autoridade coatora em fornecer o tratamento médico indicado pela impetrante afigura-se como um abuso do Poder Executivo, suficiente a autorizar a atuação do Poder Judiciário, uma vez que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da Constituição Federal, é direito fundamental que integra mínimo existencial, não podendo, sua concretização, ficar discricionária ao administrador. 2. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. 3. O princípio proibição do retrocesso impede o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à saúde) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. 4. Segurança Concedida (BRASIL).

Sobre o tema, aduz Batista (2012, p. 35):

Não podemos retirar o foco, o direito à saúde e à vida como prioridade, pois, sem estas garantias as outras perdem sentido. É nesse contexto que a falta de recursos deve ser trabalhada e aprimorada pelos operadores do direito, e não como o limite para a preservação, manutenção e recuperação da saúde nas pessoas, também não se trata de garantir o acesso irrestrito e quaisquer tipos de medicamentos ou tratamento e ignorar a existência de limites financeiros. Uma forma de superação desta problemática seria a interpretação das normas constitucionais e da legislação que rege a forma de funcionamento do SUS.

A possibilidade de o Poder Judiciário implementar políticas públicas já é tema pacificado no Supremo Tribunal Federal:

Incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas preventivas e de recuperação, que fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, da Constituição da República. O sentido de fundamentalidade

do direito à saúde que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas- impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais- que traduz estágio necessário de processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens nº. 20/21, 2000, Malheiros) - Recai sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição[...]. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito- como o direito à saúde- se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitralmente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (BRASIL, 2019).

Ademais, em recente julgamento, precisamente dia 23/05/2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a União, Estados e Municípios tem responsabilidade solidária no fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde. Assim, a Corte mantém entendimento de que os jurisdicionados podem propor ações em face dos três entes da Federação quando o objeto da lide for medicamentos ou tratamento específicos que devem ser custeados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Dessa forma, tendo em vista o litisconsórcio passivo da ação, caberá ao magistrado no caso concreto decidir de quem será a responsabilidade pelo direito à saúde do jurisdicionado.

Logo, todos os processos que estavam suspensos por todo o território nacional aguardando o posicionamento do STF para prosseguimento do feito, deverão ter sua decisão firmada de acordo com o que foi definido no julgamento:

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 (RICHTER, 2019).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento ao que concerne à judicialização da saúde pública, no sentido de que apesar de ser proibido o fornecimento de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância (ANVISA), o magistrado poderá conceder de forma extraordinária o fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde.

Por fim, o Judiciário busca a efetivação dos direitos fundamentais e, para isto, intervém cada vez mais na esfera administrativa, com o intuito de aplicar e efetivar as diretrizes constitucionais, potencializando as pretensões relativas ao direito à saúde do jurisdicionado, levando muitas vezes as matérias para apreciação das Cortes Superiores, resultando em decisões com força normativa, respondendo aos anseios daqueles que buscam no Judiciário a garantia à obtenção do seu bem da vida.

Conclusão

A presente pesquisa, ao analisar a teoria da reserva do possível e a relação destes com o ativismo judicial para a efetivação do direito à saúde no Brasil, demonstrou que o direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão, previsto internacionalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos e assegurado nacionalmente pela Constituição Federal brasileira de 1988 em diversos dispositivos.

A saúde é um direito universal que visa um completo bem-estar físico, mental e social, ou seja, é por meio do acesso à saúde que se consegue a melhor qualidade de vida possível. Portanto, afere-se que o direito à saúde está intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana.

O direito à saúde possui duas vertentes: a negativa e a positiva. A primeira significa que o Estado não pode atuar de forma que coloque em risco a saúde da população. Já a vertente positiva do direito à saúde, é o direito da população exigir o atuar do Estado para a prestação da saúde, disponibilizando medicamentos, procedimentos cirúrgicos, entre outras formas.

A atuação do Estado para a efetivação do direito à saúde deve ocorrer por meio da instituição de políticas públicas universais. No Brasil, o acesso à saúde se dá por meio do Sistema Único de Saúde, previsto no Art. 200, da Constituição Federal.

O Sistema Único de Saúde promove ações e serviços públicos de saúde de forma regionalizada e hierarquizada, organizado de maneira descentralizada, com direção em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral da saúde.

Deste modo, constatou-se que é competência comum de todos os entes federativos, quais seja União, Estados e Municípios, a realização dos serviços e ações para a promoção da saúde.

Embora previstas, as políticas públicas carece de implementação e manutenção pela Administração Pública. Esta cria diversos percalços para a concretização do direito à saúde, principalmente o princípio da reserva do possível.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **STF**: três entes da Federação têm responsabilidade solidária na saúde <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/stf-tres-entes-da-federacao-tem-responsabilidade-solidaria-na-saude>>. Acesso em 25 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02 maio 2019.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Diário Oficial da União, Brasília, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 06 maio 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286 – RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 02 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 03 maio 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Vol. 5, Rio de Janeiro: Revista [Syn] Thesis, 2012, p. 23-32.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 02 maio 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry. **Ensaio sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social**. 1. Edição. Birigui: Boreal Editora, 2010.

A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E O ATIVISMO JUDICIAL-PENSANDO SOBRE A SAÚDE

Ana Maria Godinho Nunes Anátocles

Advogada com atuação em Direito Médico e do Consumidor, formada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro, Mestranda e Doutoranda pela Universidade Autônoma de Lisboa

Resumo:

Este trabalho pretende discutir o que é na realidade o direito à saúde, mas com foco na saúde como mínimo existencial, que na realidade significa o mínimo que o Estado necessita ofertar aos seus cidadãos. Pretende-se encarar a discutida cláusula da Reserva do Possível, matéria esta que foi validada no Tribunal Constitucional Alemão com esclarecimento completamente distinguido e que evita a materialização do mínimo essencial pelo cidadão brasileiro. É de extrema importância que se use na fase de Investigação o método Indutivo para que se chegue à conclusão de que é completamente claro e óbvio o entendimento jurisprudencial de que a saúde é integrada ao Mínimo Existencial e que o Estado não pode se amparar na Reserva do Possível para eliminar tais direitos.

Palavras-chave: Reserva do possível; Ativismo judicial; Saúde; Mínimo existencial.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, do ano de 1988, determina o direito à saúde, com base principalmente nos artigos 6º e 196. Este constitui-se como um direito fundamental social, estando presente no Capítulo II da Carta Magna, que aborda sobre os direitos sociais, disposto no Título II, que assegura os Direitos e Garantias Fundamentais. Dessa forma, o direito à saúde é fundamental, além de consistir em um direito social e, devido a isso, demanda prestação estatal positiva, diferente dos demais direitos fundamentais, que requerem apenas o dever de respeito e proteção, no *non facere* pelo Estado. Trata-se, então, de uma liberdade positiva, um direito constitucional pertencente à segunda geração.

A Lei Maior determinou que tal liberdade deve compreender todos os

indivíduos, fundamentada em acesso universal e isonômico, de maneira a não estar centralizada. A universalidade proporciona oportunidade de acesso por todos os indivíduos, enquanto a igualdade refere-se ao atendimento de todos, sem a existência distinções. A não centralização é retratada na atribuição das entidades federadas direcionarem cuidados à saúde.

Na esfera infraconstitucional, o direito à saúde foi regulamento por meio da Lei nº. 8.080, de 19 de setembro do ano de 1990, que se deu com o intuito de orientar as ações e serviços de saúde. Assim, teoricamente, contamos com a função do Estado de propiciar a implementação do mandamento constitucional, assegurando o acesso universal aos serviços de saúde.

Entretanto, algumas dificuldades se apresentam ao Estado, como a carência de recursos para o atendimento das diversas demandas provenientes da sociedade. O poder público dispõe de recursos financeiros insuficientes e, algumas vezes, envolvidos com outros setores de atuação do Estado. Portanto, é possível compreender que as necessidades são inúmeras, enquanto os recursos públicos efetivadores do direito à saúde mostram-se escassos.

Em uma situação fática, em que o objetivo refere-se à efetivação do direito à saúde, o Estado, comumente, facilita a utilização do princípio da reserva do possível, com o propósito de suprimir a obrigação de concretizar tal direito social, utilizando-se da justificativa de que não há recursos financeiros disponíveis nos cofres públicos.

Nesse sentido, diante do que foi apresentado, uma questão se apresenta: é possível utilizar o princípio da reserva do possível a fim de impossibilitar a absoluta efetividade e cumprimento do direito à saúde?

Teoria da Reserva do possível -Viés histórico

A princípio, o objetivo consiste em proporcionar um subsídio histórico acerca do surgimento da Teoria da Reserva do Possível, visto que, conforme indicado por Carlos de Cabo¹, conceber o direito como técnica social implica no reconhecimento de sua dimensão histórica. Isto é, implica reconhecer que o direito é associado à história, não existindo independente desta. Observar a origem do instituto pode contribuir para a compreensão das intensas desigualdades sociais provocadas pela falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais e a imprescindibilidade de uma maior austeridade no que tange às contas públicas, o que se configura como um aspecto impulsor da alegação da reserva do possível.

Sabe-se que o antigo surgimento da reserva do possível ocorreu no período da Idade Média, com a concepção do *nec ultra vires ou secundum vires*, que defendia o oferecimento de suporte aos pobres pelas comunidades. Tal ideia nos remete ao século VI, que contou com o registro nos anais do II Concílio

1 CABO, Carlos de. Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional. Barcelona: PPU, 1993. v. II, p. 269.

de Tours, realizado na cidade francesa homônima, em 576 d. C.²

A origem mais recente da teoria da reserva do possível se deu em um caso exemplificador denominado de “*numerusclausus P*”, no ano de 1972, ponderado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha. O caso Hochschul-Urteil ou “a decisão sobre as universidades” refere-se à atitude de questionamento da constitucionalidade da lei que determinava a quantidade de vagas do curso de Medicina na Universidade de Hamburg, frente à grande procura por tal curso.³

O Tribunal Constitucional da Alemanha, no caso em questão, determinou os direitos sociais prestacionais, provenientes de modo direto da Constituição, como plenamente exigíveis, contanto que a reserva do possível seja devidamente respeitada.⁴ Tal deliberação estabeleceu que este limite, em situações concretas, como o acesso às vagas em universidades do âmbito público, deve ser determinado pelo legislador, visto que conta-se com a execução de competência própria, com o argumento de que o legislador tem a possibilidade de verificar os interesses sociais e atentar-se ao objetivo econômico estatal, de forma a não criar despesas prescindíveis ou excessivas.⁵

Na Constituição alemã, os direitos fundamentais dispõem de uma aplicação instantânea e concedem ao indivíduo um direito subjetivo. Assim, são diferentes dos direitos prestacionais derivados e originários.

Para a ideologia da reserva do possível, em sua origem, não se considerava somente a carência de recursos, mas a restrição imposta ao direito fundamental. Ao tratar sobre a reserva do possível, Der Vorbe haltdes Möglichen parte do princípio que a obrigação impossível não pode ser demandada (*impossibiliumnullaobligatio est*). Dessa maneira, levar em consideração a carência de recursos orçamentais não se configuraria como uma simples retórica argumentativa.

Em seu princípio, a reserva do possível mostra-se diretamente ligada à noção de que a deliberação acerca do encaminhamento dos recursos financeiros estatais no Estado Democrático de Direito constitui-se como uma atribuição do legislador. O mesmo é responsável por autorizar o orçamento público indicado pelo Executivo. Este, então, concebe projetos e objetivos, que devem passar pela aprovação do Parlamento.⁶

2 SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos, reserva do possível. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 76; e PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

3 GAIER, Reinhard. Pretensões positivas contra o Estado e a reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Trad. Dr. Márcio FlávioMa, jun. 2011, p. 13; e BVerfGE 33, 303 (333) disponível em SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Trad. Leonardo Martins. Montevideú: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

4 GAIER, Reinhard. Op. cit., p. 14.

5 Ibid., p. 14

6 GAIER, Reinhard. Op. cit., p. 15. Solução semelhante é a de solução proposta por MENDES, Conrado Hübner, Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Sociais, Universidade de São

Quando garantidos na esfera infra legal, distantes da estimativa abstrata da Constituição, ou quando o orçamento público que abrange políticas públicas efetivadoras é aprovado pelo legislador, o mesmo passa a garantir os direitos em questão. Sendo este o fundamento da decisão tomada pelo Tribunal da Alemanha.

Na perspectiva de Sgarbossa, esta primeira decisão, que difundiu a reserva do possível, está relacionada ao progresso da segunda geração de direitos, visto que destaca a dimensão econômica na concretização dos direitos sociais como limite fático à normatividade, isto é, como restrição da função do legislador.⁷ Destaca-se na decisão alemã a obrigação constitucional do Estado de assegurar prestações de ordem social.

A questão complexa que se apresenta é a da proporcionalidade entre os poderes. É determinado pelo tribunal alemão que, dado que os direitos de tomar parte são restritos e inexistentes (universalmente) a priori, os mesmos estão sob a reserva do possível, pois é algo que o indivíduo pode esperar da sociedade de forma racional.⁸ Na conjuntura em questão, pode-se afirmar que o Estado da Alemanha tomou as atitudes possíveis no intuito de ampliar o acesso ao ensino superior.

A Teoria da Reserva do Possível, em sua origem, não mostra-se relacionada unicamente à disposição de recursos materiais/financeiros que assegurem a concretização dos direitos sociais, mas também à plausibilidade da pretensão estabelecida diante de sua efetivação.⁹ No contexto brasileiro, em contrapartida, a compreensão e incorporação da teoria, ao ser ajustada à realidade da nação, fez com que esta teoria se tornasse uma teoria da reserva do financeiramente possível, tida como o limite à concretização dos direitos fundamentais prestacionais.

A condição financeira e a estimativa orçamentária passam a se configurar como fundamentos desta deturpação da teoria alemã. Ingo Sarlet¹⁰ apoia esta colocação:

Paulo, São Paulo, 2008; quando este explica o diálogo entre os poderes constituídos.

7 SGARBOSSA, Luís Fernando. Do estado-providência ao mercado-providência: direitos sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal. 2009. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: Acesso em: 5 dez. 2012, p. 80.

8 Em O Federalista n° 48, é demonstrada especial preocupação com o agigantamento do Legislativo: “Parece que nunca perceberam o perigo de usurpações legislativas, as quais, por concentrarem todo o poder nas mesmas mãos, podem dar margem à mesma tirania como no caso das usurpações do Executivo.” (p. 308). E mais adiante: “[...] Em uma república representativa, porém, em que a atuação do Executivo é cuidadosamente limitada, tanto na extensão como na duração de seu poder; onde o Legislativo é exercido por uma Assembleia, credenciada por uma suposta influência sobre o povo e com absoluta confiança em seu poderio; sendo suficientemente numerosa para perceber as tendências que atuam sobre a massa, mas não tanto que se torne incapaz de perseguir os objetivos de suas ambições, utilizando os meios prescritos pela razão – é contra os abusos deste legislativo que o povo deve orientar suas suspeitas e concentrar todas as suas precauções.” (p. 308)

9 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P 56

10 Idem

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial.

Para os que adotam esta perspectiva, a concessão ao Poder Judiciário do papel de efetivar os direitos sociais, ainda que à revelia do legislador, provocaria desacato ao princípio da separação dos poderes e, conseqüentemente, ao pressuposto do Estado de Direito. Nessa perspectiva, a reserva do possível começou a ser usada como um argumento para o alheamento do Estado. Sendo, portanto, um pretexto do Estado para não exercer a função que lhe foi atribuída pela Constituição, de provedor das necessidades sociais, caracterizadas pelos direitos fundamentais e sociais apresentados pela mesma.

Considera-se que tal teoria constitui-se como “fruto de um Direito Constitucional equivocado”, uma vez que em países de Terceiro Mundo, como o Brasil, as demandas básicas da população não são atendidas de modo satisfatório, o que poderia prejudicar o emprego da reserva do possível, que é utilizada em países com maior desenvolvimento sem considerar o conceito do mínimo essencial.¹¹

Judicialização das políticas públicas

A probabilidade de o Poder Judiciário intervir a fim de proporcionar a observância aos limites formais, que são apresentados pela Constituição, não é abordada. No entanto, em relação aos limites materiais, há controvérsias. Refere-se, teoricamente, à denominada Judicialização das Políticas Públicas, que remete à duas questões: é possível obter provimento jurisdicional, por parte do indivíduo ou do Ministério Público, para alcançar a efetuação adequada das políticas públicas? E qual ou quais são as ferramentas passíveis de utilização pelo Judiciário para contribuir para a efetuação de tais políticas?¹²

É preciso apontar que, no contexto brasileiro, o projeto e a aplicação de leis orçamentárias são atribuições exclusivas do Poder Executivo. Em função disso, o conteúdo das políticas públicas e a determinação das preferências orçamentárias são exclusivamente da alçada deste Poder, não sendo possível que haja intervenção do Judiciário na ação discricionária do administrador. Isto implica na questão referente à aplicação de poucos recursos diante das enor-

11 KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

12 Idem

mes demandas sociais.

No entanto, como já foi tratado anteriormente, há limites que se apresentam à atividade do Executivo, sejam elas formais ou materiais, onde manifesta-se a atribuição do Judiciário de instituir o desejo do constituinte. Dessarte, em sede jurisprudencial, este assunto possui muitas controvérsias, sofrendo intensas mudanças de compreensão diante da procura pela concretização dos direitos fundamentais e sociais.¹³ Cabe indicar que a função de efetivar as políticas públicas instituídas na Constituição poderá ser direcionada, mesmo que inusitadamente, ao Judiciário, no caso de os órgãos estatais capacitados, por inobservância às incumbências político-jurídicas estabelecidas sobre os mesmos em caráter mandatório, proporcionarem prejuízos, por meio de tal atitude, à eficiência e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Nesse sentido, no momento atual, devido à sólida posição adotada pela jurisprudência pátria, a “teoria do financeiramente possível” tem sofrido frequente distanciamento, proporcionando um espaço para que o Estado seja responsável por exercer a função que lhe foi atribuída pela Constituição Federal. A teoria da reserva do possível só é passível de utilização como instrumento limite para a concretização dos direitos sociais quando constata-se a falta de recursos financeiros para tal. Esta compreensão é o retrato da essência da teoria, visto que é inquestionável que as demandas são intermináveis e os recursos para atendê-las são insuficientes.

Direito à saúde: considerações gerais

A Constituição da República Federativa do Brasil, do ano de 88, legitimou muitos direitos e garantiu que os mesmos alcançassem a todos os indivíduos, sendo atribuição do Poder Público o fornecimento de alguns deles. Entre eles, está o direito à saúde. Tal direito é determinado pelo artigo 6º do Texto Constituinte, enfatizando-se o que é disposto pelos artigos 196 e seguintes da Lei Maior. Constitui-se como um direito fundamental social¹⁴. O direito à saúde é uma atribuição estatal, tendo relação direta com o direito à uma vida digna, de forma a efetivar o direito fundamental e social, sendo os indivíduos os detentores destes direitos¹⁵. A saúde é um direito fundamental e a Constituição é expressa sobre esta questão, quando estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ser aplicadas imediatamente. Contudo, é evidente que esta ação não é suficiente para solucionar todos os problemas, uma vez que a Constituição contribui para que

13 TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. P 45

14 GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p 172

15 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p 85

haja uma dependência entre legislação posterior e a aplicação de algumas normas definidoras de direitos sociais, que são inseridos entre os fundamentais¹⁶.

As normas que citam uma legislação integradora, como o direito à saúde, possuem eficiência limitada e de princípios programáticos, em que o art. 5º, §1º deve considerar e basear-se nas condições oferecidas pelas instituições atribuídas de atendê-las¹⁷.

De acordo com o que é defendido pelos autores supracitados, as normas responsáveis por outorgarem direitos subjetivos públicos de conteúdo social dispõem de uma aplicação instantânea, podendo ser requeridas para o Estado por parte dos particulares, em prestações positivas e imediatas. Considerando que o direito à saúde constitui-se como um direito social, requer prestação positiva e imediata pelo Estado, distinguindo-se dos demais direitos fundamentais que demandam somente o *non facere*, em que o Estado se recusa a violar os direitos obtidos pelos particulares. A Carta Magna de 88 abordou sobre o direito à saúde em seu artigo 196, determinando que a saúde consiste em um direito de todos os indivíduos, sendo uma incumbência do Estado, que deve assegurá-lo através de políticas sociais e econômicas, com o objetivo de reduzir os riscos de doenças.¹⁸ Ao conferir este direito à população, a Lei Maior estabelece um comprometimento com o acesso universal e igualitário, assegurando o acesso à saúde por todos os indivíduos, sem que existam distinções ou preferências, consolidado através de atividades e serviços voltados para a promoção, prevenção e recuperação da saúde.

Assim, determinou que tais atividades e cuidados direcionados à saúde compõem uma rede regionalizada e hierarquizada, formando um sistema único, elaborado em conformidade com as diretrizes de descentralização, de forma a haver uma orientação única em cada domínio de governo; havendo participação da população e integralidade do atendimento, priorizando ações de prevenção, sem que haja prejuízo aos serviços de assistência¹⁹.

O financiamento do sistema único se dará com recursos oriundos dos orçamentos da Seguridade Social, da União, Dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.²⁰ Sobre esta questão, Reichert (2010, p.1)²¹ assegura que “*cabe ao Poder Público organizar-se a fim de cumprir a função que lhe é imposta, respeitando-se a saúde como mínimo existencial*”.

16 REICHERT, Vanessa. A reserva do possível no direito à saúde: análise das razões de decidir da Justiça Federal da 4ª região. In: SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 11, 2010, Canoas. **Anais...** Canoas: PUCRS, 2010.

17 Idem

18 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 76, de 29.11.2013. In: **Vade Mecum RT**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

19 Idem

20 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. 2004.

21 REICHERT, idem

O ativismo judicial e a saúde

De acordo com Granja (2013), no que tange à conceituação acerca do ativismo judicial, defende-se que este constitui-se como uma ferramenta capaz de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais: *Entende-se por “Ativismo Judicial” o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei*²².

Pode-se perceber que, na conjuntura de separação dos três poderes, no caso de um deles não executar eficientemente a sua função institucional, há uma situação compensativa sistêmica consolidada no país, sendo atribuída ao Poder Judiciário, como de costume.

Incontestavelmente, é preciso que haja a compreensão acerca da expressão “ativismo”, de forma a favorecer o entendimento de sua utilidade e aplicação no que tange à resolução de problemas e garantia do direito social aos indivíduos. De fato, torna-se necessário elucidar esta questão e assegurar a execução eficaz da valoração normativa constitucional, a fim de garantir o direito dos indivíduos de maneira rápida, promovendo o atendimento e a resolução das atividades, bem como das demandas provenientes da inércia, ausência de posicionamento ou isenção legislativa, incluindo também a atuação do Executivo.

O mínimo existencial

Abordaremos o princípio do mínimo existencial conforme a perspectiva de Yoshimi Tanaka²³. Assim, consideraremos a judicialização da saúde e o impasse entre o mínimo existencial e a reserva do possível, no que tange ao pressuposto do fornecimento, no sentido judicial, de medicamentos que não estão padronizados e com habitualidade mais custosos, sem que haja comprovações de que os efeitos sobre a doença são satisfatórios, pois torna-se necessário o direcionamento de mais recursos *per capita* para ser possível assegurar o fornecimento dos medicamentos fundamentais, possibilitando um maior controle sobre as enfermidades mais regulares.

Em conformidade com a noção apresentada, no Sistema Único de Saúde (SUS), nos pressupostos de concessão de medicamentos que não enquadram-se no padrão determinados pelo SUS, há a possibilidade de alterar a destinação de recursos financeiros para uma minoria, em detrimento de vantagens que poderiam ser proporcionadas a muitos indivíduos. É preciso salientar que as padronizações e protocolos determinados pelo SUS fundamen-

22 GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso 22/5/2019

23 CAVALCANTI, Stela. MAGALHÃES WANESSA. *Fundamentos de Direito constitucional*. Stela Cavalcanti (org.) – Maceió: CESMAC / CCJUR, 2003.p 98

tam-se em evidências científicas, legitimadas por análises estatísticas dispostas na literatura científica.

Em consonância com a ideia discutida, é preciso apontar que, por outro lado, o direito à saúde, apesar de ser determinado integral e universalmente pela Carga Magna, não é assegurado em sua totalidade na esfera prática. Tor-na-se necessário analisar o sentido de ser ou ter uma política consistente e sólida no campo da normatividade. É inegável que houve um progresso significativo na esfera da saúde, pois o SUS tem por objetivo assegurar e propiciar os cuidados em saúde de forma integral e universal. No entanto, não obtém êxito no exercício de sua função.

Vale apontar que, segundo seu entendimento a respeito do Direito Fundamental à saúde, existe uma natureza obrigatória estabelecida na Carta Magna do Brasil, sendo tal direito assegurado pelo Estado.

A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, trata sobre as condições básicas para a promoção, prevenção e recuperação da saúde, bem como a ordenação e exercício dos serviços equivalentes, sugerindo outras providências. Cabe destacar o que é disposto pelo art. 2º da Lei em questão:

Art. 2º” A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

No que se refere ao direito social e fundamental dos indivíduos, a saúde constitui-se como uma obrigação prestacional por parte do Estado em relação à saúde, com objetivo de favorecer o bem-estar e a qualidade de vida, possibilitando que os indivíduos desfrutem dos direitos sociais estabelecidos pelo no artigo 6.º da Constituição da República Federativa brasileira. A CFRB/88 indica: *Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

Em relação às mulheres, estas demandam que haja proteção da maternidade e da infância da criança. É necessário também que exista uma garantia protetiva constitucional aos desamparados.

Ativismo judicial e direito à saúde sob o prisma da Dignidade da pessoa humana

Em conformidade com a perspectiva da dignidade da pessoa humana, trataremos acerca do ativismo judicial e do direito à saúde, que constitui-se

como um direito fundamental. Durante muito tempo, a saúde foi compreendida como a ausência de enfermidades, direcionando sua atenção e atividades para as ações públicas e privadas, para o conhecimento acerca das doenças e endemias, controle de seu desenvolvimento e promoção do estado de não enfermidade. Com os avanços tecnológicos e sociais, a esfera do conhecimento passou a ser fracionada, favorecendo a ampliação da concepção de saúde, introduzida modernamente no conceito de sistema.

A saúde, antes compreendida como ausência de enfermidades, experimentou modificações em sua concepção, passando a ser vista como um estado de bem-estar nas diferentes esferas, como a física, mental e social.

De fato, é possível alegar que a saúde passou a ser vista, levando em consideração os princípios constitucionais, como um processo de cidadania para sua garantia, no qual se concebe os direitos e deveres dos indivíduos, bem como os deveres estatais determinados. Dessa maneira, a perspectiva de saúde como sendo somente ausência de doenças é abandonada, assim como a concepção estática de saúde, que se dá de maneira particularizada e inacessível, desconsiderando os aspectos do compromisso social. Tal compromisso consiste em um efeito das atuações por parte do Estado e da sociedade civil, no qual pode-se perceber a natureza grandemente humanitária deste direito, devendo ser um compromisso da sociedade, a fim de assegurar uma existência digna aos indivíduos, de modo a compreender fatores individuais e coletivos, bem como questões sociais e ambientais.

As demandas decorrentes dos indivíduos são poucas, que se contentam com o atendimento conferido e uma instituição de saúde, tendo acesso ao fármaco prescrito. Assim, não há a execução eficaz, nem a prestação adequada do direito social à saúde. No que tange à norma constitucional, esta é composta em um sistema denominado de seguridade social, formado por atos de iniciativa por parte dos poderes públicos e da sociedade, com o destino de assegurados pelos direitos intrínsecos à saúde, à previdência e à assistência social (194 da CF/88).

Em relação ao direito à saúde, previsto na Carta Constitucional do Brasil do ano de 1988, este constitui-se como um grande progresso para o Estado Democrático de Direito²⁴. No contexto brasileiro, antes do estabelecimento da Constituição Federal de 1988, somente os segurados do INAMPS e, posteriormente, do INPS dispunham do direito ao acesso à saúde. Com o surgimento e implantação do SUS, a saúde passa a ser um direito de todos, independente da condição socioeconômica, sexo, raça, religião ou qualquer fator discriminativo.

O acesso à saúde deve ser garantido em qualquer lugar “por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e de fundações mantidas pelo Poder Público”, incluindo também as pessoas físicas, jurídicas conveniadas ou contratadas para esta finalidade (art.

24 VALE, Ionilton Pereira do. O ativismo judicial: conceito e formas de interpretação, p. 89

4 da Lei n. 8.080/90). Isto indica o princípio da universalidade.

Conclusão

É possível compreender que a pesquisa científica realizada no presente estudo teve como foco a temática: “O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde: Sob o prisma da dignidade da pessoa humana”. Os indivíduos devem dispor de acesso e direito à saúde, não sendo permitido que estes sejam destituídos de seus direitos e garantias fundamentais em virtude da inércia dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no que tange à concretização de políticas públicas. O Poder Judiciário, dispondo de uma posição de defensor, responsável por proteger as normas constitucionais, deve favorecer e garantir que a população tenha acesso às condições básicas de sobrevivência.

A judicialização de políticas públicas dispõe de um poder representativo e assegurador da população, não equivalendo ao desacato ao domínio popular, visto que sua ação jurisdicional não compreende amplamente as atuações legislativas e executivas, pois tem por objetivo preencher alguns espaços e omissões. Ressalta-se que a concretização de políticas públicas através do campo judicial constitui-se como uma forma de minimizar a imensa carência de prestações sociais para a população.

Através da pretensão pela jurisprudência, é possível perceber que o entendimento é orientado nesta direção. No entanto, é de extrema relevância indicar a possibilidade de tal fenômeno se dar de modo tranquilo e lógico, ajustando-se ao contexto jurídico do período em questão. Para isto, o modo de formação se dá através de parâmetros de ação, dispondo de uma natureza contributiva, para que o Judiciário exerça sua função no intermédio dos interesses sociais, estabelecendo demarcações para o poder público. Assim, há a minimização de despesas desnecessárias que possam prejudicar a concretização das políticas públicas.

No tocante à judicialização da saúde, na situação referente ao provimento de medicamentos, é preciso apontar que o Supremo Tribunal Federal (STF) assegura a concessão de substâncias através do meio judicial, por considerar que tal produto faz parte das condições básicas de existência digna do ser humano, sendo esta ação executada de forma independente da reserva do possível. Contudo, o aparelho judiciário deve atentar-se acerca das limitações da razoabilidade, analisando a existência de outras probabilidades, outros caminhos ou substâncias alternativas a serem propiciados pelo poder público.

Desse modo, vale salientar que foi verificado que o foco direcionado a tais paradigmas não contribuiu para a minimização das demandas no campo da saúde e das despesas públicas em função dos processos jurídicos. Devido a isso, compreende-se que a busca por novas estratégias capazes de reduzir tais efeitos é válida e necessária, pois assegura o direito individual fundamental, sem que haja o prejuízo à concretização do direito coletivo.

Consequentemente, entende-se que a constituição de órgãos de cará-

ter técnico para auxiliar os juízes em suas deliberações esbarra na questão do estabelecimento de articulações entre as defensorias públicas e secretarias, a fim de solucionar as dificuldades no campo administrativo, e que a busca por medicamento deve se dar de forma alternativa, propiciando os mesmos resultados, porém com um valor mais acessível. Com isso, estas medidas têm o poder de contribuir para a resolução de atividades deste tipo.

Logo, para que a sobrevivência humana seja assegurada, torna-se imprescindível que os indivíduos disponham de condições básicas. O princípio da dignidade humana funciona neste sentido, de estabelecer o direito à saúde e o ativismo social na execução do direito social em questão. Este tema configura-se como um tópico recorrente nas discussões do Poder Judiciário referentes à judicialização da saúde. Tais debates proporcionam ponderações a respeito da importância de tal direito e da sua indispensabilidade, que é assegurado pelo aparelho judiciário em virtude dos outros poderes existentes não se responsabilizarem pela concretização do mesmo.

Referências

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 28 maio 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 76, de 29.11.2013. In: VadeMecum RT. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a

CABO, Carlos de. **Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional**. Barcelona: PPU, 1993. v. II, p. 269.

CAVALCANTI, Stela. MAGALHÃES WANESSA. Fundamentos de Direito constitucional. Stela Cavalcanti (org.) – Maceió: CESMAC / CCJUR, 2003.p 98

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas. 2004.

GAIER, Reinhard. Pretensões positivas contra o Estado e a reserva do possível na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Trad. Dr. Márcio FlácioMa, jun. 2011, p. 13; e BVerfGE 33, 303 (333) disponível em SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Trad. Leonardo Martins. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052 . Acesso 22/5/2019

GEBRAN NETO, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.p 172

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.p 674

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p 85

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas** Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. p 18

REICHERT, Vanessa. A reserva do possível no direito à saúde: análise das razões de decidir da Justiça Federal da 4ª região. In: **SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**, 11, 2010, Canoas. Anais... Canoas: PUCRS, 2010.

SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos, reserva do possível. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 76; e PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006 p 55

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p 147

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p 87

SILVA, Rodrigo Zouain da. O direito constitucional à saúde pública e a integralidade de assistência: colisão-ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da reserva do possível. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011

TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p 45.

SAÚDE MENTAL EM PRESÍDIOS FEDERAIS: O IMPACTO DA PRISÃO E DO ISOLAMENTO NA INTEGRIDADE HUMANA

Luciano de Oliveira Souza Tourinho

Pós-doutor em Direitos Humanos (Direitos Sociais) pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público e em Ciências Criminais pela Faculdade Independente do Nordeste. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduado em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste.

Professor Adjunto de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade Independente do Nordeste. Professor de Direito Penal na Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Diretor Acadêmico da Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Coordenador do Colegiado do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo - Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade e Seletividade Penal. Escritor de obras jurídicas

Resumo:

A realidade jurídica contemporânea estabeleceu a construção de sistemas normativos integrativos aos direitos humanos, como mecanismo de garantia da sobrevivência humana. Ocorre que, no entanto, há um distanciamento evidente entre o texto constitucional e a realidade do direito penal, que evidencia a ingerência estatal para garantir condições de vida digna aos apenados. Em atenção pormenorizada aos presídios federais, existentes no Brasil, percebe-se que o isolamento a que são submetidos os indivíduos revelam a desvinculação desses estabelecimentos com a ressocialização e com os cuidados com a saúde psicológica. Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo analisar as condições de saúde mental dos presos e custodiados dos presídios federais e os seus impactos na efetividade dos direitos humanos dos apenados. Essa incursão será realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental dos instrumentos legislativos de execução penal e de regulação dos presídios federais, com fundamento nos métodos dialético e fenomenológico.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito Penal; Presídios Federais; Saúde Mental.

Introdução

A segurança jurídica e a justiça são valores sociais em constante transformação, balizando as construções jurídicas nas esferas legislativa e judicial. Nesse panorama está inserida a edificação da história do Direito Penal, com períodos de vinganças privada e pública, de castigos corporais, suplícios, torturas e retribuição desproporcional.

A periodização histórica-penal permite afirmar que a conjectura atual apresenta fortes traços de humanização do sistema jurídico, com ênfase na leitura penal a partir de uma perspectiva dos direitos fundamentais, objetivando a concretização da dignidade humana. Essas são as razões que indicam a necessidade de tutela dos direitos da pessoa submetida à execução de uma sanção penal, o que constitui um núcleo fundamental inatingível.

A limitação da atuação punitiva, consubstanciada no exercício monopolizado do jus puniendi, constitui exigência singular no atual Estado Constitucional de Direito. Nesse aspecto, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana que, para além de orientar o Direito Penal, norteia a própria existência desse subsistema jurídico. Apesar das considerações delineadas, é possível perceber uma série de afrontas aos direitos fundamentais da pessoa presa, em especial, quando se estuda o contexto dos estabelecimentos penais federais, denotando uma ideia de falibilidade da pena privativa de liberdade, considerada, atualmente, como verdadeira patologia social que, longe de cumprir suas finalidades legítimas, serve a um processo de dessocialização do indivíduo.

Dentro desse contexto, percebemos que há um distanciamento evidente entre o texto constitucional e a realidade do direito penal, que evidencia a ingerência estatal para garantir condições de vida digna aos apenados. Soma-se a essa realidade o estabelecimento de um poder punitivo incoerente, que se fundamenta somente na criminalização de condutas como forma de reprovação dos delitos, sem preocupação com as funções de prevenção social e com a saúde mental e física dos apenados.

Em atenção pormenorizada aos presídios federais existentes no Brasil, percebe-se que o isolamento a que são submetidos revelam a desvinculação desses estabelecimentos com a ressocialização e com os cuidados com a saúde psicológica. Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo analisar as condições de saúde mental dos presos e custodiados dos presídios federais e os seus impactos na efetividade dos direitos humanos dos apenados.

A presente investigação será norteada por uma abordagem crítico-reflexiva, com o uso de pesquisa bibliográfica e documental dos instrumentos legislativos de execução penal e de regulação dos presídios federais, com fundamento nos métodos dialético e fenomenológico dos relatórios produzidos pelo Departamento Penitenciário Nacional - Depen, em 2019.

Os estabelecimentos penais federais e o ordenamento jurídico brasileiro

O Sistema Penitenciário Federal Brasileiro foi formulado em 2003, tendo a sua implantação concretizada no ano de 2006, com a inauguração do estabelecimento penal situado na cidade de Catanduvas, no Paraná. Segundo Leclona Assis (2017), os estabelecimentos penais federais passaram a ser regulados pela Resolução nº 502/2006 do Conselho Nacional da Justiça Federal, que destinou a construção de estabelecimentos mais rigorosos para abrigar os presos de alta periculosidade. Vejamos:

Art. 2º Nos estabelecimentos penais federais de segurança máxima serão admitidos presos, condenados ou provisórios, de alta periculosidade, observados os rigores do regime fechado, quando a medida seja justificada no interesse deles próprios ou em virtude de risco para a ordem ou incolumidade públicas (BRASIL, 2006, Resolução 502 do Conselho Nacional de Justiça).

Cumprir destacar que a previsão legal dos estabelecimentos penais federais foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 72, parágrafo único da Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal, que aduz que “incumbem também, ao Departamento, a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e de internamento federais”. Ademais, no artigo 3º da Lei nº 8.072/90, que estipula os crimes hediondos, trouxe a previsão legal dos estabelecimentos penais federais, estabelecendo que “a União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinadas ao cumprimento de penas impostas aos condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública”.

Apesar das previsões legais, a criação do primeiro estabelecimento penal federal só se deu anos depois, em 2006, quando foi anunciado pelo Sistema Penitenciário Federal que a insustentabilidade de permanência de presos de alta periculosidade nos estabelecimentos estaduais estava ocasionando o caos social dentro das prisões brasileiras.

Dessa forma, faz- necessário compreender o processo histórico das prisões brasileiras que culminou com a instauração dos estabelecimentos penais no sistema criminal brasileiro. Conforme salienta Sica (2007), as prisões brasileiras passaram a representar o verdadeiro caos institucionalizado, em que a violência que ocorria fora dos muros das prisões passava a ser espelhado, de forma concentrada, dentro das celas.

Segundo o Levantamento das Informações Penitenciárias – Infopen (2006), a realidade carcerária brasileira já denunciava a relativização dos direitos humanos dos apenados, na medida em que as situações precárias de vida, aliados com a superlotação dos presídios revelava a ingerência estatal de cumprimento das garantias elencadas constitucionalmente no ordenamento jurídico e reproduzida na Lei de Execução Penal.

No ano de 2002, o Brasil presenciou uma das maiores rebeliões, ocorrida na Casa de Detenção José Mário Alves da Silva, mais conhecida como Urso Branco, na cidade de Porto Velho, Rondônia. Desde 2001, as pessoas presas nessa penitenciária sofriam severos abusos, com episódios de fome e morte pelos próprios presos, tendo sido executados, violentamente, vinte e sete internos. O caso de reiterados desrespeitos aos direitos humanos foi objeto de julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, por meio da Resolução de 21 de setembro de 2005, com sanções impostas ao Brasil e acompanhamento das medidas pertinentes adotadas pelo País.

A análise dos acontecimentos citados permite compreender que a conjugação entre o excesso de presos, a precariedade da infraestrutura, a inabilidade e inércia do Estado em atender as demandas dos detentos, foram fatores que desencadearam os problemas encontrados nas penitenciárias brasileiras. Os fatos demonstram a ocorrência de graves violações dos direitos dos internos, ensejando denúncias perante a Comissão e à Corte Interamericana que, na tentativa de buscar uma solução para o problema, diante da ineficácia do Estado em lidar com a questão, determinaram a adoção de medidas de urgência e de relatórios que obrigassem o País a modificar o sistema penitenciário brasileiro.

Segundo aduz Assis (2017), os reflexos da violência das prisões representavam a falência dos aparelhos repressivos do Estado de contenção da violência e prevenção do crime. Com a ascensão das facções criminosas dentro dos presídios e o domínio do tráfico de drogas pelos chefes reclusos nos estabelecimentos penais, a política criminal brasileira buscou criar vias para erradicação dos movimentos grupais dentro dos estabelecimentos penais.

Nessa linha de intelecção, inspirados pelos modelos de segurança estadunidenses de segurança máxima, os estabelecimentos penais foram pensados como instrumentos de isolamento dos presos provisórios ou sentenciados de alta periculosidade, utilizando o uso de artefatos de vigilância que garantam as celas individuais e a não comunicação do preso com os demais reclusos nesse sistema.

Cumprido salientar que, na Resolução nº 502/2006 do Conselho Nacional da Justiça Federal, no seu artigo 6º, previu que essa modalidade de estabelecimento penal deverá se apresentar como exceção dentro do Estado de Direito, tendo duração máxima de 01 (um) ano, uma vez que ocorre o isolamento do indivíduo, que dificulta, em si, as funções de ressocialização social, bem como colocam em risco a dignidade humana dos apenados. Ainda como medida de contenção da ampliação desses estabelecimentos penais, tal medida de limite temporal de permanência nestes institutos penais é reforçada na Lei 11.761/2008, que regulamentou sobre a transferência e inclusão dos presos nos estabelecimentos penais federais.

Conforme observa Nucci (2010), os estabelecimentos penais federais foram introduzidos como fonte de contenção da violência institucionalizada dos estabelecimentos penais estaduais. No entanto, o que se percebe, na reali-

dade fática, é a construção de novos panópticos contemporâneos, idealizados por Foucault (2003), em que sustentou a criação de estabelecimentos penais vigiados, sem comunicação e com redução de direitos para se alcançar a paz social.

Os estabelecimentos penais federais brasileiros são projetados para capacidade de 200 presos, com um sistema moderno de segurança, com equipamentos de identificação de droga e explosivos, sensores de presença e câmeras de vigilância escondidas. Hoje, o Brasil conta com 5 unidades federais, situadas em Catanduvas/PR; Campo Grande/MS; Porto Velho/RO; Mossoró/RN) e a recém construída de Brasília/DF.

A permanência do isolamento nos estabelecimentos penais federais e as implicações na saúde mental dos apenados

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2018), as penitenciárias federais são projetadas para “isolar presos condenados e provisórios sujeitos ao Regime Disciplinar Diferenciado, líderes de organizações criminosas e réus colaboradores presos ou delatores premiados que correm risco de vida no sistema estadual”. Dentro desse quadro, em 13 anos de funcionamento, as penitenciárias nunca ficaram superlotadas, nem apresentaram estatísticas de rebeliões ou fugas.

Por outro lado, segundo os relatórios produzidos pela Defensoria Pública da União, entre os anos de 2015 e 2019, as penitenciárias, que possuem capacidade para 832 presos, está com taxa de ocupação de 437 detentos, entre presos provisórios e sentenciados, abrigando pessoas de 14 organizações criminosas diferentes. Revestidos por aparato físico de rigor, com fiscalização de 22 horas de isolamento e 2 horas de banho de sol, os presos reclusos nos estabelecimentos penais federais são submetidos a uma constante vida limitada. Tal situação tem se refletido na saúde mental dos apenados.

De acordo com os dados do Departamento Penitenciário de 2019, apesar de contar com atividades de lazer, durante as 2 horas de sol, cerca de 12% dos apenados recorreram ao suicídio e 60% dos reclusos sofrem algum tipo de psicose, revelando a ausência estatal de garantir a assistência a saúde psíquica dos indivíduos. Dentro desse contexto, percebemos que o panoptismo contemporâneo se revela como instrumento de coisificação humana, em que, segundo as ideias que Foucault (2003) “a punição do corpo leva a docilização da alma”. A realidade que se subjaz é a punição do corpo e a perda da própria condição humana, em que não há respeito aos direitos humanos essenciais para a sobrevivência digna dos cidadãos.

O que percebemos é que o controle rigoroso desses presídios federais é atrelado a completa relativização dos direitos dos apenados que ali estão, que passam a ser isolados da vida humana e são considerados como indivíduos destinados ao cometimento de crimes, sem possibilidade de ressocialização social. As estatísticas que aduzem as saúdes mentais revelam que está ocor-

rendo a subversão da ordem, em que anula o sujeito e o coloca em posição de máquina controlada pelo Estado.

Dentro dessa esteira, percebemos que outro fator a ser considerado como instrumento de coerção social dentro dos estabelecimentos penais é a permanência do isolamento e a transformação do regime de exceção como sistema permanente, em completo desrespeito aos ditames legais estatuídos no artigo 10 da Lei 11.761/2008, que estipulou o prazo de 1 ano para a reclusão dentro dos estabelecimentos federais. Nesse desiderato, o prolongamento do prazo, como via de regra, instaura-se como instrumento de corrosão da condição humana do sujeito, relativizando o seu direito de progressão de regimes, bem como negando as possibilidades de convívio social.

A partir dessas ilações, percebemos que a pena aplicada ao apenado no estabelecimento federal ganha a conotação de punição, não se desfazendo do conceito aflito e agonizante da pena, que se revela como mola propulsora para o acometimento das doenças mentais que se espalham dentro desses presídios. Soma-se a essa realidade, as dificuldades de visita pelos presos, amplificando os efeitos do isolamento para o completo esquecimento do sujeito.

Prosseguindo na lógica do rigor da disciplina foi estatuída a Portaria nº 157/2019, que restringiu a visita social ao parlatório e a videoconferência, estando a visitação ao pátio condicionada a decisão do diretor do estabelecimento, se comprovado bom comportamento do preso. Nesse sentido, ocorreu a redução das possibilidades de visitas por familiares e erradicou as visitas íntimas dos presos, em confronto com os direitos do preso, estatuídos no art. 41 da Lei de Execução Penal.

Todo o rigor da disciplina e da permanência dos indivíduos nos estabelecimentos penais coloca em risco o cumprimento dos direitos humanos dos apenados e nos faz questionar qual a verdadeira função da pena que o Estado está se comprometendo, uma vez que a relativização de direitos para se alcançar a segurança máxima e isolamento dos sujeitos não se amoldam com as funções da pena de ressocialização social e de prevenção do delito.

Em se tratando da realidade do direito penal brasileiro, percebe-se sua ilegitimidade para se efetivar o respeito aos direitos humanos acordados nos tratados internacionais, uma vez que a situação de verdadeiro caos nos presídios denota a impossibilidade de se garantir o mínimo existencial aos internos.

É imperioso ressaltar que constitui dever do Estado preservar a saúde dos presos, garantindo-lhes condições de vida dignas e adequadas aos direitos humanos. Essa premissa é fundamentada tanto na legislação internacional quanto na legislação brasileira, conforme é estabelecido pela Lei de Execução Penal, que asseguram direitos e garantias aos presos:

Art. 37. Constituem direitos básicos e comuns dos presos condenados ou provisórios:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistências material, à saúde, jurídica, educacional, social, psicológica e religiosa (BRASIL, 1984, Lei 7210)

Essa perspectiva de proteção do preso encontra fundamento na ordem internacional em “As Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros”, que assegura, dentre outras garantias, o direito a instalações limpas, adequadas, higiênicas, arejadas, salubres, a uma boa alimentação e a manutenção da higiene pessoal do preso.

Essas Regras foram internalizadas no País pela Resolução nº 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que criou as Regras Mínimas do Preso no Brasil e que determina assistência médica, farmacêutica, odontológica e psicológica aos detidos.

No âmbito nacional, além da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Execução Penal, em 2002, mediante a Portaria nº 628 (BRASIL, 2002), os ministros de Estado da Saúde e da Justiça estabeleceram um Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), visando às melhorias nas condições de vida da população carcerária do Brasil. Esse Plano foi alterado por meio da Portaria 1.777, de 2003, que prevê a inclusão da população carcerária no atendimento oferecido pelo Sistema Único de Saúde.

Outras duas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária são direcionadas à preservação da saúde dos internos em estabelecimentos prisionais. A primeira é a nº 7, de 2003, alterada pela Resolução nº 6, de 2006, que estabelece Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários, propondo adoção de medidas para prevenção e controle de doenças, que inclui a saúde mental. A segunda, de nº 2, de 2008, propõe diretrizes básicas para a condução de presos durante o atendimento à saúde e condições mínimas de segurança para sua realização.

No entanto, o que se percebe, na realidade das penitenciárias federais, é o descaso com as situações degradantes de isolamento social para a saúde mental dos indivíduos, resultando em uma dupla penalização do apenado, que cumpre a sanção propriamente dita, e, ainda, é submetido à situação concreta do sistema carcerário, carecedora de condições dignas de sobrevivência, revelando-se como meios de instauração dos novos manicômios contemporâneos.

Em referência aos estudos do panoptismo foucaultiano, percebemos que a pena assume, novamente, o caráter de suplício. A punição por disciplinamentos físicos e meios cruéis não são capazes de garantir a prevenção do crime, mas apenas deslegitimar o indivíduo enquanto sujeito de direitos, relativizando os direitos humanos em prol da necessidade de punição máxima

do Estado.

O sistema jurídico-penal deve ser edificado a partir de uma proposta humanizada, não apenas como um conjunto de regras de restrição a determinados direitos fundamentais, mas, principalmente, como um instrumento de proteção contra possíveis arbitrariedades praticadas quando do exercício do poder punitivo estatal. Ocorre, no entanto, que violência institucionalizada é evidente no âmbito dos estabelecimentos prisionais federais, racionalizando cada vez menos os órgãos que exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a neutralização do indivíduo e o crescimento dos dados estatísticos de problemas mentais dos apenados.

Considerações Finais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em um contexto de pós-guerra, indicou um caminho de tutela de direitos contra as arbitrariedades perpetradas pelo Estado, notadamente, no que se refere ao exercício do poder punitivo. Essas trilhas foram seguidas pelo Pacto de São José da Costa Rica e, no âmbito interno, pela Constituição da República Federativa do Brasil. Uma perspectiva sistêmica permite afirmar que esses documentos apontam a necessidade de proteção das integridades física, moral e psicológica do indivíduo encarcerado.

Contrariando a lógica de tutela de direitos individuais, o movimento criminológico denominado Lei de Ordem, inaugurado segunda metade do Século XX, influenciou a construção de uma legislação penal mais rígida. Esse foi o contexto, na década de noventa, da previsão legal de construção de estabelecimentos penais federais de segurança máxima. Como principais características, nessas unidades, haverá o isolamento da pessoa presa, com restrições relativas a banhos de sol, visitas e acesso a outros direitos.

No Brasil, a Lei de Execução Penal - Lei 7210/84 - prevê duas hipóteses de transferência da pessoa presa para estabelecimento federal, quais sejam: alta periculosidade do sujeito, como em casos de liderança ou participação em organizações criminosas, e situação de elevado risco à sua integridade. O tratamento diferenciado, fundado nesse contexto, pode perdurar por um prazo de até trezentos e sessenta dias, renovado quantas vezes forem necessárias.

Para além da ilegalidade relativa à ausência de limitação prazal, percebe-se a manifesta inconstitucionalidade relativa ao estado de coisa, com destaque à proibição de visita íntima, bem como de crianças e, ainda, a vedação ao contato físico. Trata-se de um panorama de evidentes práticas de torturas física e psicológica, comprometendo, sobremaneira, a saúde mental dos indivíduos privados de sua liberdade em estabelecimentos dessa natureza. É possível afirmar, portanto, que a colocação de presos em unidades federais de segurança máxima, conferindo-lhes um tratamento dissonante das garantias estatuídas em importantes documentos de tutela de direitos humanos, constitui verdadeira desconsideração da dignidade da pessoa humana.

Referências

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml/>. Acesso em: 20 de junho de 2017.

BRASIL, **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm/. Acesso em 20 de junho de 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Resolução nº 502/2006**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-502-cjf.pdf>>. Acesso em 24 nov. 2019.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Projeto Sistema Prisional em Números de Agosto de 2018**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros/>. Acesso em 30 de Dezembro de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2013.

BRASIL. **Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciária**. 2ª edição. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018.

BRASIL. **Lei Nº 7210 de 11 de Julho de 1984**. Dispõe sobre a Execução Penal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Plano nacional de saúde no sistema penitenciário**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Ministério Público Federal. **CPI do sistema carcerário**: relatório final. Brasília: MPF, 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisional/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

CIDH, Relatório anual 2003. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2003port/index>.

CIDH, Relatório anual 2013. Resoluções e comunicados de imprensa das penitenciárias brasileiras no ano de 2014-2016 Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2016/brasil.html>.

COMISSÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 2005. Relatório Nº 01/05 de 28 de janeiro, Caso Nº 12.430, Roberto Moreno Ramos (Estados Unidos). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1988. Velásquez Rodríguez v. Honduras. Sentença de 29 de julho.

Defensoria Aponta Problemas de Saúde Mental em Presos Federais. Gazeta online. Disponível em:<<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2017/12/defensoria-aponta-problemas-de-saude-mental-em-presos-federais-1014112497.html>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**.

10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal:** o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

A SAÚDE ENQUANTO ESPAÇO DE GOVERNAÇÃO PARTICIPATIVA EM MOÇAMBIQUE (estudo preliminar)

Vasco André Ferreira Dinis Seco Coelho

Universidade do País Basco

Doutorando em Estudos sobre Desenvolvimento; Mestre em Gestão Pública, Mestre em Desenvolvimento e Cooperação Internacional, Licenciado em Relações Internacionais

Resumo:

A partir do quadro conceptual de *desenvolvimento humano local* e da abordagem de *capacidades coletivas*, este artigo procura descrever os desafios e as potencialidades dos espaços reclamados de participação comunitária que incidem sobre as políticas e o exercício do direito à saúde na província de Cabo Delgado, em Moçambique. Neste contexto, o principal desafio é o de tornar real o direito humano à saúde mediante a participação comunitária. Esta é, simultaneamente, um instrumento de exercício desse direito e um direito humano *per se*, que permite lutar por uma maior equidade, mediante processos mais justos e transparentes, priorizar os mais vulneráveis e “oferecer-lhes” capacidades de agência coletiva. Embora a iniciativa identificada relacionada com os comités de saúde possa ter potencial para melhorar o grau de participação e responsabilidade social na implementação das políticas públicas de saúde, o seu impacto em processos mais amplos de governação parece ser ainda muito limitado.

Palavras-chave: Moçambique; Saúde; Direitos humanos; Agência coletiva; Participação comunitária.

A abordagem de capacidades coletivas como quadro alternativo de análise

Nos últimos anos e noutros contextos académicos, onde tanto o debate Norte-Sul como Sul-Sul foram favorecidos, tem-se tentado construir um modelo de desenvolvimento inspirado por visões alternativas de bem-estar construídas a partir da preocupação pela sustentabilidade, o feminismo, a pluralidade cultural, as teorias de conflitos ou outras, indo além dos limites aparentes do termo “desenvolvimento” (Alberdi Bidaguren, 2014, p. 14). Evidentemente, é importante destacar o papel fundamental que tem neste debate

a abordagem de capacidades (Desenvolvimento Humano), em todas as suas dimensões, conceptualização, evolução e múltiplas aplicações práticas (indicadores, índices, políticas).

Esta abordagem põe ênfase na liberdade dos indivíduos para alcançar e adquirir os *funcionamentos* que lhes permitam tomar decisões sobre o seu próprio bem-estar, o seu futuro e o da sua família/comunidade/sociedade. Ou seja, é o processo através do qual as pessoas, para além de adquirirem uma série de bens e serviços, adquirem também as capacidades e a liberdade (os *funcionamentos*) para atingir e alcançar um melhor bem-estar (Alkire, 2005; Alkire *et al.*, 2009; Deneulin, 2009, 2009b, 2016, 2017; Nelson, 2004; Nussbaum, 2002; Sen, 1999, 2003, 2010).

Neste âmbito, interessa-nos incidir principalmente na dimensão política de um modelo alternativo de desenvolvimento, onde os mais excluídos tenham capacidades e oportunidades reais de inclusão, envolvimento e participação nos processos que determinam o seu próprio bem-estar presente e futuro. Portanto, mais do que definir o conceito de desenvolvimento ou adicionar-lhe dimensões (humano, sustentável, inclusivo), há que dar-lhe conteúdo e corpo normativo, no seu sentido mais profundo de *justiça social* e enquanto *direito humano* (direito ao desenvolvimento).

Nesta perspetiva, trata-se de entender o desenvolvimento humano, na sua dimensão política, como um processo de governança democrática e relacional, baseado na sua dimensão coletiva, ou seja, numa abordagem que tenha em conta os interesses da sociedade no seu todo (forte, democrática e participativa), num determinado território, que articule autoridades legítimas e eficazes que trabalhem por um modelo socioeconómico mais justo e igualitário.

Naturalmente, o conceito de participação política e democrática numa sociedade deverá ter em conta as múltiplas dimensões e nuances dentro de um mesmo grupo, ou seja, as desigualdades (socioeconómicas, de género...) e as relações de poder (poderosos e subordinados), formais e informais. Já que não se trata apenas de envolver no processo alguns representantes de um coletivo ou sociedade uniforme e artificialmente construída, muitas vezes de forma exógena, para responder aos objetivos e cumprir uns quantos indicadores de um qualquer projeto ou programa, com o seu cronograma rigoroso, que possa ser replicado como uma receita de *boa governação*. Isto é, mais do que incidir sobre a simples legitimidade democrática baseada em sistemas que instrumentalizam em vez de dignificar, interessa-nos focalizar na *qualidade democrática*. Torna-se, por isso, necessário articular novos espaços e instituições para a deliberação democrática cidadã¹.

Uma maior qualidade da participação, a ativação dos espaços de participação que não são utilizados e melhores mecanismos de delegação e representação são fundamentais para que os diferentes atores definam quadros comuns de valores e se empenhem numa gestão adequada dos bens públicos.

1 Ver, entre outros: Alberdi Bidaguren, 2014; Carvalho Guerra, 2006; Smith, 2009.

Neste sentido, para iniciar uma transição rumo a uma concepção mais participativa de democracia, faz falta uma “verdadeira participação”, baseada na construção de relações simétricas dos diferentes setores da sociedade (e uma certa simetria entre os diferentes atores) – a sua participação é necessária para redefinir o próprio conceito de desenvolvimento – e, ao mesmo tempo, a capacidade de reconfigurar as estratégias e políticas de desenvolvimento com base noutros parâmetros e escalas que não obedeçam a uma lógica puramente economicista e/ou institucionalista, imposta pelo sistema que determina as relações de poder atuais (Alberdi Bidaguren, 2014, p.44).

Este debate que se produziu no seio da proposta do quadro conceptual e analítico de *Desenvolvimento Humano Local* (Dubois Migoya, 2008, 2014), resultou da necessidade de adotar uma abordagem de capacidades que recuperasse a condição humana de afiliação, a partir de uma abordagem coletiva (Nussbaum, 2002; Nelson, 2004; Ibrahim, 2006) e não apenas individualista, ou de liberdade individual (Sen, 1999). A premissa central desta abordagem é que as pessoas não estão sozinhas e formam parte de algo maior que é o que outorga sentido à existência humana. Por isso, resulta-nos ainda mais evidente a necessidade de entender as capacidades de uma forma relacional, não apenas individuais, mas também coletivas.

Do ponto de vista das *capacidades coletivas*, entende-se, portanto, que o estudo da dimensão sociopolítica do desenvolvimento deve ser feito a partir das diferentes modalidades de regimes de bem-estar e dos processos de cada sociedade local, com base nas diferentes combinações possíveis entre os atores. Ou seja, *o ponto de partida devem ser as capacidades coletivas que existem em cada território (...) As propostas devem ser feitas para a ação dos atores desses territórios, pois são eles que podem potenciar as capacidades individuais e coletivas* (Alberdi Bidaguren, 2014, p.61)².

Se se quiser tornar este processo mais operacional, é importante especificar o conceito de *capacidade coletiva*, para que se possam estabelecer objetivos claros e desenhar as políticas adequadas. A capacidade não é apenas um recurso das pessoas, mas de qualquer grupo com consciência de ter uma missão ou tarefa na sociedade e até mesmo da própria sociedade.

Embora não tenha sentido elaborar uma lista fechada e universal de capacidades coletivas, é fundamental identificar e definir as capacidades que são especialmente relevantes e ideais para entender e avaliar o funcionamento das sociedades. Uma proposta – entre outras – para definir essas capacidades é a que propõem Baser e Morgan. Estes autores entendem que existem cinco capacidades transversais em qualquer grupo: *i) compromisso e atracção, o que envol-*

2 Neste sentido, partindo sempre de um esquema democrático (baseado na consciência, na construção e na interiorização da democracia como um projeto político de justiça e igualdade), a questão-chave estaria, do ponto de vista metodológico, em entender os processos políticos de um determinado território e ligar a base teórica e as categorias centrais da abordagem de capacidades coletivas (bem-estar, desenvolvimento de capacidades, agência individual e coletiva, capacidades coletivas) com o conhecimento prático dos atores locais e com os seus processos políticos e de mudança, valores, cultura e lideranças sociais.

ve comprometer-se e participar: vontade, empoderamento, motivação, atitude, confiança; ii) executar tarefas técnicas e oferecer serviços e logística, funções básicas para alcançar os seus objetivos; iii) interagir e atrair recursos e apoio; iv) adaptação e renovação, o que inclui: aprendizagem, estratégia, reposicionamento, gestão de mudanças, etc.; v) equilibrar a coerência e a diversidade: incentivar a inovação e a estabilidade, controlar a fragmentação, gerir a complexidade, equilibrar a combinação de capacidades (Baser & Morgan, 2008)³.

As organizações, os grupos e as instituições têm que desenvolver a sua atividade num ambiente complexo caracterizado pela incerteza e volatilidade, o que implica que enfrentem dificuldades adicionais. Devemos, por isso, tentar entender quais são as capacidades necessárias nesta realidade⁴.

Neste sentido, pensamos que pode haver aqui um ponto de aproximação entre esta abordagem e as reflexões teóricas sobre a saúde pública numa perspetiva de justiça social que não invisibilize o sujeito. Na perspetiva do epidemiologista e filósofo indiano Venkatapuram, referenciada por Fernando Peñaranda, de que a saúde abrangeria a totalidade das *dez capacidades centrais para o funcionamento humano* (Nussbaum, 2002), poderíamos falar então de uma *metacapacidade* ou *capacidade de saúde*; partindo de uma visão da saúde enquanto “desenvolvimento humano” na abordagem de capacidades, para uma visão mais ampla que se fundamente na “saúde como vida”, que resgate o sujeito na sua singularidade, mas também enquanto parte de um processo *integral, sinérgico, interativo e iterativo, que não se pode abordar de maneira fracionada* (Peñaranda, 2015, p. 993).

A questão estaria em saber como levá-lo à prática, dentro de um processo maior de transformação de uma sociedade injusta, que superasse o modelo de desenvolvimento capitalista vigente, responsável pela enorme brecha socioeconómica entre ricos e pobres. Isto é, uma visão de equidade que reconhecesse que vivemos num mundo finito, *em completa interdependência com o ambiente socioeconómico, biótico e físico, que proponha uma conceção de justiça fundada na redistribuição das riquezas e dos bens, a limitação da propriedade privada e o avanço para a construção de instituições e procedimentos socialmente justos* (ibidem).

Na ideia de transformação de uma sociedade injusta está intrínseco o desenvolvimento de capacidades do sujeito individual e coletivo para construir essa mesma sociedade, o que requer necessariamente *o fortalecimento da capacidade de participação entendida como a habilidade e as condições sociopolíticas para essa mesma construção*, e que estará sempre condicionado pela tensão existente entre a liberdade individual e o interesse coletivo, mas que necessita estes espaços coletivos de diálogo e participação, com múltiplos resultantes conforme a ca-

3 A capacidade de compromisso e atração, que se perfila como central nesta proposta, sugere que as organizações – e as sociedades – devem ser capazes de escolher, empoderar-se e ser capazes de criar um espaço para si próprias. Reflete uma capacidade nuclear que implica ter ambição, convicção, determinação e identidade coletiva.

4 A categoria de resiliência tornou-se, por exemplo, uma referência para expressar a capacidade necessária de qualquer grupo para realizar o seu próprio projeto em ambientes complicados.

pacidade e poder de cada um (ibidem)⁵.

Participação comunitária na saúde em Cabo Delgado (Moçambique)

Breve síntese sobre a situação do setor da saúde em Moçambique

“As pessoas têm o direito e o dever de participar individual e coletivamente na planificação e implementação dos seus cuidados de saúde”⁶

Nas palavras de Clara Carvalho, assistiu-se nas últimas décadas “a uma crescente contradição entre a aplicação dos princípios enunciados em Alma Ata e as políticas de financiamento aos países em desenvolvimento seguidas pelas instituições financeiras internacionais, nomeadamente o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional”. Em suma, e segundo esta autora, as limitações financeiras “impediram a realização do programa de Alma Ata e tornaram mais evidente a dependência das questões de saúde pública e da aplicação dos cuidados de saúde primários relativamente às políticas internacionais” (Carvalho, 2018, p.20). Deste modo, qualquer análise do setor da saúde em Moçambique deverá ter sempre em conta o peso e a dependência dos fundos externos⁷, isto é, o peso da AOD e outros fundos específicos, alguns de natureza neo-filantropica para grandes doenças/programas como os de Malária-VIH/SIDA-Tuberculose, que representam a maior fatia dos investimentos, e que têm vindo a comprometer o cumprimento da *Agenda por uma Saúde Global*⁸ em defesa da cobertura universal da saúde – baseada na estratégia de Cuidados de Saúde Primários – como *impulsora de igualdade, desenvolvimento inclusivo e prosperidade para todos*⁹, mas que hoje parece ser só para alguns

5 Tendo por base a análise a um programa de promoção e prevenção da saúde na Colômbia, Peñaranda propõe, especificamente, que nas sessões coletivas, enquanto espaço público no qual se tramitam angústias, problemas, interesses e aspirações dos participantes, sejam compartilhadas visões e posições, no quadro de um processo de debate e deliberação e num ambiente de diálogo de saberes para estabelecer acordos coletivos internos e externos, numa perspectiva de mobilização social e construção de redes sociais. Segundo este autor, através de programas deste tipo, *pode-se dinamizar a luta política que abrange, tanto o âmbito do Estado como o da sociedade civil. E conclui que é importante reconhecer que nas relações intersubjetivas, próprias da clínica, também se constroem os sujeitos e as subjetividades comprometidas na luta pelos direitos humanos, a equidade na saúde e uma vida digna* (Peñaranda, 2015, pp.994-995).

6 Declaração da Conferência Internacional sobre Cuidados de Saúde Primários, Alma-Ata, 1978. <http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>

7 Os recursos externos para a saúde são fundos ou serviços em espécie fornecidos por entidades que não pertencem ao país em questão. Os recursos podem vir de organizações internacionais, outros países (mediante acordos bilaterais) ou ONGs estrangeiras e formam parte da despesa total em saúde. <http://www.indexmundi.com/es/datos/mozambique/recursos-externos-para-la-salud> (consultada: 17/09/2019).

8 Ver: Horton, R., et al (2014): *From public to planetary health: a manifesto* [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(14\)60409-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(14)60409-8)

9 Ver: Notícias ONU (2019): *Líderes mundiales aprueban la declaración de salud para alcanzar la cobertura sanitaria universal*. <https://news.un.org/es/story/2019/09/1462542> (consultada:

(Benach *et al.*, 2012).

A este respeito, importa realçar que os recursos externos para a saúde em Moçambique representam cerca de metade da despesa total em saúde (48,39% em 2013). O valor mais elevado nos últimos 18 anos foi de 71,54. % em 2011. Além disso, a ajuda internacional é muito fragmentada, com inúmeros doadores e organizações, além de diferentes mecanismos de coordenação, com diferentes *agendas de saúde*.

Outro dado que nos ajuda a entender a situação atual do setor é o peso específico em termos de despesa pública em saúde (em percentagem do Orçamento do Estado), que ficou em 5,4% em 2017¹⁰, diminuindo ligeiramente em comparação com anos anteriores, já que entre 2010 e 2016, a dotação orçamental do Estado para o setor da saúde andou entre 7% e 9%, o que põe em causa o compromisso político assumido pelo Governo de Moçambique em Abuja de disponibilizar 15% do orçamento do Estado para o setor de saúde, segundo dados do Fórum de Monitoria do Orçamento¹¹.

Nesse sentido, uma análise do setor da saúde em Moçambique implica também estudar as desigualdades entre as diferentes províncias do país. Por exemplo, entre a população das onze províncias, a de Cabo Delgado é a que tem um menor acesso às US (39%)¹². Cabo Delgado apresenta, de forma geral, *piores indicadores de saúde do que a média nacional* e evidencia, *não só uma debilidade estrutural do sistema para dar resposta às necessidades, como um baixo envolvimento da comunidade* (por razões de dispersão geográfica, socioeconómicas, culturais e políticas) para poder aceder, participar e monitorizar o SNS (DPS-CD, 2017).

Mais do que analisar dados gerais sobre o peso dos fundos externos ou da despesa pública no setor da saúde, há que analisar em que medida esta mesma despesa em Moçambique é eficiente na relação com os principais indicadores de saúde de morbilidade, mortalidade, entre outros. Em comparação, Moçambique continua a apresentar alguns dos indicadores mais baixos do mundo, o que afeta diretamente o cálculo específico do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).¹³

Embora o país tenha conseguido traduzir nos últimos anos uma maior despesa na saúde por habitante em melhorias nos indicadores de mortalidade infantil e esperança de vida e se tenham verificado avanços na prestação de serviços de saúde aos cidadãos, Moçambique enfrenta dilemas importantes neste setor: por um lado, tendo em conta o contexto fiscal atual, é improvável

06/10/2019).

10 Ver: UNDP, 2018: *Mozambique: Human Development Indicators (Report)* <http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/MOZ> (consultado: 12/12/2018).

11 Ver: FMO, 2016: *Por um sistema de saúde eficiente, descentralizado, transparente e envolvente dos cidadãos (Policy Brief N° 4)*. Maputo: Fórum de Monitoria do Orçamento <http://www.fmo.org.mz/documentos/FMO-2016-Policy-Brief-SECTOR-DA-SAUDE.pdf> (consultado: 04/12/2018).

12 Apenas 39% das pessoas desta província têm acesso a uma US situada a menos de 30km do seu lar.

13 Em 2017, Moçambique ocupava o décimo lugar mais baixo (180º no ranking) com um índice de 0,437 (UNDP, 2018).

que se registem aumentos na despesa de saúde a curto e médio prazo¹⁴; e, por outro lado, continua a existir a perceção por parte dos utentes e provedores de que os níveis atuais de qualidade estão longe de satisfazer as necessidades. Particularmente em Cabo Delgado, as ruturas sistemáticas de medicamentos e outros itens médicos nas unidades sanitárias, a enorme distância que os utentes têm que percorrer para aceder à unidade sanitária mais próxima da sua casa, além do tempo de espera e a ocorrência de cuidados não humanizados nalguns casos, continuam a ser preocupações importantes entre a grande maioria dos utentes dos serviços.

Continuam a ser, portanto, totalmente atuais os desafios lançados consecutivamente pela OMS desde a Declaração de Alma Ata¹⁵. Isto é, permanece a necessidade de melhorar a participação da comunidade, não apenas nos componentes de educação e promoção da saúde, mas também na capacidade das comunidades de participarem de decisões que afetam a sua saúde. Um estudo recente realizado em Cabo Delgado mostra que *apenas 38.7% das mortes maternas são reportadas pelo sistema e os restantes 61.3% não são reportadas e ocorrem maioritariamente nas Comunidades* (DPS-CD, 2017).

No seu Relatório de 2008, a OMS insistiu que seria imperativo mobilizar diferentes fatores de impulso das reformas mediante: a. *mobilizar a produção de conhecimentos*; b. *mobilizar o compromisso do pessoal*; e, c. *mobilizar a participação da população*. Nos últimos 40 anos, a OMS não deixou de realçar os benefícios da participação comunitária (em eficácia e sustentabilidade), através de: i. *aumento da capacidade de resposta do serviço*; ii. *mobilização dos recursos da comunidade*; iii. *relações mais equitativas entre o utente e o provedor*; e, iv. *maior propriedade, maior controlo dos recursos*¹⁶.

Em suma, o principal desafio em Moçambique e, particularmente, em Cabo Delgado (e numa grande parte do mundo), continua a ser o de tornar real o *Direito Humano à Saúde* através da participação comunitária, enquanto capacidade coletiva. A participação pode ser entendida, neste contexto, simultaneamente, como um instrumento (e uma capacidade coletiva) para o direito à saúde e um direito humano *per se*. É o que permite, por um lado, lutar pela equidade na saúde, através de processos mais justos e transparentes, reconhecidos pelos indivíduos como justiça administrativa e pelas comunidades através da voz coletiva; e, por outro lado, pôr em prática uma *abordagem de direitos*. Uma abordagem que, nas palavras de Leslie London, *prioriza os mais vulneráveis, oferece oportunidades para a agência e aborda intrinsecamente uma agenda de promoção da equidade, privilegiando as experiências dos grupos pobres e desfavorecidos e marginalizados*,

14 Por esse motivo, segundo analistas da UNICEF, “o país deve concentrar-se em obter ganhos de eficiência usando os atuais níveis de recursos”. UNICEF, 2017: *Informe Orçamental Saúde 2017* http://budget.unicef.org/mz/briefs/2017/UNICEF_BB2017_Health_PT_Final3.pdf (consultado: 10/12/2018).

15 OMS, 2008, *Regreso a Alma Ata*. <http://www.who.int/dg/20080915/es/> (consultado: 18/12/2018).

16 OMS, 2008 b, *Informe sobre la salud en el mundo 2008 - La atención primaria de salud: Más necesaria que nunca* <http://www.who.int/whr/2008/es/> (consultado: 18/12/2018).

com particular ênfase na agência coletiva.¹⁷

Desafios e oportunidades de investigação sobre os espaços de participação comunitária no setor da saúde

As transformações no domínio da saúde passam pela *abertura de novos espaços de participação para os doentes e para os que a eles prestam cuidados fora do âmbito profissional, como forma de promoção da defesa dos seus direitos* (Nunes, et al., 2010, p.2). Além disso, têm-se multiplicado *as iniciativas de participação provenientes da sociedade civil, cujo denominador comum tem sido exercer uma forte pressão sobre o sector público com o objetivo de reformular o sistema dos direitos sociais, não mais entendidos como o direito a serviços planeados e prestados pelo Estado, mas como exigência de maior envolvimento por parte dos/as cidadãos/ãs na definição das políticas públicas* (Serapioni & Matos, 2014, p. 9).

No contexto de Moçambique, esse tipo de plataformas ainda está longe de ser uma realidade. No entanto, a necessidade de haver espaços de participação e decisão entre os utentes e os provedores dos serviços de saúde é evidente neste contexto e tem sido amplamente legislada. Desde 1990 a Constituição da República inclui a combinação da democracia representativa e participativa. Na sua versão mais recente, este aspeto encontra-se espelhado no Artigo 73 da Constituição quando afirma que: *O povo moçambicano exerce o poder político através do sufrágio universal directo, igual, secreto e periódico para a escolha dos seus representantes, por referendo sobre as grandes questões nacionais e pela permanente participação democrática dos cidadãos na vida da Nação*. Neste sentido, fica exposta a representação, decorrente do sufrágio universal, bem como a participação direta, esperada do referendo e da participação permanente do cidadão na gestão pública. Segundo José Dias, *há de ser esta base constitucional sobre a participação permanente que foi usada pelo legislador moçambicano para criar um quadro legal favorável para o envolvimento do cidadão na gestão pública, assim como pelo sector da saúde, em particular, para a criação do Comité de Qualidade e Humanização dos Cuidados de Saúde* (Dias, 2018, p. 4).

As vantagens da participação comunitária na saúde têm sido largamente debatidas e estudadas em diferentes contextos. No entanto, seria necessário analisar, não apenas os aspetos normativos e institucionais de natureza socio-política, mas também os determinantes socioculturais e as formas de discriminação que influenciam essa participação (*intersectionality*). Quando nos referimos à participação cidadã e a processos de *responsabilidade social* em termos de políticas e prestação de contas dos serviços públicos, por exemplo, não é o mesmo trabalhar em questões mais amplas de governação local (*political accountability*) que num setor específico como a saúde (*social accountability*). A cobertura de cada setor influencia prioridades e interesses para a própria *responsabilidade social*. Há também diferentes momentos no processo de compreensão

17 Comunicação pessoal de Leslie London (UCT) no Citizen Engagement Programme Seminar, 07/12/2017, Maputo.

da participação cidadã; e, sobretudo na saúde, existem vulnerabilidades igualmente diferentes: dependência do paciente, percepção de poder e opções de escolha que influenciam essas mesmas relações de poder¹⁸.

O potencial dos Comitês de Saúde enquanto espaços reclamados de participação

Os CcGH e os CS na província de Cabo Delgado (Moçambique)

No âmbito específico deste estudo, interessa-nos começar por fazer uma distinção fundamental entre os diferentes espaços de participação. Estes podem ser *estabelecidos*, sendo os seus participantes convidados. Mas também podem ser *reclamados*, ou seja, espaços *criados* pela própria comunidade. Há uma diferença substancial entre espaços associados aos provedores dos serviços, com um certo grau de institucionalização, muito mais formal que informal, e espaços que são reclamados pela população que nem sempre se sente representada pelos participantes nos espaços do primeiro tipo.

Em Moçambique, um exemplo claro dos espaços do primeiro tipo são os Comitês de co-Gestão e Humanização (CcGH) e, em grande medida, também os atuais Comitês de Saúde (CS). Analisando a documentação oficial disponível – os termos de referência – as principais diferenças entre os CcGH e os CS, são: a *nível de estrutura* (os primeiros formados por trabalhadores da saúde e representantes da comunidade, os segundos exclusivamente por membros da comunidade); a *nível de objetivos* (os primeiros procuram coordenar e apoiar no processo de implementação das atividades de melhoria da qualidade e humanização; os segundos, mobilizar a comunidade, identificar problemas de saúde, e procurar soluções dentro e fora da comunidade); a *nível de ações* (os primeiros relacionados com a qualidade e humanização dos serviços; os segundos com a promoção e prevenção da saúde).

O setor da saúde em Moçambique reconhece a relevância da participação do cidadão para a melhoria da qualidade e humanização dos cuidados de saúde. Neste âmbito, defende que *[a] integração da sociedade e da participação social torna-se importante na melhoria dos serviços, pois permite o exercício do controle social e que as práticas de saúde se direcionem também aos interesses colectivos e dos contextos sociais e culturais* (MISAU, 2017a, p. 3). Na realidade, a reafirmação e formalização do compromisso do governo moçambicano com a prestação de serviços de saúde baseados na valorização de todos os intervenientes, utentes, trabalhadores, gestores e comunidade vem expressa em diversas políticas públicas, dentre elas o *1º Plano Nacional de Humanização dos Cuidados da Saúde (2008)* e a *1ª Estratégia Nacional para a Melhoria da Qualidade e Humanização 2010-2014 (16)*. Neste sentido, é reconhecido que os Comitês de Qualidade e Humanização a todos os níveis (nacional, provincial, distrital e nas unidades sanitárias) *jogam*

¹⁸ Tanto quanto pudemos analisar até agora, não há muita pesquisa consolidada para entender quais são os elementos específicos de cada setor que influenciam o potencial de *responsabilidade social* para a melhoria dos serviços e abordagens a serem utilizadas.

um papel crítico na mudança cultural e das formas de organizar os processos de trabalho em saúde (Dias, 2018, p. 6)¹⁹.

Na versão revista dos Termos de Referência, o Comité de Qualidade e Humanização dos Cuidados de Saúde nas Unidades Sanitárias é definido como *uma equipa de assessoria e coordenação ao processo de implementação da actividades de qualidade e humanização no âmbito da Unidade Sanitária. Destina-se a empreender uma política institucional de resgate de valores humanitários e de garantia de qualidade nos serviços de saúde, em benefício dos utentes e trabalhadores através da gestão participativa* (MISAU, 2017b, p. 1).

Segundo o mesmo documento, constam como funções deste órgão, entre outras: *i. Constituir-se como espaço colectivo democrático de escuta, análise, elaboração e decisão sobre as acções e projectos de Qualidade e Humanização; ii. Dar apoio às diversas iniciativas humanizadoras já existentes na Unidade Sanitária; iii. Difundir a Qualidade e a Humanização de maneira a estimular a participação dos trabalhadores, gestores e da comunidade nas acções desenvolvidas na Unidade Sanitária; iv. Avaliar e divulgar os resultados da Qualidade e Humanização segundo os indicadores e parâmetros definidos como prioritários* (MISAU, 2017b, p. 10).

No caso específico da província de Cabo Delgado, existem diferenças significativas entre os diferentes distritos da província, no que diz respeito ao número de comités existentes, tendo em conta a sua relação com o número de US e o número de comunidades (DPS-CD, 2016). No entanto, para entendermos como funcionam na prática estes comités e o que é que realmente contribuem para o setor da saúde e as comunidades onde estão inseridos, temos que ir mais além da análise de indicadores quantitativos (número de comités de saúde criados ou revitalizados, por distrito e por província; percentagem de US com comités de co-gestão que incluem representantes da comunidade por distrito e por província) e aprofundar a análise a partir de dados empíricos e de âmbito qualitativo. Fundamentalmente, perceber a perceção das comunidades, as suas interrogações, necessidades e propostas, em termos de acesso e exercício do direito à saúde. Nestes últimos anos, tem-se debatido o papel destes comités, já que não estão a ser totalmente operacionais e eficazes enquanto aos seus propósitos iniciais. Talvez isto se deva à sua natureza institucional e às dinâmicas que se estabeleceram baseadas na dependência de fundos externos para que funcionassem, hipóteses estas que necessitam uma maior análise.

Um estudo que podemos tomar como referência é o que foi realizado pelo Centro de Aprendizagem da Sociedade Civil (CESC) e os seus parceiros

19 A criação dos comités de qualidade ao nível das unidades sanitárias, em particular, vinha exposta no Plano Quinquenal do Governo (2010-2014) e na Estratégia Nacional para a Melhoria da Qualidade e Humanização dos Cuidados de Saúde (2010-2014). Enquanto esta última política defendia de forma geral a criação de comités de qualidade e humanização ao nível das unidades sanitárias com a participação das comunidades, no âmbito do Plano Quinquenal se fixava a meta da criação dos mesmos comités em pelo menos 50% das unidades sanitárias das sedes distritais (MISAU, 2012).

e apresentado no final de 2018 por José Dias²⁰. Segundo este autor, *apesar do quadro sectorial prever uma abordagem de democracia participativa e de controlo social no funcionamento dos comités, os dados colhidos pelo CESC e os seus parceiros [junto de 12.952 membros das comunidades de] 73 unidades sanitárias, de 15 distritos [das províncias de Cabo Delgado, Niassa e Gaza], no período de 2015 a 2017, mostram que estes órgãos tendem a concentrar-se [nalgumas] actividades. No caso da província de Cabo Delgado: abertura de kits, planificação de requisição, palestras, construção de casas de mãe-espera, jornadas de limpeza, divulgação de direitos e deveres do doente.*

Da análise realizada, podem-se apontar duas tendências importantes: 1) a ocorrência de uma lógica de apoio ao processo de implementação de ações de rotina da unidade sanitária e menor ou quase nenhuma ação de interligação entre a comunidade e o sector da saúde para a promoção da participação e controlo social; 2) uma forte dependência do pessoal do sector da saúde, o que enfraquece o seu dinamismo para se constituir de facto num espaço colectivo democrático de escuta, análise, elaboração e decisão sobre as ações e projectos de Qualidade e Humanização, conforme se prevê nos Termos de Referência que orientam o seu funcionamento (Dias, 2018, p. 7).

Pistas para um possível estudo de caso na província de Cabo Delgado (Moçambique)

Com o objetivo de dotar a presente análise de elementos que consubstanciem a utilidade e adequação das hipóteses levantadas anteriormente em relação aos *espaços reclamados de participação*, a partir da abordagem teórico-conceptual das *capacidades coletivas*, um possível *estudo de caso* poderá centrar-se nos distritos – ou parte deles – da província de Cabo Delgado (Ancuabe, Montepuez, Quissanga, Muidumbe, Nangade e Macomia) abrangidos precisamente pela intervenção mencionada anteriormente, *i.e.* o Projeto Mais Vida, implementado por um consórcio formado por *N’weti-Comunicação para Saúde, Centro de Integridade Pública e Centro de Aprendizagem da Sociedade Civil*. Este projeto teve como propósito *a monitoria e a advocacia para a melhoria da prestação dos Serviços de Saúde, Mulher e Infância, em unidades sanitárias, através da dinamização de espaços reclamados de participação*.²¹

No estudo antes mencionado, realizado por José Dias, destaca-se o facto de *a abordagem de responsabilização social, por um lado, gerar uma dinâmica vibrante na relação entre os cidadãos/utentes e os provedores de serviços, que inclui maior fluxo de*

20 Na I Conferência Internacional de Determinantes Sociais da Saúde, organizada pela ONGD Medicus Mundi, em Maputo, no dia 07/12/2018.

21 Em termos gerais, a intervenção pretende, entre outros aspetos: *facilitar a participação e o engajamento dos cidadãos e das organizações da sociedade civil nos processos de monitoria da qualidade dos serviços de saúde da mulher e da criança bem como a facilitação de processos de advocacia com vista à melhoria da qualidade desses serviços, especialmente no que tange à participação comunitária no processo de tomada de decisões e na melhoria de aspetos de funcionamento dos serviços de saúde; reduzir o uso ineficiente, ou mau uso dos recursos disponibilizados aos distritos para a prestação de serviços de saúde. Para tal, foram usados processos e ferramentas participativas de monitoria dos serviços, como são os casos do Cartão de Pontuação Comunitária (CPC) e o Rastreo das Despesas (RD) (in folheto de N’weti-Comunicação para Saúde: Programa Mais Vida).*

informação, construção de consensos e prestação de contas e, por outro, resultar em cenários de mudanças comportamentais e práticas de gestão, “obriga” o sector da saúde a repensar na actual dinâmica de funcionamento dos Comités, que vem sendo caracterizada por uma lógica de apoio e de fraca reivindicação de direitos do cidadão/utente. Segundo este mesmo autor, a questão de fundo é como se pode tornar os comités em instrumentos efectivos de promoção de participação do cidadão/utente e de controlo social, tomando em consideração a existência de um quadro legal e institucional favorável para esse efeito (Dias, 2018, p.12). Neste sentido, as questões em aberto lançadas por este autor são essenciais, do nosso ponto de vista, para futuras análises neste contexto:

- *Determinar a natureza mais adequada dos próprios comités, se deve ser mais deliberativa ou consultiva;*
- *A contribuição que o sector pode fornecer ao processo de mudança do conceito de participação das comunidades, que essencialmente deriva de uma “tradição de apoio” ao sector do que de reivindicação de direitos junto dos provedores. Esta mudança conceptual poderia criar as fundações necessárias para a reinterpretção dos papéis dos actores envolvidos no processo de provisão de cuidados de saúde;*
- *Melhores estratégias para a capacitação dos membros dos comités e das próprias comunidades;*
- *Valorização adequada das experiências de responsabilização social que inclua a reflexão sobre como as suas práticas de sucesso podem ser apropriadas pelo sector da saúde.*

Conclusões preliminares

- Um quadro conceptual-analítico a partir da *abordagem de capacidades coletivas* poderá ser útil para analisar a complexidade e a interação entre os diferentes atores num mesmo território. A questão-chave estará em entender os processos políticos dos territórios e ligar algumas das ideias teóricas e categorias centrais da *abordagem de capacidades coletivas*, com o conhecimento prático dos atores locais e com os seus processos políticos e mudanças, com os seus valores, cultura e liderança social, com o intuito de abordar a saúde enquanto parte de um processo mais amplo, integral e interdependente de desenvolvimento humano.
- As transformações no campo da saúde envolvem a abertura de novos espaços de participação para os doentes e para aqueles que os assistem fora da esfera profissional, como forma de promover a defesa dos seus direitos e, em particular, o direito à saúde (no seu sentido mais amplo). A saúde enquanto serviço social básico, enquanto direito humano e enquanto fator de vulnerabilidade que discrimina pessoas e sociedades, levanta-nos desafios novos na investigação sobre os espaços de participação comunitária.
- Os Comités de Co-Gestão e Humanização / Comités de Saúde, en-

quanto espaços de participação comunitária na província de Cabo Delgado (Moçambique), poderão ser analisados enquanto espaços estabelecidos e reclamados, os quais têm, do nosso ponto de vista, características relevantes para ser objeto de estudo dentro da abordagem de *capacidades coletivas*.

- Uma iniciativa como o Projeto “Mais Vida” tem potencial para: 1) constituir-se como campo de análise e ação; e, 2) contribuir para dar conteúdo prático à abordagem teórica de capacidades coletivas, identificando e analisando as capacidades das comunidades de participarem nas decisões que afetam a sua saúde e os seus direitos intrínsecos.
- Tendo em conta as próprias conclusões presentes na análise aos resultados deste projeto, 1) *a implementação de dinâmicas locais de controlo social na gestão pública é indissociável de processos de descentralização do poder decisório e autonomia das US, para que estas (US) consigam responder prontamente à “pressão” de cidadãos conscientes dos seus direitos;* 2) *as lógicas de controlo social exigem uma maior flexibilidade e abertura dos níveis central e provincial para responderem prontamente às demandas crescentes do nível local. Ou seja, a questão subjacente aqui consiste em entender a pré-disposição do sector da saúde para lidar com este novo tipo de cenários internos. Seja qual for a resposta a esta questão, o facto é que há que reconhecer a existência de uma nova realidade, com exigências de postura e atitudes mais democráticas das instituições públicas para que as mesmas sirvam cada vez melhor ao cidadão* (Dias, 2018, p.12).
- Do nosso ponto de vista, iniciativas deste tipo podem melhorar o grau de participação e responsabilidade social na implementação de políticas públicas num determinado território. No entanto, concordamos com Leslie London quando afirma que *o seu impacto em processos mais amplos de governação participativa e como processo de transformação social é limitado: 1. o sistema sociopolítico e institucional existente condiciona as relações de poder – não questiona o sistema e as normas; 2. os ritmos de destruição/construção são imprevisíveis; 3. os processos são limitados no tempo, pouco sustentáveis e verdadeiramente transformadores (empoderamento), devido ao grau de interdependência com outros fatores e condicionantes do próprio sistema (nível de educação e consciência, dependência económica)*²². Por outro lado, parece-nos fundamental avançar na criação de espaços reclamados de participação (criados e próprios) para que as comunidades sejam realmente partícipes nos processos de *responsabilização social*, tendo por base a melhoria efetiva da qualidade/humanização dos serviços prestados e o exercício real do seu direito humano à saúde, tanto a nível individual-coletivo, como numa perspetiva integral da própria saúde enquanto *metacapacidade*.

²² Comunicação de Leslie London (UCT) na I Conferência Internacional de Determinantes Sociais da Saúde, organizada pela ONGD Medicus Mundi, em Maputo, no dia 07/12/2018.

Referências

- ALBERDI BIDAGUREN, J. **Aspectos socio-políticos del Desarrollo Humano Local: Nuevas claves de análisis para la participación democrática y las interacciones público-privadas.** Bilbao: Hegoa. 2014. Disponível em: <http://publicaciones.hegoa.ehu.es/publications/313>
- ALBERDI BIDAGUREN, J.; & DUBOIS MIGOYA, A. El proceso de definición colectiva del bienestar, como referencia clave de la dimensión política del desarrollo. Del desarrollismo al desarrollo humano. *In* M. Engelken-Jorge, M. Cortina Oriol & N. Bergantiños (Eds.), **Contextos y perspectivas de la democracia: ensayos en honor a Pedro Ibarra Güell** (pp.270) Pamiela, 2015.
- ALKIRE, S. **Capability and functionings: Definition & justification** (HDCA introductory briefing note), 2005. Disponível em: <http://bit.ly/2xxGVuT>
- ALKIRE, S.; DENEULIN, S. The human development and capability Approach. *In* S. Deneulin, & L. Shahani (Eds.), **An introduction to the human development and capability approach: Freedom and agency** (pp. 22-48). London: Earthscan, IDRC, 2009. Disponível em: <https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/handle/10625/40248>
- BASER, H.; MORGAN, P. **Capacity, Change and Performance. Study Report.** (European Centre for Development Policy Management Discussion Paper 59B). Maastricht: ECDPM, 2008. Disponível em: <http://ecdpm.org/publications/capacity-change-performance-study-report/>
- BENACH, J.; MUNTANER, C.; TARAFÁ, G.; VALVERDE, C. **La Sanidad está en venta. Y también nuestra salud.** GREDS-EMCONET. *Barcelona*: Icaria & ASACO, 2012.
- CARVALHO, C. (coord.). **Mulheres no mercado da saúde - Apoio social em Angola, Moçambique Guiné-Bissau e Niger.** África em Perspetiva. Almedina. pp. 17-45, 2018.
- CARVALHO GUERRA, I. **Participação e Acção Colectiva – Interesses, conflitos e consensos.** Estoril: Príncípa Editora, 2006.
- DENEULIN, S. **Advancing Human Development: Values, groups, power and conflict.** working paper. WeD Working Paper 09/49, 2017 (August 2017), 22, 2009. Disponível em: http://opus.bath.ac.uk/15945/1/WeDWP_09_49.pdf.
- DENEULIN, S. Democracy and political participation *In* Deneulin, S.; & Shahani, L. (Eds.), **An Introduction to the Human Development and Capability Approach.** Freedom and Agency, Ottawa, IDCR, pp.185-206, 2009b.
- DENEULIN, S. **Expanding freedoms, changing structures: Assessment of the human development report 2014.** Development and Change, 47 (FORUM 2016), 937-951, 2016, DOI: <http://dx.doi.org/10.1111/dech.12237>.
- DENEULIN, S. The good life: Aspiration, dignity, and the anthropology of wellbeing. **Journal of Human Development and Capabilities**, 18:2, 314-316, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/19452829.2017.1294750>.
- DIAS, J. **Desafio da articulação entre os cidadãos e os Comités de Qualidade e Humanização dos Cuidados de Saúde como órgãos de representação**

da comunidade. Artigo apresentado na I Conferência Internacional sobre Determinantes Sociais da Saúde, em Maputo, no dia 07/12/2018, Maputo: Centro de Aprendizagem e Capacitação da Sociedade Civil (CESC), 2018.

DUBOIS MIGOYA, A. **El debate sobre el enfoque de las capacidades:** las capacidades colectivas. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 10, núm. 20, 2008, pp.35-63. Universidad de Sevilla, Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1200>

DUBOIS MIGOYA, A. **Marco teórico y metodológico del Desarrollo Humano Local.** Bilbao: Hegoa, 2014. Disponível em: www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0779/Marco_DHL_versión_larga.pdf

HORTON, R., et al. **From public to planetary health:** a manifesto. The Lancet. VOLUME 383, ISSUE 9920, P847, MARCH 08, 2014. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(14\)60409-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(14)60409-8)

IBRAHIM, S. S. **From Individual to Collective Capabilities:** The Capability Approach as a Conceptual Framework for Self-help, Journal of Human Development, 7:3, 397-416, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/14649880600815982>

MENESES, M. P. **Pluralism, law and citizenship in Mozambique:** Mapping the complexity. Oficina do CES, 291, 2007. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/291.pdf>

MENESES, M. P. **Poderes, direitos e cidadania:** O ‘retorno’ das autoridades tradicionais em Moçambique. Revista Crítica de Ciências Sociais, 87, 9-42, 2009.

NELSON, J. A. **Freedom, Reason, and More:** feminist economics and human development. Journal of Human Development. Vol. 5, nº 3, pp.309-33, 2004.

NUNES, J. A.; FILIPE, A. M.; MATIAS, M. **Os novos actores colectivos.** Alicerces. 2010; III (3): 119-28. Instituto Politécnico de Lisboa. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.21/733>

NUSSBAUM, M. C. **Mujeres y el Desarrollo Humano. El enfoque de las capacidades.** Barcelona: Herder, 2002.

PEÑARANDA, F. **Sujeto, justicia social y salud pública.** Ciênc. saúde coletiva vol.20 no.4 Rio de Janeiro Apr. 2015. ABRASCO - Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015204.00552014>

SANTOS, B. d. S.; SILVA, T. C. e. **Moçambique e a reinvenção da emancipação social.** Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2004.

SEN, A. **Development as freedom.** New York: A.A. Knopf, 1999.

SEN, A. Development as capability expansion. In S. Fukuda-Parr, & A. K. Shiva Kumar (Eds.), **Readings in Human Development:** Concepts, measures and policies for a development paradigm (pp. 41-58). New Delhi and New York: Oxford University Press, 2003.

SEN, A. **La idea de la justicia.** Madrid: Taurus, 2010.

SERAPIONI, M.; MATOS, A. R. (Orgs.) **Saúde, Participação e Cidadania.**

Experiências do Sul da Europa. Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, Coimbra: Edições Almedina, 2014.

SMITH, G. **Democratic Innovations. Designing Institutions for Citizen Participation.** Cambridge University Press, 2009.

Documentos oficiais e leis consultadas

DPS-CD (2016): **Manual de Operações Fase II 2016-2019. Envolvimento e Participação Comunitária na Saúde Cabo Delgado.** Pemba: Direcção Provincial de Saúde de Cabo Delgado

DPS-CD (2017): **Determinantes Sociais das Iniquidades em Saúde Materno Infantil em Cabo Delgado, entre 2011 e 2015 (relatório preliminar).** Pemba: Direcção Provincial de Saúde de Cabo Delgado

DPS-CD (2018): **Balanço do PES Janeiro – Dezembro 2017.** Apresentado em Pemba nos dias 9-11/07/2018. Pemba: Direcção Provincial de Saúde de Cabo Delgado

MISAU (2010): **Estratégia Nacional para a Promoção da Saúde.** Maputo: Ministério da Saúde

MISAU (2011): **Carta dos direitos e deveres do doente.** Maputo: Ministério da Saúde

MISAU (2012): **Termos de Referência para o Estabelecimento e Funcionamento dos Comités de Co-Gestão das Unidades Sanitárias.** Maputo: Ministério da Saúde

MISAU (2013): **Plano Estratégico do Sector da Saúde 2014-2019.** Maputo: Ministério da Saúde

MISAU (2017a): **Estratégia nacional para a melhoria da qualidade e humanização dos cuidados de saúde (2017-2023).** Maputo: Ministério da Saúde

MISAU (2017b): **Termos de referência dos Comités de Qualidade e Humanização dos Cuidados de Saúde em Moçambique.** Maputo: Ministério da Saúde

República de Moçambique (2001): **Decreto 30/2001, de 15 de Outubro, Aprova as normas de funcionamento dos serviços da Administração Pública.**

República de Moçambique (2014): **Lei n.º 34/2014, de 31 de Dezembro, Lei do Direito à Informação.**

República de Moçambique (2018): **Lei n.º 1/2018, de 12 de Junho, Lei da Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique.**

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: A INTERVENÇÃO E A REGULAMENTAÇÃO DO ESTADO E DO PODER JUDICIÁRIO NO FUNCIONAMENTO DOS PLANOS DE SAÚDE

Pedro Barasnevicus Quagliato

Mestre em Direito Comercial Internacional - LL.M. (Universidade da Califórnia). Especialista em Direitos do Consumidor (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). MBA Executivo Internacional em Direito da Economia e da Empresa e Pós MBA em Inteligência Empresarial (Fundação Getúlio Vargas). Graduado em Direito (Universidade Paulista de Campinas). Advogado sócio e fundador do Quagliato Advogados

Resumo:

No Brasil, a Saúde Suplementar assumiu um papel de grande relevância na sociedade contemporânea, principalmente pela precariedade no atendimento e nos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Assim, torna-se previsível que os beneficiários de planos privados de saúde suplementar busquem a tutela específica perante o Poder Judiciário, quando estão diante de negativas de coberturas, notadamente daquelas não previstas no Rol de Procedimentos Médicos da Agência Nacional de Saúde e/ou contrárias às disposições contratuais. Trata-se de um tema de grande importância e abrangência, pois a manutenção e a sustentabilidade das empresas que atuam no mercado da saúde suplementar é de interesse de toda a sociedade brasileira e mundial. O estudo enfoca a análise da intervenção e a regulamentação do Estado no mercado de saúde suplementar, ou seja, na constante alteração das condições contratuais, que imputa aos planos de saúde responsabilidades imprevistas no âmbito de sua atuação, como também lhes confere atribuições que supostamente poderiam pertencer ao Estado. A judicialização no Brasil em números. A Responsabilidade objetiva dos planos de saúde. A prevalência do direito fundamental à saúde de forma ampla, somado às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso. Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de planos de saúde e na própria sociedade. O direito fundamental à saúde e (des)respeito dos planos de saúde. O inadimplemento contratual por parte dos planos e a possibilidade de incidência de danos morais. A responsabilidade dos planos de saúde de autogestão, na qual a própria empresa ou outro tipo de organização institui

e administra, sem finalidade lucrativa. Os critérios mais recentes do STJ e STF para fornecimento de tratamentos e medicamentos pelos planos.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde suplementar; Plano de saúde.

Introdução

O direito à saúde é um direito essencial ao ser humano, previsto constitucionalmente como um direito fundamental de segunda geração. Mesmo sendo um dever do Estado a efetivação desse direito, o mesmo também é prestado por entidades privadas.

Apesar de o SUS ser um modelo mundialmente conhecido e também admirado, o mesmo possui deficiências, o que faz, muitas vezes, com que a efetivação do direito a saúde seja precária. Nesse vértice surge a saúde suplementar.

A saúde suplementar é compreendida como a atividade que envolve a operação de planos e seguros privados de assistência médica à saúde. Seu surgimento se deu na década de 1960, e a atividade só veio a ser regulamentada com a lei 9656/98 que dispõe sobre os planos de saúde. Atualmente, a regulação da saúde suplementar é feita pela Agência de Saúde Suplementar, a ANS¹.

No plano público, quando não há a efetiva prestação do direito a saúde ao cidadão, o mesmo pode ingressar em juízo para a garantia do seu direito. Tal possibilidade se deve a inafastabilidade da jurisdição, que significa, em linhas gerais, que o Estado não pode se negar a solucionar conflito posto a apreciação da justiça.

Da mesma forma, na saúde suplementar existe a possibilidade de acesso a justiça no caso de negativa ou omissão no que se refere a cobertura da saúde. A judicialização visando o respeito a esse direito é essencial para que não haja graves prejuízos ao paciente.

O estudo enfoca a análise da intervenção e a regulamentação do Estado no mercado de saúde suplementar, ou seja, na constante alteração das condições contratuais, que imputa aos planos de saúde responsabilidades algumas vezes não previstas no âmbito de sua atuação, como também lhes confere atribuições que supostamente poderiam pertencer ao Estado.

O objetivo geral consiste em compreender, em linhas gerais, a saúde suplementar no Brasil. Inicialmente tratou-se a respeito do direito a saúde e a sua disposição na Constituição e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Posteriormente, iniciou-se um estudo a respeito do plano de saúde, de forma a compreender o seu funcionamento.

Por fim foi analisada a responsabilidade objetiva do plano de saúde e a aplicação do código do consumidor. Delimitou-se a responsabilidade objetiva

1 A Agência de Saúde Suplementar, (ANS) foi criada pela Lei n° 9.961, de 2000, que definiu sua finalidade, estrutura, atribuições, receita e sua vinculação ao Ministério da Saúde.

e a possibilidade de indenização por danos morais no caso de inadimplemento contratual, a base teórica para o estudo foram decisões judiciais e a doutrina. Posteriormente o texto foi finalizado com a tratativa da judicialização da saúde suplementar.

A justificativa para a escolha do tema é a necessidade de aprofundamento teórico a respeito do tema, de forma a contribuir para a comunidade acadêmica e para a sociedade. O trabalho utilizou o método dedutivo, a metodologia de pesquisa é do tipo bibliográfica, portanto, os fundamentos são buscados em livros de grandes autores do direito, em artigos em meio eletrônico e de documentos legais.

Do Direito à Saúde

O direito à saúde é um direito fundamental social, previsto no segundo capítulo do Título II da Constituição Federal em seu artigo 6º, sendo classificado como um direito de segunda dimensão, que exige que o Poder Público atue em favor dos cidadãos, devido ao seu caráter prestacional. Contudo, já resta entendido que os direitos sociais não somente exigem uma atuação positiva e intervencionista do Estado, como também exigem uma atuação negativa. Nessa linha, Afonso da Silva entende que o direito à saúde, assim como os direitos sociais, requer prestações positivas e negativas dos Entes².

Ainda, convém registrar que convém registrar o reconhecimento universal do direito à saúde, consignado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, sendo considerada o mais importante documento normativo celebrado no Século XXI, cujo conteúdo descreve os direitos humanos básicos, estabelecendo em seu art. 25 “que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar”. Desse modo, conclui-se que o direito à saúde pode ser dotado de dupla função:

Tanto como um direito de defesa (proteção do Estado à integridade corporal das pessoas contra agressões de terceiros, por exemplo), quanto como um direito positivo (impondo ao Estado a realização de políticas públicas buscando sua efetivação, tais como atendimento médico e hospitalar, por exemplo), e ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia.³

Deve-se lembrar, contudo, que o dever estatal não exclui o dever de cada cidadão, da sociedade, da família, ou até mesmo das empresas, conforme parágrafo segundo do artigo 2º da Lei 8080/90⁴. Ou seja, a saúde não é só um

2 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 34. Ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2011, p. 309.

3 OHLAND, Luciana. Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. V. 36. N. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010, p. 31.

4 Artigo 2º: A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. §2º: O dever do Estado não exclui o das

direito do indivíduo, da coletividade, é, também, um dever deles.

A Constituição da OMS assegura que o direito à saúde tem reconhecimento em documento solene corresponde a um direito universal. O melhor estado de saúde que uma pessoa pode alcançar compõe um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, cabe destaque o seguinte trecho do diploma em questão:

[...] A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estado.⁵

Ainda, há uma íntima ligação do direito à saúde com o direito à vida e a dignidade humana ocorre porque é através da proteção da saúde que se garante uma qualidade de vida digna e até mesmo a própria sobrevivência, combatendo, tratando e prevenindo doenças que acometem os cidadãos.

Percebe-se que o direito à vida é o primeiro elemento objeto de tutela no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal. Isso se deve ao fato de que a vida é a base estrutural de toda ordem jurídica, já que, sem ela, os direitos não podem existir e nem ser exercidos – página 117 do livro.

Kimura entende que “o direito à vida envolve dois enfoques: (a) Direito à existência – refere-se ao direito de sobreviver, de defender, de permanecer vivo. (b) Direito à dignidade – Corolário do direito à existência – figura o direito de desfrutar a vida com dignidade”.⁶

A vida é o bem principal do ser humano, sendo seu primeiro valor moral. Junto com a vida, nasceria a dignidade. O direito à vida está amparado no *caput* do artigo 5º da Constituição da República: “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. [...]”. Canotilho destaca que:

[...] O direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados. É, logicamente, um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais. [...] O conteúdo jurídico objectivo da proteção do bem da vida humana implica, de forma incontornável, o reconhecimento do dever de proteção do direito à vida, quer quanto ao conteúdo e extensão,

peçoas, da família, das empresas e da sociedade. (BRASIL, Lei 8080 de 1990).

5 Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde, Nova Iorque, 1946.

6 KMURA, Alexandre Issa. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005, p.394.

quer quanto às formas e meios de efectivação desse dever.⁷

A saúde é componente da vida, estando umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, pode-se dizer que o direito à vida e à saúde são consequência da dignidade humana. Assim, conclui-se que o ser humano tem direito a uma vida digna, não podendo ser sacrificada.

Dos Planos de Saúde

A priori, cumpre salientar que a Constituição de 1988 assegura à iniciativa privada o direito de atuar na assistência à saúde. A participação das instituições privadas nesse campo deverá ocorrer de forma complementar ao sistema único de saúde, mas seguindo as diretrizes por este estabelecidas.

Os contratos oferecidos pelos planos de assistência privada à saúde são atípicos, mistos, de prestação de serviços, de adesão e carácter aleatório, sinalagmático, onerosos, formais e de execução diferida por prazo indeterminado.

Uma vez que se trata de um contrato de consumo, verifica-se que a prestação de serviços de assistência à saúde é oferecida, no mercado, aos consumidores, por meio de um contrato de adesão, padronizado, em que todas as cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor.

Essa contratação sinalagmática gera obrigações recíprocas, em que o consumidor assume o compromisso de pagar periodicamente as prestações pecuniárias correspondentes aos serviços oferecidos pelo fornecedor, ao passo que a este cabe prestar o serviço de cobertura dos procedimentos médicos, hospitalares ou odontológicos, quando o consumidor deles necessitar.

O conceito de plano de saúde está previsto no artigo 1º da Lei 9.656/1998, sendo que a sua transcrição se faz necessária como forma de exposição técnica do tema:

Plano Privado de Assistência à saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente, escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.⁸

Vê-se que a lei define os planos de saúde como um serviço que garante

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. El derecho constitucional como um compromisso permanentemente renovado. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, n. 10, 7-61, 1998.

8 BRASIL. Lei 9656. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 18 nov. 2019.

a cobertura dos custos relativos à prestação de assistência à saúde a um conjunto de pessoas que são filiadas a esses planos através do pagamento de prestações com valores estabelecidos em contrato.

Ressalte-se que o dispositivo estabelece, de maneira clara, que a finalidade do contrato é garantir a assistência à saúde, por prazo indeterminado e sem limite financeiro, mediante o atendimento efetivado por profissionais ou serviços de saúde, que podem ser livremente escolhidos pelo contratante.

O marco regulatório do país para as operadoras de planos de saúde é a Lei n.º 9.656/98, a chamada Lei dos Planos de Saúde, que em seu art. 1.º determina a submissão das empresas que operam planos de assistência à saúde (também conhecidos na doutrina como planos de assistência médico-hospitalar) às disposições estabelecidas em seu texto, definindo o seu campo de abrangência.

O serviço médico-assistencial prestado pela área privada possui extrema relevância social, tendo em vista que, para a concreção do princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1.º, III, da Constituição Federal, faz-se necessário estabelecer garantias mínimas de saúde ao indivíduo.

De acordo com dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar, o setor encerrou o ano de 2018 com 47.37 milhões de beneficiários de planos médico-hospitalares, com 747 operadoras ativas com beneficiários⁹.

Diante da ineficácia da prestação do serviço público ligado à saúde a todos os membros da sociedade, cresce a cada ano o número de consumidores ligados a planos privados de assistência à saúde. Para Marilise Baú são os contratos de planos de saúde:

[...] revestidos de características especiais que envolvem um feixe de relações, com prestação de serviços contínuos, massificados, prestados por pequeno grupo de empresas, no geral, com a utilização de terceiros para a realização do verdadeiro objetivo contratual, ou seja, a prestação direta do serviço ao consumidor. Para a realização de tal desiderato, ocorre uma cadeia invisível de fornecedores diretos e indiretos, isto é, médicos, paramédicos, prepostos dos hospitais, laboratórios etc.¹⁰

Insta destacar que o contrato de plano privado de assistência à saúde caracteriza-se por ser um contrato cativo de longa duração, pois a relação contratual se perpetua no tempo, em face do interesse do consumidor em que a relação havida entre as partes seja contínua e duradoura, para que esteja coberto de riscos futuros com assistência à saúde.

9 Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em 18 nov. 2019.

10 BAÚ, Marilise Kostelnaki. O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 48.

Da Responsabilidade Objetiva dos Planos de Saúde e da Aplicação do Código do Consumidor

A relação jurídica contratual que existe por advento dos contratos de planos de saúde é entendida como sendo relação de consumo, pois existe a figura dos consumidores, que são as pessoas físicas ou jurídicas, destinatárias finais do serviço de plano de saúde, e do fornecedor, pessoa jurídica de direito privado, prestador de serviços na área de saúde suplementar, de acordo com o disposto nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, desta feita, se torna indiscutível a aplicabilidade do Estatuto Consumerista.

Nesta toada, agir de boa-fé significa também não abusar do direito de contratar, inserindo cláusulas contratuais em condições gerais que sabe ou deveriam saber contrárias as normas, princípios e regras do ordenamento jurídico. Paulo de Tarso Sanseverino ao tratar da classificação e da função de controle da boa-fé assinala que ela:

Limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica, consoante previsto pelo art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002. Evita-se assim, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando a sua exigibilidade (pretensão) ou o seu exercício coativo (ação)¹¹

Podemos caracterizar esta boa-fé como um patamar de respeito, lealdade, clareza, coerência e fidelidade do fornecedor com relação ao consumidor contratante, visando assegurar segurança ao seu patrimônio, bem como fornecer informação adequada, adquirindo, ainda, o dever moral de não prejudicar ou enganar a parte contratante.

Ao celebrar um contrato de plano de saúde, o consumidor confia na contratada, a ponto de esperar ser atendido com dignidade quando necessitar de uma assistência médico-hospitalar. Prefere pagar uma mensalidade a uma pessoa jurídica administradora, a poupar o mesmo valor e utilizá-lo quando de uma eventualidade. Assim, caso haja prejuízo ao contratante por ato do plano de saúde, haverá a devida responsabilização civil.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves¹², denomina objetiva a responsabilidade que independe de culpa. A culpa pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que, mesmo no caso de responsabilidade objetiva, não se pode acusar quem não tenha dado causa ao evento. Nessa classificação, os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundam ainda na

11 SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

12 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro - Responsabilidade civil. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

culpa, mesmo que presumida. Para o autor:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo¹³

Corroborando destaca o seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL – PLEITO AJUIZADO CONTRA SOCIEDADE QUE EXPLORA ATIVIDADE EMPRESARIAL NO RAMO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. Responsabilidade objetiva da operadora de saúde quanto aos defeitos do serviço prestado por hospital por ela mantido, na conformidade do art. 14 do CDC. Demonstração inequívoca do defeito do serviço. Configuração manifesta de dano moral. Recurso provido (TJSP – 6ª Câmara de Direito Privado; AC nº 300.707-4/9-00-SP; Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia; j. 17/6/2004) (sem grifo no original)¹⁴

No que se refere a possibilidade de ensejar danos morais pelo inadimplemento contratual no plano de saúde, O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o mero inadimplemento não enseja o pagamento de indenização por danos morais ao consumidor. Ou seja, a negativa de cobertura, por si só, não autoriza a condenação:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE CUSTEIO. MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o mero inadimplemento contratual não enseja condenação por danos morais. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt no REsp 1772938/CE, Relator Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, Julgamento 25/06/2019, Publicação DJe 01/07/2019)¹⁵

13 *Ibidem*, p. 48.

14 BRASIL. TJSP Resp 300.707-4/9-00-SP. In: Responsabilidade Civil das Operadoras de planos de saúde. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13880>. Acesso em 18 nov. 2019.

15 BRASIL. STJ. REsp 1772938/CE. Disponível em: <<https://www.escavador.com/jurisprudencia/decisoes/697649/resp-1772938-stj-ce-recurso-especial-resp-1772938>>. Acesso em 18 nov. 2019.

É sabido que para que haja a condenação por danos morais, deve haver a efetiva comprovação de dano ou risco de dano. Nesse sentido, é possível compreender que o mero inadimplemento não enseja danos morais. Ademais, o plano de saúde pode ser responsabilizado objetivamente caso haja comprovação do dano.

Judicialização da Saúde

A judicialização da saúde é um fenômeno muito presente atualmente e trata-se das situações em que os cidadãos buscam no Judiciário a garantia de seus direitos constitucionalmente previstos, quando o Poder Público ou o plano de saúde se eximem de cumprir com a sua obrigação, ficando inerte e, obrigando o Poder Judiciário a intervir para assegurar a efetividade do direito pleiteado, o direito à saúde.

A Constituição assegura à população o direito de acesso à Justiça como um direito fundamental, sendo certo que, atualmente, uma das formas mais efetivas de garantir o direito à saúde é através das demandas judiciais, que fazem o Poder Judiciário intervir nas funções dos outros Poderes, cumprindo um papel que não é de sua competência.

Nessa linha, traz-se o princípio da inafastabilidade jurisdicional, que se liga diretamente com o acesso à justiça ou de recorrer ao Poder Judiciário, sendo previsto como um direito fundamental pela Constituição.

Nessa baila, Gilmar Mendes e Gonet Branco¹⁶ aduzem que o direito à saúde possui tanto um caráter coletivo quanto um caráter individual. Gervasoni e Leal relembram que no Estado Liberal o Judiciário somente tinha a função de aplicar a lei ao caso concreto, inclusive as de status constitucional. Assim segundo as autoras “o Judiciário foi, por muito tempo, o menos relevante dos poderes estatais”.¹⁷

Nessa linha, elas discorrem que foi com o surgimento do Estado Social e dos direitos fundamentais de segunda dimensão, - lembrando que esses direitos buscam uma ação positiva do estado-, que o foco do Poder passou a ser desempenhado pelo Executivo.

Para Barroso:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto

16 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

17 GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Multideia, 2013, p. 89.

Foi com o surgimento do Estado Democrático de Direito e com a constitucionalização das garantias fundamentais de segunda geração que o judiciário passou a ter mecanismos para buscar a concretização desses direitos. Nesse contexto histórico, o foco do poder desloca-se para o Judiciário.

Para Barroso, “um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário”. O autor entende que essa ascensão decorre do aumento da jurisdição constitucional.¹⁹

Ademais, o que deve ser analisado é que boa parte da população não tem acesso ao judiciário para pleitear seu direito à saúde, ou seja, não tem acesso a um Tribunal. Assim, Nunes e Scaff entendem que recorrer aos Tribunais para fazer valer os direitos individuais não só não gera efetividade para todos, como acentua as desigualdades e injustiças que resultam de diversos fatores²⁰.

Krell dispõe que “a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos”.²¹

O fenômeno da judicialização tem grande responsabilidade no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, não podendo o Judiciário se abster de assegurar esses direitos quando pleiteados pelos cidadãos.

As estatísticas sobre a judicialização da saúde no Brasil são alarmantes. Se contemplarmos todas as demandas envolvendo a matéria (de natureza cível, não criminal), considerando os processos ajuizados até 31/12/2018 e em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização, chegamos ao estrondoso número de 2.228.531 demandas²².

Se compararmos com os anos anteriores, houve um significativo aumento em 2019: (i) 1.778.269 em 2018; (ii) 1.346.931 em 2017; (iii) 854.506

18 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, 2009. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica >. Acesso em 18 nov. 2019.

19 Ibidem.

20 SCAFF Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, Antonio José Avelãs & SCAFF, Fernando Facury. Os tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre, Livraria do advogado. 2011, p.109.

VIANNA, Luiz Werneck. A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 59.

21 KRELL. Olga Jubert Gouveia; BARBOSA, Ana Gabriela Soares: CASADO FILHO, Petrucio Lopes (Org.). Sociologia do Direito: Pluralismo Jurídico, Direito Alternativo e Administração da Justiça: das bases teóricas aos problemas práticos. Maceió: Verbo Jurídico, 2013, p. 22.

22 SCHULZE, Clenio Jair. LIMA JUNIOR, Arnaldo Hossepian. Os números do CNJ sobre a judicialização da saúde em 2018. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniao-numeros-judicializacao-saude-2018>. Acesso em 18 nov. 2019.

em 2016; (iv) 392.921 em 2014 e (v) 240.980 em 2011²³²⁴.

Figueiredo acredita que existe um novo locus institucional, que se torna acessível a todos na busca da garantia dos direitos sociais.

[...] a crescente busca dos tribunais por uma sociedade interessada na concretização de direitos individuais e coletivos, também, constitui uma forma de participação no processo político, tanto em virtude dos tribunais estarem mais acessíveis ao cidadão do que os demais poderes constituídos, quando em razão da obrigação de, mediante provocação apresentem alguma resposta às contendas que lhes são demandas legitimando garantias e direitos por meio de sentenças. Essa nova concepção participativa não representa, por conseguinte, qualquer incompatibilidade com um regime político democrático porque estabelece uma relação de compromissos entre o poder judiciário e a soberania popular pouco influenciada por decisões adotadas pelas representações majoritárias que se alternam com relativa frequência²⁵

Para Marques (2008), o Poder Judiciário não pode deixar sem resposta um caso onde o cidadão clama por serviço de urgência, tendo em vista que uma vida pode ser salva pela intervenção judicial.

O certo é que, especificamente nas questões de saúde, se percebe um judiciário mais próximo do que Alexy²⁶ chama de “ponderação de bens”, que é o mesmo que utilizar de argumentos e justificações capazes de fazer prevalecer o que se propõe alcançar quando há um conflito de princípios. E nesse caminho utilizar das interpretações constitucionais significa aplicá-las no caso concreto, não dando margens para distorções semânticas e subjetivismo.

No que se refere a saúde suplementar, de acordo com Mota:

A intervenção judicial, principalmente na seara da saúde suplementar, é compreendida como uma externalidade do negócio, vez que o juiz ao decidir atua como um terceiro cujos atos trarão consequências para a relação entre a operadora e o usuário previamente firmada. O problema envolvendo essa externalidade é a impossibilidade de ela ser internalizada pelas partes, vez que a relação já se encontra

23 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2019: ano-base 2018. Disponível em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%-2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumo-DespFT. Acesso em 18 nov. 2019.

24 SCHULZE, Clenio Jair. Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil. Empório do Direito. 11 Set. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em 18 nov. 2019. SCHULZE, Clenio Jair. Novos números sobre a judicialização da saúde. Empório do Direito. 24 Out. 2016. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em 18 nov. 2019.

25 FIGUEIREDO, Mariana Flischtiner. Direito fundamental a saúde, parâmetros para sua efetividade. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

26 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

devidamente formalizada²⁷

A seguinte decisão concisa tudo que fora exposto no presente trabalho: PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Autora portadora de hérnia discal cervical. Necessidade de realização de procedimento cirúrgico. Negativa da operadora. Sentença de procedência. Conduta abusiva. Relativização do princípio do ‘pacta sunt servanda’, diante dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Necessidade da cirurgia devidamente comprovada por relatório médico. Cobertura que se impõe. Inteligência da Súmula nº 102 deste E. Tribunal. DANO MORAL. Nem toda negativa de cobertura contratual por plano de saúde tem o condão de causar dano extrapatrimonial indenizável. Não ocorrência de grave ofensa a direito da personalidade. Não demonstração de prejuízo à saúde. Mero dissabor do cotidiano, nas circunstâncias. Sucumbência da operadora do plano de saúde. Pleito indenizatório suplementar à pretensão principal. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJSP; Apelação 0048138-30.2012.8.26.0114; Relator (a): Paulo Alcides; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito²⁸

Na decisão em conteúdo, fora proposta uma ação de indenização por danos morais devido a negativa da operadora de plano de saúde na realização de procedimento cirúrgico. Houve a judicialização da saúde suplementar, figurando no polo passivo a própria operadora de plano de saúde. Ainda, houve pedido de danos morais e, como consta na decisão, nem toda negativa de cobertura contratual por plano de saúde tem o condão de causar dano extrapatrimonial indenizável. Ademais, deve ser considerada a responsabilidade objetiva do plano de saúde, devendo o mesmo arcar com a sua responsabilidade contratual.

Conclusão

A saúde é dever do Estado que a garante por meio do Sistema Único de Saúde, o SUS. Tal sistema é eivado de algumas deficiências que prejudicam o atendimento eficaz de toda população, causando graves prejuízos as pessoas que dele necessitam. Neste vértice, surgem os planos de saúde que efetivam o direito a saúde por meio privado.

Conclui-se que a saúde suplementar é perfeitamente passível de judicialização, assim como é o direito a saúde como dever do Estado. Figurar-se-á no polo passivo, a operadora de plano de saúde. Tal judicialização se funda na negativa ou morosidade na liberação de algum tratamento ofertada pelo

27 MOTA, Beatriz Randal Pompeu. Judicialização da saúde: Análise a partir das percepções de juízes federais e estaduais atuantes em Fortaleza-CE / Beatriz Randal Pompeu Mota. - 2017144 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017, p. 122.

28 BRASIL. TJSP. Apelação 0048138-30.2012.8.26.0114. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28099504/dinalva-santana>>. Acesso em 18 nov. 2019.

plano.

O Estado garante a inafastabilidade da jurisdição, podendo toda e qualquer pessoa buscar pela garantia dos seus direitos pela via judicial. A responsabilidade do plano de saúde é tida como objetiva, de acordo com o julgado acostado no decorrer do texto. No entanto, não se faz possível os danos morais em decorrência simplesmente do inadimplemento, devendo haver a comprovação de efetivo prejuízo, dano ou perigo de dano.

Portanto, a saúde suplementar é deveras benéfica para a sociedade, na medida em que faz com que o direito a saúde seja garantido de forma alternativa ao SUS, mas é necessário que haja mais comprometimento e ação para que não ocorram prejuízo para os contratantes, fazendo com que a judicialização da saúde suplementar diminua.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 18 nov. 2019.

BAÚ, MariliseKostelnaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019: ano-base 2018**. Disponível em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT

BRASIL. **Lei 9656 de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. STJ. **REsp 1772938/CE**. Disponível em: <<https://www.escavador.com/jurisprudencia/deciso/es/697649/resp-1772938-stj-ce-recurso-especial-resp-1772938>>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. TJSP. **Resp 300.707-4/9-00-SP**. In: Responsabilidade Civil das Operadoras de planos de saúde. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13880>. Acesso em 18 nov. 2019.

BRASIL. TJSP. **Apelação 0048138-30.2012.8.26.0114**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28099504/dinalva-santana>>. Acesso em 18 nov. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **El derecho constitucional como um compromisso permanentemente renovado**. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, n. 10, 7-61, 1998.

FIGUEIREDO, Mariana Flischtiner. **Direito fundamental a saúde, parâmetros para sua efetividade**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

GERVASONI, Tássia Aparecida. LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Judicialização**

da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Multideia, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Responsabilidade civil.** 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

KMURA, Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Juarez Oliveira, 2005.

KRELL, Olga Jubert Gouveia; BARBOSA, Ana Gabriela Soares; CASADO FILHO, Petrucio Lopes (Org.). **Sociologia do Direito: Pluralismo Jurídico, Direito Alternativo e Administração da Justiça:** das bases teóricas aos problemas práticos. Maceió. Verbo Jurídico, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOTA, Beatriz Randal Pompeu. **Judicialização da saúde:** Análise a partir das percepções de juizes federais e estaduais atuantes em Fortaleza-CE. Beatriz Randal Pompeu Mota. - 2017144 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017.

OHLAND, Luciana. **Reponsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos.** V. 36. N. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** Nova Iorque, 1946.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAFF Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, Antonio José Avelãs & SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde.** Porto Alegre, Livraria do advogado. 2011.

SCHULZE, Clenio Jair. **Novos números sobre a judicialização da saúde.** Empório do Direito. 24 Out. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>

SCHULZE, Clenio Jair. **Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil.** Empório do Direito. 11 Set. 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>.

SCHULZE, Clenio Jair. LIMA JUNIOR, Arnaldo Hossepian. **Os números do CNJ sobre a judicialização da saúde em 2018.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniaao-numeros-judicializacao-saude-2018>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo.** 34. Ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

O EXERCÍCIO DA CIDADANIA REPRODUTIVA E A REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Ana Carolina Pedrosa Massaro

Professora de Direito do Centro Universitário Moura Lacerda, mestranda pela Universidade de Ribeirão Preto, na área de Direitos Coletivos e Cidadania e advogada no escritório Marcussi, Jamel & Massaro Advogados, em Ribeirão Preto/SP

Resumo:

O presente artigo acadêmico tem por escopo analisar a necessidade de alargamento da exigência de respeito aos Direitos Humanos, para que o Estado promova a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos, em uma perspectiva de reafirmação da cidadania e da participação do cidadão na tomada de decisões referentes à sexualidade e a capacidade reprodutiva. Para elucidação da matéria, far-se-á uma retrospectiva histórica, a fim de demonstrar que os direitos sexuais e reprodutivos são uma conquista, embasada na luta pela cidadania e pela igualdade, e que a judicialização da saúde reprodutiva é essencial para o atingimento do tão almejado desenvolvimento humano. O presente trabalho valeu-se da pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa, e dos métodos dedutivo, indutivo e analítico.

Palavras-chave: Cidadania; Autonomia; Direitos sexuais e reprodutivos; Direitos Humanos.

Introdução

No Brasil, os Direitos Humanos são tutelados através da Constituição, dos Tratados e Convenções Internacionais e da legislação infraconstitucional. Entretanto, em que pese a robustez e a dinâmica do mencionado aparato jurídico em defesa dos Direitos Humanos, estes – especialmente os direitos sexuais e reprodutivos – não são efetivamente respeitados e, em consequência, deixam de ser desfrutados pelos brasileiros.

O exercício dos direitos reprodutivos implica necessariamente na reafirmação da autonomia do cidadão e no acesso à saúde, garantindo-lhe, além de serviços públicos de qualidade, a privacidade, o respeito, a livre escolha e a ampla informação. Neste contexto, tais direitos revelam limites entre a atuação do Estado e o respeito à esfera privada, a ponderar o controle a ser exercido sobre a sexualidade e sobre a reprodução, sob pena de mutilar a de-

mocracia e limitar o exercício da cidadania.

Em razão da mencionada dicotomia entre ação e abstenção do Estado, observa-se a crescente demanda da sociedade brasileira por participação na tomada de decisões que envolvam a legalização de direitos essencialmente sexuais e reprodutivos, tais como o aborto, as técnicas de reprodução humana assistida, o planejamento familiar e as políticas públicas contraceptivas, dentre outros.

No presente trabalho, pretende-se analisar os direitos reprodutivos, tais como propostos no Brasil, a fim de averiguar se de fato promovem a autonomia sexual de todos, a partir do respeito à individualidade e da garantia de liberdade de decisão, a proporcionar voz pública e a fortalecer o status político intrínseco ao cidadão.

Com referido intuito, os trabalhos acadêmicos se valeram da pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa, e dos métodos dedutivo, indutivo e analítico.

Tentativa Conceitual de Direitos Sexuais e Reprodutivos

A Conferência de Cairo traçou parâmetros éticos para delinear compromissos internacionais concernentes à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva das mulheres e meninas. Cabe destacar, neste particular, o princípio 4, da Conferência em voga:

Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional (ARAUJO, 2013, ps. 23-31).

Neste diapasão, os direitos sexuais e reprodutivos são aqueles que exigem um duplo papel do Estado, cuja atuação e abstenção afiguram-se de acordo com o efetivo exercício do direito que se pretende tutelar. Com efeito, tais direitos conceituam-se a partir de duas vertentes distintas e complementares, ora apontando para o campo da autodeterminação individual e da liberdade – a compreender o livre e seguro exercício da sexualidade e da reprodução, sem violência ou discriminação –, ora apontando para as políticas públicas que assegurem saúde sexual e reprodutiva.

Por meio da mencionada distinção, por um lado, o Estado é convidado a não intervir no direito de autodeterminação de homens e mulheres, quanto às formas pelas quais pretendem se reproduzir ou evitar a concepção, deixan-

do-os livres para decidirem sobre a formação de suas famílias e sobre questões que envolvam suas intimidades, privacidades e autonomias. Está-se, pois, diante dos ditames legais que conclamam os governos a não-discriminação, não-violência e não-coerção, a enquadrarem tais direitos humanos na dimensão dos direitos civis.

Por outro lado, os Estados devem garantir o direito à informação adequada sobre métodos contraceptivos, programas de saúde eficazes, bem como a defesa da liberdade sexual dos indivíduos, a fim de amparar as necessidades próprias das práticas sexuais seguras e satisfatórias. Assim sendo, o Estado é conclamado a criar e aplicar políticas pública que assegurem informações, acesso, meios e recursos suficientemente seguros para que todos os cidadãos atinjam suas potencialidades. Neste contexto, a atuação do Estado faz com que tais direitos sexuais e reprodutivos sejam enquadrados na dimensão de direitos sociais por excelência.

Vê-se, portanto, que o Estado assume o papel repressivo e punitivo, quando se torna responsável por eliminar discriminações e conter toda espécie de ingerência na intimidade e na privacidade do cidadão, quanto à autonomia na tomada de decisões sobre atos e práticas sexuais e reprodutivas. Em outra vertente, o Estado assume papel de promotor dos direitos sexuais e reprodutivos, quando é instigado a assegurar serviços de saúde adequados para o atendimento amplos dos anseios dos cidadãos.

Neste diapasão, a saúde reprodutiva das populações somente sustenta o *status* de direitos humanos, quando o Estado tem estruturas jurídicas e práticas para transitar entre as dimensões de Direitos Civis e Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, próprios dos referidos direitos humanos, visto que não se pode atingir direito reprodutivo sem que o Estado garanta amplo acesso a saúde e, simultaneamente, abstenha-se de intervir na intimidade, privacidade e na autonomia reprodutiva do cidadão.

Diante da complexidade conceitual de direitos sexuais e reprodutivos, o Programa de Ação do Cairo lançou mão da expressão “saúde reprodutiva”, definida em seu texto como:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental, social, e não de mera ausência de doença ou enfermidade, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Está implícito nesta última condição o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso aos métodos eficientes, seguros, aceitáveis e financeiramente compatíveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos de regulação da fecundidade a sua escolha e que não contrariem a lei, bem como o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que propiciem às mulheres as condições de passar com segurança pela gestação e parto, proporcionando aos casais uma chance me-

lhor de ter um filho sadio. Em conformidade com a definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de método, técnicas e serviços que contribuem para a saúde reprodutiva. Isto inclui igualmente a saúde sexual, cuja finalidade é a melhoria da qualidade de vida e das relações pessoais e não o mero aconselhamento e assistência relativos à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis (Programa de Ação do Cairo. Comissão Nacional de População e Desenvolvimento, 1996, par. 7.3).

O termo “saúde reprodutiva”, tal qual adotado pelo Programa de Ação do Cairo, foi salutar para definir aspectos importantes dos conteúdos de direitos sexuais e reprodutivos, vez que estes representam a luta por liberdades democráticas, a demonstrarem que não somente as mulheres são sujeitos de direitos, mas todos aqueles que de alguma forma têm tais direitos ameaçados ou vilipendiados. Em uma conjuntura moderna, pode-se acrescentar aqui os direitos reprodutivos dos homossexuais, dos travestis, dos transexuais, entre outros. Assim, a vigência destes direitos deve trazer em si o combate às desigualdades, a promoção do bem-estar social e a reafirmação da cidadania.

Neste momento, a noção de direito é construída como instrumento político, capaz de garantir participação do cidadão nas tomadas de decisões sobre seu próprio corpo, a repensar o conceito de cidadania, que a partir do viés reprodutivo, garante destaque à autonomia e a manifestação de vontade que parte do íntimo para atingir a esfera de direitos coletivos e metaindividuais.

O Exercício da Cidadania Reprodutiva e o Posicionamento dos Tribunais

Partindo-se, portanto, da ideia de que os direitos reprodutivos e sexuais somente podem ser atingidos quando se alarga o campo da cidadania e da democracia, a fim de ali incluir reformas sociais e mudanças de mentalidades necessárias à preservação de direitos de todo cidadão, entende-se que a atuação do Estado não se restringe à promoção de políticas públicas concernentes às condições de saúde reprodutiva.

Com efeito, é salutar traçar estratégias de proteção judicial dos mencionados direitos à saúde, abrangendo-se não somente situações de acesso a serviços públicos de qualidade, mas sobretudo, a “judicialização” dos direitos humanos correlacionados aos direitos sexuais e reprodutivos.

Quer-se sugerir que os Tribunais pátrios assumam responsabilidades sociais no sentido de atenderem aos anseios por Justiça, esboçados nas demandas que lhes são direcionadas, ainda que haja omissão legislativa quanto aos direitos sexuais e reprodutivos. Ressalta-se, por oportuno, que tal papel já vem sendo muito bem desempenhado por magistrados que, sensíveis ao clamor público, garantem o efetivo exercício jurisdicional, proferindo decisões cujo teor inclusivo e igualitário é inquestionável e louvável.

Não há como negar a crescente jurisprudência pátria no sentido de garantir a não-discriminação de pessoas portadoras de vírus HIV, tampouco as inúmeras decisões judiciais que compelem o Estado a fornecer medicamentos, sejam eles contraceptivos ou para tratamento de doenças sexualmente transmissíveis.

A “judicialização” dos direitos reprodutivos é ainda mais sentida quando se refere às práticas médicas de reprodução humana assistida. Interessante, pois, notar os esforços empreendidos pelos tribunais pátrios no sentido de interpretar analogicamente muitos dispositivos de leis que foram superados pelos avanços biotecnológicos. Como exemplo, cabe citar que a codificação civil brasileira¹ se preocupou em estabelecer uma presunção para a filiação oriunda das concepções por inseminação homóloga, que são aquelas em que o material genético advém exclusivamente do casal pretendente, ocorrendo a inseminação na própria mulher que também formulou e participou do projeto parental. Nestes casos, a lei prevê que o rebento é presumidamente filho do marido. Todavia, o que dizer quando se está diante de um casal homossexual, em que hajam duas mulheres ou dois homens?

Da mesma forma, há previsão legal para o caso em que a mulher se submeta à inseminação heteróloga, valendo-se da utilização de espermatozoides de um doador anônimo, desde que tal prática conte com a prévia autorização do marido, que passa a ser o progenitor jurídico do nascituro². Diante do crescente número de casamentos homossexuais, questiona-se mais uma vez se é possível aplicar tal ditame legal aos casais homoafetivos.

Não fosse apenas por isso, cabe ainda enfatizar que o Código Civil, em sendo omissivo quanto ao estabelecimento da filiação em caso de gestação por substituição, e mantendo a presunção de que a mulher que dá a luz a um filho é mãe deste, e que o seu marido é o pai, ainda que se esteja diante de uma inseminação artificial heteróloga, faz nítida distinção entre os filhos de um mesmo casal, pois não permite que aqueles filhos gestados no ventre de outra mulher sejam considerados descendentes do casal solicitante, mas sim da gestante e de seu marido ou companheiro, o que é uma inverdade jurídica.

Assim, os juízes brasileiros se veem compelidos a criarem mecanismos alternativos aos legais para orientarem a sociedade e produzirem pacificação social. Por vezes, o Poder Judiciário brasileiro, amparado pela doutrina, associa a filiação estranha ao vínculo biológico e ao parentesco civil, ao aspecto

1 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

2 Ibid

socioafetivo³, que nada mais é que a valoração dos laços afetivos estabelecidos pela criança ao longo de sua vida.

Interessante posicionamento foi emitido em uma reportagem pelo Magistrado Marcelo Lopes de Jesus, após sentenciar o emblemático caso da comarca de Santa Helena de Goiás, no qual uma avó deu à luz as netas gêmeas, uma vez que sua filha não tinha útero e não poderia gesta-las. Para justificar a inclusão dos nomes dos pais biológicos nas declarações de nascidos vivos das garotas, o juiz asseverou que: “Biologicamente, as crianças nascidas desse evento são filhas dos autores e netas da doadora do útero, não tendo havido a doação do material genético, mas sim a doação temporária do útero, a gestação de substituição” (LIMA, 2013)

A intervenção judiciária para que ocorra o registro dos bebês nascidos por uma gestação por substituição se deve ao fato de que a lei dos Registros Públicos brasileira é de 1973, ocasião em que sequer se vislumbrava a possibilidade de auxílio médico para reprodução, Lei n. 6015/73. Neste compasso, a única possibilidade de registrar uma criança, alterando-se as informações constantes no Termo de Nascido Vivo emitido pelo hospital, colocando como seus pais um casal diferente da mulher que deu a luz e seu marido ou companheiro, é se valendo de uma decisão judicial que obrigue o cartorário a

3 “AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja apenas a concentração entre as paternidades jurídicas, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biogênese, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a ‘posse de estado de filho’, que é a exteriorização da condição filia, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o ‘estado de filho afetivo’, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva e todos os seus consectários” (TJ/RS, Apelação provida por maioria. Apelação cível n. 70008795775, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator José Carlos Teixeira Giorgis, 23 de junho de 2004).

“Ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. – Com fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resp. N. 1.000.356 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3º turma, publ. 07/06/2010.)

assim proceder.

Oportuno ressaltar que, em novembro de 2015, o Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, por meio da Corregedoria Geral de Justiça, editou o Provimento n. 21/2015, por meio do qual foi determinado o registro dos menores nascidos por gestação por substituição em nome do casal solicitante do ato médico, sem que haja qualquer necessidade de uma determinação judicial neste sentido, bastando que os pretensos pais apresentem em cartório a documentação exigida.

Outro caso interessante, advindo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, diz respeito a um casal homossexual de homens que se valeu da irmã de um deles para procriação por meio da gestação por substituição. Tal caso diferencia-se dos demais porque a mulher que gestou e aportou seus óvulos, deu à luz uma criança que ela considera sua sobrinha e jamais sua filha, pois o ato médico foi articulado para atender ao planejamento familiar estabelecido por seu irmão. Para garantir que sua vontade fosse respeitada, a mulher preparou uma certidão pública renunciando ao Poder Familiar em favor do seu irmão, pois não queria que seu vínculo genético com a criança comprometesse a definição da parentalidade em favor do casal homossexual.⁴

A sentença e o posterior acórdão proferidos no caso em voga trazem teor relevante para caracterização da atuação dinâmica e ativa do Poder Judiciário pátrio na entrega jurisdicional em casos relacionados aos direitos reprodutivos. Interessante observação foi tecida pelo Desembargador Relator da apelação neste sentido:

O julgador há de auxiliar no progresso do Direito, fazendo que as relações de família se adequem à vontade da sociedade, que há de

4 Apelação Cível n. 2014.079066-9, TJSC. Relator: Des. Domingos Paludo. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA PATERNIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MÉTODO DE REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ASSISTIDA QUE UTILIZOU GAMETA DOADO PELA IRMÃ DE UM DOS AUTORES, QUE TAMBÉM GESTOU A CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO DA MENOR CONSTANDO OS NOMES DO CASAL HOMOAFETIVO COMO SEUS PAIS. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA NULIDADE DA SENTENÇA, POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E PORQUE NÃO LHE FORA OPORTUNIZADA A MANIFESTAÇÃO SOBRE O MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE O FEITO DEVERIA VERSAR SOBRE ADOÇÃO, EM RAZÃO DE O GAMETA NÃO TER SIDO DOADO POR PESSOA ANÔNIMA, O QUE DETERMINARIA A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. INSUBSISTÊNCIA. PARQUET QUE, AO PROCLAMAR A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, SE MANIFESTOU SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA, OPONDO-SE AO PLEITO, TESE ENCAMPADA DEPOIS PELA PROCURADORIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL AO ATENDIMENTO DO PEDIDO. DOADORA DO GAMETA QUE, APÓS O NASCIMENTO DA CRIANÇA, RENUNCIOU AO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E PRECONCEITOS. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA REALIZADO EM CONTRARRAZÕES. IMEDIATA EMISSÃO DA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DA INFANTE, QUE SE ENCONTRA, ATÉ O MOMENTO, DESPROVIDA DO REGISTRO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 273 DO DIPLOMA PROCESSUAL PREENCHIDOS. RECURSO DESPROVIDO.

ser a da obtenção da felicidade mais ampla e geral dos envolvidos, pela realização dos sentimentos mais caros e não se constituir de obstáculo a isto, sobremaneira se não há choque algum com o mundo jurídico. Não se pode sonegar prerrogativas aos casais homossexuais por sua sexualidade. Não há aparato jurídico para tanto.

Neste contexto, evidente que o exercício irrestrito dos direitos sexuais e reprodutivos é assegurado de maneira concreta através do alargamento do respeito aos Direitos Humanos, incluindo, na esfera de apreciação do Poder Judiciário, valores íntimos que transcendem o particular e se perfazem como interesses coletivos, a reafirmarem a cidadania e a efetiva participação do cidadão na tomada de decisões que envolvam sua saúde reprodutiva, na mais ampla acepção do termo.

Considerações Finais

Como detalhadamente explicitado nas linhas acima, os direitos sexuais e reprodutivos são assuntos muito caros à comunidade internacional, desde a segunda metade do século XX. Com efeito, toda discussão empreendida nas conferências mundiais sobre População e Desenvolvimento, desde a década de 50, culminaram no enquadramento dos direitos referentes à saúde reprodutiva na esfera de Direitos Humanos.

Ao estabelecer um documento orientador das posturas a serem adotadas pelos Estados signatários sobre os direitos sexuais e reprodutivos, o Programa de Ação do Cairo se destacou por ser o pioneiro a garantir o enfoque humanístico das questões referentes à sexualidade, em detrimento da interpretação e direcionamento meramente econômicos que as conferências anteriores dedicavam ao assunto.

De fato, a Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento do Cairo, realizada em 1994, representou o reconhecimento da comunidade internacional de que os Direitos Humanos são o fundamento, as condições e os meios pelos quais as populações atingirão o desenvolvimento que tanto almejam.

Todavia, alçar os direitos sexuais e reprodutivos ao patamar de Direitos Humanos não é suficiente para garantir que os cidadãos e cidadãs tenham acesso a tais direitos. Com efeito, faz-se imperioso conferir ao Estado, simultaneamente, os papéis promocional e repressor, cuja ação e abstenção devem ser conciliadas no sentido de atender amplamente às demandas individuais e coletivas de todos aqueles que têm sua autonomia, sua liberdade sexual ou sua privacidade, ameaçadas.

Não há como negar que os direitos sexuais e reprodutivos foram delineados a partir das lutas feministas empreendidas ao longo da história da humanidade. Todavia, tais direitos não podem representar tão somente os interesses das mulheres, quando outros grupos igualmente discriminados e excluídos são merecedores da mesma atenção e tutela dos Estados.

Neste contexto, os direitos reprodutivos e sexuais são garantidos também a outros sujeitos da construção dos princípios democráticos, tais como homossexuais, transexuais, travestis, dentre outros. Tal luta por igualdade e respeito transpassa o gênero e se afigura também em relação à classe social, à cor da pele e às demais possíveis formas de negação de direitos.

Neste diapasão, as respostas para uma vivência dos direitos sexuais sem qualquer espécie de alienação exigem uma atuação estatal capaz de construir novos meios políticos e materiais que as viabilizem, conduzindo, portanto, à reafirmação da cidadania, sob o viés reprodutivo.

Assim sendo, os direitos sexuais e reprodutivos fazem da reprodução um local de construção de sujeitos políticos, razão pela qual, a inserção destes sujeitos no sistema jurídico garantidor da saúde reprodutiva de um Estado tem como resultado o alargamento da participação política desde cidadão, que se torna suficientemente *empoderado* para exercer sua autonomia e suas escolhas.

Conclui-se, portanto, que a fruição de direitos sexuais e reprodutivos, tutelados pelas perspectivas de Direitos Humanos, exigem dos Estados uma atuação político-jurídica não apenas regulatória, mas sobretudo emancipatória, na medida que se permita o enfrentamento de tabus e preconceitos, a fim de assegurar o exercício da cidadania reprodutiva, consubstanciada no atingimento da vivência sexual e da capacidade reprodutiva com plena dignidade e autonomia.

Referências

APELAÇÃO CÍVEL Nº 534999 PE (0004161-23.2011.4.05.8300) RELATOR: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Primeira Turma. Data da Publicação DJe 17/08/2015

APELAÇÃO CÍVEL nº 0006422-26.2011.8.26.0286 – 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP – Des. Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 14.08.2012.

APELAÇÃO CÍVEL n. 70008795775, 7ª Câmara de Direito Privado do TJRS, Relator José Carlos Teixeira Giorgis, 23 de junho de 2004.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70029363918, 8ª Câmara Cível do TJRS, Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 07/05/2009.

APELAÇÃO CÍVEL n. 2014.079066-9, TJSC. Relator: Des. Domingos Paludo. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA PATERNIDADE

APELAÇÃO julgada pelo Tribunal do Paraguai – D. A. B. s/ impugnação da paternidade. Primeira instância. Sentença publicada em 28 de maio de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL nº 70013801592 – TJRS – 7ª Câmara Cível – Relator Desembargador LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Julgamento em 06.04.2006.

ACÓRDÃO – Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. Ação declaratória de Multiparentalidade. 8ª Câmara Cível Do TJRS. Requerentes: Lúcia, Paulo E Maria. Data da decisão: 12/02/2015. Relator: DR. JOSÉ PEDRO DE OLIVEIRA

ECKERT

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. **Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania**. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Princípios Constitucionais, Efetividade e a Proteção da Mulher**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Org.). Manual dos Direitos da Mulher. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-31.

BARSTED, Leila Linhares. **Gênero e Legislação rural no Brasil: a situação legal das mulheres face a reforma agrária, relatório final**. Brasília, INCRA; Roma, FAO, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 02 mar 2019.

BYRNES, Andrew. **The “other” human rights treaty body: the work of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women**. In: Yale Journal of International Law, v. 14, 1989.

LIMA, Gabriela; CARVALHO, Humberta. **Pais Biológicos Ganham Direito De Registrar Gêmeas Geradas Pela Avó**. Disponível em <http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/01/pais-biologicos-ganham-direito-de-registrar-gemeas-geradas-pela-avo.html>. Acesso em 01.03.2019

LINHARES, Leila. **As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário**. In: Seminário “Direitos Humanos: Rumo a uma jurisprudência da igualdade”, Belo Horizonte, de 14 a 17 de maio de 1998.

MARQUES, Sílvia Badim. O princípio constitucional da integralidade de assistência à saúde e o projeto de lei n. 219/2007: interpretação e aplicabilidade pelo Poder Judiciário. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 64-86, oct. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13163/14970>>. Acesso em 01.03.2019.

MERON, Theodor. **Enhancing the effectiveness of the prohibition of discrimination against women**. In: American Journal of International Law, v. 84, 1990.

MERON, Theodor. **Human rights law-making in the United Nations: a critique of instruments and process**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

PIMENTEL, Sílvia. **Direitos Reprodutivos e Ordenamento Jurídico Brasileiro: subsídios a uma ação político-jurídica transformadora**. In: Cadernos CCR 2, Comissão de Cidadania e Reprodução, São Paulo, 1993 (mimeo).

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. **Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil**. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.). Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001.

PROGRAMA DE AÇÃO DO CAIRO. Comissão Nacional de População e Desenvolvimento, 1996. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 01.03.2019 ROSAS, Allan. **So-Called Rights of the Third Generation**. In: Asbjorn Eide; Catarina Krause; e Allan Rosas. Economic, Social and Cultural Rights, Boston e Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SENTENÇA – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Ação de suscitação de dúvida inversa. Vara De Fazenda Pública E Registros Públicos De Três Lagoas – MS - Data da decisão: 18.12.2014

SENTENÇA – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Pedido de Providências. 2ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos do Foro Central de SP – Capital, Requerentes: Debora Cristina G., Francis R. do R. S., Regina Celia D. G. e Daniel de G. Data da decisão: 13/07/2015.

SENTENÇA – Processo 1028191-10.2015.8.26.0100 – Pedido de Providências – Registro Civil das Pessoas Naturais – Debora Cristina Goveia e outros. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Publicado no Diário Oficial de Justiça em 08.07.2015.

UNITED NATIONS. Report of the International Conference on Population and Development. Cairo: 5-13 set. 1994. Disponível em http://www.un.org/en/development/desa/population/events/pdf/expert/27/SupportingDocuments/A_CONF.171_13_Rev.1.pdf. Acesso em 02.03.2019.

OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gustavo Batista Braga

Aluno da Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental na Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho; MBA em Administração Pública e Gerência de Cidades pelo Centro Universitário UNINTER; Bacharel em Farmácia pelo Centro Universitário UNA; Coordenador da Central de Compras da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais

Resumo:

A saúde é um direito universal e dever do Estado, porém o Sistema de Saúde não tem conseguido garantir o acesso a todos os tratamentos, levando ao aumento da utilização da via judicial para garantia deste direito. Muito se discute sobre seu impacto financeiro e sobre a interferência do poder judiciário no executivo, mas pouco se fala sobre o planejamento e a operacionalização da compra dos objetos de judicialização. Através de um estudo de caso utilizando a vivência do autor, este artigo visa discutir os impactos da judicialização da saúde sobre a Secretaria de Planejamento e Gestão e propor soluções para garantir melhores condições de compras, maior organização e redução dos problemas operacionais ocasionados pela judicialização. As soluções propostas envolvem a necessidade de se promover um diálogo aberto entre os três poderes para que juntos atuem de maneira sincronizada para resolver o gargalo da judicialização e uma aproximação entre Secretaria de Saúde e a Central de Compras.

Palavras-chave: Judicialização; Saúde; Compras Públicas; Planejamento.

Introdução

O Sistema Único de Saúde (SUS) está idealizado entre o artigo 194 e 200 da Seção II do Capítulo II da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, foi regulamentado pela Lei nº. 8080 de 1990. Além disso, a Carta Magna, em seu artigo 196, preconizou que a Saúde é um direito de todos e dever do Estado, ficando garantido o acesso universal e igualitário a todos os tipos de ação e serviços que se relacionam com o tema. Mesmo com garantia e com a regulamentação de sua aplicação, o SUS não tem sido capaz de aten-

der o direito à saúde de maneira universal, acarretando na maioria das vezes, no uso do direito constitucional de acesso à justiça, para tentar assegurar o acesso à saúde. O poder judiciário tornou-se a única alternativa de muitos pacientes para obtenção e garantia de serviços, medicamentos, tratamentos e procedimentos cirúrgicos que deveriam ser fornecidos pelo SUS. Este fenômeno recebe o nome de judicialização da saúde, que traz diversos impactos à Administração Pública.

Segundo Mastrodi e Fulfulé (2017), a judicialização gera um conflito entre os poderes executivo e judiciário, uma vez que as decisões deste último vinculam atuação do primeiro, e causa sobrecarga orçamentária de ente federativo obrigado pela decisão judicial, já que, mesmo sendo de responsabilidade solidária, em geral a determinação obrigará apenas um dos entes federativos a cumpri-lo. Essa sobrecarga orçamentária e financeira foi abordada por Silva (2013), que relatou que, em 2010, os gastos com demandas judiciais individuais somaram o equivalente a quase 2% do orçamento total da saúde no país. Em Minas, de acordo com a assessora-chefe do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS) da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais (SES/MG), o Estado gastou R\$ 287 milhões em 2016 apenas para cumprir essas decisões judiciais, sendo que em 2013 o valor já representava o mesmo montante gasto na atenção básica.

Mesmo com tantos efeitos conhecidos, ainda existem impactos da judicialização da saúde em outras áreas da Administração Pública que não são comumente abordados nas discussões do tema, mas são de extrema importância. Destacam-se os impactos sofridos na rotina de trabalho dos setores envolvidos nas compras públicas e nos sistemas de administração de materiais e serviços, etapas cruciais dentro de um fluxo para aquisição de bens de consumo.

A justificativa para a importância de se discutir o tema anda em conjunto com a calamidade financeira que o Estado de Minas Gerais vem passando, desde 2015, decorrente de um grave desequilíbrio financeiro que impacta todas as áreas, inclusive com atrasos e parcelamento do salário dos servidores e atrasos no pagamento de fornecedores. A Secretaria de Saúde é provavelmente o órgão que mais tem passado por dificuldades, já que o seu orçamento tem sido fortemente afetado pelo aumento das despesas judiciais e tem atrapalhado todos os serviços e investimentos na atenção básica. Sem a ampla discussão e busca pela solução, todo o sistema de saúde que já não fornece o atendimento em sua integralidade para todos, tende a tornar-se mais precário em um curto prazo.

Este artigo visa conceituar a judicialização da saúde, apresentar os personagens envolvidos, identificar e discutir as principais dificuldades e gargalos enfrentados pelo Catálogo de Materiais e Serviços (CATMAS) do Estado de Minas Gerais, que é a área responsável pela criação e catalogação dos itens de materiais a serem adquiridos por todo o Estado, no âmbito da especificação e cadastro de objetos específicos para atendimento aos mandados judiciais

oriundos do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS) da Secretaria de Saúde do Estado de Minas Gerais (SES/MG). Busca-se também analisar os possíveis impactos que podem ocorrer em processos de compras organizados pela Central de Compras da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG/MG), que é o responsável pela organização das compras centralizadas no Estado, e sugerir as possíveis soluções e melhorias nos processos e setores envolvidos que possam ajudar na redução dos impactos causados pelo tema discutido.

Metodologia Científica

Trata-se de um estudo de caso que tem como objetivo descrever o impacto da rotina dos processos de compras do Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde (NAJS) na Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais.

Para análise de dados foram utilizadas abordagens quantitativas e qualitativas. Obteve-se os números e índices dos processos de compras através de um programa próprio desenvolvido pela *SAP Business Objects*, que disponibiliza como resultado relatórios detalhados das atividades de todos os órgãos e entidades participantes do Portal de Compras de Minas Gerais, conhecido como Armazém de Informações da Administração Pública do Estado de Minas Gerais. Para a fundamentação teórica, foi realizada uma pesquisa bibliográfica em páginas da *web* e repositórios governamentais que disponibilizam leis e decretos balizadores das compras públicas. Todos estes dados, associados à experiência profissional do autor, atuante na área, foram utilizados para formular os problemas e as discussões propostas neste trabalho, incluindo críticas e sugestões para a solução das dificuldades encontradas.

Catálogo de Materiais e Serviços

O Sistema Único de Classificação de Materiais e Serviços foi instituído em Minas Gerais no ano de 1997, por meio do Decreto Estadual nº. 38946, com a finalidade de identificar, classificar, codificar e catalogar materiais e serviços, criando um catálogo unificado para a especificação de todos os itens de compras do Estado, sendo de observância obrigatória pelos órgãos das administrações direta e indireta de Minas Gerais.

Em 2002, foi instituído pelo Decreto Estadual nº. 42873, o Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços (SIAD), cuja finalidade é controlar o ciclo dos materiais, serviços e obras, desde a sua solicitação até a distribuição dos materiais de consumo. Em seu artigo 3º, esta legislação concedeu à SEPLAG a condição de órgão central, responsável pela formulação de diretrizes, planejamento, coordenação, supervisão e controle dos assuntos relativos à logística pública, materiais e serviços. O artigo 4º estabeleceu o CATMAS como um dos módulos do SIAD, que permite a catalogação dos

materiais e serviços, destinados às atividades da Administração Pública Estadual, com os padrões de desempenho desejados.

De acordo com Silva (2016), o modelo utilizado pelo CATMAS para classificação é o sistema internacional *Federal Supply Classification* (FSC), criado pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos para a catalogação de suprimentos das Forças Armadas. Este sistema possui quatro níveis hierárquicos de catalogação: grupo, classe, material ou serviço e no último nível, item, onde está a especificação detalhada do objeto ou serviço. No CATMAS, o item é um código numérico gerado sequencialmente pelo SIAD e é este código que é inserido e utilizado nos processos de compras para identificação dos objetos que serão licitados.

A palavra especificar significa caracterizar com riqueza de pormenores ou demonstrar precisamente. Legalmente, especificar um item é seguir a determinação do artigo 14 da Lei n.º 8666 de que “nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto...” (BRASIL, 1993), e também do artigo 15, § 7º, I que define que “a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca” (BRASIL, 1993). Este conceito legal vem da Instrução Normativa n.º. 205 da Secretaria de Administração da Presidência da República de 1988 que determinava que a descrição do material para um pedido de compra deveria trazer um descritivo para indicar com clareza o objeto através da enumeração de suas características.

A súmula n.º. 177 do Tribunal de Contas da União (TCU) cita a importância de se ter uma boa especificação de um objeto em processos licitatórios:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão (BRASIL, 2007).

Portanto, pode-se entender que o conceito de um item bem especificado é quando o mesmo atende à demanda solicitada possibilitando a participação do maior número de fornecedores no processo licitatório, sem restringir ou direcionar para marca ou fornecedor, além de ter compatibilidade com o mercado atual e, por último estar bem detalhado para evitar dúvidas quanto a sua natureza e características.

Liranco (2013) aponta que o Padrão Descritivo de Material (PDM) é uma estrutura com características básicas, mas exatas para a identificação de produtos, seguindo critérios de inserção de conteúdo. Nesta sistemática, existem mecanismos que impedem a criação de itens com características repetidas ou com erros que possam causar fracassos licitatórios ou repetidas impugnações de compras. Este padrão é o utilizado pelo CATMAS para a organização

dos itens de materiais em Minas Gerais. O artigo 15 da Lei nº. 8666 contempla o princípio da padronização, quando define que as compras devem buscar a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho. Para atender tal princípio, o CATMAS utiliza na estrutura do material, um PDM formado pelo conjunto de características técnicas que ao serem valoradas formam a especificação do objeto. O modelo adotado para padronizar as características é o de domínio, ou seja, o material, onde será criada essa estrutura padronizada dos itens, fica vinculado (dominado) ao PDM, que se torna a regra. Para um entendimento mais fácil, o PDM é o conjunto de perguntas que, ao serem respondidas de acordo com uma tabela pré-definida de valores, geram um item de material.

O sistema em que o CATMAS está inserido não possui alerta ou mecanismos de detecção de problemas nos processos licitatórios com as especificações dos itens de material ou serviço cadastrados nele. A única forma de conhecimento existente é quando as próprias unidades de compras dos órgãos ou da Central de Compras da SEPLAG entram em contato e informam a existência de empecilhos para comprar seus objetos em função de problemas de especificação.

Em 02 de outubro 2019, foi publicado o Decreto Estadual nº. 47.727 que dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão e determina que:

Art. 63 – A Diretoria Central de Normas e Cadastros de Logística e tem como competência coordenar a proposição de atos normativos nas matérias de logística e patrimônio e gerenciar, executar e orientar as atividades relativas aos cadastros de logística e patrimônio, com atribuições de:

IV- gerir e realizar a catalogação de materiais e serviços do Catálogo de Materiais e Serviços do Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços do Estado de Minas Gerais– Siad-MG, zelando pela padronização e qualidade das especificações;

O CATMAS é uma das coordenações integrantes da Diretoria Central de Normas e Cadastros de Logística e Patrimônio, responsável por exercer as atribuições citadas acima e mesmo antes desta publicação, o setor já havia iniciado trabalhos de padronizações que visavam melhorar as especificações dos itens cadastrados e eliminar itens duplicados, direcionados, incorretos, fora de mercado ou ultrapassados no quesito tecnológico.

No ano de 2016, por meio de um levantamento dos valores dos itens comprados entre 2014 e o início de 2016, notou-se que do total de R\$ 3.569.806.446,40 gastos, R\$ 1.556.099.211.60 representavam o grupo de medicamentos, ou seja, aproximadamente 43,87% de todo o valor comprado. Tal número indicava a necessidade de uma atenção especial para este grupo. Como consequência, foi solicitado pelo Centro de Serviços Compartilhados (CSC) um projeto de revisão, modernização e padronização do cadastro de

medicamentos do Estado visando mais economia e agilidade nos processos de compras através de uma melhor organização e especificação destes itens no CATMAS.

Antes de iniciar a execução do projeto foi necessário avaliar a quantidade de itens ativos no CATMAS, segregando os de uso comum e os de uso específico e fazer o levantamento dos órgãos que mais compram itens desta categoria. Verificou-se que a falta de padronização das descrições era a causa principal de retrabalhos em etapas dos processos de compras que, além de gerar desperdícios, causavam a demora na liberação dos itens no cadastro e a duplicação dos mesmos.

Em seguida, foram geradas planilhas com todos os itens e classes cadastrados e, a partir daí, foi realizada uma revisão conjunta entre um grupo de farmacêuticos de diversos órgãos e entidades estaduais. Nesta revisão foram pesquisados catálogos de outras localidades, como os do Estado de São Paulo (BEC), Rio Grande do Sul, Sergipe, Espírito Santo e do Governo Federal. Este trabalho reduziu o número de itens cadastrados no grupo de medicamentos em quase 45%, promovendo economia e agilidade nas compras públicas.

Dificuldades Encontradas na Especificação de Objetos para Atender Mandados Judiciais

A judicialização é uma exceção à regra, por isso não há legislação que norteie os procedimentos de especificação de um objeto a ser licitado por obrigação judicial. Mesmo se existisse uma direção legal padrão, a especificação seria mais complexa que a de objetos para compras comuns, pois só se tem conhecimento do objeto quando o mandado judicial chega ao NAJS, dificultando a elaboração de um planejamento de compras prévio. Tal cenário é ainda agravado se é considerado que os prazos impostos pelo poder judiciário para cumprimento das decisões são bastante curtos, algumas vezes de horas.

Qualquer representante de órgão do Estado de Minas Gerais, que deseje criar um item de material, precisa inserir uma proposta no SIAD. Esta proposta, em que estará descrita a especificação do objeto desejado, será encaminhada para os analistas do CATMAS avaliarem sua pertinência e proceder recusa justificada ou a criação do item, que será disponibilizado no Portal de Compras de Minas Gerais. Porém, ao enviar os pedidos, o gestor deve se perguntar como cadastrar um item de material que atenda perfeitamente ao artigo 15 da Lei nº. 8666, ou seja, como descrever um objeto forma precisa sem direcionar para marca? O questionamento pode parecer incoerente e ter uma resposta simples, mas ao se tratar de produtos de saúde, muitas vezes é apenas o tipo da embalagem, um componente ou mesmo a quantidade de produto que varia e diferenciaria uma marca da outra.

A resposta para esta pergunta está no mesmo artigo constitucional, em que é estabelecido que o limite da especificação está entre o mínimo possível

para a identificação exata do objeto até onde não se perca a igualdade entre os licitantes. Então, se apenas o tipo de embalagem é o que diferencia uma marca da outra, o correto é especificar o item sem mencionar a embalagem ou utilizar um sinônimo em que se incluam os diversos tipos de embalagens disponíveis. Por isso, a orientação repassada para os analistas do CATMAS é seguir sempre o princípio da padronização e o conceito da especificação pessoal, já abordados em detalhe neste artigo.

Apesar da lógica apresentada acima, os frequentes mandados judiciais recebidos pela SES/MG têm gerado histórico de solicitações de criação frequente de itens de materiais visando o atendimento desta demanda, aumentando de forma significativa o número de itens dentro do CATMAS, mas sem, necessariamente, garantir a eficácia e a efetividade no atendimento aos cidadãos que utilizam o poder judiciário para garantia de seus direitos.

Primeiramente, em função de mandados judiciais em que são especificadas marcas e/ou apresentações de insumos, há enorme demanda por parte de membros do NAJS da SES/MG para criação de itens direcionados dentro do catálogo. De abril de 2016 a abril de 2018, foram realizadas 2300 propostas de criação de itens de materiais no CATMAS visando atendimento do NAJS. Este grande número de solicitações, tem como resultado maior dificuldade de gerenciamento dos itens dentro do CATMAS e o aumento das chances de utilização de códigos direcionados por outros órgãos, representando, assim, risco às compras públicas organizadas por Minas Gerais.

Porém, tamanho número de solicitações para criação de itens de material relacionados à judicialização não se converteram em compras efetivas para atendimento deste tipo de demanda. No mesmo período, apenas 421 itens foram utilizados em processos para aquisição por Registros de Preços, ou seja, cerca de 18% dos itens foram incluídos em compras, gerando um acúmulo de itens ociosos no catálogo.

Central de Compras

A Central de Compras é a área da SEPLAG responsável pela execução de compras estratégicas, ou seja, aquelas consideradas de impacto social, grande vulto ou de interesse de vários órgãos e entidades estaduais. Medicamentos, materiais de escritório, veículos, material de tecnologia de informação são alguns dos insumos comprados de forma centralizada.

A aquisição de forma centralizada visa o atendimento de demandas de órgãos e entidades estaduais e é realizada via Sistema de Registro de Preços (SIRP), em conformidade com o Decreto Estadual nº. 46311 de 2013, que estabelece que o SIRP seja adotado, preferencialmente, quando for conveniente a compra de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade. A metodologia utilizada para tais aquisições é a realização de uma compilação de listas base recebidas de cada um dos órgãos ou entidades estaduais e baseadas em suas demandas, que resulta em uma lista

final de itens a serem licitados. Esta lista final é tratada para evitar possíveis direcionamentos de especificações. A licitação então é organizada de forma centralizada, mas em benefício de todos os participantes, garantindo maior poder de negociação em função do grande quantitativo e maior organização e economia administrativa, uma vez que não há necessidade de cada órgão organizar seu processo licitatório separadamente.

Além do SIRP, as licitações estaduais utilizam a chamada modalidade de pregão eletrônico. Seguindo a definição da Lei n.º. 10520 de 2002, o pregão deve ser utilizado para aquisição de bens e serviços comuns de qualquer valor e tem sua forma eletrônica, regulamentada pelo Decreto Federal n.º. 5450 de 2005, preferencial, favorecendo a manutenção dos princípios da competitividade, uma vez que permite a participação de licitantes de todo o país e dispensa a necessidade de participações presenciais.

Dentre os benefícios acima expostos, há também uma economia de escala, tendo em vista que a licitação centralizada reduz o número de processos de compras organizados pelos órgãos e entidades e, desta forma, haveria redução dos gastos com licitações. Tais gastos já foram estimados em alguns estudos, como no levantamento realizado no município de Feira de Santana, por Silva et.al (2015), que verificou que o custo médio de uma licitação era de R\$ 4.912,75, o que representa gasto financeiro e de mão de obra para a Administração Pública.

Mesmo com as vantagens apresentadas para a compra centralizada, há ainda desafios relacionados ao planejamento e à gestão deste tipo de aquisição. Um destes desafios a serem superados é a aquisição de objetos relacionados a processos judiciais, principalmente aqueles referentes às áreas da saúde. Em Minas Gerais, há ainda um distanciamento do planejamento das compras para judicialização em relação ao planejamento dos demais insumos, adquiridos de forma centralizada.

Dentre os problemas relacionados à judicialização, nas licitações, encontra-se o gerenciamento de planejamentos, que por serem organizados de forma separada do planejamento para compras centrais, as compras para judicialização levam à repetição de processos de compras para um mesmo objeto. Além disso, muitas vezes, em função do baixo quantitativo a ser adquirido, há recorrentes fracassos ou licitações desertas. Outra questão é o direcionamento através de determinações para aquisição de marcas específicas. Tendo em vista que há um corpo técnico para assessoramento de juízes, o direcionamento de marcas e apresentações, deve ser solucionado neste momento, e não no planejamento e na execução da compra em si.

Em relação à aquisição de medicamentos de forma centralizada, não se leva em consideração o Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), conforme Resolução CMED n.º. 3, de 29 de julho de 2003, que é aplicado na compra para judicialização. Tal problema fica descartado para a aquisição de medicamentos que possuem vários fabricantes, visto que, a compra de forma centralizada estimula a com-

petitividade de fornecedores e leva a aquisições por menores valores, bem abaixo dos limites estabelecidos pela resolução acima. Para medicamentos de produção exclusiva, frequentemente, cotados nos limites legais sem aplicação do CAP, já há casos e indicativos de que, com o grande quantitativo a ser licitado em compras centralizadas estaduais para atender várias instituições, grandes fabricantes já participam de licitações aplicando automaticamente o CAP, mesmo para aquisições não relacionadas à judicialização. Tal atitude se mostra vantajosa aos fabricantes, pois reduz o tempo de aquisição, uma vez que todos os medicamentos já possuem preços registrados e não demandam novas licitações, e também é vantajosa a médicos e pacientes, que não necessitam aguardar meses para obtenção de medicamentos. Além de ser uma vantagem ao gestor que não precisará gerenciar diversos processos de compras simultaneamente e poderá atender os pacientes antes que estes acionem as vias judiciais.

Por último, pode-se relatar o impacto do registro de preços para os bancos de preços públicos, ou seja, para sistemas de consultas de preços registrados no Brasil para auxílio na pesquisa de preços de outras licitações de medicamentos. Assim como inexigibilidades e dispensas de licitação, as aquisições para judicialização podem impactar diretamente os preços obtidos nestes bancos. Não há uma avaliação sobre o direcionamento das especificações a serem utilizadas e, portanto, são obtidos preços a partir de produtos direcionados, muitas vezes, mais caros que outros encontrados no mercado. Tal fato pode influenciar licitações futuras, aumentando os preços de referência obtidos.

Proposta de Modelo de Compras para Atendimento de Mandados Judiciais

Apresentados os impactos relacionados à especificação de itens, catalogação e aquisição das compras para judicialização, propõem-se, então medidas para garantir a organização do CATMAS e para ganhos de gerenciamento, custos e resultados das aquisições de insumos.

Para a melhor utilização do CATMAS, códigos de itens de materiais exclusivos para judicialização ou com algum tipo de direcionamento não devem mais ser criados. A equipe da SES/MG deve discutir meios de articulação junto ao Poder Judiciário e à classe médica, através de reuniões, seminários e *workshops*, de forma a evitar a determinação de marcas. A saúde é direito universal, mas não a marca a ser adquirida. Tais medidas promoverão a participação e integração da SES/MG nos planejamentos para compras centralizadas, colaborando para o sucesso das aquisições centrais, uma vez que estas terão quantitativos maiores, aumentando também o poder de negociação junto aos fornecedores.

A participação do NAJS em planejamentos de compras centrais pode ainda garantir melhoria da capacidade de gestão de atas de RP. Menos atas facilitam maior controle pelos gestores e melhoram a organização interna, le-

vando a agilidade na compra, recebimento e armazenamento de itens de materiais. Ao fim do processo, o maior beneficiário é o cidadão.

A redução de custos é outro fator relevante. A participação integral do NAJS junto às compras centralizadas organizadas pela SEPLAG poderá levar a uma redução do número de processos licitatórios organizados pela SES/MG, garantindo racionalidade e economicidade no uso de recursos públicos e liberando profissionais administrativos envolvidos em compras relacionadas à judicialização para outras atividades da secretaria.

Considerações Finais

Muito se discute sobre judicialização da saúde, mas pouco se fala na operacionalização de seus processos de aquisição. O artigo apresentou os problemas de operação e planejamento relacionados à judicialização que podem ser solucionados e garantir economia e racionalização aos processos judiciais em Minas Gerais. A organização da compra começa na definição dos objetos a serem adquiridos. Esta etapa pode ser bem desenhada mediante atuação de técnicos junto aos médicos e ao poder judiciário. Parte-se, então para a especificação e catalogação do objeto que podem ser realizadas sem a criação de novos códigos de itens de materiais no CATMAS, visto que existem itens padronizados com descrições impessoais que atenderiam as demandas judiciais. Por último, a organização da compra depende de maior participação do NAJS e do entendimento por parte do mercado sobre os processos de aquisição de forma centralizada para obter melhores condições para atendimento às demandas judiciais.

Assim, vislumbra-se a correção de processos relacionados à operação da compra para judicialização. Hoje, estes processos se mostram ineficientes às necessidades dos cidadãos, que, muitas vezes, aguardam meses ou anos para obter o direito de acesso à saúde, e ao Estado, que, por sua vez, atravessa situação financeira crítica. Caso não sejam tomadas as medidas propostas, falhas de aquisição, gerenciamento da cadeia logística e de racionalização de custos continuarão a acontecer, prejudicando a população e a administração.

Muito se culpa o Poder Executivo, mas é preciso o entendimento que a judicialização da saúde se tornou um problema compartilhado e que deve ser corrigido com a união dos três poderes. O Judiciário e o Legislativo também possuem a sua parcela de responsabilidade, pois é necessária uma mudança em todo o sistema. Os tribunais precisam entender mais sobre o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) e utilizar do conhecimento dos Núcleos de Apoios Técnicos (NATs) dos Estados que disponibilizam as notas técnicas e fornecem informações mais precisas em relações aos pedidos de medicamentos e atendimentos, para que possam com segurança eliminar distorções e a judicialização desnecessária. A parte essencial do poder Legislativo é o de levar esta discussão para o âmbito federal e criar legislações mais claras e menos burocráticas para regulamentar os casos em que a judicialização deve

ser utilizada e modernizar as normais que norteiam os processos de compras para desburocratizar e tornar a aquisição de medicamentos e serviços de saúde mais eficiente e menos demorada, principalmente nestes casos especiais.

O aumento constante e descontrolado das demandas judiciais sem uma interação maior e diálogo aberto entre os envolvidos em busca da resolução dos fatos apresentados, irão cada vez mais precarizar o sistema de saúde, os Estados e os Municípios por incapacidade financeira e de gestão. Talvez esta falta de comunicação e conscientização dos atores envolvidos se deve pelo fato que apenas se calcula o impacto da judicialização no orçamento do ente responsável pela prestação da saúde, porém, esquece-se que há custos para todos os envolvidos. Portanto sugere-se que um estudo que avalie o impacto global de toda a cadeia do processo, desde o cidadão procurar um advogado até o recebimento do item ou serviço requerido, possa demonstrar que o rombo no orçamento público é maior do que o já evidenciado.

A Constituição Federal ratifica que a saúde é um direito humano fundamental, mas encontra-se mal gerido e mal implementado, situação que auxilia a expansão da busca pelas vias judiciais. No entanto, é necessário haver um equilíbrio entre o direito individual e as políticas públicas previstas, para que o orçamento público não seja prejudicado de tal forma que torne inviável a atuação do Estado. O ideal é buscar uma diminuição da quantidade e do custo das demandas judiciais, mas sem prejudicar o exercício do direito à saúde por parte dos cidadãos. As soluções possíveis não são complexas, mas demandam o trabalho conjunto de todos os atores envolvidos no processo: pacientes, médicos, Judiciário, Ministério Público, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde e de Planejamento, advogados e a sociedade em geral. Esta caminhada deve ser feita lado a lado com a exigência de melhorias no SUS, em busca de um sistema público de saúde bem gerido, efetivo e de qualidade, a fim de que, no futuro, a judicialização deixe de ser a regra e se torne a exceção, para casos raros e excepcionais.

Referências

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **Custo da judicialização da saúde afeta atenção básica em MG**, Belo Horizonte, jun. 2017. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2017/06/07_saude_judicializacao.html>. Acesso em: 07 set. 2018.

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

_____. **Decreto nº. 5450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Secretaria de Administração da Presidência da República do Gabinete do Ministro Aloísio Alves. **Instrução Normativa SEDAP nº. 205 de 08 de Abril**

de 1988. Racionaliza com minimização de custos o uso de material no âmbito do SISG através de técnicas modernas que atualizam e enriquecem essa gestão com as desejáveis condições de operacionalidade, no emprego do material nas diversas atividades. Disponível em: <http://www.cetem.gov.br/sustentavel/pdf/Leis_avulsas/1988_09_de_abril_INT_205-SEDAP.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8666, de 21 de Junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Lei nº 10520, de 17 de Julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº. 177.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/control-interno/sumulas/18300-sumula-177-tcu>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

LIRANCO, Marcos. PDM – Padrão Descritivo de Materiais como vantagem estratégica. **TI Especialistas Brasil**, São Paulo, out. 2013. Disponível em: <<https://www.tiespecialistas.com.br/2013/10/pdm-padrao-descritivo-materiais-vantagem-estrategica/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MASTRODI, Josué; FULFULE, Elaine Cristina de Souza Ferreira. O problema da judicialização da saúde no Brasil: Sugestão de novos rumos. **Revista Quaestio Iuris**, v. 10, p. 593-614, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22425>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

MINAS GERAIS (Estado). **Decreto nº 38946, de 24 de julho de 1997.** Dispõe sobre o Sistema Único de Classificação de Material e Serviços na Administração Direta Estadual. Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45018&comp=&ano=2009&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 45018, de 20 de janeiro de 2009.** Dispõe sobre a utilização e gestão do sistema integrado de administração de materiais e serviços do estado de minas gerais - SIAD-MG do poder executivo estadual. Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45018&comp=&ano=2009&aba=js_textoAtualizado#texto>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 46311, de 16 de setembro de 2013.** Regulamento o Sistema de Registro de Preços disciplinado no art. 15 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Belo Horizonte. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa>>.

html?tipo=DEC&num=46311&comp=&ano=2013>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 47727, de 02 de outubro de 2019.** Dispõe sobre a organização da Secretaria de Planejamento e Gestão. Belo Horizonte, Disponível em: < <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-novamin.html?tipo=DEC&num=47727&comp=&ano=2019&texto=original>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

ROSA, Tatiana. **Judicialização na Saúde.** Revista Consensus, ed.19, 2016. p. 12-17. Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/edicao-19-abril-maio-e-junho-de-2016/>>. Acesso em> 07 set. 2018.

SILVA, Daniela Aparecida Rocha. **A especificação de objeto da licitação e a contribuição dos catálogos eletrônicos de materiais e serviços para as políticas de compras.** 2016. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Gestão Pública) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

SILVA, A. L. R. et al. Quanto custa um processo administrativo de compras e contratação de serviços? O Caso da Secretaria de Saúde do Município de Feira de Santana na Bahia. In: Congresso Brasileiro de Custos, 22, 2015, Foz do Iguaçu. **Anais eletrônicos.** Rio de Janeiro: Revista Quaestio Iuris, v.10, n.2, 2017. p. 593-614. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/3974>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

SILVA, Liliâne Coelho da. Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em 09 abr. 2018.

UMA ANÁLISE AXIOLÓGICA DO DIREITO A SAÚDE E A SUA EFETIVAÇÃO AOS PORTADORES DA DOENÇA FALCIFORME

Paulo Henrique de Freitas Dutra Júnior

Graduando em Direito pela Universidade CEUMA. Egresso do Núcleo de Justiça e Poder e Ética na Contemporaneidade (NEJUPEC) – Voluntário 2017/2018. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Municipalidades e Direito (NEMUD) – Bolsista CEUMA PIBIC 2018/2019 e, Bolsista FAPEMA 2019/2020

Edith Maria Barbosa Ramos

Pós-doutorado em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão

Resumo:

A Doença Falciforme é a enfermidade genética mais prevalente no Brasil, segundo o Programa Nacional de Triagem Neonatal, nascem 3.500 crianças por ano ou 1/1.000 nascidos vivos portando esta patologia. O grau de incidência da doença justifica a preocupação e a necessidade de avaliar o acesso do direito à saúde aos portadores desta hemoglobinopatia, fazendo-se necessário analisar axiologicamente a conceituação do direito a saúde com base em instrumentos normativos nacionais e internacionais, averiguando se as políticas sanitárias abarcam o real conceito de saúde. Utilizou-se o método descritivo-exploratório, com pesquisa bibliográfica em livros, teses, dissertações, e artigos científicos indexados em Plataformas Digitais: Periódico CAPES e Biblioteca Virtual da Saúde. Pós-coleta bibliográfica, desenvolveu-se análise documental para a compreensão da realidade oficial dos portadores da Falciforme. Atestou-se que as políticas públicas de saúde precisam de melhor articulação para garantir aos falcêmicos efetivo acesso ao direito fundamental à saúde, uma vez que tais políticas desconsideram a condição socioeconômica da população enferma, além da ausência de uma rede estruturada de informações, como registro nos cadastros de óbito e de comparecimento aos hemocentros. O conceito de direito à saúde axiologicamente vai além da ausência de doença, e sua efetivação interliga-se a condição socioeconômica da população, *in casu*, os falcêmicos são pessoas pobres e de baixa escolaridade, e a inexistência de uma rede de informações, aprofunda o processo de invisibi-

lidade da enfermidade, sonhando a esse grupo de pessoas o gozo do direito fundamental a saúde.

Palavras-chave: Falciforme; Políticas Públicas; Direito Saúde; Axiologia.

Introdução

A Doença Falciforme é enfermidade genética mais prevalente no Brasil, nascem cerca de 3.500 (três mil e quinhentas) crianças por ano ou 1:1000 (uma para cada mil nascidos vivos), dentre os estados brasileiros com maior incidência desta patologia genética está a Bahia com proporção de 1:650 (um para cada seiscentos e cinquenta nascidos vivos); Rio de Janeiro com 1:1.300 (um para cada mil e trezentos nascidos vivos); e empatado em 1:1.400 (um para cada mil quatrocentos vivos) Maranhão, Pernambuco, Minas Gerais e Goiás.

Por ser uma afecção genética, a falciforme não possui cura, somente tratamentos preventivos, através de aconselhamento genético e elaboração de planejamento familiar, além de tratamento das complicações da doença, como as crises de dor, síndrome torácica aguda, febre, crise aplástica, crise de sequestração esplênica, complicações no fígado, vias biliares e icterícia, acidente vascular cerebral, úlcera de perna, infartos ósseos, e problemáticas com a imunização devido a necessidade da retirada do baço.

Diante da alta incidência da doença no Brasil e com as suas inúmeras complicações, é necessário que seja analisado o acesso do direito a saúde aos portadores desta hemoglobinopatia, necessitando avaliar, axiologicamente, o real conceito de saúde trazido em documentos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, e a Constituição da Organização Mundial da Saúde, haja vista que tais documentos influenciaram a construção do direito constitucional social a saúde consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por meio de uma interpretação axiológica do conceito de saúde compreende-se a sua concepção como um status que vai além da ausência de doença, devendo ser analisado todos os parâmetros conexos a uma vida saudável, exemplo a condição socioeconômica da população enferma. Portanto, através de uma metodologia descritiva exploratória, em livros, teses, dissertações, artigos científicos e análise documental, atesta-se que os portadores desta hemoglobinopatia, não raro, são pessoas pobres e de baixa escolaridade, e por ter sua origem histórica interligada ao continente africano, faz-se necessário averiguar os percalços sociais vivenciados pela população negra.

Além de análises sociais, averiguou-se a política pública voltada ao enfrentamento da falciforme, e se a enfermidade, na prática, traz a visibilidade necessária a essa doença. Através de documentos fornecidos pelo Ministério da Saúde, a política pública possui deficiência de uma rede estruturada de es-

tatísticas, inviabilizando uma verdadeira análise dos seus impactos e por consequência os seus aprimoramentos.

O regulamento sanitário internacional e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O direito sanitário deve ser observado objetivamente nos dispositivos normativos que regulam a sua aplicação, portanto mister se faz apresentar os regulamentos sanitários internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que no seu artigo 12 assevera que, “1. Os estados partes do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, bem como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 que em seu artigo 25 disciplina que:

1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Com base nestes regulamentos internacionais observa-se que o direito a saúde está amplamente vinculado com o bem-estar da população, o que garante o acesso ao amparo físico, social e mental, por meio de auxílios em vestuário, alojamento, assistência médica entre outros. Apesar da vigência e regulamentos internacionais, é na Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, em seu preâmbulo que temos a melhor definição de saúde, no qual estão estabelecidas as diretrizes a serem tomadas pelos estados em prol da sua população. Pois veja-se,

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos.

Diante dos elencados normativos internacionais e tendo em vista que o Brasil é signatário destas legislações, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu o direito à saúde pela primeira vez na história das constituições nacionais, na sua Carta Magna, como um direito fundamental, conforme expressa WEINTRAUB (2006):

Dentro da relação tríade entre Estado, Sociedade e Saúde Pública, o Direito Sanitário se caracteriza por um controle estatal (exercido dentro do poder de polícia) sobre todo o contexto sanitário (atividades públicas e privadas). A constitucionalização do Direito Sanitário na Constituição Federal de 1988 possui duas características principais: o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental e a definição dos princípios que regem a política pública da saúde. Sublinhe-se que o enquadramento da saúde como direito fundamental ocorre pela primeira vez na história constitucional brasileira no corpo da Constituição Federal de 1988.

O direito a saúde é explicitamente mencionado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º, quando aparece na categoria de direito social, *in verbis*: “Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, e no artigo 196 quando do estabelecimento da responsabilidade do estado na execução e asseguramento do direito a saúde a todos, quando assevera que: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

A partir dessa percepção conceitual da definição de direito à saúde trazido pelos instrumentos normativos internacionais e pela sua regulamentação doméstica brasileira, a saúde acabou por encorpar inúmeras interpretações na busca da melhor aplicabilidade possível, tanto em prol da coletividade como em casos individuais, o que torna essencial a apresentação de métodos hermenêuticos mais justos e equitativos para concretização desse direito.

Uma análise axiológica do conceito de saúde

Com a finalidade de atender melhor interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados a dogmática jurídica tem desenvolvido métodos ou elementos interpretativos, cuja finalidade precípua é o atendimento da norma e sua aplicabilidade na sociedade. GRINOVER *et al* (2014) menciona que, “interpretar a lei consiste em determinar seu significado e fixar seu alcance”. A clássica teoria da hermenêutica jurídica apresenta diversos métodos de interpretação, exemplo: gramatical, considerando o texto da norma; a interpretação lógica, preocupada com a estrutura e a coerência da norma, a sistemática, a sua vinculação com outras normas; a teleológica ou axiológica, observando sua finalidade; e a histórica, nos aspectos de seu processo de criação.

Entre os métodos acima referenciados entende-se que para compressão do direito à saúde, um dos melhores meios interpretativos que mais adequadamente atende o seu real significado, com aplicabilidade concreta na sociedade, é o método axiológico. Assim o é, porque a finalidade da interpretação é

compreender a saúde nos seus moldes valorativos, ou seja, a sua finalidade de existência e o porquê deste direito ser necessário na sociedade. Ramos citando Warat afirma que:

O método teleológico pressupõe que a lógica formal não é suficiente e para solucionar os problemas do direito, devendo o interprete levar em consideração a realidade concreta, os interesses vitais e os fatos sociais que constituem as fontes da produção jurídica RAMOS (2014).

O constitucionalismo moderno tem considerado direito a saúde, enquanto direito social, um termo genérico, o que permite diversas interpretações quanto ao seu sentido e construção. O direito à saúde já foi considerado apenas um estado em que o ser humano se encontra na ausência de doença e para as libertárias, que negam a sua existência, afirmam que o direito a saúde é uma incongruência, tendo em vista que a saúde é somente um conjunto aglomerado de vários direitos sociais, tais como: o direito a segurança e a educação. Ressalta ainda que se a saúde fosse um direito, não deveria ser promovido pelo Estado, visto que o status do bem-estar físico e mental do indivíduo não guardaria relação com as funções do Estado, na medida em que se determinada pessoa nascesse ou não com um enfermidade, essa circunstância estaria mais vinculada com as questões de sorte ou azar, ou seja, uma loteria natural.

Para evitar essas interpretações limitativas acerca do direito a saúde e por entender que o direito à saúde possui sentido amplo em sua conceituação, faremos uso do método interpretativo axiológico, pois compreendemos ser o método que melhor tem condições de exprimir o real sentido e valor do que seria o direito a saúde. O Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Luís Roberto Barroso, na sua obra Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, elenca que:

A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana, deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática) (BARROSO, 2018, 327).

Nessa esteira, observamos que a melhor concepção de análise do direito a saúde deve partir do pressuposto de sua existência valorativa, ou seja, de sua finalidade de existência. Por meio dos instrumentos normativos internacionais, o direito a saúde consiste no direito do ser humano e de toda a sociedade, gozarem do pleno acesso, seja por meio de ambientes públicos e privados, ao senso de bem estar físico e mental, usufruindo de qualidade de vida digna o suficiente para que possa manter sua independência e subsistên-

cia, com igualdade de condições para seus iguais, e com equidade para aqueles que se apresentarem em condições desiguais. De acordo com RAMOS, (2014, p.50 - p. 55):

A consideração do direito à saúde dos indivíduos e sua proteção aparece fortemente vinculada com aspectos relativos ao nível e as condições de vida da população. Além disso, os serviços médicos de saúde aparecem apenas como um dos elementos integrantes do direito à saúde, mas não o único.

(...)

quando se compreende a saúde ou a doença como uma mera circunstância, como uma espécie de loteria natural independente de considerações sobre a estrutura social ou institucional, a ausência de saúde não poderia ser considerada como uma situação de injustiça

(...).

A partir dessa premissa, podemos perceber que o direito à saúde não é somente um direito fundamental de segunda dimensão, pois, em razão de sua complexidade e interdisciplinaridade, está presente em todas as dimensões. O indivíduo pode opor-se ao Estado, no gozo de sua liberdade a recusar determinado tratamento, mas o Estado não pode escusar-se de atender e promover a saúde a todos de forma igualitária, visto que o desrespeito a tais condições, contesta a própria função e existência do Estado, colocando em cheque os modernos conceitos neoconstitucionais de fraternidade ou solidariedade entre Estados, entre os indivíduos e o Estado e vice-versa. O jurista Paulo Bonavides, na sua obra Curso de Direito Constitucional expressa de forma clara e certa acerca dos direitos fundamentais e suas dimensões.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

(...)

Os direitos de segunda geração (...) são os direitos sociais, culturais, e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades (...) os direitos fundamentais da segunda geração tendem-se a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra já que não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

(...)

A teoria, (...) já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito a paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Apesar deste trabalho não ter por objetivo aprofundar-se na temática

do posicionamento ou não do direito fundamental a saúde nas mais diversas gerações de direitos fundamentais, fizemos menção a colocação e definição desse direito com a finalidade de se demonstrar a importância do direito a saúde na sua concepção multifacetada, que a partir de sua base axiológica se manifesta na necessidade de se compreender o conceito de saúde em todas as suas esferas, desde o tratamento da enfermidade enquanto consequência de uma causa médica e biológica específica, como também a percepção que a saúde é um direito que se interliga na condição econômica e social, tanto do indivíduo singular como de uma determinada população, razão pela qual somente desta forma teremos a condição de buscar meios eficazes para atender as necessidades sanitárias de todos de forma humanitária e digna.

As particularidades da falciforme e a sua construção histórica no Brasil

A partir da concepção axiológica do direito à saúde, podemos perceber que o direito à saúde está interligado com a condição socioeconômica da população, tornando-se imperativo averiguar o nível social e econômico dos falcêmicos. Entretanto, antes de iniciar tais ponderações, necessitamos apresentar as características e complicações desta patologia com a finalidade de demonstrar os entraves sofridos pelos portadores e assim justificar a importância da análise desta hemoglobinopatia distante da ideia de loteria natural.

A Doença Falciforme se manifesta de diversas formas, entre estas encontra-se a Talassemia, Traço Falciforme e Anemia Falciforme, as duas últimas são as mais comuns entre os portadores da Falciforme, ocorrendo quando um indivíduo herda de ambos os pais o gene da hemoglobina S (Hb S), apresentando assim o genótipo Hb AS para os portadores do traço falciforme, e o genótipo Hb SS para a anemia falciforme.

A Falciforme manifesta-se de forma sintomática mais grave quando se apresenta na Anemia Falciforme, visto que é no genótipo Hb SS que se aumenta de forma significativa à taxa de hemoglobinas deformadas no organismo. É na hemoglobina que se encontra a alteração, que por um formato de glóbulo (forma normal) se altera para formato de foice (forma alterada pela enfermidade), por isso a nomenclatura “falciforme”.

Entre os sintomas mais comuns estão às crises de dor, que podem ocorrer, sobretudo, na região abdominal, nos pulmões, nas articulações e nos ossos, devido à isquemia em seus tecidos. O baço é um dos órgãos mais afetados pela obstrução dos vasos sanguíneos, com a consequente perda de sua função durante os primeiros anos da infância. Uma vez que esse órgão é essencial no combate a infecções quando o organismo ainda não formou anticorpos, a resposta imunológica fica comprometida, tornando o indivíduo mais suscetível a infecções. Além destas complicações, os portadores apresentam outras complicações tais como, síndrome torácica aguda, febre, crise aplástica, crise de sequestração esplênica, complicações no fígado, vias biliares e icterícia, aci-

dente vascular cerebral, úlcera de perna e infartos ósseos.

De acordo com os dados do Programa Nacional de Triagem Neonatal nascem cerca de 3.500 crianças por ano ou 1:1.000 (um para cada mil) nascidos vivos (CASTILHOS *et al*, p.01, 2016). De acordo com o documento “Doença Falciforme: Condutas Básicas para tratamento” do Ministério da Saúde, p.09, 2014, nos estados brasileiros que realizam a triagem neonatal a incidência da falciforme ocorre majoritariamente na Bahia com a proporção de 1:650 (um para cada seiscentos e cinquenta nascidos vivos); Rio de Janeiro com 1:1.300 (um para cada mil e trezentos nascidos vivos); Maranhão, Pernambuco, Minas Gerais e Goiás com 1:1.400 (um para cada mil e quatrocentos vivos).

A primeira publicação brasileira sobre a falciforme foi o artigo do médico Álvaro Serra de Castro publicado no Jornal de Pediatria, em 1934. O artigo resume-se à apresentação de cinco casos clínicos, provenientes de estudos empreendidos no Hospital São Francisco de Assis no Rio de Janeiro. Álvaro Serra de Castro (1944, p. 10) salientou que a falciforme representava um “problema médico-social” para o Brasil, uma vez que boa parte da população afetada pela doença é negra, e que, em decorrência do povo brasileiro em sua maioria ser considerado negro, sendo a “grande massa humana no país”, necessitava-se dá mais atenção a essa enfermidade. Gastão Rosenfeld (1944, p. 846) apontou, em artigo na revista “O Hospital”, que o “nível econômico e cultural mais baixo” dos negros do país dificultava-lhes o recurso à medicina hospitalar e, portanto, contribuía para a escassez de estudos sobre a falciforme no Brasil.

Entre pesquisadores que se atentaram a realizar estatísticas sobre falciforme no Brasil, destaca-se Ernani Silva como o principal representante das pesquisas brasileiras relativas à doença durante a década de 40. Em meados dos anos de 1940 a 1950, ainda restavam dúvidas quanto à especificidade racial da falciforme. Uma das formas de dirimi-las foi à procura de hemácias falciformes em “grupos certamente isentos de miscigenação com elementos negroides” (Silva, 1945a, p. 331). Nas análises de sangue feitas em 101 indígenas das etnias “caingangue e guaranis”, não foi encontrada nenhuma hemácia em forma de foice. No início do século XX, o negro representava um elemento desarmônico na população brasileira, mas desde os anos de 1930, o negro seria visto como componente constituinte da identidade nacional, através da atenção que as enfermidades sofridas por essa população começaram tomar a frente de pesquisas científicas.

Apesar do início da visibilidade da falciforme nas décadas de 1930 a 1940 na medicina, de acordo com MÁXIMO (2009, p. 5) a doença falciforme, somente obteve atenção do Estado, pós-governo militar, visto que o período ditatorial, se tornou empecilho para visibilidade da doença devido ao modelo liberal adotado pelo Estado, isso ocorrem em virtude de ter sido atribuindo as empresas privadas a obrigações de regular e de prestarem serviços médicos de média e alta complexidade, e restou ao Estado a obrigação de prestar so-

mente os atendimentos básicos de saúde ou de baixa complexidade.

Antes e durante o período militar, a saúde era vista como uma questão de responsabilidade individual, de forma que as políticas sanitárias foram ineficazes, e em alguns casos inexistentes, deixando os centros urbanos com foco de doenças. Em 1964, novos modelos mercantilistas tomaram a frente das políticas públicas sanitárias, MÁXIMO (2009, p. 17) aborda essa temática em sua dissertação:

A nova ordem vigente, altamente centralizadora e burocrática, provocou mudanças no modelo médico assistencial privatista vigente. Uma delas foi à criação do Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) em 1966, em substituição aos IAPs. O INPS estendeu a cobertura previdenciária a praticamente toda a população urbana e rural, porém privilegiando as práticas individuais, curativas e especializadas através de prestadores privados, em detrimento das coletivas. Com isso o setor saúde foi firmado como altamente lucrativo consonante com o período conhecido como “milagre econômico”, dando início à mercantilização da assistência médica.

O modelo mercantilista trouxe regalias ao setor privado, devido às altas taxas de financiamento, com a finalidade de expandir e modernizar os grandes hospitais, tornando por conformar o Estado Brasileiro em atribuir como beneficiário dos serviços ofertados pelos Hospitais aqueles que detinham maior concentração de renda, o que acabou por deixar os serviços de baixo custo e de baixa qualidade voltados a população com menor poder aquisitivo.

As atividades mais lucrativas, que envolviam procedimentos de alta complexidade e voltadas para as práticas curativas individuais ficaram a cargo do setor privado, sem qualquer integração com a banda não lucrativa, voltada para o coletivo, que ficou sob responsabilidade do Estado. Desta forma, **não havia espaço para o discurso de promoção, prevenção e reabilitação da saúde da população de forma integrada e organizada em uma só política de Estado.** (MÁXIMO, 2009, p.18). (*grifo nosso*).

Abrolhando-se dessas ocasiões, fervorou-se no Brasil diversos movimentos em buscas de mudanças no modelo privatista, com propostas de melhorias de qualidade na assistência à saúde, tendo como um dos maiores pontos relevantes à busca pela equidade de atendimentos em centros urbanos e rurais, com modelos voltados ao atendimento coletivo e com tutela do poder público.

Com a redemocratização e com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988 na tríade da Seguridade Social, a Saúde começou, pelo menos em teoria, abraçar o conceito de saúde, já presente nos instrumentos normativos internacionais, promovendo a discussão e abertura do dever do Estado como assegurado dos direitos fundamentais através da criação, implementa-

ção e efetivação de políticas públicas.

A falciforme obteve visibilidade medicinal nos anos de 1930 e 1940, porém, na seara das políticas públicas, a doença falciforme só obteve notoriedade pós-governo militar por meio do fortalecimento do Movimento Negro. A militância desse movimento vinha tentando fazer inserções em secretarias municipais e estaduais de saúde, com finalidade de reivindicar políticas públicas sanitárias para o tratamento das doenças mais prevalentes a raça negra. (FRY, 2005).

De acordo com MÁXIMO (2009, p. 27) “este movimento ganhou força no Brasil no período de transição democrática e colocou em pauta reivindicações em várias áreas de políticas públicas, dentre elas a da saúde.”. Devido as grandes pressões sociais deste movimento em 1995, durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, originou-se o Grupo de Trabalho Interministerial para Valorização da População Negra, em que foram selecionadas as enfermidades com maior incidência sobre a população negra, dentre essas a Doença Falciforme. Atesta-se a prevalência dessa hemoglobinopatia em populações afrodescendente, por meio do documento “Doença Falciforme – Diretrizes Básicas da Linha de Cuidado” realizada pelo Ministério da Saúde, em 2005, que faz alusão a prevalência geográfica da Doença Falciforme. Segundo o documento:

A HbS é muito frequente nas populações do continente africano, principalmente nas regiões equatoriais, subsaarianas, localizadas ao norte do deserto de Kalahari (...) Conforme dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), do Banco Mundial e da Ghana Sickle Cells Foundation, estima-se que na África nasçam cerca de 500 mil crianças por ano com DF (...) Os países das Américas (entre esses, o Brasil) atualmente apresentam grupos populacionais com grande quantidade de portadores de TF e com incidência significativa de DF (BRASIL, 2015, p. 9; 10).

Mesmo com os percalços sofridos na história para que se tivesse o reconhecimento do Estado como provedor dos direitos fundamentais, e mesmo com a confirmação da responsabilidade estatal em assegurar a saúde a população, e com a militância do movimento negro, no qual já debatia na década de 80 a falciforme, somente em 16 de agosto de 2005, pela portaria nº 1.391 que instituiu-se a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doença Falciforme e outras Hemoglobinopatias.

Os desafios da Política Pública de Saúde para a Doença Falciforme

Nesse contexto de incidência e suas repercussões na sociedade brasileira é necessário analisar as políticas e ações de promoção, proteção e recuperação dos pacientes, que possibilitem a esses a fruição do direito fundamental à vida, tendo em vista que tais elementos são essenciais e complementarmente

constitutivos do direito constitucional social à saúde (SÁ, p. 35, 2010). Torna-se, portanto, imprescindível conferir se a política pública de saúde atende o conceito valorativo do direito à saúde, fazendo-se imperativo elencar a situação socioeconômica da população enferma e as falhas estruturais da política pública.

Através de uma intensa busca por dados estatísticos acerca da condição social e econômica dos portadores, constatamos a ausência de uma base de dados concreta e governamental que forneça informações da condição de vida dos portadores desta hemoglobinopatia. Entretanto, devido a constatação histórica e medicinal acerca da potencialidade de acometimento desta enfermidade na população negra faz-se mister verificar a situação social dos negros no país. De acordo com os dados obtidos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, no relatório de Retrato das Desigualdades Gênero e Raça, vol.4:

A distribuição racial da riqueza é incontestável, e a população negra segue sub-representada entre os mais ricos e sobre-representada entre os mais pobres: em 2009, no primeiro décimo da distribuição (10% mais pobres da população), os negros correspondiam a 72% (IPEA, 2011, p. 35).

Tendo-se o seguinte relatório acerca da maioria populacional em situação de pobreza, os negros são mais do que a metade pertencente ao quadro dos mais pobres no território brasileiro. Apesar da ausência de dados concretos acerca dos portadores, somente havendo dados acerca da condição social da população negra, tem-se através dos esforços científicos, a premissa de que os portadores da Falciforme, possuem nível de baixa escolaridade, com remuneração em até dois salários mínimos, e que devido as complicações da enfermidade acabam por possuir baixo poder competitivo no mercado de trabalho. (BRAGION; et al, p.6, 2017).

Além do fator socioeconômico, as políticas públicas voltadas ao enfrentamento desta Hemoglobinopatia possuem elevadas problemáticas quanto ao diagnóstico do número de portadores no Brasil, devido a inexistência de uma rede estruturada que quantifique e avalie os índices de mortalidade e letalidade da Doença Falciforme, com ausência de informação nos atestados de óbitos, ausência de cadastro informatizados nos centros de referências e hemocentros e a existência de população sem diagnóstico, revelam a necessidade de estruturação da rede de informações (BRASIL, p. 07, 2015).

Diante disso, os portadores da falciforme, além das complicações clínicas da enfermidade sofrem devido as suas condições socioeconômicas. Devemos ressaltar que a política pública atual não possui uma rede de dados o suficiente para compreender seu impacto e sua efetivação, o que torna por dificultar seu aprimoramento e efetivação.

Considerações Finais

O direito a saúde em sua conceituação mais moderna, bebendo diretamente dos tratados e pactos internacionais que versam sobre o direito sanitário, assim como da própria Constituição da República Federativa do Brasil, a partir de uma interpretação axiológica, é entendido como direito do indivíduo, tanto na seara particular como na coletiva. Esse direito é caracterizado na garantia de o indivíduo possuir uma vida saudável, desde a ausência de doença às condições dignas de subsistência, como a garantia ao direito à segurança, educação, lazer, a infraestrutura e entre outros demais direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

As políticas públicas proporcionam meios de efetivação e asseguramento de direitos à população, ou a um determinado grupo específico, que caso não seja atendido terá toda a sociedade impactada negativo. Dentre tais grupos específicos, os portadores da Falciforme necessitam de atendimentos excepcionais, e políticas públicas específicas que visam atenuar o sofrimento causado pela doença, tendo em vista tratar-se da doença genética mais prevalente no Brasil, e acometer milhares de brasileiros que estão à margem da sociedade, pois, em sua maioria, encontram-se entre os grupos populacionais mais vulneráveis social e economicamente.

Com vistas ao enfrentamento desses fatores foi elaborada a Política de Atenção Integral a Pessoas com Doença Falciforme e outras Hemoglobinopatias. Entretanto, apesar da sua criação, a política pública não faz qualquer menção a situação socioeconômica que se encontra os portadores dessa patologia genética, deixando de lado o aspecto axiológico do direito à saúde.

Além do fator socioeconômico, a política pública não possui uma rede estruturada de estatísticas que possam auxiliar os gestores na efetivação, ampliação e até mesmo na criação de novas políticas públicas. A ausência de dados refere-se a falta de registro nos cadastros de óbito se o *de cuius* era ou não portador da enfermidade, e se a morte possui alguma relação direta, ou indireta com a doença, assim como a inexistência de dados estatísticos do *quatum* de pacientes acompanhados e frequentadores dos centros de hemoterapia, e quais os motivos que o fazem desistir do tratamento, ou continuar na busca pelo tratamento, são falhas estruturais da política pública.

Em suma, apesar do reconhecimento da falciforme em 1930 e 1940 nas áreas médicas, somente em 2005 que o Brasil instituiu política pública sanitária voltada ao enfrentamento desta enfermidade, tal atraso justifica-se devido aos empecilhos sofridos no período ditatorial brasileiro com o advento do modelo mercantilista privatista, em que o Estado ausenta-se do seu papel como assegurador dos direitos fundamentais, e somente com a redemocratização e com a militância do movimento negro, assim como o surgimento da Constituição de 1988, o Estado passa a assegurar a saúde a população.

No entanto mesmo com o reconhecimento em texto normativo, na prática percebemos uma dissonância das políticas públicas com o real conceito

de direito a saúde, que por uma interpretação axiológica, deve este ser considerado como direito do ser humano viver em condições de bem estar físico, mental e social, devendo ser considerada a condição socioeconômica da população enferma, e que caso não sejam atendidas tais considerações as ações estatais tornam por perpetuar as injustiças sociais. Concluímos, portanto, que atualmente a uma necessidade de se buscar mecanismos mais eficazes para a visibilização da Doença Falciforme, bem como a melhor sistematização e articulação das políticas públicas para enfrentamento da enfermidade, de tal forma que os pacientes possam ter acompanhamento e ambiente adequado nos centros de hemoterapia.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 34ª ed. São Paulo: Editora: Malheiros. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08/07/2019.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Especializada. **Doença Falciforme: Condutas Básicas para tratamento.** Brasília: Ministério da Saúde. 2012.

BRASIL. **Doença Falciforme – Diretrizes Básicas da Linha de Cuidado.** (Online). Brasília/DF, 2015, 1ªEd. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doenca_falciforme_diretrizes_basicas_linha_cuidado.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 08/07/2019;

BRAGION; Grace Kelly Portes; COSTA, Cristiane Marinho da Silva; VIANA, Edinéia de Castro; FREITAS, Nathália Faria. Aspectos Sociais dos Pacientes com Úlcera de Perna na Doença Falciforme: Revisão Integrativa. **Revista de Enfermagem do Centro-Oeste Mineiro.** 2017; Disponível em: <<http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/recom/article/view/1470>>. Acesso em: 03 de set. 2018. Doi: <http://dx.doi.org/10.19175/recom.v7i0.1470>.

CAMPBELL, Eldridge H. Acute abdominal pain in sickle cell anemia. **Archives of Surgery,** Chicago, v.31, p.607-621. 1935.

CAVALCANTI, Juliana Manzoni; MAIO, Marcos Chor. **Entre negros e miscigenados: a anemia falciforme no Brasil nas décadas de 1930 e 1940.** História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.18, nº2. Disponível em: <<http://ref.scielo.org/5cq7wq>>. Acesso em: 26/07/2018.

CASTILHOS, Livia Gelain; SCHLEMMER, Josiane Bizzi; LIMA, Suzinara Beatriz

Soares de. **Atenção Primária e Doença Falciforme: Uma Revisão Sobre o Papel do Gestor.** Saúde (Santa Maria), [S.l.], p. 45-52, jul. 2016. ISSN 2236-5834. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistasaude/article/view/15072>>. Acesso em: 03 set. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.5902/2236583415072>.

CASTRO, Alvaro Serra de. **A eritrofalcemia: doença falciforme latente e ativa.** Tese apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade do Brasil, Rio de Janeiro. 1944.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo.** 30ª. Ed. São Paulo. Editora Malheiros. 2014

FRY, P. H. **The significance of sickle cell anemia within the context of the Brazilian government's 'racial policies' (1995-2004)].** Hist Cienc Saúde Manguinhos 12(2): 347-70, 2005.

IPEA. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça.** 2011. 4ª Ed. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

MAIO, Marcos Chor; MONTEIRO, Simone. Tempos de racialização: o caso da 'saúde da população negra' no Brasil. **História, Ciência, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v.12, n.2, p.419-446. 2005

MÁXIMO, Cláudia. **A Política de Atenção Integral à Pessoa com Doença Falciforme no Estado do Rio de Janeiro e os Desafios da Descentralização.** 2009. Dissertação de Mestrado em Saúde Pública – Políticas Públicas. Fundação Oswaldo Cruz – Escola Nacional de Saúde Pública, Departamento de Ciências Sociais, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <<https://naacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 08/07/2019.

ONU. **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 08/07/2019.

RAMOS, Chiara. Noções introdutórias de hermenêutica jurídica clássica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4069, 22 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29254>. Acesso em: 6 jul. 2019.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Universalidade do Direito a Saúde.** São Luís/MA: EDUFMA. 2014.

ROSENFELD, Gastão. Anemia drepanocítica (falciforme): um caso de anemia e outro de drepanocitemia – considerações sobre a denominação da moléstia. **O Hospital**, Rio de Janeiro, v.25, n.6, p.845-854. 1944

SÁ, Maria Célia Delduque Nogueira Pires de. **Controle judicial da política pública de vigilância sanitária: a proteção da saúde no Judiciário.** 2010. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Doi:10.11606/T.6.2010.tde-08122010-140717. Acesso em: 2018-09-06.

SILVA, Ernani Martins da. Estudos sobre índice de siclemia. **Memórias do Instituto Oswaldo Cruz**, Rio de Janeiro, v.42, n.2, p.315-340. 1945a.

WAILOO, Keith. *Dying in the city of the blues: sickle cell anemia and the politics of race and health*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press. 2001.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; Direito Sanitário Brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, Vol 07, n. 1/2/3, p. 267-269, São Paulo, 2006.

PROLEGÔMENOS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Hugo Garcez Duarte

Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais. Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas. Professor e Coordenador de Iniciação Científica

Resumo:

Neste texto, perpassando seu aparato normativo jurídico e construções teóricas diversas dele decorrentes, pretende-se promover reflexões sobre a judicialização do direito à saúde no Brasil contemporâneo. Precisamente, objetiva-se analisar a questão frente a caracteres sociais, políticos e econômicos como reserva do possível, corrupção, sonegação fiscal, populismo, jeitinho brasileiro e falta de educação básica, afim de demonstrar que nossas estruturas de convivência reclamam revisões.

Palavras-chave: Direito à saúde; Brasil contemporâneo; Judicialização; Causas; Reestruturação.

Introdução

O direito à saúde mereceu destaque dentre os direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro devido ao seu considerável aparato normativo constitucional (Constituição Federal de 1988 – CF/88), supralegal e legal.

Destacadamente, em termos Constitucionais, é preciso apontar sua classificação de direito fundamental social (CF, art. 6º) inerente à todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e proporcionem o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196).

Além do mais, segundo o art. 197 da Carta da República, são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo a execução ser feita diretamente ou por pessoa física ou jurídica de direito privado.¹

¹ Consultar referidas previsões constitucionais em: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui

Sob a égide do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, sociais e culturais do qual o Brasil é signatário, há reconhecimento no sentido de que toda pessoa deverá desfrutar do mais elevado nível possível de saúde física e mental, dependendo sua consecução, por outro lado, da adoção de medidas nos planos econômico e técnico até o máximo de seus recursos disponíveis, para que tenha efetivação progressiva por todos os meios apropriados, sobremaneira, mediante a adoção de medidas legislativas, de modo que homens e mulheres tenham igualdade em seu gozo, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou situação econômica, entre outros (arts. 2º, 3º e 12).²

A Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/1990 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, também regulamenta tratar-se o direito à saúde de um dever do Estado, especificamente, no sentido de estabelecer condições indispensáveis ao seu livre exercício. Em nome do texto constitucional supracitado, suas previsões reiteram que o Estado deverá prover as condições indispensáveis ao exercício pleno do direito em tela, consistindo sua atuação tanto na formulação quanto na execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Contudo, o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (art. 2º).³

Não se pode deixar de frisar, nesse contexto, a saúde é uma espécie de direito dependente de ações afirmativas por parte do Estado, o que, por outro lado, não tem sido satisfeito para muitas pessoas, resultando a evidência numa alta demanda judicial tendo-a como objeto. Por essa razão, e como resposta à iniciativa de associações de pacientes com doenças raras que pleiteavam ser ouvidas, de acordo com o sistema de notícias do Supremo Tribunal Federal (STF) (2017), o Conselho Nacional de Justiça realizou, no dia 11 de setembro de 2017, uma audiência pública para discutir o tema judicialização da saúde, tendo a Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, a ministra Cármen Lúcia, defendido que a Justiça é um fazer constante e, por isso, o Conselho abriria o espaço para que possa, cada vez mais, aperfeiçoar os critérios e as ferramentas necessárias para uma jurisdição mais adequada e coerente com o que a pessoa precisa e espera do magistrado brasileiro, bem como que o número considerável de ações nessa área coloca em campos opostos aquele que pede acesso a um medicamento (ou tratamento) e o Poder Público,

cao/constituicao.htm> Acesso em: 17 de out. 2019.

2 Acerca do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ver: BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em: 17 de out. 2019.

3 Sobre a Lei do SUS, recorrer a: BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 17 de out. 2019.

responsável pelo atendimento dessas demandas, o qual deverá cuidar, de um lado, do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo do direito contemporâneo e dos cuidados do Estado e, de outro, a questão de recursos econômicos financeiros.

Apresenta-se imprescindível, logo, discutir essa espécie de judicialização num contexto de desigualdade material e corruptivo como o brasileiro, em que o Estado não presta um serviço adequado alegando, em regra, carecer da reserva do possível para sua realização e que grande parcela da sociedade não contribui ativamente em termos econômicos para a vida em sociedade, vivendo da assistência estatal.

A judicialização da saúde

Temática merecedora de maiores atenções jurídicas contemporâneas é a judicialização da política, ou, até mesmo, como muitos fomentam, da vida. O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso (2008) aponta como causas da judicialização da vida a redemocratização do país, cujo ponto culminante foi a promulgação da Constituição Federal de 1988; a constitucionalização abrangente, que inseriu na Constituição inúmeras matérias antes deixadas para a legislação ordinária; e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, que combina institutos dos sistemas americano e europeu.⁴

Correlatamente, como o próprio ministro Barroso (2015) vem ressaltando em seus textos, a judicialização da política pode ser apontada como um fenômeno no qual aspectos de interesses políticos, sociais e morais foram deslocados para a aferição e pronunciamento do Poder Judiciário. É evidência na qual há uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, os Poderes Legislativo e Executivo.

Podem-se apontar inúmeras circunstâncias para sua ocorrência. Também segundo Luís Roberto Barroso (2015) a primeira situa-se no reconhecimento da importância de se possuir um Poder Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas, donde se operou uma vertiginosa ascensão institucional na Europa e em diversos países da América Latina, particularmente no Brasil; a segunda envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral; a terceira no fato de que os atores políticos, muitas vezes, preferem depositar no Poder Judiciário a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral

4 Parte do exposto aqui fomentou-se em outros textos, principalmente em: DUARTE, Hugo Garcez. A Constituição Federal de 1988 no contexto jurídico-político contemporâneo: obstáculos para a consecução dos direitos coletivos e individuais frente à ausência de um fundamento moral absoluto para o direito. In: Américo Braga Júnior; Edson Roberto Siqueira Junior; João Emílio de Assis Reis. (Org.). (Coletânea) *Constitucionalismo e democracia: desafio e efetividade de direitos - 30 anos da Constituição: avanços e promessas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 79-108.

razoável na sociedade, evitando-se o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos como uniões homoafetivas, interrupção de gestação, entre outros.

O fenômeno atingiu patamares tão grandiosos que o também ministro do Pretório Excelso Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017) chegaram a afirmar em famosa obra conjunta no meio constitucional ser possível falar em superação da supremacia do Parlamento, seara na qual se não é cabível ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, seria sua obrigação verificar se os caminhos eleitos pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

Nessa linha, como Bernardo Gonçalves Fernandes (2018) aduziu, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem dado plena aceitação aos pedidos de fornecimento de remédios, enquanto o STF assumiu posicionamento favorável ao deferimento contextualizado das pretensões.

A propósito, a Corte reconheceu a responsabilidade solidária da União, dos Estados-membros e dos Municípios no sentido de fomentar ações afirmativas que garantam o direito à saúde, tanto que quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855178 – Sergipe (2015), consignou inserir-se no rol de deveres do Estado o tratamento médico adequado aos necessitados, razão pela qual o polo passivo da demanda poderá ser composto por qualquer dos entes federados, isolada ou conjuntamente.

Nesse segmento, o Pretório Excelso adota posicionamento no tocante ao afastamento da alegação corriqueira de violação ao princípio da separação de poderes (CF, art. 2º) por parte do Poder Judiciário pela postura descrita.

No âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 – Distrito Federal (2004), por exemplo, entendeu que configurada a hipótese de abusividade governamental no que tange a implementação de políticas públicas, com ênfase na necessidade de efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, caberá ao Poder Judiciário se posicionar afim de garantir a integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

Embora se tenham referidos posicionamentos da Corte, os parâmetros para se responsabilizar o Estado nos termos da legislação estudada ainda estão em construção por diversos fatores, dentre os quais, uma igualização em seu acesso.

Em outras palavras, verifica-se maior predisposição em se acionar o Poder Judiciário individualmente do que pela via coletiva. Para se constatar tamanha discrepância, conforme aludem Gilmar Mendes e Paulo Gonet (2017), até o ano de 2017, pesquisas demonstraram que a demanda judicial sobre o direito à saúde em cinco Estados-membros e levando-se em conta a jurisprudência do STF e do STJ, atingiu 96%, dentre os quais, somente 2% dizia respeito a ações coletivas.

É indubitável, porém, seja no plano coletivo ou individual, a efetivação do direito à saúde estará atrelada à reserva do possível, a qual irei tratar, ainda

que ligeiramente, a seguir.

A reserva do possível

Desenvolvendo Ronald Dworkin (2000), acredito que tanto o governo como a sociedade civil possuem um dever de agir segundo as Leis (Constituição e normas infraconstitucionais) até que elas sejam alteradas, bem como que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e perante o Estado.

A questão a se refletir, todavia, também na esteira de Dworkin (2000), centra-se na interrogação de se os cidadãos possuem direitos morais não declarados pelo direito positivo e se esses direitos poderão ser objeto de reclamação em face do Estado.

Nesse quadrante, lembrando as lições de Joaquim José Gomes Canotilho (2003), levando-se em conta a autenticidade dos direitos subjetivos inerentes ao cerne existencial dos cidadãos, deve-se ter como norte as possibilidades financeiras do Estado para se convencionar, legitimamente, o exato conceito desses direitos eventuais.

Dito de outro modo, referidas possibilidades financeiras recebem a nomenclatura de reserva do possível fática ou propriamente dita, a ser encarada, na linha de Guilherme Sandoval Goés e Cleyson de Moraes Mello (2018) como a falta de recursos financeiros do Estado para atender a todas as demandas sociais. Ou seja, a efetividade dos direitos sociais está condicionada à existência real dos recursos disponíveis no orçamento público.

Noutra vertente, de acordo com a Constituição Federal de 1988 (CF, arts. 165, 166, 167, 168 e 169) o Congresso Nacional, em resposta aos projetos de iniciativa privativa do Presidente da República, deverá cuidar da matéria por meio do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei do orçamento anual, configurando o fato a nomeada reserva do possível jurídica, pela qual se condiciona a efetividade dos direitos sociais aos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, o Poder Judiciário não está autorizado constitucionalmente a participar do devido processo legislativo orçamentário.

Se apresenta necessária, assim, uma gestão apta a possibilitar o acesso aos direitos prestacionais nos quais a saúde se insere, pois a ausência de recursos públicos disponíveis para tanto resultará, fatalmente, em sua falência. Fator relevante, logo, avistar-se-á quando a gestão mencionada não ocorrer, tendo em vista em quais condições estarão aquelas pessoas sem acesso ao mínimo existencial. Isso porque como Canotilho (2000) bem ressaltou, uma multiplicidade de fatores como capacidade econômica do Estado, o clima espiritual da sociedade, o estilo de vida, a distribuição de bens, o nível de ensino, o desenvolvimento econômico, a criatividade cultural, as convenções sociais, éticas filosóficas e/ou religiosas, condicionam, de forma positiva ou negativa, a existência e proteção dos direitos dessa natureza.

Por essas razões, é preciso investigar o pano de fundo da judicialização da saúde no Brasil contemporâneo.

A estrutura político-social brasileira

Interessa à sociedade como um todo, e não pode ser diferente no tocante à seara jurídica, criar mecanismos que possibilitem um desenvolvimento sustentável, eixo no qual o equilíbrio entre os preceitos capitalistas e a garantia dos direitos humanos fundamentais impõe-se como meta a se conquistar.

Afirmo isso tendo em mente os posicionamentos de Luiz Felipe Pondé (2016) quando lembrara que o capitalismo promoveu um enriquecimento assustador do mundo a partir do século XVIII, transformando o modo de viver, e proporcionando, em virtude disso, uma generosa melhoria das condições materiais.

Entretanto, como se baseia na ciência econômica, identificada como da escassez, vez os recursos existentes serem inferiores ao que os componentes de uma sociedade dinâmica como a atual pleiteiam, sem dúvidas, algumas pessoas terão maiores acessos aos mesmos e outras menores, ou nenhum.

Essa dicotomia ocorre em virtude de inúmeras circunstâncias. Utilizando-me uma vez mais das palavras de Luiz Felipe Pondé (2016), por exemplo, algumas pessoas são mais inteligentes, mais disciplinadas, acordam mais cedo, têm mais saúde, nasceram em família melhores, e isso nada tem a ver com justiça social.

Nesse quadrante, a convivência comunitária no Brasil sob os desígnios do Estado é mantida por meio dos impostos arrecadados. Logo, é preciso apurar se há possibilidade, frente ao que se arrecada aqui, de se efetivar os referenciais relativos ao direito à saúde concernentes ao mínimo existencial. Mas para que isso ocorra, não se pode esquecer-se das características fáticas que nos assolam como a corrupção, a sonegação de impostos, o populismo, o jeitinho brasileiro e a falta de educação básica.

No que tange a corrupção, não há necessidade de maiores esforços argumentativos. Sempre menciono, nesse aspecto, as palavras do ministro relator Herman Benjamin quando do julgamento da chapa Dilma-Temer no Tribunal Superior Eleitoral, o qual asseverou, segundo Isadora Peron, Anne Warth e Renan Truffi (2017), que o Brasil sempre inova no campo da corrupção e já está comprovado que leis foram compradas no Congresso Nacional por grandes empresários; que em comparação ao que já foi revelado pela Operação Lava Jato, o escândalo do mensalão resulta extremamente modesto e, em termos atuais, seria julgado como pequenas causas; que já não se fala mais do aparelhamento ou captura do Estado pelo poder econômico, mas sim da compra de governantes; que já não se vendia mais apenas o acesso aos gabinetes, mas se entregavam os produtos do trabalho no Executivo e no Legislativo; que os recursos ilícitos desviados não são mais usados apenas para alimentar as campanhas em ano eleitoral, mas investidos em um projeto de poder; e que esses sucessivos escândalos de corrupção no País ocorrem porque os poderosos não têm medo de serem punidos.

Acerca da sonegação de impostos, de acordo com Gabriel Casnati

(2017), o valor não declarado é sete vezes maior do que aquele desviado pela via da corrupção. Segundo Marcos de Aguiar Villas-Bôas (2015), a Procuradoria da Fazenda Nacional estima deixarem de ser arrecadados, anualmente, algo em torno de R\$ 500 bilhões.

Ao mesmo tempo, importa refletir em que medida políticas populistas têm levado muitas pessoas a viverem acomodadas sob o paternalismo estatal. Em outras palavras, segundo Paulo Roberto de Almeida (2017), devemos nos atentar para com o populismo usualmente associado a práticas políticas bastante conhecidas na América Latina, misturado a condutas obviamente popularescas, isto é, demagógicas e caracterizadas por muita enganação do povo mais humilde.

Esse populismo de tipo econômico, ressalta Paulo Roberto de Almeida (2017), se baseia em políticas econômicas irresponsáveis, na sobrevalorização cambial, no controle de preços, no emissionismo desenfreado para sustentar o nível de gastos públicos necessários para assegurar uma boa e fiel clientela eleitoral e na embromação deliberada em direção aos mais pobres, enquanto se continua a beneficiar as camadas privilegiadas da sociedade.

Perceba-se, o paternalismo estatal gera prejuízos de ordem econômica pelo fato de pessoas não trabalharem devidamente já que possuem acesso fácil ao que somente se conquista com tempo, preparo, trabalho e sucesso. Portanto, não se contribui, nesse aspecto, para com o crescimento do país, sua arrecadação e logo, com dinheiros para a implementação dos direitos sociais em que o direito à saúde se situa.

Não se pode esquecer-se, também, do famoso jeitinho brasileiro, o qual conforme Luís Roberto Barroso (2011), comporta múltiplos sentidos, facetas e implicações. Inúmeros autores identificam nele um traço marcante da formação, da personalidade e do caráter nacional, e há quem analise o fenômeno com uma visão mais romântica, vislumbrando certas virtudes tropicais. Existem, por outro lado, análises críticas severas das características associadas ao jeitinho, reveladoras de alguns vícios civilizatórios graves. Em sua acepção mais comum, o jeitinho é aliado aos comportamentos de um indivíduo voltado à resolução de problemas por via informal, valendo-se de diferentes recursos, que podem variar do uso do charme e da simpatia até a corrupção pura e simples. Em sua essência, o jeitinho envolve uma pessoalização das relações, para o fim de criar regras particulares para si, flexibilizando ou quebrando normas sociais ou legais que deveriam se aplicar a todos.

O jeitinho tupiniquim gera, desse modo, ainda segundo Barroso (2011) reflexos negativos nas esferas pública e privada, já que o improvisado como regra de conduta e o descumprimento contumaz de obrigações em decorrência das relações e interesses familiares e pessoais contribuem para o atraso social, econômico e político do país, fragilizando normas éticas e sociais, nos termos anteriormente propostos.

Para finalizar, tratemos do cenário educacional em nosso país. Em atenção às informações prestadas pelo portal Guia do Estudante (2019) com base

em pesquisa realizada pela *Pearson International*, o Brasil está no penúltimo lugar no *ranking* de qualidade da educação dentre 40 países pesquisados. Nos dois primeiros lugares encontram-se a Finlândia e a Coreia do Sul, enquanto nosso país está apenas à frente da Indonésia.

É bem verdade, a qualidade dos colégios públicos e da maioria dos estudantes está péssima. Em virtude disso, o êxodo estudantil só faz crescer, e dentre aqueles que ainda frequentam o ambiente escolar, há deficiências básicas referentes a aspectos como interpretação, escrita e matemática.

Sobre essas constatações, Eduardo de Freitas (2017) aludiu, para cada 100 alunos que entram na primeira série, somente 47 terminam o 9º ano na idade correspondente, 14 concluem o ensino médio sem interrupção e apenas 11 chegam à universidade. 61% dos alunos do 5º ano não conseguem interpretar textos simples. 60% dos alunos do 9º ano não interpretam textos dissertativos. 65% dos alunos do 5º ano não dominam o cálculo, e 60% dos alunos do 9º ano não sabem realizar cálculos de porcentagem.

Pode-se encontrar, em virtude dessa realidade, muitos atrasos, os quais não são vistos como tais por grande parte da população. Em outras palavras, como Lênio Luiz Streck (1999) apontou há bastante tempo, essas deficiências tornam nossa sociedade desfuncional e é essa desfuncionalidade que, paradoxalmente, passa a ser a sua própria funcionalidade.

A título de exemplo, as salas de aula estão repletas de pessoas desinteressadas, que não sabem ouvir e tampouco falar, se interessando somente por questões que efetivem seus desejos imediatos e efêmeros, como notas boas e diversão com aulas engraçadas, como se estudar fosse entretenimento.

Ao mesmo tempo, esses mesmos indivíduos possuem opinião para tudo, apesar do pouquíssimo, ou até mesmo inexistente, conhecimento formal, o que levou Venício Artur de Lima (2013) a argumentar, desde que a televisão se transformou em mídia de massa hegemônica, a cultura política que vem sendo construída e consolidada no Brasil tem sido a de permanentemente desqualificar não só a política em si como seus atores. E é no contexto dessa cultura política que as gerações pós-ditadura foram formadas, mesmo não sendo usuárias diretas da velha mídia.

Nesse horizonte, o que se avista por meio de manifestações no seio de mídias sociais como Facebook, Twitter e Instagram a todo momento, são partidarismos e sentimentalismos, faltando lucidez e equilíbrio psíquico para “dar à César o que é de César”.

Constate-se, desse modo, que o despreparo e a despolitização proporcionaram uma manipulação das massas, as quais “compram” ideias que lhe parecem adequadas sob os focos intuição e desejos.

Isso posto, entendo que o paradigma estrutural brasileiro somente será desmantelado se, primeiramente, houver uma reconstrução do processo de compreensão existencial e de mundo hodiernos, no qual o giro hermenêutico se apresenta como ferramenta essencial, apresentando-se as teorias de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer muito contundentes para a proposta.

O primeiro, Heidegger (1988), com o seu Dasein, ou ser-aí, ou ser-no-mundo, trabalhou a ideia de que as condições e possibilidades existenciais da pessoa se manifestam a partir das escolhas que se dariam a partir dos fenômenos historicamente situados.

Ou seja, conforme Pereira (2007), as ocorrências mundanas são compreendidas com base nos fenômenos enquanto tais e não subjetivismo humano.

Indo além, o segundo, Gadamer (1998), sustentou que a compreensão da verdade depende sempre de uma situação hermenêutica, do giro hermenêutico, que reivindica uma troca entre o compreender histórico e o modo ser da pessoa. Ora, todos possuem suas pré-compreensões do mundo, as quais foram construídas por conceitos filosóficos, sociológicos, políticos, econômicos etc., até então acumulados. Entretanto, o ser, se deparando com os fenômenos historicamente situados, deverá procurar compreendê-los a partir desses e não sob as arestas das concepções sobre o mundo posto, pois cada fenômeno tem algo a revelar sobre si, o que só poderá ser escancarado e, logo, descoberto, com essa troca de perspectiva.

Considerações finais

A título de considerações finais, sou da opinião, antes de mais nada, afirmar que o Poder Judiciário está decidindo uma questão política não é, necessariamente, chamá-lo de ativista, até mesmo porque a expressão ativismo judicial poderá merecer múltiplos significados e a experiência prática demonstra estar sendo, no Brasil, utilizada para criticar aquelas situações que, na ótica do interlocutor, extrapolam a função jurisdicional. Assim, o modo que referido órgão desempenha sua função no caso *sub judice* é que definirá a amplitude de sua conduta, sendo ela condizente ou não com o que lhe fora predestinado pela Constituição Federal, ainda que em nome de sua função contramajoritária.

Ora, se os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem suas funções, sem sombra de dúvidas, caberá ao sujeito de deveres e direitos reivindicar, ao Poder Judiciário, a efetividade da Constituição, pois este diálogo faz parte do processo democrático, não se podendo, aprioristicamente, mencionar ativismo judicial na hipótese, pois o demandante (também intérprete da Constituição), ainda que de forma não tradicional, estará exercendo seu poder diretamente, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Carta da República.

Essa concepção não ignora, entretanto, a premissa de que é preciso muita cautela na aferição da legalidade e da legitimidade do processo decisório, pois sabe-se que as decisões judiciais não estão imunes ao senso moral autoritário/arbitrário de seu julgador. A vigilância contra atos judiciais antidemocráticos, logo, é imprescindível.

Entendo que se o Poder Judiciário, quando provocado, prolata suas decisões em desrespeito às leis e, em última instância, à Constituição, pratica ati-

vismo judicial. Portanto, ativismo nada mais é do que um ato que extrapola o que está posto nas normas jurídicas, entendidas como princípios e regras. Sob essa ótica, logicamente, os Poderes Legislativo e Executivo, tal como o Poder Judiciário, também estão suscetíveis à prática de atos arbitrários, ou seja, serem ativistas no sentido de extrapolar suas funções constitucionais e legais.

Nesses termos, lembremo-nos, a Constituição Federal do Brasil de 1988 estatui que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF, art. 5º, I). Diante disso, é preciso avaliar se aquele que está usufruindo ou pretenda usufruir de dado direito prestacional cumpre para com seus deveres comunitários mínimos.

Para receber é necessário contribuir, desenvolvendo a economia de forma sustentável, preservando o meio ambiente, protegendo patrimônios públicos, exercendo o direito ao voto, entre outros, o que acarretará na obtenção de mecanismos aptos a se alcançar a efetividade dos direitos sociais, com ênfase na saúde.

Há que se ressaltar, igualmente, a possibilidade ou não de o magistrado, por meio do processo judicial, atuar devidamente no tocante a não ferir direitos coletivos em benefícios individuais. Como se viu, a saúde é direitos de todos e dever do Estado, mas sua efetivação depende de dotação orçamentária para tal.

Não se pode, nesse contexto, prejudicar o orçamento destinado a atender os interesses de inúmeras pessoas para beneficiar aqueles que se socorrem ao Poder Judiciário a fim de obter prestações relacionadas à saúde.

Paralelamente, a pessoa humana não poderá ser privada do mínimo existencial, e pessoas realmente vulneráveis merecerão um tratamento diferenciado, justamente, por conta de suas debilidades. Veja-se, a tarefa do “Juiz” não é fácil.

Pelo que se ponderou neste texto visualizam-se problemas inúmeros, os quais atestam nossas deficiências, e isso reclama pensamentos sobre os caminhos a se percorrer no sentido de exterminá-los, a fim de construir uma vida societária voltada à cooperação, à fraternidade e ao cumprimento de obrigações e direitos.

Referências

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Populismo econômico e “destruição destrutiva” na América Latina**. Disponível em: <<https://www.institutomillennium.org.br/artigos/populismo-economico-e-destruicao-destrutiva-na-america-latina/>> Acesso em: 17 de out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>> Acesso em: 17 de out. 2019

_____. **Retrospectiva 2008 – Ano do STF:** Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em: 17 de out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm> Acesso em: 17 de out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em: 17 de out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 17 de out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Notícias do STF: Ministra Cármen Lúcia: acesso do cidadão à saúde precisa de melhores critérios e ferramentas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=364338>> Acesso em: 17 de out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário nº 855178 - Sergipe. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão em: 05/03/2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 – Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão em: 29/04/2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASNATI, Gabriel. Sonegação custa ao país sete vezes mais que a corrupção, diz pesquisador. In: **Rede Brasil atual.** Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/economia/2017/06/sonogacao-de-impostos-custa-ao-pais-sete-vezes-mais-que-a-corrupcao-afirma-pesquisador>> Acesso em: 19 de out. 2019.

DUARTE, Hugo Garcez. A Constituição Federal de 1988 no contexto jurídico-político contemporâneo: obstáculos para a consecução dos direitos coletivos e individuais frente à ausência de um fundamento moral absoluto para o direito. In: Américo Braga Júnior; Edson Roberto Siqueira Junior; João Emílio de Assis Reis. (Org.). (Coletânea) **Constitucionalismo e democracia: desafio e efetividade de direitos - 30 anos da Constituição: avanços e promessas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FREITAS, Eduardo de. **A qualidade da educação brasileira.** Disponível em: <<https://educador.brasilecola.uol.com.br/trabalho-docente/a-qualidade-educacao-brasileira.htm>> Acesso em: 17 de out. 2019.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 2. ed. Petrópolis, 1998.

GÓES, Guilherme Sandoval; MORAES MELLO, Cleyson de. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

GUIA DO ESTUDANTE. **Brasil está em penúltimo lugar em ranking de qualidade na Educação**. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/universidades/brasil-esta-em-penultimo-lugar-em-ranking-de-qualidade-na-educacao/>> Acesso em: 17 de out. 2019.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 1998.

LIMA, Venício Artur de. Mídia, rebeldia urbana e crise de representação. In: **Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. Ermínia Maricato [et al.] São Paulo: Carta Maior, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERON, Isadora; WARTH, Anne; TRUFFI, Renan. Benjamin faz alerta contra a ‘compra de leis’ no País. In: **Estadão**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,benjamin-faz-alerta-contr-a-compra-de-leis-no-pais,70001831964>> Acesso em: 17 de out. 2019.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Filosofia para corajosos**. São Paulo: Planeta, 2016.

VILLAS-BOAS, Marcos de Aguiar. **Sonegação fiscal supera em muito os valores da corrupção pública**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-17/villas-boas-sonegacao-fiscal-supera-valores-corrupcao-publica?fbclid=IwAR0xgObaH8pDGgQMF6b_vjNHXRbkYdeOVDLS2oLiWDzoYa4AtF3RdrdRX8k> Acesso em: 17 de out. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

AÇÕES AFIRMATIVAS NO MERCADO DE TRABALHO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE ESTADOS UNIDOS, BRASIL E URUGUAI

Glenda Regine Machado

Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo/Brasil

Resumo:

O estudo apresenta a estruturação comparativa sobre Ações Afirmativas no mercado de trabalho nos Estados Unidos, Brasil e Uruguai e suas consequências em direção à igualdade de oportunidades entre as raças e gênero. Defende-se a utilização das ações afirmativas como ferramenta de correção de desequilíbrios no mercado de trabalho, permitindo, outrossim, mobilidade social harmônica. Os elementos chave de comparação são Estatísticas, o patrimônio histórico-cultural e também as bases constitucionais (tal como o Princípio da Dignidade Humana e o Princípio da Igualdade – ou como diz a Constituição americana “*Equal Protection*” *guarantee*), que recebem diferentes abordagens funcionais porque embasadas em duas diferentes tradições legais (*common law* e tradição romano-germânica ou civilista). A imersão comparativa revela diferenças intrínsecas apesar das similaridades aparentes.

Palavras-chave: Ações afirmativas; Análise comparativa; Trabalho.

Por que falar sobre Ações Afirmativas ainda em nossos dias?

O conceito estático de “igualdade legal” é agora considerado sob os aspectos da igualdade substancial e material em direção ao supremo equilíbrio entre os conceitos de igualdade, dignidade humana e equidade. Apesar disso, a acomodação entre esses conceitos fundamentais parecem estar longe da simples conciliação, como se depreende das discussões contemporâneas. Assim, as ações afirmativas existentes nos Estados Unidos, Brasil e Uruguai, serão comparadas sob seus aspectos funcionais e culturais, especialmente à luz da legislação Uruguaia (Lei n. 19.122) e Brasileira (Lei 6738/2013). A estrutura das ações afirmativas, seus objetivos, o impacto na sociedade e possível transplante legal serão analisados com o intuito de remodelar a paisagem do mercado de trabalho.

Ademais, Brasil, Uruguai e Estados Unidos, possuem histórico de escravidão e segregação racial, as quais tem sido responsáveis por tensões so-

ciais até nossos dias. Adicionalmente, afrodescendentes eram quase invisíveis uma vez que sua existência foi banida pelo “mito da raça homogênea” (HERNANDEZ, 2013, p. 2), desestruturando sua identidade racial. Portanto, não existe disputa de que os efeitos do passado de discriminação vão além de histórias pessoais hediondas, culminando com abismos sociais e econômicos entre raças e gênero, ainda persistentes, o que se constitui em matéria de ordem pública. Afinal, o conceito de Trabalho (ou Mercado de Trabalho) não pode avançar apenas como expressão econômica, mas sobretudo, em expressão Social e Humana. E neste sentido, a Organização das Nações Unidas desenvolveu um conjunto de metas para o desenvolvimento social, destacando-se, para este estudo, o Objetivo 8 (metas 8.5, 8.7, 8.8): *Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos.*

De fato, por que as políticas de Ação Afirmativa devem continuar em curso? As estatísticas apontam a resposta, apresentando flagrantes desequilíbrios

ÍNDICES GERAIS	ESTADOS UNIDOS	BRASIL	URUGUAI
População Afrodescendente	14%	51%	10%
IDH	0,92 (13°)	0,75 (79°)	0,80 (55°)
Ranking “Doing Business”	8° lugar	109° lugar	95° lugar
TAXA EMPREGO E RENDA	EUA (salário semanal em USD); bls.gov	Brasil (salário mensal em BRL); Dieese	Uruguai (pré e pós Lei 19122), INE.
Homem Branco	72% - \$1.026	69% - R\$2841	69% - 69%
Mulher Branca	57% - \$835	48% - R\$2000	43% - 50%
Homem Afro	55% - \$761	65% - R\$1570	63% - 65%
Mulher Afro	56% - 691	46% - R\$1088	44% - 51%

Teoria do Impacto Desproporcional (Disparate Impact Doctrine, doravante TID) nos Estados Unidos e sua contribuição na América Latina:

A 14ª Emenda à Constituição Americana prevê que “[n]enhum Estado deve...negar a nenhuma pessoa dentro a sua jurisdição a igualdade de proteção das leis”. Seguindo essa previsão legal, o Congresso americano aprovou uma série de leis proibindo a discriminação no emprego contra seus cidadãos, com base nas características pessoais. A primeira dessas leis foi aprovada no final do século 19, seguindo a libertação dos escravos e a assinatura da Declaração de Emancipação em 1863, bem como da aprovação da 13ª Emenda Constitucional que proíbe a escravidão. Durante o período de Reconstrução, o Congresso aprovou a primeira Lei de Direito Cívico que conferiu aos novos

escravos libertados, o direito de das mesmas liberdades que as pessoas brancas gozavam, incluindo a liberdade de “fazer e fazer cumprir contratos”, incluindo-se os contratos de trabalho – *Civil Rights Act of 1866, 42 United States Code Section 1981* – (OPPENHEIMER, FOSTER, HAN, 2012, p. 2).

Diferentemente da teoria da discriminação intencional, a Teoria do Impacto Desproporcional (doravante TID) ou discriminação indireta foi construída para embasar casos de discriminação velada, nos quais não há necessidade de prova da intenção de discriminar pelo réu. Mais ainda, essa doutrina lida com a discriminação velada decorrente de práticas e decisões aparentemente neutras por parte do empregador em detrimento de minorias, sem que para tanto exista alguma justificativa do negócio (ou como se diz no sistema legal americano, *no business justification*). A TID influenciou quase todos os países no mundo, incluindo aqueles de tradição civilista, como Brasil e Uruguai.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte tem estruturado a interpretação da TID e suas controvérsias desde a publicação do Capítulo VII da Lei de Direitos Cíveis de 1964, através da qual empregadores privados não podem engajar-se em discriminação baseada em “raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade”.

Ademais, em *Griggs*, tal teoria alcançou seu supremo desempenho, sendo desenhada para prevenir a discriminação velada e para desencorajar práticas trabalhistas que conduzam a qualquer efeito discriminatório, independentemente dos propósitos do empregador (RUTHERGLEN, 2016, p. 71-73).

O Congresso tem agora legislado que um teste ou um critério para admissão ou promoção pode não promover igualdade de oportunidade meramente, tal como demonstrado no sentido da fábula da cegonha e da raposa. Contrariamente, o Congresso tem agora requerido que a postura e a condição do candidato ao posto de trabalho, sejam analisadas. Isto tem - para voltar ao senso da fábula - provido que o vasilhame no qual o leite é oferecido seja passível de uso por todos os candidatos à aludida vaga de emprego. A Lei prescreve que há discriminação não apenas nos casos em que esta for evidente e pública mas também nas práticas que são justas na forma mas discriminatórias na sua operação (grifos nossos). A pedra de toque é a necessidade do negócio. Se não se pode demonstrar que a prática trabalhista operada (e que exclui negros) não possui relação com a performance no trabalho, a prática é proibida. *Griggs v. Duke Power Co, 401 US 424 (1971), 431.*

Depois da reviravolta com a decisão no caso *Wards Cove*, o emendado Capítulo VII da Lei de Direitos Cíveis de 1991, demonstrou os requerimentos estatutários acerca da TID, quais sejam: (1) clara identificação da prática geradora de impacto adverso ou desproporcional exclusão de um grupo, o que se verifica a partir da comparação dos resultados dos processos seletivos e das estatísticas aplicadas ao mercado de trabalho; (2) o empregador tem o ônus de prova de comprovar que a prática resulta da necessidade do negócio - ou seja,

de alguma necessidade peculiar servível para preservar a atividade empresarial; (3) o empregado pode ainda demonstrar que existiam alternativas para o processo seletivo que diminuíssem os efeitos discriminatórios sem qualquer perda para o negócio¹.

Como avançado por G. Rutherglen, “A partir dessas previsões legais, podemos concluir que o Congresso identificou a discriminação baseada no simples pretexto como um problema, mas não que o Congresso tenha achado uma solução para isso”, argumentando que os gargalos e lacunas da lei deveriam ser desenvolvidos pelas cortes federais.

Portanto, a “*disparate impact doctrine*” tem sido estruturada ao longo de algumas das mais importantes decisões judiciais através das quais a legalidade das AAs tem sido desafiada. Considerando-se que a estrutura anteriormente apresentada para aplicação da TID (sem prova da intenção mas somente do impacto em desfavor das minorias; impossibilidade pedido judicial de indenização por danos morais; uso das ações coletivas para alcançar seus objetivos), é importante notar sua influência nos países de tradição civilista (romano-germânica).

No Brasil, apenas após a edição da lei 7374/1985, o Ministério Público é legitimado para ajuizar ações coletivas em favor das minorias. De acordo com Joaquim Barbosa:

Sob a perspectiva da justiça social, a qual constitui um dos pilares do sistema constitucional brasileiro, a solução para um longo período de discriminação racial importa não apenas para uma minoria étnica mas para a sociedade brasileira como um todo, através das bases econômicas (na medida em que é benéfica, para a economia, a inclusão da população marginalizada, que em grande parte é afrodescendente. De acordo, a paz social seria preservada considerando-se a grande dimensão demográfica da sociedade brasileira afro-descendente. Portanto, os artigos 215 e 216 da Constituição Brasileira, reforça o papel do Ministério Público em favor dessas ações coletivas, ora consideradas como interesse coletivo (GOMES, 2001).

A TID, bem como os efeitos advindos da ratificação da Convenção 111, da OIT, influenciaram a legislação brasileira e uruguaia (Leis 5473/1968 e 1605/1997, respectivamente), através das quais a discriminação pode ser analisada por seus impactos. Infelizmente, no Brasil, não existe regramento jurídico sobre a discriminação indireta nem na Constituição brasileira de 1998, tampouco no Estatuto da Igualdade Racial, impedindo o amadurecimento dessa questão.

Acrescente-se que, como enfatizado por Seth Racusen, “[a] força da história e o poder do mito de pertencer à nação (Anderson, 1991) aumento a credibilidade do daltonismo (colourblindness) brasileiro em comparação ao americano (Addis, 1991). O poder do daltonismo, como qualquer outra ideologia

1 42 USC #2000e-2 and (k)(1)(A).

logia, reside na sua habilidade de, autoritariamente, modelar percepções da prática social” (RACUSEN, 2004, p. 2), significando que o daltonismo brasileiro como ficção, contribui para o crescimento do abismo entre as leis anti discriminação e a prática uma vez que a “*fusionist nation*” preclui mais profundas discussões sobre o tema (RACUSEN, 2004, p. 5, 23).

Apesar da indubitável realidade apresentada pelo artigo de Racusen, importante destacar os recentes desenvolvimentos da Justiça brasileira, no momento em que começa a utilizar estatísticas como meio de evidencia e prova para julgamento dos casos de discriminação velada, reposicionando a agenda brasileira contra a discriminação.

Em 2005, após a constatação pelas estatísticas acerca da disparidade racial dentre a força de trabalho em favor das instituições bancárias no Brasil, o Ministério Público do Trabalho (doravante MPT), ajuizou ações coletivas em diversos Estados, com a finalidade de questionar o processo seletivo daquelas empresas. Após investigações, o MPT descobriu que apenas dos dados estatísticos sobre o percentual da população afrodescendente na cidade de Brasília (46%) apenas 10% desta, estava incluída na mão de obra das principais instituições bancárias. No que diz respeito aos salários, empregados negros ganhavam 32% menos que empregados brancos – ainda que aqueles tivessem o mesmo nível de escolaridade e qualidade educacional². Constatou-se ainda que mulheres (brancas e negras) não eram promovidas pela simples presunção de que não seriam capazes de aceitar transferências de local de trabalho ou um maior nível de responsabilidades, diante de suas obrigações familiares. Ressalte-se que tais questionamentos nunca foram diretamente respondidos por potenciais candidatas à promoção, revelando-se portanto, orientações de negócio baseadas em discriminação de gênero. Mais ainda, a ausência de transparência no processo seletivo, por instituições bancárias por exemplo, são típico exemplo de discriminação velada, uma vez que os requerimentos para admissão (ou não), não são revelados completamente.

Apesar do insucesso das aludidas demandas coletivas (nenhuma das sentenças determinou qualquer obrigação de fazer por parte das instituições bancárias acerca de seus processos seletivos), o programa do MPT por Igualdade de Oportunidade recebeu menção honrosa pela Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 2007. Mais ainda, este programa encorajou um melhor entendimento dentre empregados e empregadores (em especial, instituições bancárias) acerca dos parâmetros de contratação, estruturando tais regras em instrumento normativo da categoria.

Somando-se a isso, o engrandecimento dos movimentos sociais abriu os portões para o uso de dados estatísticos como forma de detecção dos pontos de desequilíbrio no mercado de trabalho, levando em conta, especialmente, critérios como raça, etnia, nacionalidade e gênero. Assim procedendo, encoraja-se uma atitude mais atenta e engajada por parte do Juiz do Trabalho, o qual

2 (https://www.conjur.com.br/2005-set-13/ministerio_publico_aciona_bancos_distrito_federal)

é aclamado, cada vez mais, para ser agente ativo em favor da comunidade na qual exerce a magistratura.

Como exemplo, desde 2012, o TRT de São Paulo, tem se engajado em programas especiais de inspeção dos ambientes de trabalho (em atuação conjunta com o Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho), a fim de investigar e coibir os casos de trabalho degradante, dentre os quais há evidentes situações de discriminação baseada na nacionalidade e naturalidade (trabalhadores imigrantes e migrantes de Estados mais pobres, são as maiores vítimas das condições de trabalho degradante). Este mecanismo de trabalho conjunto, agiliza os procedimentos para solução dos conflitos, com expedição de ordens judiciais, imposição de multas, bloqueio de ativos financeiros de empresas e sócios envolvidos nas práticas discriminatórias, garantindo imediata resposta do Judiciário às situações de fato. Nestes casos, os empregados foram imediatamente retirados da condição de trabalho degradante, receberam pagamentos vencidos e o ambiente de trabalho foi reestruturado.

No que pertine ao debate constitucional sobre ações afirmativas mercado de trabalho, envolvendo empregadores públicos, a Suprema Corte decidiu sobre *Equal Protection doctrine* (ou Proteção Isonômica) que “[t]odas as ações governamentais baseadas na raça deveriam estar sujeitas à uma detalhada inquirição judicial para assegurar que o direito individual de igualdade de proteção das leis não seja violado”³, significando que o governo deve também provar bases fáticas para o estabelecimento de ações afirmativas, como: interesse estatal convincente para a ação (para mitigar a discriminação do passado, por exemplo) e que seja exclusivamente desenhada para este fim, observando-se alguns critérios como:

- Demonstração do objetivo do programa em favor de um grupo sensível (recorrendo à razão ou classificação étnica, por exemplo);
- Flexibilidade (possibilidade de abdicação de direitos e duração prevista);
- A conexão entre as estatísticas do mercado de trabalho e seus objetivos em números;
- Finalmente, os meios de monitoramento do funcionamento do programa.

Mais que isso, o alto nível de investigação e exame é, primordialmente, “restrito na teoria mas fatal, de fato” como julgado pela Ministra O’Connor, no caso *Adarand* (declarando que “o governo não é desqualificado para responder por isso (referindo-se à discriminação racial)”⁴ apresentando-se como o maior desafio das ações afirmativas nos Estados Unidos. Assim como em *Croson*, a Ministra O’Connor decidiu contra a Cidade Richmond declarando que “a cláusula de Igualdade de Proteção requeria a demonstração de prévia discriminação por parte da unidade governamental envolvida”. Em assim decidindo, a Suprema Corte derruba o “Plano de Utilização de Minorias nos

3 *Adarand Constructors, Inc v. Slater*, 528 U.S. 216, 2113 (2000).

4 *Id.* p. 237.

Negócios”, através do qual 30% das empresas empreiteiras para quem a cidade outorgou contratos de construção deveriam ser dirigidos por negros”⁵.

Em *Croson*, o significado da expressão “uma significativa disparidade estatística” é questão de debate porque isso poderia se referir a uma violação histórica ou a um caso de discriminação no passado, uma vez que há variadas interpretações da letra fria da lei acerca da expressão “forte base em evidências”.

De fato, ao longo dos anos a real noção de ações afirmativas tem sido altamente discutida, especialmente diante da rejeição popular do rígido sistema de quotas – considerado inconstitucional sob à luz da 5a e 14a Emendas Constitucionais.

Predominantemente depois de *Wygant* e *Adarant*, a decadência das ações afirmativas foi proclamada por alguns doutrinadores por terem: “[e]nfraquecido a base na qual as ações afirmativas sempre se apoiaram” e também “diante dos ataques aos quais as ações afirmativas estão sujeitas, é razoável prever que tais programas devem, em breve, diminuir significativamente (DOHERTY, 1999, p. 91-93).

A Suprema Corte, mais uma vez, decidiu com base na verificação estreita (*strict scrutiny*) para ser preenchida pelos planos das AAs, significando que estas devem ser estreitamente desenhadas para servir ao um interesse convincente, qual seja, a diversidade no emprego e no mercado de trabalho.

Acerca do setor privado, a Comissão de Igualdade de Oportunidade de Emprego e as regulações advindas do Gabinete para verificação da regularização e aquiescência dos contratos federais não obrigam preferências pelas minorias. Os direcionamentos sob o Título VII, previne os empregadores privados de ações com alegações de discriminação reversa desde que estes ajam em boa fé para a contratação de grupos subrepresentados. Em assim procedendo, o plano de AA deve apresentar bases razoáveis para análise e a respectiva ação (conforme Seção 703, j).

Apesar disso, considerando-se o emaranhado caminho das AAs no mercado de trabalho, são as decisões judiciais que devem esclarecer os elementos do “escrutínio rigoroso”, sob pena de sua aplicação ser desqualificada ao ponto de minar a aceitação popular acerca dos planos de ações afirmativas. Neste sentido, é importante para as pessoas “separar suas genéricas visões sobre as práticas raciais na América de seus julgamentos particulares sobre a eficiência das ações afirmativas” (DAY, 2001, p. 127), para evitar conceitos errôneos e preconceitos sobre igualdade racial e racismo.

Para provar sobre este último assunto, Eduardo Bonilla-Silva procedeu às entrevistas com estudantes universitários e concluiu que o daltonismo racial está vivo e tem quatro estruturas centrais, quais sejam, liberalismo abstrato, naturalização, racismo cultural e minimização dos efeitos do racismo (BONILLA-SILVA, 2009, p. 26).

A primeira estrutura é a mais significativa posto que “constitui a fun-

5 *City of Richmond v. Croson*, 488 U.S. 469 (1989) 488 at 477.

dação de uma nova ideologia racial”, através da qual “brancos podem dizer coisas como ‘Eu sou a favor da igualdade de oportunidades, e por isso eu me oponho aos planos de ações afirmativas’ e também ‘todos tem quase as mesmas oportunidades para serem bem sucedidos neste País porque a discriminação e o racismo já se foram” (BONILLA-SILVA, 2009, p. 47) – muitos críticos das ações afirmativas no Brasil e Uruguai, endossam este mesmo discurso para fazerem oposição às iniciativas empreendidas nos últimos anos.

Enquanto continuar-se a esperar para ver se os americanos vão, no final das contas, aceitar as ações afirmativas ‘para além do desejo natural de justiça’, questionando a dominante narrativa, tomara possamos ter um entendimento popular mais sofisticado sobre as AAs – um entendimento que aprecia tanto o cuidado demandado pelo judiciário federal na construção e implementação de programas de conscientização racial e a contínua necessidade de se ter empregadores públicos, empreiteiros e educadores que levem a raça em consideração (BONILLA-SILVA, 2009).

Em favor da aplicação das AAs, no mercado de trabalho americano, destacam-se as ações da Comissão para Igualdade de Oportunidades de Emprego (EEOC), acerca da aplicação do Título VII, quanto a proibição de discriminação no emprego quanto a raça, religião, sexo e origem, bem como dos Programas de Compliance (OFCCP): determina a observância de AAs pelas empresas contratadas pelo governo federal, a partir de “análise da força de trabalho” e seus percentuais para estabelecimento de grupos subrepresentados. No mesmo sentido, existem programas de inclusão de deficientes físicos (*Section 503, Rehabilitation Act*: em 2013, a OFCC, regulamentou o artigo determinando que 7% da força de trabalho deve ser composta de PNE); e incentivos fiscais para empresas que contratarem veteranos, ex-prisioneiros, pessoas com dependentes em estado de doença grave, por exemplo (*WOTC, Work Opportunity Tax Credit*). Apesar disso, as AAs em favor de grupos raciais vêm perdendo força a partir dos anos 90, com diversas decisões que bloqueiam o seu uso para ingresso em Universidades (com reflexos sociais e no mercado de trabalho), a exemplo do caso *Schnette v. Bann case*, 2014 e *Fischer v. University of Texas* (2013). Atualmente, há forte discussão sobre o sistema de admissões em Harvard (houve decisão positiva em primeiro grau, aguardando-se julgamento pela Suprema Corte).

Brasil e Uruguai: panorama social para a igualdade de oportunidade no mercado de trabalho

Acerca da situação da América Latina, a pesquisa do instituto Americas Barometer destaca que: *o recente pequeno declínio na desigualdade de renda também destaca a foto geral de persistente desigualdade econômica. Isto importa porque as pesquisas têm apresentado, cada vez mais, que os altos níveis de desigualdade de renda atrasam o*

crescimento econômico e impedem a redução da pobreza contínua (BONILLA-SILVA, 2009).

No mesmo sentido, a pesquisa destaca a existência das disparidades sociais fundamentando que “o extremo abismo entre ricos e pobres na América Latina e o Caribe são a evidência *prima facie* que as oportunidades não tem sido equitativamente distribuídas; e mais importante, a desigualdade se retro-alimenta”, posto que a vítima de discriminação tem a propensão de repercutir o mesmo padrão de comportamento ainda que sob diferente fator para discriminar. A pesquisa demonstra as seguintes constatações, as quais são ora transcritas diante de sua importância: a) “(...) O nível de conclusão de ensino de uma pessoa (bem como sua renda e condições materiais) e é fortemente relacionado com o nível educacional de sua mãe; b) O tom da pele também importa através das Américas. Em geral, aqueles com pele mais clara tem mais alta renda e nível educacional, e são menos vulneráveis a instabilidade de recursos alimentares; c) Mulheres nas Américas têm nível de escolaridade levemente mais baixo que os homens, mas elas tem substancialmente, menores salários, mesmo em casos em quando este requisito é essencial; d) Taxas de relatos de discriminação no ambiente de trabalho e nas escolas variam entre 3,6 a 23,4% através dos países americanos. Pesquisados com tom de pele mais escuro são mais propensos a reportar discriminação, mas mulheres relatam nível de discriminação que não são mais altos dos que os sentidos pelos homens; e) Em todos os Países das Américas, exceto os Estados Unidos, concordam, fortemente, que a noção que os governos devem trabalhar para reduzir as desigualdades. Apesar disso, o apoio a políticas particulares como Ações Afirmativas divide opiniões, e em alguns países o recebimento de assistência pública é estigmatizada.

No que pertine às desigualdades sociais, a América Latina tem o “maior abismo entre a média”, segundo declarado pela ONU através do Índice de Desenvolvimento Humano, baseado em dados como expectativa de vida, educação e padrão de vida, em oposição a outras regiões do mundo, como os Estados Árabes, África Sub-Saara, Sul da Ásia e Centro da Ásia. Com respeito às probabilidades de mobilidade social através da Educação, o Brasil é um dos Países onde uma criança tem menores chances de ser bem sucedida, ao passo que no Uruguai, as chances são bem maiores.

Apesar da progressiva inclusão feminina no mercado de trabalho nos últimos anos, os mais altos cargos são negados às mulheres na mesma proporção do aumento das responsabilidades do cargo. De acordo com a pesquisa, apenas 26,8% das mulheres desempenham posições de supervisão, não obstante detenham escolaridade mais alta (BONILLA-SILVA, 2009, p. 12).

Brasil e Uruguai e sua Base Legal para Ações Afirmativas (AAs)

As premissas constitucionais brasileiras (artigos 1º, 3º, 5º, 7º e 170), bem como os artigos 1º e 3º da Constituição Uruguia, estão em conformidade

com as Convenções 29 e 105 da OIT, para a eliminação de todas as formas de trabalho forçado e degradante; Convenções 138 e 182, para abolição do trabalho infantil; e 100 e 111, para eliminação de todas as formas de discriminação. Portanto, quando a Constituição intitula os cidadãos a todos os valores sociais, isto significa que o trabalho e o emprego são mais que privilégios, mas sim, são considerados como: *normas constitucionais que melhoram as condições de vida dos cidadãos mais fracos, evitando a desigualdade social. Logo, tais valores são direitos conectados com os princípios de igualdade e liberdade* (SILVA, 2019, p. 289).

Consequentemente, o quadro normativo brasileiro referente ao Trabalho e Emprego está embutido em tal fundamento constitucional, e portanto, a acomodação entre o trabalho, como um valor social, e o princípio da livre iniciativa é, em última análise, uma forma de organizar o pagamento a partir de um sistema de produção capitalista sem deixar de destacar seus valores humanos (MAIOR, 2008, p. 45).

O chamado “objetivo social corporativo” deve estar em conformidade com a posição do Estado para promover a igualdade material objetiva, contribuir para o Estado social democrático, como afirmado em vários artigos ao longo da Constituição. Atenção especial deve ser dada ao artigo 170, segundo o qual a Ordem Econômica e Financeira nacional é embasada em um conjunto de princípios através dos quais, em tese, o princípio da Dignidade Humana deve prevalecer em face do princípio da Livre Iniciativa.

Isso dito, as ações afirmativas no mercado de trabalho devem ser consideradas legítimas toda vez que agirem como barreira conta a desigualdade e contra condições precárias de trabalho, em favor do princípio da Dignidade Humana – cujo entendimento revela uma complexidade das: *manifestações imprevisíveis da personalidade humana* (SARLET, 2009, p. 16) em desafio à análise baseada nos fatos.

Logo, as ações afirmativas são consideradas como “ações de resistência” antevendo: *justiça social, colocando o Ser Humano, e não o Capital, no centro do sistema* (GOLDSHMIDT, 2009, p. 150-152). Assim procedendo, as ações afirmativas: *implementam a concreta igualdade material, que não é proporcionada pela igualdade formal. Portanto, as ações afirmativas são normalmente implementadas em países que integram a igualdade pela lei, e mais ainda, para retrain qualquer ação discriminatória com sanção criminal* (MENEZES, 2001, p. 29). Menezes também destaca que as ações afirmativas são um terceiro passo para a correção de distorções sociais, depois da Igualdade e da criminalização das práticas discriminatórias. No plano prático, encontram-se vigentes, no Brasil:

- o Estatuto da Igualdade Racial: lei 12288/2010 (programática), de cujo texto foram retirados os incentivos fiscais como forma de AA e consequentemente não há política pública vigente para engajamento de empresas privadas.

- o Tribunal Superior do Trabalho, através do Ato 779/2013, determinou que as empresas por si contratadas, reservem 10% de sua mão de obra em favor de afrodescentes;

- Lei 12.990/2014, determina que 20% das contratações federais devem

ser reservadas a afrodescendentes, incluindo-se Servidores e Magistrados;

- no Uruguai, a lei 19122/2013, regulamentada pelo Decreto 144/2014, pode garantir até 100% de incentivos fiscais às empresas que contratarem afrodescendentes.

Pesquisa

Com o intuito de testar o que foi acima defendido, foram ouvidas empresas 20 empresas (sendo 5 de grande porte, 9 de médio porte e 4 de pequeno porte; duas empresas não responderam), a partir de um questionário comum, com as seguintes conclusões: 1. Todas as empresas possuem Código de Conduta, mas apenas 50% delas engloba o Princípio n. 6, do projeto Global Compact (acerca de políticas para eliminação de discriminação em matéria de emprego); 2. Apenas 40% aprovam iniciativas governamentais quanto ao uso de cotas; 3. 100% das pequenas de pequeno porte se engajariam em contratação de afrodescendentes a partir de projeto de incentivo fiscal; 70% das médias e grandes empresas assim fariam (*daí porque a importância da meta 8.3, dos Objetivos do Milênio, quanto ao fomento para micro, pequenas e médias empresas*); 4. As empresas apontaram como óbice o custo operacional desse tipo de contratação (conscientização interna; dúvidas sobre consequências trabalhistas e tributárias); 5. 80% das empresas acredita que tal engajamento lhes serviria como boa publicidade; 6. 100% das empresas respondeu negativamente à pergunta sobre a prevalência na contratação de homens, em momentos de alto desemprego; 7. Quando perguntado sobre qual a prioridade das políticas públicas para redução da desigualdade e pobreza, as empresas responderam: “1. *Melhora nos serviços de educação pública*”.

Conclusão

Considerando-se a intenção prática dessa pesquisa, conclui-se que a integração entre os setores da Educação, da Administração Pública e da Iniciativa Privada, é a única forma de se progredir em políticas públicas que sejam de entendimento geral e de adesão voluntária para, efetivamente, refrear as desigualdades no mercado de trabalho, o que se faz urgente, diante de sua versão 4.0. Sendo assim, humildemente, propõe-se que:

1. Na Educação: a) haja o real cumprimento da Lei 10639/2003, com inclusão da história da cultura Afro-brasileira, nos planos pedagógicas de escolas públicas e privadas; b) inclusão digital na escola pública (em convênio e intercâmbio com escolas privadas) e ainda com programas como o Projeto École 42 (cursos de programação digital gratuita); c) ainda que, segundo o IBGE, a quantidade de alunos negros tenha superado os da raça branca, certo é que a continuidade da aplicação das cotas sociais/raciais para admissões universitárias é a única segurança para futuros reflexos positivos no mercado de trabalho.

2. No Setor Público: 1) mapeamento sobre a composição étnica nos órgãos públicos, bem como continuidade e atualização de dados estatísticos; 2) simplificação do sistema tributário, encorajando a aplicação de incentivos fiscais sob contrapartida obrigatória, com plena adesão empresarial; 3) simplificação e transparência do Direito do Trabalho (Brasil e Uruguai são criticados pela pesquisa Doing Business, no particular); 4) campanhas de conscientização sobre as técnicas de Aas.

3. No Setor Privado: 1) adesão aos sistemas de incentivos fiscais, em real cumprimento aos Códigos de Conduta e como meio de certificação como empresa B Corp (<https://bcorporation.net/>); 2) engajamento das lideranças empresariais no lançamento e cumprimento das Aas; 3) observância de estatísticas regionais para reequilíbrio constante do mercado de trabalho; 4) uso de canais de ouvidoria para antecipação na solução de problemas.

O tormentoso caminho para a igualdade pode machucar, mas uma Nação – na qual as sementes e as batalhas pelos direitos civis e liberdades foram lançadas e incorporadas – não pode fechar os olhos para as persistentes desigualdades baseadas na Raça ou origem étnica, sob pena de fechar as “portas das oportunidades”, citadas no início deste trabalho. Um: *movimento de revitalização dos direitos civis deve ser retomado para concretizar a observação de Lyndon Johnson de que ‘não é suficiente apenas abrir as portas da oportunidade. Todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar essas portas* (MASSEY, 2011, p. 28).

Referências

42 USC #2000e-2 and (k)(1)(A).

Adarand Constructors, Inc v. Slater, 528 U.S. 216, 2113 (2000).

BONILLA-SILVA, Eduardo. **Racism without racists: color-blind racism and the persistence of racial inequality in the United States**. Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 2009.

City of Richmond v. Croson, 488 U.S. 469 (1989) 488 at 477.

CURRAN, Vivian Grooswald. Cultural immersion, difference and categories in U.S. comparative law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 46, n. 1, 1998.

DAY, John Cocchi. Reteling the story of affirmative action: reflections on a decade of federal jurisprudence in the public workplace. **California Law Review**, v. 89, n. 1, jan. 2001.

DOHERTY, Benjamin. A. Creative advocacy in defense of affirmative action: a comparative institutional analysis of proposition 209. **Wisconsin Law Review**, n. 91, 1999.

GOLDSHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2009.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HERNANDEZ, Tanya K. **Racial subordination in Latin America**: the role of the State, customary law and the new civil rights response. Nova York: Cambridge University Press, 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2008.

MASSEY, Douglas S. The past and future of American civil rights. *Daedalus*, v. 140, n. 2, 2011.

MENEZES, Paulo Lucena. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OPPENHEIMER, David B.; FOSTER, Sheila R.; HAN, Sora Y. Comparative equality and anti-discrimination law: cases, codes, constitutions and commentary. St. Paul, MN: Foundation Press, 2012.

RACUSEN, Seth. The Ideology of the Brazilian nation and the Brazilian legal theory of racial discrimination. **Journal for the Study of Race, Nation and Culture**, v.10, 2004.

RUTHERGLEN, George. Employment discrimination law: Visions of Equality in Theory and Doctrine. 4. ed. St. Paul, MN: Foundation Press, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

A INERÊNCIA DA DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES SOCIAIS E PAPEL DO TRABALHO DECENTE NA BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E INCLUSÃO SOCIAL

Luiz Filipe Nova Borges de Barros Reis

Acadêmico de Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Aluno de Mobilidade nos Cursos de Direito e Criminologia na Universidade do Porto. Bolsista de mobilidade acadêmica pelo programa de Bolsas Iberoamericanas e bolsista de Iniciação Científica pelo programa de Bolsas, ambos do Banco Santander

Dolores Pereira Ribeiro Coutinho

Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Desenvolvimento Local da Universidade Católica Dom Bosco

Resumo:

Inserida no âmbito dos estudos do Grupo de Pesquisa “Desenvolvimento Territorial Sustentável” do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Desenvolvimento Local da Universidade Católica Dom Bosco, a presente pesquisa apresenta as principais reflexões a respeito da dignidade humana em sua interfere nas relações sociais, notadamente na seara laboral. Nesse contexto, e sob a ótica do Trabalho Decente – termo cunhado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT em 1999 e que representa o ponto de confluência dos quatro objetivos estratégicos da organização, identificou-se a necessidade do combate à busca irrefreável pelo lucro e crescimento patrimonial em detrimento das relações sociais e da dignidade da pessoa humana, característica do sistema capitalista neste século |XXI, com a finalidade de se atingir o desenvolvimento sustentável e inclusivo, retratado pelos Objetivos do Milênio e pela Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, ambos da Organização das Nações Unidas.

Palavras-chave: Desenvolvimento territorial sustentável; Inclusão social; Relações de trabalho; Trabalho decente; Dignidade humana.

Considerações Iniciais

Os acontecimentos do século XX – notadamente as duas grandes guer-

ras – impactaram diretamente o pensamento ocidental sobre o ser humano. As catástrofes oriundas da 1ª Guerra Mundial (1914-1918) impulsionaram o denominado Constitucionalismo Social, responsável pela incorporação dos direitos e garantias fundamentais nos textos, a exemplo da pioneira Constituição Mexicana de 1917.

Esses eventos, além de desencadarem a queda do *ancien régime*, inauguraram, internacionalmente a discussão a respeito da proteção do Direitos Humanos, ocasião em que as nações se organizaram em entidades internacionais, como a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Posteriormente, as atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial (1939-1945), por todos os envolvidos, promoveram uma nova discussão a respeito da proteção, tanto regional quanto global, dos Direitos Humanos. Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas – ONU surgiu como organismo para guiar estes novos ideais, sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) o principal documento produzido para fornecer parâmetros à matéria. Com a criação da ONU, a OIT – que se manteve presente mesmo em tempos de crise – passou a integrar a nova entidade na condição de Agência das Nações Unidas, representando a luta em defesa dos interesses dos trabalhadores pelo mundo.

Objetivando tal proteção, a Organização Internacional do Trabalho, em 1999, sintetizou em uma só expressão seus quatro objetivos estratégicos para o novo milênio. Assim, o termo Trabalho Decente passou a ser aplicado em defesa de um conjunto de garantias mínimas/essenciais às relações trabalhistas, sob a ótica do trabalhador – elemento hipossuficiente na equação.

Partindo desses conceitos, a presente pesquisa tratou de analisar a relação existente entre a dignidade da pessoa humana e o Trabalho Decente sob a perspectiva do Desenvolvimento Territorial Sustentável, temática afeta aos dias atuais e inclusão social, com a finalidade de compreender como estes três componentes se concatenam nas sociedades capitalistas, notadamente no Brasil.

Desenvolvimento

Insculpida no inciso III do artigo inaugural da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser fundamento da República, constitui verdadeira fonte para todos os direitos e garantias fundamentais apostos no texto constitucional.

Sendo um metaprincípio, é dever do Estado e de todos os cidadãos sua observância, acima de qualquer outro instituto ou interesse, seja ele individual ou coletivo, admitidas raras exceções, como defendido pela maior parte da doutrina (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 423).

Sobre o assunto, leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e dis-

tintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Nesse viés, o ser humano, apenas por existir, já seria titular de uma série de direitos e deveres fundamentais que lhe asseguram – ao menos em tese – a existência digna em sociedade. Apesar da indissociabilidade entre este princípio e a vida humana, comumente deparamo-nos com situações que atentam diretamente contra ela. Partindo desse pressuposto, a presente pesquisa objetivou analisar as relações sociais trabalhistas, nas quais, não raro, a dignidade do trabalho é posta de lado em detrimento do interesse do empregador.

Antes de ingressar na discussão principal, é conveniente ressaltar que o Constitucionalismo Social – movimento responsável pela incorporação de direitos e garantias fundamentais aos textos constitucionais – foi fundamental para subsidiar as mudanças ocorridas após as duas grandes guerras mundiais.

A preocupação com os direitos humanos, apesar do aparente fracasso da Liga das Nações, aflorou novamente em razão das atrocidades cometidas após a 2ª Guerra Mundial. Nesse contexto, destacam-se dois momentos históricos: a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, e a consequente incorporação da Organização Internacional do Trabalho – OIT à sua estrutura, em 1945, com a edição de um dos mais importantes documentos em matéria de proteção do ser humano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, em 1948.

Dentro da gama dos direitos assegurados pela DUDH, encontram-se previstos os Direitos Sociais, dentre os quais estão elencados os direitos relativos ao trabalho. O art. 23º do citado documento apresenta um modesto, porém abrangente, rol de direitos e garantias, senão vejamos:

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.
3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.
4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

Nesse sentido, a OIT, enquanto agência especializada da ONU, não me-

diu esforços para a efetivação e garantia dos interesses dos trabalhadores e trabalhadoras pelo mundo. Tanto que, no ano de 1999, cunhou a expressão “Trabalho Decente”, reunindo, assim, em um único termo, quatro objetivos estratégicos, quais sejam (OIT, s.d.):

- a) o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais, e já mencionados anteriormente (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil);
- b) a promoção do emprego produtivo e de qualidade;
- c) a ampliação da proteção social; e
- d) o fortalecimento do diálogo social.

O economista franco-polonês Ignacy Sachs (2010, p. 33), estudioso do assunto há mais uma década, define o Trabalho Decente como: *[...] um trabalho convenientemente remunerado, levando-se em conta o nível de desenvolvimento do país, que se faz em condições de salubridade também aceitáveis e dá lugar a relações humanas que respeitam a dignidade do trabalhador.*

Em suas pesquisas, o Sachs fez mais do que simplesmente nos apresentar um conceito. Em seus estudos sobre o Brasil – país de dimensões continentais –, o economista faz o contraponto entre o Trabalho Decente e o desenvolvimento territorial sustentado, apresentando soluções para a conversão dos postos de trabalho precários em postos de trabalho decente.

Nesse sentido, Reis & Coutinho (2018, p. 6), ao discutir a proposta de Sachs, afirmam que:

Tal fenômeno, como bem explica o autor, está intimamente ligado ao fenômeno da globalização enquanto que na medida em que as relações entre os países se estreitam, as oportunidades comerciais e a constante busca por maiores lucros também se intensificam, resultando na criação de postos de trabalho que por vezes violam justamente os padrões defendidos pelo Trabalho Decente e outros direitos dos trabalhadores.

Sachs, em um artigo publicado na Revista Estudos Avançados (2004, p. 25), apresenta os impactos na economia e na sociedade de um crescimento econômico sem empregos (ou *jobless growth*), fenômeno ocorrido inclusive nos Estados Unidos no começo do século XIX. No mesmo *paper*, ele demonstra que a estratégia de desenvolvimento deve ser, além de ambientalmente sustentável – evidenciada, por óbvio, pela finitude dos recursos naturais, economicamente sustentada e, ainda, socialmente includente.

Fruto de um longo processo, após a criação da Comissão Burtland (1983), até que no ano de 1987, o documento da UN intitulado “*Our Common Future*”, definiu o termo desenvolvimento sustentável como sendo o que no presente garantirá a satisfação das necessidades sem comprometimento do

atendimento das futuras gerações. Na medida em que a sustentabilidade parte do pressuposto de que as próximas gerações terão, no mínimo, as mesmas condições de vida econômica, social, ambiental e cultural que a geração anterior, ela é uma abordagem holística ou sistêmica.

Abordagem sistêmica se faz em diferentes, interrelacionadas, e ao mesmo tempo, interconectadas dimensões, nas quais se desenrola a vida. Portanto a sustentabilidade envolve projetos e vivências que vão do local ao global; que são edificadas no território e garantidoras (ou não) de sua existência.

Assim, no território, as experiências construídas e compartilhadas, são capazes de ensinar aprendizagem e inovação sustentáveis, promotoras de desenvolvimento, o qual não se reduz a crescimento econômico, mas abrange, também as práticas e políticas ambientais, culturais e sociais sustentáveis.

A partir destas considerações, o panorama que se vislumbra é que a inclusão social se faz pelo Trabalho Decente como respeito à Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que sem eles não se garantirão o Desenvolvimento Sustentável e nem a inclusão social.

Considerações Finais

É inegável que a globalização proporcionou uma série de benefícios, notadamente o estreitamento do relacionamento entre as nações. Contudo, os avanços do capitalismo e a busca constante pelo desenvolvimento, na maior parcela dos casos, vão de encontro com a preservação do meio ambiente, dos Direitos Humanos e das garantias fundamentais.

Por esse motivo, mostra-se necessário não somente uma imposição de limites, mas a adoção de medidas promotoras de desenvolvimento sustentável, ações includentes por conferirem o mínimo de dignidade às relações humanas no trabalho.

Apesar de tais lições, é importante o reconhecimento das dificuldades de se equilibrar a equação “dignidade humana x desenvolvimento x sustentabilidade”. Ora, apesar da já mencionada relevância dos Direitos Humanos e de sua rede mundial de proteção, diariamente, depara-se com casos de trabalhadores em condições análogas à de escravidão, de inserção prematura e irregular de menores em idade escolar no mercado de trabalho ou até mesmo situações de desigualdade salarial entre homens e mulheres.

De outro norte, no tocante ao meio ambiente, também é comum o desrespeito às normas ambientais, como o recente caso de rompimento da barragem de Brumadinho¹, no qual os ganhos do Capital enterraram sob a lama de rejeitos interesses coletivos, preservação ambiental, garantias dos trabalhadores, por fim a própria dignidade humana.

¹ Conforme amplamente veiculado na mídia brasileira e internacional, o episódio conhecido como “Tragédia de Brumadinho”, ocorrido em janeiro de 2019, deu-se em razão do rompimento de uma barragem da empresa de mineração Vale S.A. na cidade de Brumadinho, na região metropolitana de Belo Horizonte (MG), trazendo consequências ambientais e colocando em risco a vida dos funcionários da empresa e habitantes da região. Ao todo, foram contabilizadas mais de 250 (duzentas e cinquenta) vítimas.

Nesse imbróglio, o Trabalho Decente surge como uma tentativa, não somente da OIT, mas das próprias Nações Unidas, de imposição de limites à exploração, sendo prejudicial à dignidade humana e ao meio ambiente, convertendo-se em meio pelo qual os Direitos Humanos, em suas três dimensões, podem se concretizar.

Referências

BARRAGEM da Vale se rompe em Brumadinho, MG. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/bombeiros-e-defesa-civil-sao-mobilizados-para-chamada-de-rompimento-de-barragem-em-brumadinho-na-grande-bh.ghtml>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2019.

FREITAS, Raquel. Brumadinho: número de vítimas identificadas sobre para 250, diz Polícia Civil. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/09/30/brumadinho-numero-de-vitimas-identificadas-sobe-para-250-diz-policia-civil.ghtml>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, França, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Trabalho Decente**. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 09 nov. 2019.

REIS, Luiz F. N. B. de B.; COUTINHO, Dolores P. R. Violações aos princípios do Trabalho Decente no estado de Goiás nos meses de janeiro a junho de 2018. *In*: XXII Encontro de Iniciação Científica da Universidade Católica Dom Bosco (V Congresso Internacional de Ensino, Pesquisa e Extensão da UCDB), 2018, UCDB, **Anais...** Campo Grande: UCDB, 2018. Disponível em: <http://anais.sabersemacao.ucdb.br/edicoes/2018/comunicacao-em-poster/encontro-iniciacao-cientifica/ciencias-sociais-juridicas-e-aplicadas.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

SACHS, Ignacy. Inclusão social pelo Trabalho Decente: oportunidades, obstáculos, políticas públicas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 23-49, 1 ago. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9998>. Acesso em: 09 nov. 2019.

SACHS, Ignacy. Barricadas de ontem, campos de futuro. **Estudos Avançados**, v. 24, n. 68, p. 25-38, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v24n68/05.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

UNITED NATIONS. *Our Common Future*. UN, 1987. Disponível em <<https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

REFORMA LEGISLATIVA DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM E RETROCESSO SOCIAL

Angela Maria Valentino Campos

Doutoranda em Direito Público na PUC-Minas. Mestre em Direito Público. Advogada com experiência em Direito Tributário, Administrativo e Cível. Ocupou cargo de Assessora Jurídica - Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Integrou o NUJUP - Núcleo Jurídico de Políticas Públicas que resulta de ação conjunta da Faculdade Mineira de Direito, do Programa de Pós-graduação em Direito e do Observatório de Políticas Urbanas/PROEX da PUC Minas. Membro da Comissão de direito dos animais OAB/MG. Integrou corpo docente da Aprimore Preparatório para Concurso Público, disciplinas: Direito Administrativo, Constitucional e Legislação Específica. Integrou o corpo docente no curso de pós-graduação e graduação da Faculdade Estácio de Sá - BH. Atualmente, ocupa cargo de gerente de Contratos e Licitações na Companhia de Gás de Minas Gerais – GASMIG.

Resumo

No tocante à justificativa da relevância temática preconiza-se neste momento constitucional a necessidade de se adequar o texto constitucional às demandas econômicas e sociais geradas pelo processo de globalização, pautado na *Lex mercatoria*. As mudanças constitucionais atrelam-se à alteração da realidade. Esse fenômeno envolve os seguintes fatores: o temporal, que implica o reconhecimento da historicidade do ordenamento; e o social, decorrente da outorga de relevância interpretativa a elementos externos ao enunciado normativo, quais sejam: econômicos, ideológicos ou políticos. Nos procedimentos de adequação, em sociedade democrática, há de se respeitar a supremacia do texto constitucional em face das alterações constitucionais que devem ser realizadas¹. Tem-se como objeto neste artigo, em termos de mutação constitucional, analisar a repercussão jurídica da terceirização da atividade fim no direito brasileiro, em decorrência da aprovação a Lei nº 13.429/2017. Percebe-se, entretanto, na experiência constitucional brasileira, a aprovação de reformas legislativas que atropelam o texto constitucional, na perspectiva de satisfazer as exigências do mercado traduzindo um problema que merece enfrentamento. De acordo com os defensores da terceirização, a cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição, de configuração das empresas, incorporada à Administração Públi-

¹ “A força normativa da Constituição está condicionada por cada vontade atual dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição”. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002:49.

ca por imperativo de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), para fazer frente a exigências dos consumidores e cidadãos em geral, pois a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. Em contrapartida, opositores da terceirização entendem que o Estado democrático de direito pressupõe a vinculação do legislador e de atos estatais ao texto constitucional, no sentido dialógico de que sejam preservadas as conquistas sociais e econômicas, essenciais ao processo de emancipação do indivíduo em sociedade democrática. Como hipótese, destaca-se que em uma sociedade democrática, não se admite como legítima a interpretação constitucional em face de uma lei que se caracteriza como retrocesso social, ou seja, que pretenda constitucionalizar uma alteração constitucional legislativa em patente contradição com a Constituição escrita. Quanto à proposta metodológica, trabalhar-se-á com a pesquisa bibliográfica sob o método de abordagem dedutivo – partindo de leis e teorias para fenômenos particulares – com o objetivo de estabelecer um diálogo reflexivo entre a teoria e o objeto de investigação escolhido. Posteriormente, pretende-se analisar e entender dedutivamente pela adequação ou inadequação da posição adotada. Como consequência lógica do presente estudo, que analisará a repercussão jurídica da terceirização da atividade fim no direito brasileiro emitir-se-á um posicionamento conclusivo sobre o tema, pautado na doutrina e no raciocínio lógico e crítico. Destaca-se que a mutação constitucional se demonstra admissível em face da ordem jurídica, enquanto manifestação do poder constituinte difuso, desde que decorrente da própria Constituição. A mutação constitucional obtida por via interpretativa deve procurar ampliar o alcance do desenvolvimento do Direito Constitucional.

Palavras-chave: Terceirização; Constituição; Globalização; Mutação.

Das mutações constitucionais

O direito constitucional exprime o Direito Supremo do Estado, ou seja, o direito do qual derivam todos os demais ramos do direito servindo de unidade substancial tanto para o direito público quanto para o direito privado.²

Importante destacar o que leciona José Afonso da Silva “*Direito Constitucional é ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado.*”³ Como sistematizadora dos princípios e normas fundamentais, a Constituição e suas normas constitucionais devem, simultaneamente, conservar a estabilidade do texto constitucional, e se moldar ao progresso histórico, às novas demandas econômicas e às mudanças da realidade social.

2 CUNHA JUNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2011.

3 DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Vale destacar que a Constituição é a lei fundamental do Estado, representa um pacto entre o Estado e a sociedade para que ocupe o lugar de lei das leis, logo deriva de atuações recíprocas de sentimentos coletivos sociais e vontades políticas de uma sociedade, existente no momento de sua criação.

A permanência constitucional é ideia inspiradora do constitucionalismo moderno, contudo, a vocação de permanência do texto constitucional implica, portanto, uma aptidão modificativa. Exigem-se procedimentos para que a Constituição possa se adaptar, como processo público, aos acontecimentos de sua época, em detrimento da integridade do seu sentido.⁴

O fundamento da mutação constitucional reside no poder constituinte difuso, na expressão de BURDEAU, destinado a complementar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do constituinte.⁵

As mutações constitucionais, essenciais para tal adequação, contemplam emendas, reforma em si, revisão ou interpretações decorrentes da releitura, concretização e atualização do texto original.

CUNHA FERRAZ segue a classificação formulada por BISCARETTI DI RUFFIA, ao elencar como processos de mutação constitucional a interpretação constitucional, nas suas modalidades legislativa, judicial e administrativa, e os usos e costumes constitucionais.⁶

Para que ocorram tais mutações, não se podem violar a letra e o espírito do texto constitucional. Do contrário, degenera-se na antípoda dessas alterações: uma mudança que, a rigor, é inconstitucional.

Konrad Hesse destaca, como norte para Tribunal Constitucional Federal, que “uma mutação constitucional modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe um significado diferente.”⁷

Na mesma perspectiva, CANOTILHO refere-se à transição ou mutação constitucional, em que há uma revisão informal do compromisso político plasmado constitucionalmente, sem alteração de seu texto.⁸

Esta transição constitucional tão somente é aceitável quando esteja respaldada no impacto da evolução da realidade constitucional, ou seja, em uma alteração do âmbito normativo abrangida pelo programa normativo.

As mutações constitucionais silenciosas constituem-se em um ato legítimo de interpretação constitucional desde que sejam reconduzidas a um problema normativo *endogenético*, mas não quando resultam de uma evolução

4 HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional. 1ª reimpressão. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003:3.

5 BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. 6e. ed. Paris: LGDJ, 1972: 59 e seq.

6 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição. São Paulo: Max Limonad, 1986:13.

7 HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2013:151.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003: 1228.

normativamente *exogenética*.

Saliente-se que a reforma legislativa visa atualizar o texto constitucional, ajustá-lo a uma realidade em constante mutação. Consiste em um poder constituinte derivado para mudar a Constituição que não pode ser exercido para mudar de Constituição.⁹

Em síntese, as mutações constitucionais enfrentam os limites formais e materiais, ao lado dos diferentes processos de revisão, observando-se o objetivo da alteração almejada. Nomeiam-se, nesse sentido, os limites absolutos e explícitos e os limites absolutos implícitos. *As decisões jurisprudenciais da Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁰ e das jurisdições constitucionais dos Estados europeus¹¹ ensejaram uma profunda transformação no Direito Constitucional Contemporâneo.¹² Estas mutações despertam a crença de uma maior eficácia de um Direito Constitucional jurisprudencial em detrimento do papel do Direito Constitucional formal.*

Nessa linha de argumentação, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro¹³ vem tentando se apropriar destas mutações, com o intuito de criação de um novo modelo de controle de constitucionalidade.

Eventualmente, tal fenômeno mutacional, em busca de leitura hermenêutica da realidade social, equivooca-se e altera substancialmente a constituição econômica. A lógica que passou a ser adotada passa pela ideia de que as necessidades econômicas se sobrepõem aos direitos fundamentais. No Brasil a experiência mostra que são aprovadas reformas legislativas que atropelam a constituição para satisfazer o mercado.

Da mutação constitucional dos serviços terceirizados no Brasil

Por oportuno, destaca-se que no ordenamento jurídico brasileiro a terceirização trabalhista, não apresentava um diploma legal e próprio sobre o tema até 2017. Existia a Lei do Trabalho Temporário (nº 6.019/1974) e a Lei do Serviço de Vigilância Especializada (nº 7.102/1983) que regulamentava a

9 Reforma não é sinônimo de supressão ou suspensão da Constituição. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2ª reimpresión. Madrid: Alianza, 1996: 120 e seq.

10 Nos Estados Unidos, há uma atualização constitucional, mediante a interpretação jurisprudencial, em especial, dada pela Suprema Corte (DIXON, Rosalind. *Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective*. In GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011: 339).

11 A doutrina da eficácia dos direitos fundamentais e a concretização do princípio da proporcionalidade constituem-se em construções jurisprudenciais que ampliaram sentido sem alteração de texto.

12 O rol de direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive o direito ao meio ambiente sadio, foi extraído da cláusula geral do Estado Social. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2003:63.

13 Em 30/8/18, o STF julgou a ADPF 324 e o recurso extraordinário em repercussão geral 958252, que versavam sobre a possibilidade de terceirização em todas as atividades da empresa. Por maioria de 7 votos contra 4 contrários, o Tribunal julgou que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, sejam elas em atividades-meio ou fim. Nesse sentido, a modificação realizada pela reforma trabalhista passa a ser reconhecida pelo STF, cuja decisão tem efeito vinculante para todo o Poder Judiciário.

terceirização de atividades meio e específicas.

O tema é tão controverso que foi assunto recorrente no poder judiciário, até que o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331¹⁴, composta, por seis incisos, que não autorizava a terceirização da atividade fim e afastava pessoalidade e subordinação entre terceirizado e empresa tomadora.

O atual governo brasileiro, dentre as reformas legislativas, logrou aprovar a Lei nº 13.429, em março de 2017, com base no Projeto de Lei nº 4.302/1998, que determinou regras novas sobre o contrato de trabalho temporário, regulado pela Lei n. 6.019/1974. Insta salientar que, no tocante às regras que introduziu sobre a terceirização em geral, elas não afetaram, de maneira significativa.

Entretanto, a Lei n. 13.467/17, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista foi além, e introduziu regras explícitas sobre a terceirização trabalhista em sentido mais amplo.

A terceirização, especialmente de atividades-fim, transformada em lei, gera polêmica e causa insegurança jurídica. Indaga-se sobre a sua constitucionalidade. A polêmica enseja argumentos contrários e argumentos favoráveis. Imperioso salientar que argumentos contrários à institucionalização da terceirização como um mecanismo lícito de contratação, para execução das atividades-fim de uma empresa não faltam.

De um lado, constrói-se o discurso de precarização das condições de trabalho, que resulta em esvaziamento e fragilização da representação sindical, em dissociação entre a responsabilidade pela relação de emprego; de outro, dos benefícios auferidos com os resultados do trabalho prestado, de forma mais flexível.

De outro lado, os favoráveis afirmam que a terceirização ampla viabili-

14 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

za a alocação de seus ativos no *core business* da empresa, bem como permite a redução dos custos da folha de pagamento e encargos, proteção do emprego formal.

Para os críticos, as vantagens da terceirização para empresas são ilusórios, mesmo com a possibilidade de alocar seus ativos no *core business* e a redução dos custos com folha de pagamento e encargos laborais.

Por se tratar de norma conflitiva com o texto constitucional, o empregador fica exposto ao risco de aumentar seus custos com o empregado, uma vez que com a terceirização, a empresa passa a assumir o risco de ser acionada e ter que arcar com os custos dos trabalhadores terceirizados, em caso de inadimplência da prestadora de serviços.¹⁵

No caso brasileiro, os defensores da ampliação da terceirização, assustados com o fantasma do desemprego, neste momento constitucional, asseveram que sua institucionalização visa proteger o trabalhador e não reconhecê-la seria um retrocesso nas relações laborais, o que pode comprometer o processo produtivo e a geração de empregos formais na economia nacional.

Em momento de crise econômica, ressuscitou-se a proposta de ampliação da transferência de atividades empresariais a terceiros, que se faz acompanhar pela precarização das relações trabalhistas.¹⁶

Como dito, não havia lei específica até 2017, mas o entendimento jurisprudencial sumulado pertinente à matéria autorizava a transferência de atividades acessórias ou secundárias a terceiros com a concentração no negócio principal, pautado no argumento de especialização da atividade e, consequentemente, a melhor qualidade dos serviços, a redução do custo de produção e o aumento da lucratividade.

Nessa linha de argumentação, a autorização constitucional à terceirização de atividades-meio das empresas e no âmbito da Administração Pública determinava que tanto o gestor privado quanto o público possam alocar seus recursos à realização de suas atividades-fim, na perspectiva de otimizá-las, seguindo as premissas da teoria funcionalista.¹⁷

No próximo item será abordada a inconstitucionalidade da terceirização da atividade-fim a partir da recente decisão do Supremo Tribunal Federal pela

15 Há reflexos negativos do outsourcing, pelo que algumas incorporações já se encontram internalizando funções realizadas por prestadoras de serviços.

16 Conforme entendimento construído no New Deal, a meta de uma organização empresarial consiste em reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da empresa, tão somente fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura, quando os custos decorrentes não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, denominados custos de transação, pelo que a empresa e a sociedade podem desfrutar de maior produção e menor desperdício. Vide nesse sentido: Ronald H. Coase, “The Nature of The Firm”, *Economica (new series)*, Vol. 4, Issue 16, 1937: 386 e seq.

17 Em busca da redução dos custos com a mão de obra, boa parte das empresas brasileiras distorceu os objetivos da terceirização de atividades-meio, por intermédio da redução de garantias legais, da exigência de jornadas excessivas, do descuido com ambiente de trabalho e da falta da representatividade sindical.

constitucionalidade da terceirização de todas as etapas do processo produtivo das empresas, inclusive, das atividades-fim no julgamento de dois processos, ADPF 324 e RE 958.252.

Da inconstitucionalidade da terceirização da atividade fim

A leitura hermenêutica das cláusulas constitucionais, que regem a proteção ao regime de emprego (arts. 7º a 11 da CF) e a prática da terceirização nas atividades-meio (arts. 37, XXI, e art. 170, § 1º, III da CF), assinalam o alcance normativo da terceirização.¹⁸

Trata-se de repercussão restritiva ao regime de emprego direto, atrelada ao gestor, premissa constitucional que tão somente pode sofrer mutação constitucional, S.M.J., mediante emenda, observadas as cautelas do § 4º do art. 60 do texto constitucional vigente.

No âmbito constitucional de atividades-fim, reserva-se à empresa a função social de promover emprego direto com o trabalhador, pelo que se exige a máxima proteção social, considerando a dupla qualidade protetiva do regime pertinente:

- a) proteção temporal - na perspectiva de máxima continuidade do vínculo laboral;
- b) proteção espacial - em busca da garantia da integração do trabalhador à empresa pública ou privada.¹⁹

O art. 170, III, da Constituição vigente, ao proclamar a *função social da propriedade*, como princípio da ordem econômica, irradia ideologicamente essa função à empresa, atribuindo-lhe um papel de transformação social no capitalismo, especialmente por intermédio da geração de emprego de qualidade, como vetor do trabalho e da livre-iniciativa.²⁰

Ensina o constitucionalista mineiro José Afonso da Silva, que se deve correlacionar a função social da empresa tanto pública quanto privada com a “valorização do trabalho humano” (art. 170, *caput*), a “defesa do consumidor” (V), a “defesa do meio ambiente” (VI), “a redução das desigualdades regionais e sociais” (VII) e a “busca do pleno emprego” (VIII), como princípios da ordem econômica em sociedade democrática.²¹

18 DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 80, n. 3, jul./set. 2014: 74 e seq.

19 Está inserida no texto constitucional a definição de categoria profissional, sobre a qual repousa o modelo de organização sindical (art. 8º), e que pressupõe um vínculo de solidariedade. A Constituição prevê, como normas programáticas, a máxima integração do trabalhador ao empreendimento econômico (art. 7º, XI), bem como a efetividade das normas de proteção à sua saúde e segurança (art. 7º, XXI).

20 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho. São Paulo: RT, vol 1, 2013: 305

21 “(...) a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao ‘princípio da função social’, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a ‘liberdade de iniciati-

Nesse contexto, a terceirização das atividades-fim da empresa, demonstra-se inconstitucional, pois qualquer medida que visa reduzir a proteção social e favorecer a precarização do labor humano viola os artigos 1º, incisos III e IV, e 170 da Constituição, ao menoscabar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

A jurisprudência, predominante no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior do Trabalho, sempre rechaçou as tentativas de introdução, via oblíqua, no arcabouço normativo brasileiro, da terceirização das atividades-fim da empresa.

Nesse sentido, quando a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho reputava inválido o contrato de terceirização de atividades-fim, reconhecia a relação de emprego direta entre o trabalhador e o empreendedor beneficiário final de sua mão de obra. Ou seja, interpretava conforme a Constituição e, simultaneamente, protegia o regime de emprego direto nas atividades-fim, e consagrava o princípio constitucional da função social da empresa como um corolário da função social da propriedade privada.

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 pretende despolitizar as relações trabalhistas ou torná-las mais pragmáticas, ao almejar dificultar ou impedir a sindicalização, bem como substituir o legislado pelo negociado. Assim, reforça-se o desequilíbrio do lado do tomador de serviços. Nos países mais desenvolvidos, realmente o negociado prevalece sobre o legislado, tendo como pano de fundo uma realidade de sindicatos fortes e combativos.

Em termos de retrocesso da meritocracia, esta lei, ao não prever qualquer tipo de restrição à terceirização no setor público, poderá possibilitar, por exemplo, a burla ao concurso público, e ensejar a colocação, via apadrinhamento, de pessoas desqualificadas para exercer funções de órgãos estatais.

A Constituição, em seu artigo 37, I e II, dispõe que cargos empregos e funções públicas da Administração Pública são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. Estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, excetuando-se as nomeações para cargo em comissão.²²

Qualquer medida que visa reduzir a proteção social e favorecer a precarização do trabalho humano viola os artigos 1º, III e IV e 170 da CF/88 por ofender o princípio constitucional do não retrocesso, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, segurança jurídica.

O trabalho não é uma mera mercadoria ou matéria prima e deve ser pensado como um valor, o trabalho deve assegurar existência digna por meio de se buscar meios alternativos para conseguir uma convivência entre o capi-

va' só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018:745.

22 Declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

tal e o trabalho.

O texto da lei vê-se maculado de inconstitucionalidade, ao violar o princípio do acesso democrático ao serviço público, na forma estabelecida pela Constituição.

De acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal, esperava-se, que caso fosse aforada ação de inconstitucionalidade referente a tal questão, esta deveria ser bem sucedida.

O Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal de Contas da União também já sedimentaram jurisprudência contrária à terceirização indiscriminada no serviço público.

O significado do trabalho em sociedade democrática

Em 1891, o Papa Leão XIII publicou a Encíclica *Rerum Novarum*²³ que teve uma forte ingerência nas relações sociais laborais de vários países capitalistas, visto que, sem abandonar os dogmas e os princípios da igreja, destacou-se a premente necessidade de se buscar meios alternativos para conseguir uma convivência entre o capital e o trabalho:

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objeto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, para que o operário não seja entregue à sedução e às solitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de família nem os hábitos de economia. Proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo. Mas, entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém.

No Estado liberal da República Velha, quando as relações trabalhistas ainda eram disciplinadas como locação de serviços, Rui Barbosa preconizou a revisão da Constituição de 1891:

Não será preciso, também, ter lido Comte, para discernir que, quando se fala em 'medidas reclamadas pela questão social', o que se agita não é em cumprir tais contratos, mas em dar, fora desses contratos, acima deles, sem embargo deles, por intervenção da lei, garantias, remédios, que, contratualmente, o trabalho não conseguiria do ca-

23 Disponível em: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em 20/10/219.

pital” (...)“Não é maior o antagonismo entre o capital e o trabalho que o das nações umas com as outras, e, se entendermos que o bem da humanidade exige a redução do antagonismo entre as nações, não atino porque será que não devemos trabalhar, igualmente, com toda a nossa consciência, pela nossa atenuação do antagonismo entre o trabalho e o capital.”²⁴

Ora, o trabalho não é uma mera mercadoria, conforme preceitua a Declaração da Filadélfia de 1944, referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho. O trabalho é algo estruturante na vida da pessoa que deveria ser pensado como um valor e não como uma mercadoria. A maioria das empresas brasileiras trata o trabalho, de maneira perversa, como uma mercadoria, cujos custos devem ser rebaixados, à semelhança dos custos das matérias primas dos produtos.²⁵

A valorização do trabalho humano constitui-se em pilar ideológico do Estado Democrático de Direito, entronizado na Constituição de 1988. Ou seja, a ordem econômica alicerça-se no trabalho humano e na livre iniciativa e tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando, dentre outros, o princípio da busca pelo pleno emprego (art. 170, CF).

Por fim, constitucionalmente, a ordem social deve se pautar no primado do trabalho humano e tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193, CF).²⁶ A dimensão humana do trabalho vê-se, portanto, vinculada à dignidade e à própria subsistência da pessoa, como ser dotado de livre arbítrio e dignidade em sociedade democrática.

Quanto à dimensão patrimonial do trabalho, esta se revela na relação de trabalho em si, cuja finalidade no sistema capitalista consiste na produção e na circulação de riquezas mediante o pagamento de uma retribuição pecuniária adequada.²⁷ A terceirização pode ser definida como uma organização do processo produtivo em que se contrata um terceiro para a realização de uma atividade periférica da empresa. O neologismo terceirização, construído na área de administração de empresas, visa enfatizar a descentralização empresarial de atividades para um terceiro à empresa.

A primeira manifestação normativa precursora do processo histórico de terceirização ocorreu na década de 1940, em pleno Estado Novo, com o art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho, que previu a possibilidade do emprego da força de trabalho de terceiros por meio do instituto da subempreita-

24 BARBOSA, Rui. A questão social e política no Brasil. In: BARBOSA, Rui. Obras completas – campanha presidencial – 1919. Rio de Janeiro: MEC, v. 46, t. 1. 1956: 110 e seq.

25 ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? - Ensaios sobre as metamorfoses, Rio de Janeiro: Cortez Editora e Livraria Ltda, 2013.

26 Vide art. 1º, IV da CF, ao afirmar como fundamentos ou direitos fundamentais da República “os valores sociais do trabalho” e o caput do art. 170, ao preconizar a ordem econômica “fundada na valorização do trabalho humano”.

27 A primazia do trabalho também está expressa no art. 193 da Constituição, ao dispor que a “ordem social tem como base o primado do trabalho”.

da, alçando-a à condição de exceção à configuração do vínculo empregatício inerente aos artigos 2º e 3º da CLT, ao pressupor a existência, em especial, dos elementos da pessoalidade e da subordinação direta.²⁸

Em 25 de fevereiro de 1967, o General Humberto Castello Branco, presidente designado pela Ditadura Militar, editou o Decreto-Lei nº 200, sobre a organização da Administração Federal, o qual, no art. 10, § 7º, que ensejou a descentralização dos encargos administrativos materialmente executivos mediante ajuste de intermediação de mão de obra terceirizada.

Promulgou-se a Lei nº 5.645/1970, para estabelecer parâmetros com a fixação de rol a abranger as práticas que poderiam ser objeto de execução descentralizada, todas instrumentais, de apoio, meramente executórias, as atividades-des-meio, no contexto de serviços de competência dos entes estatais.²⁹

A lei sobre a terceirização, ao considerar o trabalho como mercadoria, além de retroceder a tempos sombrios, ignora a legislação internacional, recepcionada pelo texto constitucional brasileiro, e revoga, de forma absurda, o artigo 9º da CLT, que impõe a nulidade de preceitos tendentes a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação das leis trabalhistas. Em síntese, esta lei viola, de forma incisiva, o princípio constitucional do não retrocesso³⁰, implícito no texto constitucional brasileiro e que decorre dos princípios da dignidade humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança, dentre outros.

Leitura hermenêutica dada pelo STF à terceirização da atividade fim

Esta lei, não obstante os argumentos suscitados, foi questionada junto ao STF, à luz dos princípios constitucionais da legalidade, da livre iniciativa, da valorização do trabalho e da proibição do retrocesso.

28 Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2002: 418.

29 Houve ainda a possibilidade de terceirização também no âmbito privado, mediante a Lei nº 6.019/1974, que regulamentou o trabalho temporário.

30 [...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.- (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Na ADPF 324, a Associação Brasileira de Agronegócio (ABAG) questionou a constitucionalidade da interpretação adotada “em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho” relativas à terceirização. A entidade argumenta que tais decisões, com fulcro na Súmula 331 do TST, afetam a liberdade de contratação e viola os preceitos constitucionais fundamentais pertinentes.

Ao votar pela procedência da ação, o Ministro Relator Luiz Roberto Barroso, assinalou que a discussão sobre a matéria não se restringia a um confronto entre progressistas e reacionários, mas a busca de um caminho para assegurar o emprego, garantir o direito dos trabalhadores e proporcionar o desenvolvimento econômico.³¹

Para Barroso, as relações de trabalho passam por transformações extensas e profundas no capitalismo e a estrutura de produção flexibilizou-se em todo o mundo. O modelo mais flexível consiste em uma estratégia essencial para competitividade das empresas, pelo que afasta o argumento de precarização da relação de emprego. O problema, a seu ver, pode ser contornado mediante as exigências previstas em lei concernentes às obrigações e à responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviços.

O Ministro Barroso propôs a seguinte tese a ser adotada no julgamento da ADPF:

a) É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada;

b) Na terceirização, compete à contratante verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada e responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias.

No RE 958252, com repercussão geral reconhecida, interposto pela Celulose Nipo Brasileira S.A. (CENIBRA), questionou-se decisão do TST que manteve a ilicitude da terceirização de serviços de reflorestamento e afins, considerados de atividade-fim, ou seja, a Súmula 331 do TST.³² O relator, Ministro Luiz Fux, votou pelo provimento do recurso para reformar a decisão da Justiça do Trabalho que vedou a terceirização, partindo do pressuposto que a Súmula 331 do TST consiste em uma intervenção imotivada na liberdade jurídica de contratar sem restrição.³³

O Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria a legalidade da terceirização de atividade-fim e deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco

31 “Num momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade é preciso considerar as opções disponíveis sem preconceitos ideológicos ou apego a dogmas.”

32 Que considera ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta e prevê o reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário.

33 “Não haverá a mínima violação a nenhum dos direitos consagrados constitucionalmente.”

Aurélio. Em seguida, o STF fixou a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”³⁴, vencida a Ministra Rosa Weber.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, talvez pressionado pelos impactos da crise econômica, realiza julgamentos que fogem a uma perspectiva hermenêutica conforme a Constituição, pelo que ensejam retrocesso social no tocante a significativas conquistas laborais.

Conclusão

A mutação constitucional demonstra-se admissível em face da ordem jurídica, enquanto manifestação do poder constituinte difuso, desde que decorrente da própria Constituição.

Em sociedade democrática, não se admite como legítima a interpretação constitucional em face de uma lei que se caracteriza como retrocesso social, ou seja, que pretenda constitucionalizar uma alteração constitucional legislativa em patente contradição com a Constituição escrita. A mutação constitucional obtida por via interpretativa deve procurar ampliar o alcance do desenvolvimento do Direito Constitucional.

Em uma mutação inconstitucional há diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tem em conta a falta de compromisso do legislador para a evolução constitucional e a impossibilidade de, através de qualquer teoria econômica, captar as tensões entre a Constituição e a realidade constitucional.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** - Ensaios sobre as metamorfoses. Rio de Janeiro: Cortez Editora e Livraria Ltda, 2013.

BARBOSA, Rui. **A questão social e política no Brasil.** In: BARBOSA, Rui. Obras completas – Campanha Presidencial – 1919. Rio de Janeiro: MEC, v. 46, t. 1. 1956.

BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques.** 6e. ed. Paris: LGDJ, 1972.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Lei n. 13.429 de 31. Mar. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm. Acesso em: 20. out. 2019

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Lei nº 13.467, de 13. jul.2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 20.out.2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso

34 Foram considerados inconstitucionais os incisos I, III, IV e VI da Súmula 331 do TST.

em 20. Out. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 20.out.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM. Do sumo Pontífice Papa Leão XIII. **A todos os nossos veneráveis irmãos, os patriarcas, primazes, arcebispos e bispos do orbe católico, em graça e comunhão com a sé apostólica. Sobre a condição dos operários**. 1831. Disponível em: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso 20.out.2019.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. ampl. Salvador: Ed. Juspodium, 2011.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ed. LTr, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho**. São Paulo: RT, vol. 1, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. **A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 80, n. 3, jul./set. 2014.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. 1ª reimpressão. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 2ª reimpressão. Madrid: Alianza, 1996.

Apoio Cultural:



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br



EDITORA FIBRA

www.editorafibra.com.br
contato@editorafibra.com.br



Contato: cnunes.adv@uol.com.br
[@edbrasilica](https://www.instagram.com/edbrasilica)



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS
VOLUME 2**

**IV CONGRESSO
INTERNACIONAL DE DIREITOS
HUMANOS DE COIMBRA
uma visão transdisciplinar**

www.cidhcoimbra.com



Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019

ISBN 978-65-86051-04-9



9 17865861051049